

WYROK

Warszawa, dnia 28 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2024 r. przez wykonawcę Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Województwu Podkarpackiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w całości datowanego na 2024.01.10 pisma Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz wszystkich dokumentów złożonych jako załączniki do datowanego na 2024.01.10 pisma Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, w tym znajdujących się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”,
2. oddala odwołanie w pozostałej części,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części oraz zamawiającego Województwo Podkarpackie w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Województwa Podkarpackiego na rzecz Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 11 800 zł (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

W dniu 9 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Geosolid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Rozbudowa DW 988 na odcinku od miejscowości Czudec do miejscowości Zaborów Numer referencyjny: PZDW/WZP/3052/243/WI/22/2023” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Województwo Podkarpackie (dalej jako „Zamawiający”) na „zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BUDIMEX S.A. ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa (dalej: „BUDIMEX”) mimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia” oraz „zaniechanie odtajnienia złożonych przez BUDIMEX wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami pomimo tego, że zastrzeżone informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub BUDIMEX nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane i/lub ich zastrzeżenie nie zostało w sposób wystarczająco uzasadnione i udowodnione”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 462 ust 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 ustawy PZP przez brak odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. mimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w rozdziale XXXIX SWZ Podwykonawstwo ust. 3 wskazane jest, że: „Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom (...)”, zaś BUDIMEX S.A. mimo, że w formularzu ofertowym wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, to wbrew wyraźnym postanowieniom SWZ nie określił części zamówienia, których wykonanie zamierza im powierzyć co jest sprzeczne

z warunkami zamówienia, zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i rodzi ryzyko powierzenia całości Zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, co jest niedopuszczalne zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy PZP”,

2., art. 18 ust. 1 i ust. 3, art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawy „ZNK”) zw. z art. 16 pkt 1, 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne utajnienie części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUDIMEX S.A. w ramach procedury o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, pomimo tego, że zastrzeżone informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub BUDIMEX nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, co utrudnia Odwołującemu weryfikację złożonych przez BUDIMEX S.A. wyjaśnień, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty BUDIMEX jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przekazanych przez BUDIMEX wraz z załącznikami.”. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 września 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 171-538725.

W rozdziale XXXIX ust. 3 Instrukcji dla wykonawców, stanowiącej rozdział I specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.”.

Formularz oferty, stanowiący rozdział II SWZ, miał treść „(...) Ponadto jako Wykonawca oświadczam, że: (...) 8) zapoznałam/em się z treścią SWZ dotyczącą podwykonawstwa i oświadczam³ że: a) zamierzam wykonywać całość zamówienia siłami własnymi - bez udziału podwykonawców b) zamierzam powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: nazwa podwykonawcy część zamówienia..... (...) ³ Niepotrzebne oświadczenie – pkt a) lub b) należy skreślić. (...)”.

W pkt 1.3 Subklauzuli 4.4 warunków szczególnych kontraktu, stanowiących część rozdziału IV SWZ Projektowane postanowienia umowy wraz z załącznikami, określono, iż „Z zastrzeżeniem przypadku, w którym Zamawiający nałożył obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi, Wykonawca może: a) powierzyć realizację części zamówienia Podwykonawcom, mimo niewskazania w ofercie takiej części do powierzenia podwykonawcom; b) wskazać inny zakres Podwykonawstwa, niż przedstawiony w Ofercie; c) wskazać innych Podwykonawców niż przedstawieni w Ofercie; d) zrezygnować z Podwykonawstwa.”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Złożony przez Przystępującego formularz oferty miał treść „(...) Ponadto jako Wykonawca oświadczam, że: (...) 8) zapoznałam/em się z treścią SWZ dotyczącą podwykonawstwa i oświadczam³ że: ~~a) zamierzam wykonywać całość zamówienia siłami własnymi – bez udziału podwykonawców~~ b) zamierzam powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: nazwa podwykonawcy NA DZIEŃ SKŁADANIA OFERTY NAZWY FIF PODWYKONAWCÓW NIE SĄ ZNANE część zamówienia..... (...)”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 2024.01.10 pismo (dalej jako „Wyjaśnienia”) o treści „Szanowni Państwo, w imieniu Budimex S.A. (dalej jako: „Wykonawca” lub „Budimex”), w odpowiedzi na pismo z dnia 20.12.2023r. (dalej jako: „Pismo”), w którym Zamawiający wzywa Wykonawcę na podstawie: art. 224 ust 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, poniżej przedstawiam żądane wyjaśnienia. Niniejszym zastrzegam, w trybie art. 18 ust. 3 Pzp, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jednocześnie nie wyrażam zgody na ich udostępnienie podmiotom trzecim, informacje zawarte w następujących dokumentach lub odpowiednio częściach niniejszych wyjaśnień: - Informacje zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do pkt III odnoszące się do podmiotów, z którymi współpracuje

Wykonawca oraz warunków, w tym ceny, na jakich współpraca ta jest nawiązywana, a w konsekwencji wskazujących na przyjęty przez Wykonawcę sposób wyliczenia ceny ofertowej (załączniki nr 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21 w całości) I. UZASADNIENIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA Przepis art. 18 ust. 1 Pzp stanowi postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jednocześnie jednak ustawodawca w ust. 3 wskazanego przepisu jednoznacznie wskazał, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle przywołanego przepisu Wykonawca jest więc uprawniony do zastrzeżenia składanych dla potrzeb Postępowania informacji, jeżeli informacje te stanowią – tak, jak w niniejszym przypadku – tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W ślad za przywołanym powyżej art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) przypomnieć należy, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Na mocy art. 11 ust. 4 uznk wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powołana definicja stanowi implementację do polskiego porządku prawnego definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa” zawartej w art. 2 pkt. 1 Dyrektywy PE i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U.UE.L.2016.157). Definicja ta z kolei pokrywa się z definicją zawartą w art. 39 ust. 2 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, stanowiącego załącznik do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marrakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. (dalej: TRIPS). Wedle postanowień TRIPS tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje, które: — są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji, — mają wartość handlową dlatego, że są poufne, — poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności. W literaturze przedmiotu wyrażono opinię, że „mimo pewnych różnic terminologicznych art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS i art. 11 ZNKU określają analogicznie przedmiot ochrony, tzn. poufne (nieujawnione) informacje, które posiadają określoną wartość gospodarczą [Tak np. A. Michalak, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, s. 139]. Zdaniem E. Traple "przedmiot regulacji art. 39 TRIPS i art. 11 ZNKU, mimo różnicy terminologicznej, jest ten sam" [zob. E. Traple, Ochrona informacji, s. 7]. Por. wyr. SN z 13.2.2014 r. (V CSK 176/13, Legalis): "Podobną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa [co art. 11 ZNKU – przyp. aut.] zawiera art. 39 ust. 2 TRIPS [...] Z obu tych definicji wynika, że chodzi o informacje związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, mające wartość gospodarczą, objęte tajemnicą przez przedsiębiorcę i nieujawnione do wiadomości publicznej" (zob. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szewajda 2019). Definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 2 uznk. należy więc rozumieć w sposób zgodny ww. definicjami pochodzącymi z prawa wspólnotowego i międzynarodowego. W obecnym stanie prawnym, dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest więc łączne spełnienie trzech następujących przesłanek: 1) informacje muszą być informacjami poufnymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w szczególności ze względu na swój techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter; 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Informacje przedstawione w niniejszych wyjaśnieniach oraz dołączonych do nich dokumentach spełniają wszystkie ww. przesłanki, co zostanie wykazane poniżej. Ad. 1) Charakter oraz wartość gospodarcza informacji Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem mają charakter technologiczny i organizacyjny oraz przedstawiają dla Wykonawcy określoną wartość gospodarczą. Jednocześnie stanowią one gotowy pakiet informacji, opisujący w sposób kompleksowy know-how Wykonawcy. a) Założenia organizacyjne i technologiczne (sposób wykonania zamówienia) przyjęty jako podstawa do kalkulacji ceny. "Informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym, natomiast informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania" (zob. wyr. WSA w Warszawie z 15.3.2012 r., II SA/Wa 128/12). Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem (pkt III Wyjaśnień) wskazują na przyjęty przez Wykonawcę sposób wykonania zamówienia (nie tylko w jego aspektach technicznych, ale przede wszystkim organizacyjnych), prezentując unikalne dla Wykonawcy rozwiązania organizacyjne i technologiczne. Rozwiązania te zostały opisane jako podstawa wyceny zastosowanej przez Wykonawcę dla potrzeb ustalenia ceny ofertowej.

