Sygn. akt: KIO 3898/23

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kobylarnia S.A. z siedzibą w Kobylarni i Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą
w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
   1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
   1.2 odtajnienie i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień treści oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – tj. pisma z 23 listopada 2023 r. wraz z załącznikami o numerach od 1 do 9,
   1.3 dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 3898/23

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w imieniu
i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy
z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605,
dalej: Pzp) postępowanie pn.: „Budowa obwodnicy Szwecji w ciągu drogi krajowej nr 22
(nr postępowania GDDKiA O/Sz.D-3.2410.3.2023), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 16 sierpnia 2023 r.
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 156-499782.

27 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Kobylarnia S.A. z siedzibą w Kobylarni i Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk), w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 2 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez wadliwą ocenę skuteczności dokonanego przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji

zawartych w odpowiedzi tego wykonawcy na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp i niezasadne przyjęcie,

że informacje w nich zawarte, w zakresie w jakim Zamawiający pozostawił je tajne (Pismo_Budimex_wyjasnienia_23_11_2023.pdf – załącznik do pisma Zamawiającego z dnia 30 listopada 2023 r. w przedmiocie odtajnienia informacji zastrzeżonych

jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz w Załącznikach nr 1 – 9 do ww. pisma, miały wartość gospodarczą, i że wartość ta została przez Przystępującego wskazana

i wykazana, a w konsekwencji, że informacje te zostały przez Przystępującego skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy sam Zamawiający dokonując częściowego odtajnienia zastrzeżonych informacji stwierdził, że ww. wykonawca nie wskazał i nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji, co w konsekwencji ograniczyło Odwołującemu możliwość weryfikacji poprawności oferty złożonej przez tego wykonawcę i skorzystanie

ze skutecznego środka ochrony prawnej;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1:

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta tego wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie utajnionych elementów oferty;
3. art. 16 Pzp, w szczególności zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji

i zasady przejrzystości, mające istotny wpływ na wynik postępowania, polegające

na postępowaniu przez tego Zamawiającego wbrew przyjętej i utrwalonej praktyce tego Zamawiającego w innych postępowaniach na realizację drogi ekspresowej w formule „zaprojektuj i wybuduj", w których to innych przetargach, postępowanie wyjaśniające treść oferty polegające na kierowaniu do wykonawców tzw. pytań technicznych pozostawało jawne, a wykonawcy mogli zapoznać się z treścią ofert konkurentów

i skorzystać ze skutecznego środka ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wszystkich informacje, przekazanych w ramach wyjaśnień treści oferty (pismo z dnia 23 listopada 2023 r) oraz w Załącznikach do wyjaśnień (nr 1 – nr 9)

ewentualnie

3. odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej treść była niezgodna

z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

14 grudnia 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą. Wyjaśnienia treści oferty, w istotnym zakresie, zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego tych wyjaśnień w całości, doprowadziło do sytuacji, w której zamówienie nie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Naruszenie przepisów Pzp oraz Uznk

mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

9 listopada 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Pytania zadane Przystępującemu miały charakter tzw. „pytań technicznych", zadawanych standardowo przez różne Oddziały GDDKiA, wykonawcom biorącym udział

w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na projekt i budowę drogi ekspresowej. Jak wielokrotnie potwierdzał sam Zamawiający w uzasadnieniach swoich decyzji o odtajnieniu wyjaśnień treści oferty oraz stanowiskach procesowych, celem tych pytań jest weryfikacja czy dany wykonawca w ramach ceny oferty uwzględnił wszystkie niezbędne okoliczności oraz ryzyka uprawniające do stwierdzenia, że jego oferta pozostaje zgodna

z SWZ, a sam wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy. Wobec powyższego, zakres zadawanych pytań jest opierany o treść dokumentacji przetargowej (w szczególności SWZ oraz PFU udostępnianego wykonawcom), a udzielone przez wykonawców odpowiedzi powinny potwierdzać, że rzeczywiście dany wykonawca zapoznał się z dokumentacją przetargową i nie ma rozbieżności z oczekiwaniami Zamawiającego.

Przystępujący odpowiedział na wezwanie 23 listopada 2023 r. zastrzegając całość wyjaśnień i Załączników do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedmiotowe wyjaśnienia zostały częściowo odtajnione, w skutek czego Odwołujący uzyskał dostęp do wyjaśnień zawierających ogólne stwierdzenia dotyczące badanych przez Zamawiającego elementów oferty, nie pozwalających na weryfikację założeń projektowych i wykonawczych przyjętych przez wykonawcę do ceny oferty. Pozostała część wyjaśnień oraz Załączniki do wyjaśnień (Załączniki nr 1 do nr 9), kluczowe dla możliwości