Rozwiązania, o których tu mowa, mimo iż dobrane z uwzględnieniem wymogów SWZ Postępowania, mają stałe zastosowanie u Wykonawcy (mają względnie stały walor), tj. są to rozwiązania powtarzalne, stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy dla kolejnych składanych przez niego ofert i realizowanych zamówień. Rozwiązania te zostały opracowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy na przestrzeni lat jego działalności i są wynikiem jego doświadczeń z realizacji podobnych zamówień. Jest to tzw. know – how przedsiębiorstwa Wykonawcy pokazujące, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces budowlany (jakie prace wykonuje siłami własnymi, jakie zakresy prac powierza podwykonawcom, w jaki sposób dobiera podwykonawców i na jakich zasadach współpracuje z nimi, jakie rozwiązania techniczne dobiera z pośród rozwiązań dopuszczalnych przepisami SWZ, jakie ma preferencje co do metod obniżenia kosztów wykonania zamówienia i jakie preferuje metody optymalizacji z pośród dozwolonych SWZ, jak organizuje sam proces budowlany – jaki przyjmuje harmonogram robót, jakie koszty wykonania zamówienia ponowi i jak przypisuje koszty do poszczególnych grup robót itd.). Przedstawione przez Wykonawcę informacje w pkt III Wyjaśnień stanowią więc swoistą metodologię wykonywania przez Wykonawcę tego typu zamówień, a jednocześnie – o czym szerzej poniżej – metodologię wyliczenia ceny ofertowej dla tego typu zamówień. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej również „Izba” lub „KIO”) potwierdza, że przygotowana przez wykonawcę Metoda realizacji zamówienia jest bowiem dedykowana dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Wykonawca, podobnie jak i inni wykonawcy ubiegający się o to przedmiotowe zamówienie, zaproponował indywidualne i niepowtarzalne opracowanie. Opracowanie zostało przygotowane w oparciu o informacje, które nie są powszechnie dostępne, gdyż nie jest możliwe ich uzyskanie. Stanowią one know-how danego wykonawcy w oparciu, o który każdy z wykonawców przygotował złożone w postępowaniu opracowanie. Złożone wraz z ofertą opracowanie (Metoda realizacji zamówienia) nie jest więc standardowe, zostało przygotowane specjalnie dla potrzeb tego konkretnego postępowania i jako takie zostało potraktowane niemal przez wszystkich uczestników postępowania, w tym i odwołującego. Dlatego też objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa uznać należy za dopuszczalne i nienaruszające przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r., sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15). Ponadto, w wyroku Izby z dnia 3 stycznia 2014 r., sygn. akt. KIO 2875/12, Izba wprost uznała, że Koncepcja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zawiera ona informacje technologiczne oraz organizacyjne. Wyrok ten ma odniesienie także do informacji objętych przedmiotowymi wyjaśnieniami, zawierają one bowiem informacje technologiczne (techniczne) i organizacyjne właściwe tylko dla Wykonawcy (nie wynikające z SWZ), co zresztą wynika z samego wezwania do wyjaśnień. Zastrzegane informacje pokazują opracowane przez Wykonawcę przez lata jego funkcjonowania na rynku indywidualne rozwiązania technologiczne, metody zarządzania projektem, w tym zasady organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów itd. Każdy opracowywany przez Wykonawcę dokument zawiera także elementy niepowtarzalne, autorskie, tj. koncepcja realizacji zamówienia jest każdorazowo dostosowywana do wymagań konkretnego zamawiającego oraz specyfiki samej umowy, którą Wykonawca miałby realizować. Dokumenty te precyzują przedmiot, koszt, czas i zakres projektu, potrzeby i oczekiwania Zamawiającego oraz wymagania (techniczne i użytkowe, zarówno jasno w dokumentacji zdefiniowane, jak i niezdefiniowane, a ustalane na podstawie wiedzy Wykonawcy). Swobodny dostęp konkurencji do informacji zawartych w zastrzeganych dokumentach mógłby zatem prowadzić do kopiowania tych rozwiązań do własnych ofert i wykorzystywania ich w innych przetargach, co z kolei niwelowałoby przewagę konkurencyjną Wykonawcy, którą wypracował sobie przez lata, optymalizując procesy gospodarcze, w tym technologiczne i techniczne rozwiązania. Ujawnienie informacji zastrzeganych mogłoby więc spowodować powstanie po stronie Wykonawcy szkody równej co najmniej zyskom, jakie Wykonawca mógłby uzyskać, realizując podobne zamówienia. Warto przy tym zaznaczyć, że Wykonawca poniósł wymierne, choć trudne do wyliczenia, koszty związane z opracowaniem rozwiązań organizacyjnych i technologicznych opisanych niniejszymi Wyjaśnieniami. Wykonawca zbiera i analizuje dane z każdego realizowanego przez siebie kontraktu oraz zleca audyty podmiotom zewnętrznym. Są to setki godzin pracy, a więc i określone koszty dla Wykonawcy. Na podstawie tych danych Wykonawca przyjął określone rozwiązania, które - w razie potrzeby ujawnianej na bieżąco - koryguje. Rozwiązania, o których tu mowa, są sprawdzone w praktyce, co istotnie podnosi ich wartość gospodarczą. Nie każde z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę w przeszłości sprawdziło się i część z nich spowodowała straty po stronie Wykonawcy. Jednakże Wykonawca jako organizacja uczy się, nabiera doświadczenia i rozwiązania, jakie po dziesiątkach lat działalności na rynku wdrożył u siebie, są rozwiązaniami sprawdzonymi, pozwalającymi na istotne obniżenie kosztów działalności Wykonawcy i realizacji tego typu zamówień. Wykonawcy konkurencyjni, którzy chcieliby wdrożyć rozwiązania stosowane przez Wykonawcę, oszczędziliby więc koszty, jakie Wykonawca poniósł w przeszłości dopracowując obecnie stosowane przez siebie rozwiązania organizacyjne i technologiczne. Tym samym informacje te mają wartość gospodarczą, o jakiej mowa w powołanych na wstępie przepisach. Przepis art. 11 ust. 2 ZNKU stanowi, że ochrona dotyczy tylko takich poufnych informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której

naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W doktrynie wyrażono pogląd, że "pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie" [zob. A. Michalak, Deliktowa i kontraktowa ochrona, s. 32]. (...) W istocie sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl w sposób pozornie zawierający błąd logiczny zdaje się wyrażać druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/943 – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". (zob. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja 2019). Jak wynika z powyższego, „wartość gospodarcza” zastrzeganych informacji, choć stanowi konieczną przesłankę uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest pojęciem ściśle zdefiniowanym, w szczególności ustawodawca nie wymaga by wartość ta osiągnęła określony poziom. Zasadnie przy tym Izba przypomina w wyroku z dnia 22 kwietnia 2021r., sygn. akt KIO 715/21, że „Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.” O ile więc w pewnych przypadkach wartość gospodarcza zastrzeganych informacji może zostać wyceniona w określony sposób (Izba zasadnie powołuje się tu na przykład wyceny znaków towarowych, patentów itp.), o tyle w szeregu przypadków – i to jest jeden z nich – przedsiębiorca nie dysponuje „gotową” wyceną wartości danej informacji, jednakże już sama okoliczność, że jej ujawnienie może wiązać się z potencjalną szkodą dla przedsiębiorstwa (przy czym bez znaczenia pozostaje wysokość tej szkody) pozwala na przyjęcie, że dana informacja ma „wartość gospodarczą”. W kontekście powyższego warto powołać również wyrok Izby z dnia 20 listopada 2020, sygn. akt KIO 2781/20: W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z przesłanek (z art. 11 uznk – przypis autora). W szczególności, że w przypadku przesłanki dotyczącej rodzaju informacji oraz przesłanki ujęcia danych w całości lub w unikalnym zbiorze, obiektywnej oceny ich spełnienia zazwyczaj można dokonać poprzez weryfikację rzeczowego i wiarygodnego oświadczenia wykonawcy - szczegółowo odnoszącego się do charakteru informacji, w korelacji z samą informacją i sposobem jej przedstawienia. Powyższy wniosek Izby co do sposobu spełnienia przez Wykonawcę ciążącego na nim na mocy art. 18 ust. 3 Pzp ciężaru dowodowego jest jak najbardziej zasadny i pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym. Skoro pojęcie „wartości gospodarczej” wiązać należy także z możliwością potencjalnej szkody przedsiębiorcy, a sama wysokość owej szkody jest dla ustalenia, czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa kwestią wtórną, nie sposób oczekiwać od Wykonawcy, że przedstawi on kalkulację, wycenę, czy inny dokument wykazujący wartość zastrzeganych informacji. Z punktu widzenia omawianych przepisów wystarczające jest przedstawienie rzeczowego wyjaśnienia ze strony Wykonawcy (co Wykonawca niniejszym czyni), które to wyjaśnienie Zamawiający i Izba, zestawiając z treścią zastrzeganych informacji, mogą ocenić. b) Metodologia kalkulacji ceny ofertowej Wykonawca wskazuje, że podobnie podejść należy do oceny wartości gospodarczej dalszych zastrzeganych informacji, tj. w szczególności informacji o sposobie wyliczenia ceny ofertowej wynikających z pkt III Wyjaśnień i załączonych do niego ofert podwykonawców i dostawców. Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez Wykonawcę sposobów realizacji zamówienia (o których mowa była powyżej), rodzaju i wysokości kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich „informacji praktycznych”, które wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń Wykonawcy) i których z założenia nie udostępnia się podmiotom trzecim. Do tego aspektu kalkulacji ceny ofertowej nawiązuje Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 19 marca 2015r., sygn. akt X Ga 76/15, w którym zwrócono uwagę, że skoro celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, to „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how” rozumieć należy przez pryzmat art. li rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawnne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawnności i istotności”. Sąd podniósł w tym kontekście, że uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego.

Niniejsze Wyjaśnienia, w szczególności zaś ich pkt III zawierający kalkulacje poszczególnych pozycji rozliczeniowych i opisy założeń przyjętych do kalkulacji, są właśnie takimi informacjami, o których mowa w przywołanym wyroku Sądu. Informacje te w sposób szczegółowy pokazują, w jaki sposób Wykonawca ustalił wartość danej pozycji rozliczeniowej – jakie koszty przypisał do danej pozycji i w jaki sposób je ustalił. Pokazują także, w jaki sposób Wykonawca identyfikuje ryzyko i jak przypisuje je do pozycji rozliczeniowych, co znajduje odzwierciedlenie przede wszystkim w przypisywanej do danej pozycji marży (zysk). Konieczność ochrony takich informacji, z uwagi na fakt, iż w sposób oczywisty mają one dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą, podkreśla Izba w szeregu swoich wyroków, m. in. w wyroku z dnia 14 maja 2013r., sygn. akt KIO 908/13, w wyroku z dnia 22 listopada 2013r., sygn. akt KIO 2602/13, czy w wyroku z dnia 11 lutego 2013r., sygn. akt KIO 175/13, w którym Izba stwierdziła: „Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Do kwestii tej nawiązuje Izba również w przywołanym już powyżej wyroku z dnia 22 kwietnia 2021r., sygn. akt KIO 715/21, wyjaśniając, że „Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku (...). Nie jest uzasadnione zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy mające ogólny charakter i nie pozwalające na stwierdzenie, iż ten wykonawca wykazał łącznie spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” W niniejszym przypadku wymóg szczegółowości przedstawianych informacji jest spełniony – wyjaśnienia Wykonawcy są konkretne, w sposób jednoznaczny i szczegółowy pokazują, w jaki sposób Wykonawca doszedł do określonej ceny, co jak słusznie podkreśla Izba pozwala na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa – ze względu na swoją szczegółowość zastrzegane przez Wykonawcę informacje co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej mają wartość gospodarczą i w praktyce stanowią o konkurencyjności Wykonawcy na rynku. Analogicznie jak powyżej, ujawnienie tak szczegółowych informacji o sposobie kalkulacji cen ofertowych przez Wykonawcę mogłoby zniwelować jego przewagę konkurencyjną na rynku i doprowadzić do szkody równej co najmniej zyskom, jakie Wykonawca mógłby uzyskać realizując kolejne zamówienia. Przyjęcie metod kalkulacji ceny stosowanych przez Wykonawcę przez podmioty konkurencyjne mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której Wykonawca nie uzyska kolejnych zamówień lub w celu ich uzyskania będzie musiał obniżyć oczekiwany zysk. Nie sposób także wykluczyć i takiej sytuacji, że na skutek ujawnienia informacji zastrzeganych Wykonawca będzie musiał ponieść dodatkowe koszty w celu utrzymania pozycji konkurencyjnej na rynku – koszty związane z wypracowaniem nowych rozwiązań na optymalizację kosztów wykonania zamówienia. Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji polega przy tym nie tylko na tym, że pozwalają one na uzyskiwanie przez Wykonawcę zamówień na warunkach dla niego korzystnych, ale także i na tym, że Wykonawca wypracowując je przez lata swojej działalności poniósł określone koszty z tym związane – koszty, które inne podmioty, znając rozwiązania Wykonawcy, mogłyby oszczędzić. Strategia budowania cen ofertowych jest tworzona na bazie doświadczeń z realizacji innych zamówień, analiz bieżących kosztów Wykonawcy i oceny co do tego, w jaki sposób dane koszty będą zachowywały się w kolejnych miesiącach i latach. Zebranie tego typu informacji i ich analiza to godziny pracy zespołów kosztorysowych i osób zarządzających spółką. Na marginesie powyższego zaznaczyć należy, że informacje przedstawione w pkt III Wyjaśnień i załącznikach do nich nie można postrzegać wyłącznie jako kalkulacji konkretnej ceny ofertowej, ale jako odzwierciedlenie pewnej strategii budowania ceny stosowanej w całym przedsiębiorstwie Wykonawcy. Z uwagi na powtarzalność rozwiązań kosztorysowanych stosowanych przez Wykonawcę przy wyliczeniu tej i innych cen ofertowych, zastrzegane informacje stanowią odzwierciedlenie całego - know-how przedsiębiorcy w zakresie budowania cen ofertowych. c) Informacje wynikające z ofert podwykonawców Podobnie ocenić należy wartość gospodarczą zastrzeganych informacji co do podwykonawców – podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca. Dobór podwykonawców, po pierwsze, odzwierciedla stosowaną przez Wykonawcę dla potrzeb wszystkich zamówień strategię pozyskiwania materiałów, usług oraz dobór sposobu realizacji robót. Mowa tu o przemyślanej i sprawdzonej strategii, właściwej wyłącznie Wykonawcy, która ma wpływ na kalkulację ceny przyjętą na etapie ubiegania się o zamówienie. Strategia kalkulacji ceny stanowi natomiast jeden z elementów składających się na taktykę, pozwalającą zaoferować wykonawcom korzystną cenę ofertową, gwarantującą mu osiągnięcie maksymalnego zysku na etapie realizacji zamówienia. Jak wynika z doświadczeń Wykonawcy, przedsiębiorcy o zbliżonych do Wykonawcy cechach, prowadzący działalność na podobną skalę, tj. posiadający podobne doświadczenie, rozeznanie rynku, infrastrukturę, zaplecze techniczne i osobowe etc., nie są w stanie nawiązać tak atrakcyjnych cenowo warunków współpracy z podwykonawcami. Innymi słowy, tylko taki dobór kontrahentów oraz zasad współpracy, jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty, pozwoliły Wykonawcy zaoferować konkurencyjną ofertę, przy równoczesnym spełnieniu wszelkich oczekiwań zamawiającego, stanowiąc więc bezsprzecznie jego know-how o istotnej dla utrzymania jego pozycji konkurencyjnej wartości gospodarczej. Wykonawca wskazuje przy tym, że na podstawie ofert załączonych do

niniejszych Wyjaśnień można ustalić listę kontrahentów, z którymi współpracuje Wykonawca, która to informacja ma istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Wykonawca podkreśla, że przez lata prowadzonej przez siebie działalności wyselekcjonował grupę sprawdzonych podwykonawców, z którymi współpracuje przy każdym z kolejnych realizowanych przez siebie zamówień. Proces doboru tych kontrahentów był procesem długotrwałym i kosztowym. Wykonawca wpierw musiał wytypować potencjalnych kontrahentów, kolejno zweryfikować, czy oferowane przez nich usługi lub produkty spełniają wymagania SWZ i samego Wykonawcy oraz czy podmioty te posiadają odpowiedni sprzęt, wystarczające doświadczenie itd. W dalszym kroku Wykonawca poniósł koszty związane z negocjowaniem i zawarciem z nimi umów. Jednak z praktycznego punktu widzenia największą wartością dodaną jest to, że przy kolejnych realizowanych kontraktach Wykonawca weryfikował rzetelność, terminowość i jakość produktów i usług oferowanych przez te podmioty, eliminując z grona swoich kontrahentów podmioty, z którymi współpraca była niezadawalająca. Lista kontrahentów Wykonawcy, która jest możliwa do odtworzenia z zastrzeganych dokumentów, nie jest więc listą podmiotów działających na danym rynku, lecz wyselekcjonowanym zbiorem wysoko wyspecjalizowanych, rzetelnych podwykonawców, z którymi warto nawiązać współpracę. Ujawnienie tych informacji mogłoby wyrządzić Wykonawcy istotną szkodę. Wykonawca mógłby utracić przewagę konkurencyjną budowaną przez lata, bowiem konkurencji mogłoby nawiązać współpracę z tymi samymi podmiotami, nie ponosząc uprzednio kosztów związanych z opisanym powyżej procesem weryfikacji kontrahentów. Dodać przy tym należy, że oznaczać by to mogło w wielu przypadkach brak możliwości skorzystania przez Wykonawcę z tych podmiotów (ze względu na ograniczone zasoby podwykonawców). Wykonawca, chcąc pozostać konkurencyjnym lub odpowiednio chcąc zapewnić ciągłość wykonywanych przez siebie prac musiałby pozyskać nowych kontrahentów, ponosząc z tego tytułu określone koszty. Możliwość uznania danych o kontrahentach, z którymi współpracuje przedsiębiorca za jego tajemnicę jest powszechnie akceptowana w orzecznictwie i doktrynie. Doświadczenia ze współpracy z kontrahentami co do terminowości, rzetelności i jakości świadczeń, czy nawet responsywności i reakcji na sytuacje kryzysowe, są na rynku niezwykle cennymi informacjami, których zgromadzenie trwa często latami i wymaga istotnych inwestycji ze strony przedsiębiorcy. Efektem gromadzenia tych doświadczeń jest właśnie lista konkretnych, wyselekcjonowanych kontrahentów oraz nadanie relacjom z nimi właściwych priorytetów. Wiedza ta może dać przedsiębiorcy bardzo realną przewagę konkurencyjną, trwającą zależnie od branży od kilku miesięcy do nawet wielu, wręcz dziesiątek lat. (tak: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, 2019). Z kolei w wyroku Izby z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 245/14, czytamy: „Zdaniem Izby nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, dane dotyczące podpisanych umów i kwot z nich wynikających (...) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Wiedza, którą uzyskalby Odwołujący po zapoznaniu się w ww. dokumentami pozwałaby na prześledzenie aktywności gospodarczej wykonawcy, odbiorców jego działalności, jak też partnerów handlowych. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej.” Wykonawca zaznacza, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie tylko zawarte w załączonych do wyjaśnień ofertach dane co do podwykonawców (ich nazwy), ale i ustalone w ofertach warunki współpracy, w tym ceny. Informacje te zostały wykorzystane do ustalenia przez Wykonawcę ceny ofertowej, w sposób szczegółowo opisany w pkt III Wyjaśnień. Stanowią więc one – wraz z informacjami zawartymi w pkt III Wyjaśnień - pakiet, zbiór informacji w sposób całościowy i szczegółowy obrazujący strategię budowania ceny ofertowej. Dodać przy tym należy, że z punktu widzenia Wykonawcy wartość gospodarczą ma nie tylko informacja od kogo dany materiał, usługa, czy robota jest nabywana (nazwa podwykonawcy), ale i na jakich warunkach. Podmioty konkurencyjne, znając np. ceny, jakie Wykonawca płaci za określony materiał czy robotę, mogą skutecznie przewidywać strategię biznesową Wykonawcy i wysokość cen oferowanych przez niego w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest więc tak, że wyłącznie z udostępnienia jedynie nazw kontrahentów, z którymi współpracuje Wykonawca, wystarczająco zabezpiecza jego interesy. Brak znajomości nazw kontrahentów być może utrudni konkurentom „podkupienie” kontrahentów Wykonawcy, ale już sama wiedza odnośnie tego, jakie koszty związane z realizacją danego zamówienia ponosi Wykonawca jest bardzo cennym źródłem informacji. Wykonawca podkreśla, że walka konkurencyjna na tym rynku jest bardzo zażarta, o czym świadczy ilość ofert składanych w postępowaniu oraz kolejno ilość toczących się postępowania odwoławczych. Różnice w cenie zakupu kluczowych materiałów, czy robót są przy tym istotne, niejednokrotnie decydując o przewadze konkurencyjnej w danym postępowaniu. Informacja, że Wykonawca kupuje np. kruszywo za cenę x, może być bodźcem dla wykonawców konkurencyjnych do tego, by na nowo podjąć poszukiwania kontrahentów, którzy byłiby gotowi zaoferować in zbliżone ceny lub może stanowić podstawę do podjęcia dodatkowych negocjacji co do warunków współpracy z obecnymi dostawcami. Znaczą przy tym cenę kruszywa kupowanego przez Wykonawcę, konkurencyjni wykonawcy mogą oszacować, jakie są maksymalne koszty wykonania przez Wykonawcę tych robót, do wykonania których kruszywo jest wykorzystywane i w ślad za tym przewidywać strategię cenową Wykonawcy. Wykonawca zaznacza przy tym, że zastrzeżeniem objął wyłącznie informacje odnoszące

się do cen i innych warunków współpracy ustalonych dla niego indywidualnie przez podwykonawców, które zazwyczaj sami podwykonawcy (czy potencjalni podwykonawcy) traktują jako swoją własną tajemnicę przedsiębiorstwa (co znajduje odzwierciedlenie w treści tych ofert). Okoliczność, że są to oferty indywidualnie ustalone dla Wykonawcy ma ogromne znaczenie w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji – zastrzegane informacje nie wskazują bowiem, jaki jest ogólny koszt wykonywania danej usługi, czy zakupu danych materiałów na rynku, ale obrazują, po jakich kosztach zakupów dokonuje BUDIMEX SA dla potrzeb realizowanych przez siebie zamówień. Ad. 2 i 3) Zachowanie informacji w poufności. Podjęte przez Wykonawcę środki. Zastrzegane informacje stanowią szczególne zestawienie i zbiór elementów w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. dedykowany dla tego postępowania o udzielenie zamówienia, ale opracowany w oparciu o know-how Wykonawcy, co zostało szczegółowo opisane powyżej. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej u.z.n.k. wskazano, że pojęcie „zbiór” należy tłumaczyć jako zespół informacji wyłączonych z całości, natomiast „zestawienie” należy rozumieć jako wzajemny układ tych informacji względem siebie. Z kolei w warstwie językowej, „zbiór”, to «całość składająca się z jakichś elementów», a „zestawienie”, to «ułożenie elementów tworzących całość» (www.sjp.pwn.pl). Bez wątplenia wyjaśnienia Wykonawcy stanowią zespół powiązanych ze sobą informacji o charakterze organizacyjnym i technicznym, posiadających wartość gospodarczą, wyodrębnionych, wyłączonych z całości na podstawie kryterium przedmiotowego, w formie osobnego dokumentu, składającego się na szeroko rozumianą ofertę. Wykonawca zaznacza, że zmiana definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jaka nastąpiła w ostatnim czasie, i wskazanie obecnie, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi „szczególne zestawienie i zbiór informacji”, powoduje, że nie ma podstaw do dokonywania osobnej oceny pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poszczególnych informacji składających się na ów zbiór. Okoliczność ta jest szczególnie istotna w kontekście przesłanki „poufności” zastrzeganych informacji, a to z tego względu, że niektóre z rozwiązań opisanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach mogą być znane i stosowane przez inne podmioty działające na rynku. Nie oznacza to jednak, że zbiór rozwiązań stosowanych przez Wykonawcę nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa – przeciwnie, elementem decydującym o poufności rozwiązań stosowanych przez Wykonawcę w obszarze organizacji pracy, doboru technologii, czy samej kalkulacji ceny jest właśnie to, w jaki sposób Wykonawca łączy w praktyce rozwiązania stosowane na rynku, a nawet opisywane w opracowaniach naukowych z zakresu prowadzenia robót budowlanych czy zarządzania, rozwijając ich zastosowanie w praktyce swojej działalności i dostosowując do potrzeb danego rodzaju zamówień czy nawet tego konkretnego zamówienia. To właśnie owa umiejętność łączenia rozwiązań znanych i wypracowywanych przez Wykonawcę jest jego know-how wypracowywanym na przestrzeni lat i pozwalającym zmniejszyć koszty prowadzenia działalności przy równoczesnym zwiększeniu konkurencyjności przedsiębiorstwa. W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje zawarte w przedkładanych dokumentach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Odnosnie braku powszechnej dostępności zastrzeganych informacji, w zbiorze, o którym mowa była powyżej, wskazać należy, że tego typu informacje nie są powszechnie udostępniane przez Wykonawcę, w szczególności nie sposób odnaleźć ich na stronach internetowych Wykonawcy, czy publikowanych przez niego dla innych potrzeb raportach, sprawozdaniach itp. Informacje, jako zbiór, znane są tylko pracownikom odpowiedzialnym za kalkulację cen ofertowych i zarządzanie przedsiębiorstwem w danym obszarze. Informacje te są przy tym konsekwentnie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Odnosząc się do kwestii stosowanych przez Wykonawcę rozwiązań, mających na celu zachowanie zastrzeganych informacji w poufności wskazać należy na stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 14 września 2017 r. (I OSK 2740/15): informację można uznać za chronioną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. Pozostałe przesłanki w postaci braku ujawnienia informacji i podjęcia działań zabezpieczających są jedynie konsekwencją przesłanki poufności. [...] Informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia rzeczywistą wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy, wymaga zatem podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Środkami służącymi do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa są – jak wskazuje się w doktrynie – „(...) fizyczna ochrona i instrumenty prawne. Fizyczne środki ochrony są zróżnicowane i obejmują takie metody ochrony jak: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Środki prawne stosowane w ochronie informacji również nie są homogeniczne i obejmują np. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną” (Michalak, Arkadiusz. Art. 11. W: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwer, 2016). W wyroku z dnia 16 marca 2016 r. (KIO 289/16), Izba wskazała natomiast, że: Zamawiający wykazał, że dokonywał nie tylko oceny poprawności formalnej dokonanych zastrzeżeń opartej wyłącznie o stanowiska wykonawców, ale również podjął działania we

własnych zakresie, celem zweryfikowania ich oświadczeń. Polegały one na weryfikacji stron internetowych wykonawców w celu sprawdzenia, czy figurują tam ujęci w ofertach podwykonawcy oraz inne dane wskazujące na tych podwykonawców. Taka weryfikacja dotyczyła również stron internetowych podwykonawców. Zamawiający dokonał również sprawdzenia, czy wśród wykazanych dostaw realizowanych przez podwykonawców objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jako klienci nie figurują podmioty stosujące ustawę Pzp. W wyniku tych działań potwierdził, że zastrzeżone informacje w przypadku każdego wykonawcy nie są powszechnie znane, ani dostępne w sposób jawny dla ogółu osób, jak również wskazane na potwierdzenie warunku doświadczenia dostawy nie były realizowane na rzecz klientów publicznych stosujących ustawę Pzp. Z kolei w uzasadnieniach zastrzeżeń wykonawcy podali niezbędne informacje dla potwierdzenia ich woli, aby dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców oraz wskazali, jakie niezbędne czynności zostały podjęte w celu zachowania poufności informacji. Zamawiający wynik analizy, co do zastrzeżonych informacji, zamieścił w części niejawnej odpowiedzi na odwołanie. Rozpoznając zatem podnoszone w odwołaniu zarzuty, także Izba zobowiązana była uwzględnić poczynione przez wykonawców na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnosząc te okoliczności do przedmiotowego postępowania, należy wskazać, że wszystkie zastrzegane informacje spełniają warunek poufności, tj. nie są to informacje powszechnie dostępne, a Wykonawca dołożył wszelkich starań, żeby żadne dane nie były dostępne publicznie. W celu zachowania stanu poufności zastrzeżonych informacji Wykonawca podejmuje także szereg działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę jak i szereg instrumentów prawnych, w tym w szczególności: - zawieranie umów o zachowaniu poufności – umowy NDA z osobami współpracującymi i kontrahentami, konsorcjantami (również odpowiednie zapisy w umowach konsorcjum), przy czym w umowach tych wprost wskazuje się na konieczność zachowania w poufności faktu nawiązania przez strony współpracy i danych osób skierowanych do realizacji konkretnych kontraktów; jest to narzędzie, które służy zachowaniu poufności niniejszym zastrzeganych danych, - kontrola dostępu do informacji – tylko upoważnione osoby zajmujące się konkretnym wycinkiem informacji w zakresie ich kompetencji zawodowych mają do dostęp do tych informacji (np. informacje finansowe – księgowość, dział ofertowania), co stanowi realizację tzw. zasady „need to know”; rozwiązanie to wprost służy zachowaniu w poufności zastrzeganych informacji, - specyficzny obieg dokumentów – dokumenty zawierające informacje poufne w formie papierowej są przechowywane w zamkniętych i zabezpieczonych szafach, do których dostęp mają jedynie upoważnieni pracownicy, natomiast dokumenty przetwarzane w formie elektronicznej są archiwizowane w elektronicznej bazie danych, do której dostęp mają jedynie upoważnieni pracownicy (każdy w zakresie niezbędnym do realizacji powierzonych mu zadań), - zabezpieczony system informatyczny – komputery są zabezpieczone indywidualnymi hasłami, które podlegają okresowym zmianom, stosowane jest oprogramowanie antywirusowe i firewall, chroniące przed nieautoryzowanym dostępem z zewnątrz, - poinformowanie pracowników i osób współpracujących o potrzebie ochrony informacji – poprzez odpowiednie postanowienia w umowach osoby takie zobowiązane są do zachowania w tajemnicy danych, do których mają dostęp, a także do odpowiedniej ochrony tych danych; - wewnętrzne procedury, które narzucają pracownikom odpowiedni sposób gromadzenia, przetwarzania i przechowywania poufnych danych (w szczególności danych osobowych), w tym obowiązuje zasada niszczenia zbędnych dokumentów i zasada „czystego biurka”; rozwiązanie to nie jest dedykowane zachowaniu w poufności tylko informacji objętych niniejszym zastrzeżeniem; - zakazy konkurencji – umowy o pracę/współpracę zawierają klauzulę „zakazu konkurencji”; - monitoring biura i rejestrowanie wejść „osób z zewnątrz”, stosowanie kart dostępu do biura, zabezpieczenie biura alarmem, którego uruchomienie powoduje powiadomienie ochrony i przyjazd grupy interwencyjnej, ochrona fizyczna, - pisemne informowanie odchodzących z firmy pracowników o zasadach związanych z przestrzeganiem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy po rozwiązaniu umowy o 21qpracę/umowy współpracy – w znowelizowanym art. 11 u.z.n.k. nie ma już przepisu ograniczającego czas trwania tajemnicy przedsiębiorstwa w relacjach pracowniczych, w związku z czym, czas trwania tajemnicy przedsiębiorstwa podlega ogólnym zasadom, a informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tak długo, jak długo spełnia ww. przesłanki, - aktualizacja ww. dokumentów i dostosowywanie ich do przepisów zmieniającego się prawa. Krąg podwykonawców, którzy współpracują z Wykonawcą przy realizacji zamówień publicznych i dane warunkach współpracy nie są – ze względu na swoją wartość gospodarczą – ujawniane szerszemu kręgowi osób. Dostęp do tych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników Wykonawcy – osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty), ich przełożeni oraz Zarząd. Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników Spółki i innych osób do zastrzeganych informacji, podkreślić należy w podsumowaniu, że Wykonawca stosuje liczne ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych, polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Dodatkowo pracownicy mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na osobach pracujących na rzecz Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że osoby mające dostęp do informacji objętych niniejszymi wyjaśnieniami są pracownikami Wykonawcy. Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 marca 2011 r., II PK 204/10, powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy, z której przede wszystkim wynika obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody, czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy. W wyroku z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59, Sąd Najwyższy wyjaśnił natomiast, że taka informacja jest tajemnicą (w rozumieniu art. 100 § 2 pkt 4 – przypis autora), gdy przedsiębiorca ma wolę, choćby dorozumianą, aby pozostała ona tajemnicą, i wola ta musi być dla innych osób rozpoznawalna. Informacja nie traci charakteru tajemnicy, gdy wie o niej ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Obowiązek przestrzegania tajemnicy nie zależy od sposobu uzyskania należycie utajnionej informacji. Decyzja o utajnieniu informacji powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że może ona być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu”. Zakres obowiązków pracowniczych związanych z ochroną tajemnicy pracodawcy jest więc bardzo szeroki, sam zaś obowiązek ma charakter bezwzględny. Jak wynika z powyższego, Wykonawca podejmuje działania gwarantujące, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie przygotowywania oferty, poczynając od podwykonawców, których danych dotyczyły zastrzeżone informacje, aż do zespołu przygotowującego ofertę Wykonawcy. Jednocześnie, podejmowane działania świadczą o podjęciu przez Wykonawcę rozsądnych – w rozumieniu TRIPS – działań dla utrzymania ich poufności, w szczególności poprzez kontrolę liczby i charakteru osób mających do nich dostęp. Przekłada się to jednocześnie na należyta staranność, której Wykonawca dokłada, aby utrzymać stan poufności tych informacji. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c., dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Należy podkreślić, że wyżej wymieniony katalog działań wykracza poza standard ochrony informacji poufnych i ma charakter wieloaspektowy – prawny i fizyczny. Tytułem przykładu wskazać można, że w dotychczasowym orzecznictwie uznawano za wystarczające poinformowanie pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia (por. wyrok SN z dnia 6 czerwca 2003 r., IV CKN 211/01). Tymczasem działania Wykonawcy idą dalej: mają charakter nie tylko informacyjny, ale też gwarancyjny (odpowiednie klauzule powszechnie stosowane w umowach o pracę i wynikająca z nich odpowiedzialność odszkodowawcza) i prewencyjny (pisemne informowanie o zasadach związanych z przestrzeganiem tajemnicy przedsiębiorstwa po zakończeniu współpracy, zasady przechowywania i dostępu do dokumentów etc.). W świetle powyższych wyjaśnień oraz przedłożonych dowodów należy uznać za zasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji. W ślad za aktualnym orzecznictwem Izby, równolegle do przedstawionego wyżej oświadczenia, przedstawiam stosowne dowody na potwierdzenie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak zauważa Izba, nie można przedstawić dowodów na istnienie faktów negatywnych – tj. że np. nie ujawniono informacji do publicznej wiadomości – lub na potwierdzenie organizacyjnego czy technologicznego charakteru informacji. Dowody mogą się odnosić jednakże do kwestii wykazania, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji w poufności. W załączeniu przedkładam: - Listę osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty (Załącznik nr 1 - Lista osób) - Politykę Bezpieczeństwa Informacji (Załącznik nr 2) - Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji (Załącznik nr 3) Wykonawca zaznacza, że Listę osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa z dwóch względów – po pierwsze, lista ta zawiera dane osobowe jego pracowników, których udostępnienie innym wykonawcom nie jest uzasadnione potrzebami toczącego się Postępowania (dane te nie są wymagane zapisami SWZ, nie służą weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i są przedstawiane Zamawiającemu wyłącznie w celu wykazania, że liczba osób mających wzgląd do zastrzeganych informacji jest ograniczona i ściśle kontrolowana, tj. Wykonawca jest w stanie z imienia i nazwiska wskazać wszystkie osoby, które mają do nich dostęp). Ujawnienie tych informacji było działaniem nadmiernym i nieuzasadnionym w kontekście przepisów odnoszących się do ochrony danych osobowych. Po drugie, lista ta stanowi zbiór informacji – wyselekcjonowaną przez Wykonawcę listę wysokiej jakości specjalistów, odpowiadających za kalkulację ceny ofertowej i przygotowywanie jej wyjaśnień. Wykonawca poniósł wysokie koszty związane z rekrutacją i szkoleniem tych pracowników, a ujawnienie nazwisk tych osób mogłoby ułatwić ich „podkupienie” przez podmioty konkurencyjne. Wykonawca zaznacza, że być może niektóre z tych osób identyfikują się publicznie jako pracownicy BUDIMEX SA, jednakże informacje powszechnie dostępne nie wskazują, czym dokładnie osoby te się zajmują, jaki mają poziom dostępu do zastrzeganych informacji i

przede wszystkim nie występują w zbiorze, o jakim mowa w niniejszym przypadku. Nadto, Wykonawca Listę, o której mowa konsekwentnie zastrzega w kolejnych składanych przez siebie zastrzeżeniach tajemnicy. Reasumując: Objęte wyjaśnieniami informacje, których zastrzeżenie dotyczy, są niepowtarzalne, szczegółowe, charakteryzują się cechą wyjątkowości dostępnej dla Wykonawcy i stanowią know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy. Co przy tym istotne, wszelkie podane w wyjaśnieniach informacje wynikają z poufnych dokumentów. Słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.09.2018r., KIO 1797/18, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r. (sygn. XXIII Ga 95/18, XXIII Ga 103/18), że „know-how” jako „wiedza jak” (a nie „wiedza o”) jest tajemnicą przedsiębiorstwa i podlega ochronie. Zastrzegane informacje stanowią kompleksową informację o tym, w jaki sposób Wykonawca kalkuluje cenę ofertową dla potrzeb zamówień publicznych (nie tylko niniejszego zamówienia) – jaką stosuje strategię cenową i organizacyjną. Nie powinno więc budzić wątpliwości, że utajnione informacje pozwalają skwantyfikować się w postaci wartości o charakterze finansowym, przy czym wartość ta ma wymiar obiektywny. Powyższe okoliczności stanowią również potwierdzenie, że ujawnienie zastrzeżonych informacji może spowodować naruszenie interesów Spółki, a szkoda stąd wynikła nie będzie miała charakteru hipotetycznego, lecz konkretną wartość majątkową. Podsumowując, należy wskazać, że Wykonawca uczynił zadość wymaganiom w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zastrzegane informacje nie mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom. Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne. II. WYJAŚNIENIA WYKONAWCY W ZAKRESIE TREŚCI OFERTY. Na wstępie pragniemy zaznaczyć iż w powyższym postępowaniu Zamawiający otrzymał 8 ofert w dniu 13.11.2023r.

Lp.	Nazwa Oferenta	Cena PLN brutto	% do najniższej	% do wadium	% do budżetu	Cena waga 60 liczba punktów	Okres gwarancji waga 40 [lat] liczba punktów	Łączna liczba punktów
1	Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa NIP: 5261003187	53 215 466,08	100,00%	1,13%	72%	60,0	40,0	100,0
2	STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, NIP: 521-042-19-28	56 244 993,89	105,69%	1,07%	76%	56,8	40,0	96,8
3	GEOSOLID Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Tadeusza Szafrana 5A/Lu 1, 30-363 Kraków, NIP: 8133616595	58 000 000,02	108,99%	1,04%	78%	55,1	40,0	95,1
4	Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe Spółka Akcyjna, ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica, NIP: 872-21-75-948	58 249 786,94	109,46%	1,04%	79%	54,8	40,0	94,8
5	Mejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów, NIP: 813-03-34-353	58 385 434,09	109,72%	1,03%	79%	54,7	40,0	94,7
6	ANTEX II Sp. z o.o., ul. Dolna 1/2, 22-680 Lubycza Królewska, NIP: 9212029705	59 215 654,32	111,28%	1,02%	80%	53,9	40,0	93,9
7	KONSORCJUM FIRM Lider - FBI Infrastruktura S.A. ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik, NIP: 816-14-65-524 Partner - FBI WMB Sp. z o.o., ul. Blonie 8, 27-600 Sandomierz, NIP: 864-19-49-162	59 340 707,07	111,51%	1,02%	80%	53,8	40,0	93,8
8	Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., 38 - 400 Krosno, ul. Tysiąclecia 38, NIP: 684 -20 -14 -744	63 337 211,03	119,02%	0,95%	85%	50,4	40,0	90,4

Budżet brutto na sfinansowanie zamówienia: 74 143 530,00 zł Przechodząc do wyjaśnień, Wykonawca potwierdza w pierwszej kolejności, że przedstawiona przez niego oferta uwzględnia wszystkie wymagania określone w SWZ, wszystkie okoliczności charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, jakie Zamawiający podał i opisał w dokumentach przetargowych wraz z uwzględnieniem warunków rynkowych oraz ryzyka, które Zamawiający podał w dokumentach przetargowych jako ryzyka Wykonawcy. Wykonawca jest w pełni przygotowany do realizacji zadania, będącego przedmiotem złożonej oferty zarówno w zakresie sprzętowym, potencjału osobowego, jak i materiałowym. Przedmiot postępowania przetargowego wyceniony został w oparciu o własne bogate doświadczenie Wykonawcy w realizacji podobnych kontraktów i wynikającą z tego znajomość rynku oraz oferty firm specjalizujących się w wykonaniu określonych robót i/lub dostawie określonych materiałów. Ponadto Wykonawca oświadcza, iż nie korzysta z pomocy publicznej. W uzupełnieniu powyższych wyjaśnień wskazujemy, że Budimex S.A., jako wyspecjalizowana firma na rynku budowlanym, realizująca od wielu lat z sukcesem inwestycje budowlane, posiada doświadczenie i potencjał pozwalający na realizację inwestycji za zaoferowaną cenę. Budimex S.A. jest jedną z największych i najlepiej rozwijających się spółek budowlanych w kraju, notowaną na GPW od 1995 roku. Obecnie realizuje ponad 50 inwestycji na terenie Polski, o łącznej

wartości prawie 10 miliardów zł. Wyniki finansowe osiągnięte przez Budimex S.A. bezpośrednio przekładają się na realizowane z powodzeniem zamówienia publiczne. Budimex S.A. dysponuje następującymi zasobami pozwalającymi na złożenie przedmiotowej oferty: Sprzęt: a) Oddziałem usług sprzętowych, który zawiaduje parkiem maszynowym b) Laboratorium polowym; c) Mobilnymi wytwórniami mas bitumicznych, i jedną z nich zamierza wykorzystać do realizacji niniejszego zadania. Wymienione wyżej czynniki są elementami, które są zamortyzowane w całości lub w części w ramach realizowanych przez nas innych inwestycji i które pozwalają na optymalizację kosztów realizacji zamówienia. Materiał: a) Jako Spółka o zasięgu ogólnopolskim dysponujemy scentralizowanym systemem zakupów materiałów budowlanych i usług opartych na wynegocjowanych z dostawcami preferencyjnych warunkach handlowych zawartych w ponad 300 umowach ramowych zarówno w zakresie usług jak i dostaw różnych asortymentów materiałów. Poniżej przedstawiamy wybrane ich dziedziny: • Usługi sprzętowe i transportowe, • Dostawa asfaltu, • Dostawa oleju napędowego, • Dostawa stali zbrojeniowej, • Dostawy betonów, • Dostawa kruszyw, • Dostawy geosyntetyków, • Dostawy cementu, • Dostawa elementów z żywicy poliestrowych (GRP) (rury, studnie, itp.), • Dostawa rur, studni i zbiorników z PE,PP,PCV, • Dostawa rur betonowych i żelbetowych wraz z akcesoriami, • Dzierżawa szalunków • Dzierżawa elementów deskowań (szalunków, rusztowań), Posiadany przez nas zasób umów ramowych świadczy o naszej bardzo dobrej współpracy z kontrahentami w zakresie różnych dziedzinach. Wypracowana wieloletnia współpraca ma bezpośredni wpływ na otrzymanie od Kontrahentów bardzo korzystnych ofert cenowych, co ma istotny wpływ na oferowaną cenę przedmiotowego zamówienia publicznego. b) Ponadto jako Spółka o zasięgu ogólnopolskim prowadzimy działania pozwalające nam na scentralizowany zakup materiałów budowlanych w korzystnych okresach spadku cen materiałów. Zasoby osobowe: Budimex S.A. dysponuje zmobilizowanymi zasobami ludzkimi składającymi się z doświadczonej kadry inżynierskiej i brygad pracowników fizycznych, które mogą przystąpić do realizacji zadania inwestycyjnego. Współpraca z podwykonawcami/dostawcami: Ugruntowana przez Budimex S.A. pozycja rynkowa, zdobyta wiedza oraz dotychczasowa bardzo dobra współpraca z podwykonawcami, a także - co szczególnie istotne - stabilność finansowa Budimex S.A., zaowocowała obopólną chęcią dalszego współdziałania. Skutkiem tego jest możliwość pozyskiwania korzystniejszych ofert od podwykonawców, co z kolei bezpośrednio przekłada się na możliwość zmniejszenia kosztów budowy. Biorąc powyższe pod uwagę, Wykonawca posiada pełną wiedzę zarówno co do lokalnej specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, jak i cen rynkowych, jakie obowiązują dla poszczególnych asortymentów robót, przede wszystkim zaś posiada ogromne własne doświadczenie. Dodatkowo nawiązane w ramach wykonywanych, czy już zrealizowanych Kontraktów kontakty handlowe oraz zdobyte na nich doświadczenia w organizacji robót dostosowane do uwarunkowań lokalnych, są potencjałem, który pozwolił nam na konkurencyjną wycenę przedmiotu obecnego zamówienia z zachowaniem wymaganych standardów jakościowych oraz przy zachowaniu ceny rynkowej. Jednocześnie wskazujemy, że zarówno z uwagi na wieloletnie doświadczenie Wykonawcy, jak i na fakt, że z większością podwykonawców/dostawców, z których usług korzystać będziemy przy realizacji niniejszego zamówienia, współpracujemy od wielu lat, nie mamy żadnych wątpliwości, że zarówno roboty, które w ramach realizacji kontraktu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia powierzone zostaną podwykonawcom, jak i zamówione dostawy, zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanych przez nich korzystnych cen. Po pierwsze, z firmami Wykonawca współpracuje od wielu już lat w sposób stały, a w ciągu całego okresu współpracy nie doszło nigdy do sytuacji, aby którykolwiek z tych podmiotów nie wykonał zlecenia za zaoferowaną wcześniej cenę. Po drugie, Wykonawca jednocześnie podkreśla, że zawsze weryfikuje, również pod kątem możliwości realizacji zlecenia za wskazaną cenę, oferty otrzymywane od firm, z którymi zamierza współpracować w ramach realizacji konkretnego zamówienia i dotyczy to również ofert firm, z którymi Wykonawca współpracuje w sposób stały od wielu lat. Z uwagi na własne ogromne doświadczenie Wykonawca jest bowiem w stanie ocenić, czy cena zaoferowana przez podwykonawcę jest realistyczna. W przypadku niniejszego postępowania Wykonawca, biorąc pod uwagę zarówno swoje rozeznanie rynku oraz doświadczenie, pozytywnie ocenił wiarygodność złożonych mu korzystnych ofert, co umożliwiło ich uwzględnienie w ostatecznej kalkulacji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Wykonawca informuje, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewni osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Oferta Wykonawcy wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia, doświadczenia Wykonawcy, założonego ryzyka finansowego, a zarazem gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem podstaw opracowania dokumentacji przetargowej, nie ma wpływu na dalsze prowadzenie działalności przez Wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia. Wykonawca podkreśla, że w łącznej kwocie oferty ujął wszystkie elementy jakie powinny się w niej znaleźć zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w dokumentacji przetargowej. **** POCZĄTEK TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA****

III. SZCZEGÓŁOWE WYJAŚNIENIA WYKONAWCY W ZAKRESIE WYLICZENIA CENY

Na podstawie art. 224 ust.1 oraz ust. 3 ustawy PZP Wykonawca przedstawia wyjaśnienia oraz dowody w zakresie wyliczenia ceny. Ponadto wyjaśniamy, że przyjęte w Ofercie Wykonawcy koszty pracy są nie niższe niż wynikające z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związany jest przedmiot zamówienia, a także że przestrzegamy przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wycena wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego została wykonana poprawnie. 1. (...) [w tym miejscu przedstawione zostały informacje w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty, które nie zostały udostępnione Odwołującemu – KIO] 2. (...) [w tym miejscu przedstawione zostały informacje w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty, które nie zostały udostępnione Odwołującemu – KIO] 3. (...) [w tym miejscu przedstawione zostały informacje w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty, które nie zostały udostępnione Odwołującemu – KIO] 4. (...) [w tym miejscu przedstawione zostały informacje w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty, które nie zostały udostępnione Odwołującemu – KIO] 5. (...) [w tym miejscu przedstawione zostały informacje w zakresie przewidywane zmiany do wprowadzenia przez Wykonawcę na etapie realizacji kontraktu, które nie zostały udostępnione Odwołującemu – KIO] *** KONIEC TAJEMNIC PRZEDSIĘBIORSTWA****

IV. INFORMACJE KOŃCOWE. Wykonawca jest przekonany, że przedstawione w niniejsz piśmie wyjaśnienia stanowią wyczerpującą odpowiedź w zakresie kwestii poruszonych w Państwa piśmie. Informujemy, że w razie jakichkolwiek dodatkowych pytań do przesłanych wyjaśnień i ceny jako takiej, gotowi jesteśmy udzielić Państwu dodatkowych wyjaśnień. Z poważaniem, Załączniki: Załącznik nr 1 - TAJEMNICA - Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty Załącznik nr 2 – Polityka Bezpieczeństwa Informacji Załącznik nr 3 – Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji Załącznik nr 4 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 5 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 6 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 7 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 8 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 9 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 10 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 11 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 12 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 13 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 14 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Nr (...) [w tym miejscu przedstawiono numer – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 15 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 16 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 17 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 18 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 19 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 20 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] Załącznik nr 21 – Oferta (...) [w tym miejscu przedstawiono oznaczenie podmiotu – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] z dnia (...) [w tym miejscu przedstawiono datę – informacja ta nie została udostępniona Odwołującemu – KIO] r.

Jako załączniki do Wyjaśnień Przystępujący złożył dokumenty oznaczone jako „Załącznik nr 1 - TAJEMNICA - Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty”, „Załącznik nr 2 – Polityka Bezpieczeństwa Informacji”, „Załącznik nr 3 – Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji” oraz oznaczone jako „oferta” dokumenty stanowiące załączniki nr 4 – 21, a także dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”. Dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia” zostały opatrzone wyłącznie podpisem tej samej osoby, która podpisała Wyjaśnienia.

W dniu 30 stycznia 2024 Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego „z prośbą o udostępnienie całej korespondencji, wyjaśnień, złożonych dokumentów oferentów”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu Wyjaśnienia w podanym wyżej brzmieniu oraz złożone wraz z Wyjaśnieniami dokumenty oznaczone jako załączniki nr 2 i 3.

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

Izba pominęła załączone do odwołania wydruki „ze strony <http://s61-suwalkibudzisko.pl/zakres> (Wydruk nr 1)”, <http://s61-suwalkibudzisko.pl/podwykonawcy> (Wydruk nr 1 a), „ze strony: <http://obwodnicaoswiecimia.pl/kontakt/> (Wydruk nr 2)”, <http://obwodnicaoswiecimia.pl/podwykonawcy/> (Wydruk nr 2 a), „ze strony <https://www.przebudowa-a18odc3i4.pl/> (Wydruk nr 3)” oraz <https://www.przebudowa-a18odc3i4.pl/podwykonawcy-odcinek-3/> (Wydruk nr 4), mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”. W ww. dokumenty mogłyby zaś służyć wyłącznie ustaleniu faktów w zakresie wykonywania zawartych przez Przystępującego umów, w tym oznaczeń podmiotów będących podwykonawcami Przystępującego, które pozostają bez wpływu na ocenę zgodności z przepisami Pzp nieudostępnienia informacji zawartych w Wyjaśnieniach i dokumentach złożonych przez Przystępującego jako załączniki do Wyjaśnień.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 462 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp Izba uznała za nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Stosownie do art. 462 „1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. 2. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. (...)”. Art. 16 Pzp stanowi zaś, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty (...)”.

Stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Przystępującego, gdyż „jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w rozdziale XXXIX SWZ Podwykonawstwo ust. 3 wskazane jest, że: „Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom (...)””, a Przystępujący nie określił części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom „mimo, że w formularzu ofertowym wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom”, było nietrafne.

W zakresie ww. zarzutu stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niewątpliwie było, że w rozdziale XXXIX ust. 3 SWZ Zamawiający określił, że wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wykonawca wskazał w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom – wobec czego Przystępujący zobowiązany był do wskazania w składanym w Postępowaniu formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Należy przy tym zauważyć, że do zawarcia w SWZ takiego postanowienia uprawniał Zamawiającego art. 462 ust. 2 Pzp. Nie sposób więc uznać, że Zamawiający zaniechując odrzucenia oferty Przystępującego w jakikolwiek sposób mógł naruszyć ten przepis.

Bezsporne było ponadto, iż w złożonym w Postępowaniu formularzu oferty Przystępujący oświadczył „zamierzam powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia”, ale nie wskazał części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Nie może także ulegać wątpliwości, że Zamawiający nie zastrzegł na podstawie art. 121 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy”, obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane, którego dotyczy Postępowanie.

Izba podziela stanowisko, że jeżeli zamawiający nie zastrzegł na podstawie art. 121 Pzp bądź art. 60 Pzp obowiązku osobistego wykonania odpowiednio przez wykonawcę bądź poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy, to wskazanie przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, ma charakter wyłącznie informacyjny (vide np. uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2340/22, oraz z dnia 2 lipca 2019 r., wydanego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1082/19).

Stanowisko to uzasadnia także treść art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym „w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Użycie w tym przepisie sformułowania „ewentualna część zamówienia” wskazuje, że wskazanie przez wykonawcę części zamówienia, „której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa”, nie stanowi zobowiązania wykonawcy do zlecenia tym osobom w ramach podwykonawstwa wykonania tych części zamówienia, nie jest więc definitywnym i wiążącym oświadczeniem. Zważywszy, że art. 462 ust. 2 Pzp jest przepisem implementującym art. 71 ust. 2 ww. dyrektywy, w taki sposób należy interpretować art. 462 ust. 2 Pzp.

Ponadto na względzie należało mieć – co trafnie podniósł Zamawiający – treść pkt 1.3 Subklauzuli 4.4 warunków szczególnych kontraktu, stanowiących część rozdziału IV SWZ Projektowane postanowienia umowy wraz z załącznikami. W świetle treści tego postanowienia należy stwierdzić, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie zastrzegł określonego powyżej obowiązku na etapie realizacji zamówienia na podstawie umowy, która zostanie zawarta po przeprowadzeniu Postępowania, wykonawca, z którym zostanie ona zawarta, będzie mógł powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia w zakresie większym niż wskazał w formularzu oferty, powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia w zakresie mniejszym niż wskazał w formularzu oferty, a nawet nie powierzać w ogóle podwykonawcom wykonania części zamówienia w zakresie wskazanym w formularzu oferty. Oznacza to, że wskazanie przez Przystępującego w złożonym w Postępowaniu formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza on powierzyć podwykonawcom nie skutkuje koniecznością rzeczywistego powierzenia podwykonawcom wykonania tych części zamówienia. Z powyższego wynika, że rzeczone wskazanie nie wyznacza treści zobowiązania Przystępującego wyrażonego w jego ofercie złożonej w Postępowaniu, w konsekwencji nie sposób uznać, że stanowi ono „treść oferty” (czy jest nią objęte) w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W tym stanie rzeczy nie znajduje uzasadnienia przyjęcie, że ze względu na nie wskazanie w formularzu oferty złożonym przez Przystępującego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom w sytuacji, gdy w tym formularzu wskazał on, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, zachodzi niezgodność pomiędzy treścią jego oferty a warunkiem zamówienia określonym w rozdziale XXXIX ust. 3 SWZ, a tym samym że Zamawiający zobowiązany był odrzucić tą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Nie zasługują na aprobatę zawarte w odwołaniu twierdzenia, iż nie wskazanie w formularzu oferty złożonym przez Przystępującego części zamówienia, których wykonanie zamierza on powierzyć podwykonawcom, „rodzi ryzyko powierzenia całości Zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, co jest niedopuszczalne zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy PZP” czy umożliwia domniemywanie, że „powierzy całości Zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, co jest niedopuszczalne na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy PZP”.

Należy zauważyć, że w oświadczeniu zawartym w pkt 8) formularza oferty, Przystępujący wskazał, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom – co podniósł sam Odwołujący. W takiej sytuacji nie sposób uznać za okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty Przystępującego wyłącznie sprzecznego tym oświadczeniem domniemania czy istnienia ryzyka, opierającego się na tym domniemaniu.

Brak było więc podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia z powodu niezgodności z art. 462 ust. 1 Pzp, wobec czego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5)

Pzp.

Nie znajduje także uzasadnienia uznanie, iż Zamawiający nie odrzucając tej oferty naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp ze względu sprzeczność oferty Przystępującego z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymaga wskazania, że art. 16 pkt 1) i 2) Pzp nie określają, w jakiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, zatem nie mogą samodzielnie stanowić podstawy prawnej takiej czynności. Hipoteza normy wynikającej z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp obejmuje zaś wyłącznie niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3, art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp Izba uznała za uzasadniony w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 74 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 18 Pzp „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. (...) 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”. Stosownie do art. 74 Pzp „1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu. (...)”. Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) stanowi, że „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

W świetle powołanych wyżej art. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 74 ust. 2 Pzp, a także biorąc pod uwagę treść art. 18 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie” i art. 73 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż „oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania”, niewątpliwie jest, że co do zasady złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny (Wyjaśnienia) i dokumenty złożone jako załączniki do Wyjaśnień są jawne i – stanowiąc załączniki do protokołu postępowania - podlegają udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a zawarte w nich informacje są informacjami związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wobec czego Zamawiający może ograniczyć do nich dostęp (w szczególności ich nie ujawniać) tylko w przypadkach określonych w Pzp.

Konieczne jest podkreślenie, że art. 18 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do nie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk wyłącznie wtedy, gdy wystąpiły dwie okoliczności – po pierwsze, wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, a po drugie iż wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis ten nie uprawnia zatem zamawiającego do nie udostępnienia informacji, w zakresie których wykonawca nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, bez względu na to, czy wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (ani czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

Ponadto należy wskazać, że zarówno tym przepisem, jak i w art. 11 ust. 2 uznk, jest mowa o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), wobec czego art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieudostępnienia określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację.

Zważywszy, że nie ujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp stanowi wyjątek od wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wynikającego z art. 74 ust. 2 Pzp obowiązku udostępnienia załączników do protokołu postępowania, art. 18 ust. 3 Pzp musi być interpretowany i stosowany w sposób ścisły, a co za tym idzie w ten sam sposób należy interpretować określone w tym przepisie okoliczności, których wystąpienie zobowiązuje zamawiającego do nie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk. W konsekwencji zdaniem Izby ani dokonanie przez wykonawcę zastrzeżenia, że określona informacja nie może być

udostępniana, ani wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli wykazanie istnienia okoliczności określonych w art. 11 ust. 2 uznk - nie może być domniemywane; w sposób jednoznaczny powinno być więc przez wykonawcę dokonane zastrzeżenie, że określona informacja nie może być udostępniana, jak również wykazane istnienie okoliczności określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał „odtajnienia” złożonych przez Przystępującego „wyjaśnień” rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami pomimo tego, że” Przystępujący „nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane”, w zakresie części informacji zawartych w Wyjaśnieniach i dokumentach złożonych jako załączniki do Wyjaśnień było trafne.

W świetle zawartego w Wyjaśnieniach sformułowania „niniejszym zastrzegam, w trybie art. 18 ust. 3 Pzp, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jednocześnie nie wyrażam zgody na ich udostępnienie podmiotom trzecim, informacje zawarte w następujących dokumentach lub odpowiednio częściach niniejszych wyjaśnień: - Informacje zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do pkt III odnoszące się do podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca oraz warunków, w tym ceny, na jakich współpraca ta jest nawiązywana, a w konsekwencji wskazujących na przyjęty przez Wykonawcę sposób wyliczenia ceny ofertowej (załączniki nr 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21 w całości)”, biorąc pod uwagę także zawarte w Wyjaśnieniach sformułowania „Wykonawca zaznacza, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie tylko zawarte w załączonych do wyjaśnień ofertach dane co do podwykonawców (ich nazwy), ale i ustalone w ofertach warunki współpracy, w tym ceny. Informacje te zostały wykorzystane do ustalenia przez Wykonawcę ceny ofertowej, w sposób szczegółowo opisany w pkt III Wyjaśnień” należy uznać, że dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie, że nie mogą być udostępniane, obejmuje wyłącznie zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do Wyjaśnień informacje w zakresie:

- danych (nazw) tych podwykonawców,
- określonych w tych ofertach warunków współpracy, w tym cen,
- wskazującym na przyjęty przez Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej”.

Treść Wyjaśnień nie uzasadnia zaś przyjęcia, że dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie, że nie mogą być udostępniane, obejmuje jakiekolwiek inne informacje zawarte w Wyjaśnieniach i dokumentach złożonych jako załączniki do Wyjaśnień, w szczególności brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący wskazał w nich jednoznacznie, iż zastrzega, że nie może być udostępniana jakakolwiek inna informacja niż zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do Wyjaśnień informacje w zakresie danych (nazw) tych podwykonawców, określonych w tych ofertach warunków współpracy, w tym cen, oraz wskazującym na przyjęty przez Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” (a zwłaszcza którakolwiek z informacji zawartych w punkcie III Wyjaśnień).

Wymaga przy tym zauważenia, że jako załączniki do Wyjaśnień Przystępujący złożył dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”, które nie zostały wymienione w liście załączników znajdującej się na końcu Wyjaśnień i nie są oznaczone numerami. Tym samym nawet gdyby przyjąć, że Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane „załączniki nr 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21 w całości” (względnie wszystkie informacje zawarte w załącznikach nr 4 – 21 do Wyjaśnień), to zastrzeżenie takie nie obejmowało dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”.

Mając na uwadze, że Przystępujący nie wskazał, aby dokumenty te stanowiły „oferty podwykonawców” oraz że zostały one podpisane wyłącznie przez tą samą osobę, która podpisała Wyjaśnienia, należy przyjąć, że pochodzą one Przystępującego, wobec czego nie sposób uznać któregokolwiek z tych dokumentów uznać za „ofertę podwykonawcy”.

W konsekwencji w sytuacji, gdy Przystępujący nie zastrzegł, że nie mogą być udostępniane informacje zawarte w Wyjaśnieniach i dokumentach złożonych jako załączniki do Wyjaśnień inne niż zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do Wyjaśnień informacje w zakresie danych (nazw) tych podwykonawców, określonych w tych ofertach warunków współpracy, w tym cen, oraz wskazującym na przyjęty przez Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” (w szczególności zawarte pkt III Wyjaśnień), brak było podstaw do ich nieudostępniania na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Ze względu na powyższe Zamawiający zobowiązany był zgodnie z art. 18 ust. 1 i art. 74 ust. 2 Pzp udostępnić Odwołującemu informacje zawarte w Wyjaśnieniach i dokumentach złożonych jako załączniki do Wyjaśnień inne niż zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do Wyjaśnień informacje w zakresie danych (nazw) tych podwykonawców, określonych w tych ofertach warunków współpracy, w tym cen, oraz wskazującym na przyjęty przez Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” – czyli Wyjaśnienia w całości oraz złożone jako załączniki do Wyjaśnień dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”.

Nie znajdowało uzasadnienia także nieudostępnienie Odwołującemu informacji zawartych w złożonym jako załącznik do Wyjaśnień dokumencie oznaczonym jako „Załącznik nr 1 - TAJEMNICA - Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty”.

Zawarte w Wyjaśnieniach sformułowanie „Wykonawca zaznacza, że Listę osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa z dwóch względów – po pierwsze, lista ta zawiera dane osobowe jego pracowników, których udostępnienie innym wykonawcom nie jest uzasadnione potrzebami toczącego się Postępowania (dane te nie są wymagane zapisami SWZ, nie służą weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i są przedstawiane Zamawiającemu wyłącznie w celu wykazania, że liczba osób mających wzgląd do zastrzeganych informacji jest ograniczona i ściśle kontrolowana, tj. Wykonawca jest w stanie z imienia i nazwiska wskazać wszystkie osoby, które mają do nich dostęp” należy uznać za zastrzeżenie „jako tajemnicy przedsiębiorstwa” całego ww. dokumentu, a - jak wskazano powyżej - art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieudostępnienia określonej informacji, a nie całego dokumentu, który informację tą zawiera. Mając ponadto na uwadze, iż dokonanie przez wykonawcę zastrzeżenia, że określona informacja nie może być udostępniana nie może być domniemywane, a zastrzeżenie takie powinno być dokonane przez wykonawcę jednoznacznie, konieczne było stwierdzenie, iż Przystępujący nie zastrzegł, że nie mogą być udostępniane określone informacje zawarte w ww. dokumencie.

Wobec powyższego Zamawiający zgodnie z art. 18 ust. 1 i art. 74 ust. 2 Pzp zobowiązany był udostępnić Przystępującemu złożony jako załącznik do Wyjaśnień dokument oznaczony jako „Załącznik nr 1 - TAJEMNICA - Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty”.

Brak było podstaw do uznania, że wszystkie informacje zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21 są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a w konsekwencji do nieudostępniania Odwołującego tych dokumentów na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp.

Także w odniesieniu do tych dokumentów konieczne jest stwierdzenie, że przepis ten uprawnia do nieudostępnienia określonej informacji, a nie całego dokumentu, który informację tą zawiera. Zawarte w Wyjaśnieniach sformułowanie „niniejszym zastrzegam, w trybie art. 18 ust. 3 Pzp, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jednocześnie nie wyrażam zgody na ich udostępnienie podmiotom trzecim, informacje zawarte w następujących dokumentach lub odpowiednio częściach niniejszych wyjaśnień: - Informacje zawarte w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do pkt III odnoszące się do podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca oraz warunków, w tym ceny, na jakich współpraca ta jest nawiązywana, a w konsekwencji wskazujących na przyjęty przez Wykonawcę sposób wyliczenia ceny ofertowej (załączniki nr 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21 w całości)” nie mogło więc prowadzić do uznania, że Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane wszystkie informacje zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21, a w konsekwencji do nie udostępnienia Odwołującemu wszystkich tych informacji, wobec czego Zamawiający powinien był udostępnić Odwołującemu informacje, które nie są „informacjami zawartymi w ofertach podwykonawców stanowiących załączniki do pkt III odnoszącymi się do podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca oraz warunków, w tym ceny, na jakich współpraca ta jest nawiązywana, a w konsekwencji wskazujących na przyjęty przez Wykonawcę sposób wyliczenia ceny ofertowej”.

Wymaga zauważenia, że z treści załączonych do Wyjaśnień dokumentów oznaczonych jako załączniki nr 9, nr 10 oraz nr 12 wynika, że nie stanowią one ofert w rozumieniu art. 66 i następnych ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, lecz są one odpowiednio zaproszeniami do zawarcia umowy i „wstępną informacją handlową”. W świetle treści ww. sformułowania wszystkie informacje zawarte w dokumentach, które nie są „ofertami podwykonawców” - także „odnoszące się do podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca oraz warunków, w tym ceny, na jakich współpraca ta jest nawiązywana, a w konsekwencji wskazujących na przyjęty przez Wykonawcę sposób wyliczenia ceny ofertowej” - nie są objęte zastrzeżeniem, że nie mogą być udostępniane, więc podlegają udostępnieniu.

Z art. 18 ust. 3 Pzp wynika, że w odniesieniu do każdej informacji, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, zobowiązany jest on wykazać wszystkie wynikające z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki do uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że:

- 1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
 - 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
 - 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności,
- a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także na czym polega

wartość gospodarcza tej informacji.

W ocenie Izby w sytuacji gdy Przystępujący nie zastrzegł, że nie mogą być udostępniane informacje zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach znajdujących się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”, to nie sposób przyjąć, iż Przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym nie została spełniona jedna z określonych w art. 11 ust. 2 uznek przesłanek do uznania tych informacji za informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a w konsekwencji – że Przystępujący wykazał (w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp), że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zobowiązany był więc udostępnić te informacje bez względu na to, w jakim dokumencie są zawarte.

Zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21 informacje, które były zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach znajdujących się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia” podlegały zatem udostępnieniu Odwołującemu.

Z treści tych dokumentów wynika, że są one kalkulacjami cen, wyliczonych w przyjęty przez Przystępującego sposób opisany w punkcie III Wyjaśnień, a kalkulacje te zostały sporządzone na podstawie złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentów oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21. Nadto należy stwierdzić, że (co wobec powyższego nie może dziwić) zawarte w rzeczonych kalkulacjach informacje o „podmiotach, z którymi współpracuje” Przystępujący (tj. podmiotach, będących „potencjalnymi podwykonawcami”, od których Przystępujący „uzyskał oferty” „zawierające robociznę, materiały i sprzęt” – jak wskazano w Wyjaśnieniach), oraz w zakresie „cen, na jakich współpraca ta jest nawiązywana” (czy szerzej – wartości liczbowych, takich jak ilości, ceny jednostkowe) są tożsame z tymi, które są zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21.

Uwzględniając ponadto, że Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu informacje zawartych w punkcie III Wyjaśnień, które niewątpliwie są informacjami „wskazującymi na przyjęty przez” Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” w Postępowaniu, Izba nie znalazła tym podstaw do stwierdzenia, że w „ofertach podwykonawców” (złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21) zawarte są informacje „wskazujące na przyjęty przez” Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” inne niż podlegające udostępnieniu informacje w tym zakresie zawarte w punkcie III Wyjaśnień oraz złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach znajdujących się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”.

W konsekwencji nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy ustalenie faktów w zakresie wykonywania zawartych przez Przystępującego umów, w tym oznaczeń podmiotów będące podwykonawcami Przystępującego, a co za tym idzie – czy informacje o „podmiotach, z którymi współpracuje” Przystępujący zostały udostępnione.

Nie sposób uznać, że w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień „ofertach podwykonawców” (dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21) zawarte są informacje „wskazujące na przyjęty przez” Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” w zakresie innym (szerszym) niż „wyliczenie ceny ofertowej” w Postępowaniu - czyli metodyki (błędnie nazywaną przez Przystępującego „metodologią”) wyliczenia ceny oferty stosowaną przez Przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności wymaga zauważenia, że w Wyjaśnieniach nie wskazano konkretnie i jednoznacznie, która informacja zawarta w którym dokumencie stanowiącym „ofertę podwykonawcy” wskazuje na ten sposób i na czym to wskazanie polega – to jest dlaczego powzięcie danej informacji umożliwi określenie, jak Przystępujący wylicza cenę oferty.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że informacje zawarte w złożonych jako załączniki do Wyjaśnień dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21 Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu zgodnie z art. 18 ust. 1 i art. 74 ust. 2 Pzp, a ich nieudostępnienie naruszało te przepisy, jak również art. 18 ust. 3 Pzp.

Zważywszy, że Wyjaśnienia w zakresie, w jakim nie zostały udostępnione Odwołującemu, zawierały informacje „wskazujące na przyjęty przez” Przystępującego „sposób wyliczenia ceny ofertowej” w Postępowaniu, złożone jako załączniki do Wyjaśnień dokumenty znajdujących się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia” stanowiły kalkulacje cen, czyli zawierały wyliczenia cen, zaś podstawą do tych wyliczeń były złożone jako załączniki do Wyjaśnień dokumenty oznaczonych jako załączniki nr 4 – 21, naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 74 ust. 2 Pzp mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, gdyż ich udostępnienie Odwołującemu mogło pozwolić mu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji skutkować jej

odrzuconiem; tym samym nie mogłaby ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3, art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp był nieuzasadniony w zakresie naruszenia art. 74 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) Pzp.

Oczywiste jest, że art. 74 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie protokołu postępowania, określając, że jest on jawny i udostępniany na wniosek. Jak zaś wskazano powyżej, powyższy zarzut dotyczył zaniechania udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w złożonych przez Przystępującego Wyjaśnieniach oraz dokumentach złożonych jako załączniki do Wyjaśnień, a nie ulega wątpliwości, iż żaden z tych dokumentów protokołem postępowania nie jest. Zaniechanie udostępnienia tych informacji czy dokumentów, w których są zawarte, nie mogło więc naruszać art. 74 ust. 1 Pzp.

Brak było także podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający zaniechując udostępnienia Odwołującemu złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny (Wyjaśnień) wraz z załącznikami naruszył art. 16 pkt 1) i 2) Pzp.

W ocenie Izby w ocenie Izby w zakresie udostępniania protokołu postępowania i załączników do tego protokołu art. 18 ust. 1 – 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 Pzp stanowią przepisy szczególne wobec przepisów art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, nakładających obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i przejrzysty. Zgodnie z zasadą „przepis szczególny wyłącza przepis ogólny”, stosowanie art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w ww. zakresie jest więc wyłączone, a zaniechanie udostępnienia w całości Wyjaśnień oraz dokumentów złożonych jako załączniki do Wyjaśnień z naruszeniem art. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 74 ust. 2 Pzp nie stanowi jednocześnie naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp.

W odwołaniu nie wskazano przy tym okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających przyjęcie, że art. 16 pkt 1) Pzp w zakresie, w jakim nakłada obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób równe traktowanie wykonawców, został naruszony poprzez zaniechanie udostępnienia w całości Wyjaśnień oraz dokumentów złożonych jako załączniki do Wyjaśnień, w szczególności Odwołujący nie podał, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie wykonawców w Postępowaniu.

W konsekwencji w zakresie naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Wobec powyższego w punkcie 1. wyroku uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 74 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a i b) Pzp, stanowiącymi, że „uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu w całości Wyjaśnień oraz wszystkich dokumentów złożonych jako załączniki do Wyjaśnień, w tym znajdujących się w plikach o nazwach „4_KO_Tom C.1 branża_drogow_wyjaśnienia”, „19_KO_Tom C.4.1_Budowa rowów krytych_wyjaśnienia”, „21_KO_Tom C.5.1_ekrany_wyjaśnienia” oraz „24_KO_Tom C.5.2_osuwiska_wyjaśnienia”.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”. § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub

znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych.

Z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika, iż do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego strony wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych łącznie, zatem wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego przewyższające tę kwotę nie mogło być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego. W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu od odwołania rozdzielono stosunkowo – w proporcji 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę 1/2 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz 1/2 kwoty poniesionej tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....