zbadania zgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, nie zostały Odwołującemu udostępnione, bowiem Zamawiający utrzymał w mocy rzeczone zastrzeżenie.
Odwołujący wskazał, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa było ogólnikowe, zbiorczo traktowało wszystkie zastrzeżone informacje, których charakter był jednak bardzo odmienny. Nie sposób było potraktować tego uzasadnienia w kategorii wykazania (udowodnienia). Uzasadnienie w żaden sposób nie tłumaczyło jakie wrażliwe informacje zawierały poszczególne odpowiedzi na pytania i załączniki i dlaczego te poszczególne informacje miały dla wykonawcy wartość gospodarczą. Uzasadnienie nie tłumaczyło także jak ujawnienie każdej z zastrzeżonych informacji miałoby osłabić rynkową pozycję wykonawcy, czy też jaka strata wyniknęłaby z ich udostępnienia. Uzasadnienie zastrzeżenia nie zostało też poparte żadnymi dowodami. Tym samym, skoro nie zostały wykazane żadne konkretne dane, różnicujące wartość danych informacji, to brak było przesłanek do utrzymania w poufności zastrzeżonych dokumentów.
Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający negatywnie ocenił jakość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. W piśmie z 30 listopada 2023 r.
w przedmiocie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający stwierdził m. in.: „W wyniku dokonanej weryfikacji, Zamawiający stwierdza,
że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w sposób bardzo ogólny powołuje się na ryzyka związane z odtajnieniem informacji. Ponadto brak
jest skonkretyzowania wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji.
Z uzasadnienia nie wynika jaką konkretną wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Wartość gospodarcza utajnianej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skuteczności ich zastrzeżenia. W Uzasadnieniu posługują się Państwo uogólnieniami, które nie dają żadnej konkretnej wiedzy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji".
Stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 30 listopada 2023 r. uzasadniało odtajnienie wyjaśnień treści oferty w całości. Decyzja Zamawiającego odnośnie odtajnienia wyjaśnień tylko w części, w zakresie ogólnych stwierdzeń wykonawcy dotyczących badanych elementów oferty była niezrozumiała. Nie wiadomo dlaczego odnośnie niektórych informacji ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowiło wykazania tajemnicy,
a odnośnie innych informacji, tych w konsekwencji utrzymanych w tajemnicy, takie samo ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiło jej wykazanie. Rozstrzygnięcie Zamawiającego, że w oparciu o te same argumenty, wykonawca w części wykazał tajemnicę przedsiębiorstwa było nielogiczne i niewiarygodne. Postępowanie Zamawiającego było nieprzejrzyste i naruszało zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji - Zamawiający sam, arbitralnie, na skutek własnego uznania, a nie na podstawie uzasadnienia wykonawcy, utrzymał zastrzeżenie w mocy.
Nie jest rolą Zamawiającego ocena czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią
lub mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest zbadanie,
czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.
10 stycznia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie ewentualnie oddalenie.
W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:
Zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione
w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W myśl art. 514 ust. 3 Pzp domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – zapis ten został powtórzony w pkt. 24.6 zd. 2 SWZ (Tom I SWZ – IDW).
Zgodnie z art. 528 pkt. 6 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie z art. 67 Pzp Zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej,
przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu,
oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania
i odbierania korespondencji elektronicznej. Z kolei zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 8 Pzp SWZ zawiera informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych
i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.
W treści SWZ w pkt. 14.1. (Tom I SWZ – IDW) wskazano, że Postępowanie prowadzone jest w języku polskim przy

użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: https://gddkia.eb2b.com.pl/, zaś w pkt. 14.2. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym składanie ofert oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń odbywa się przy użyciu Platformy.
Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę
ich wczytania do Platformy. Zamawiający nie wskazał żadnej innej formy wnoszenia odwołań, jak tylko za pośrednictwem platformy.
Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że do wypełnienia przez Odwołującego przekazania Zamawiającemu odwołania albo jego kopii wystarczające jest, aby przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – jednakże nie jakichkolwiek, lecz tych wskazanych przez Zamawiającego w SWZ jako służących do komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Odmienną interpretację należałoby uznać za nieracjonalną, jako w sposób istotny – w szczególności w przypadku zamawiających o rozbudowanej strukturze organizacyjnej – ograniczającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (zamawiający musiałby się upewnić przed zawarciem umowy, czy w jakikolwiek sposób przy użyciu środków komunikacji elektronicznej odwołanie albo jego kopia nie zostały mu przekazane). Tymczasem odwołanie w tej sprawie zostało przesłane do Zamawiającego w wiadomości e-mail i nie zostało wprowadzone na Platformę, przy jednoczesnym braku uzasadnienia technicznego braku możliwości wniesienia odwołania w tej formie (np. awarii systemu). Odwołujący sam wskazał (w pkt. 3 wstępnej części Odwołania), że Zamawiający zamieścił SWZ na stronie internetowej pod adresem: https://gddkia.eb2b.com.pl/. Fakt prowadzenia postępowania z użyciem Platformy była zatem Odwołującemu znana.
Wobec powyższego, uznać należało, że Odwołanie nie zostało przekazane Zamawiającemu, co implikowało konieczność odrzucenia odwołania przez Izbę.
Na wypadek nieuwzględnienia stanowiska Zamawiającego, co do konieczności odrzucenia odwołania, Zamawiający wniósł o jego oddalenie.
Wbrew tezie stawianej przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, Zamawiający dokonał kompleksowej oceny wyjaśnień Przystępującego, jak również doszedł do przekonania,
że część utajnionych informacji nie powinna być przez Przystępującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego powodu pismem z 30 listopada 2023 r. dokonał w części jego odtajnienia. Nie oznacza to jednak, że rzeczone pismo Zamawiającego powinno być czytane w sposób w jaki próbuje przeforsować Odwołujący, tj. w oderwaniu od całej argumentacji w nim podniesionej. Wskazać wypada, że pismo Zamawiającego nie ogranicza się do pkt. 10, a jest dużo szersze w swojej warstwie argumentacyjnej. W kontrze
do argumentacji Odwołującego należy wskazać, że w pkt. 7 Zamawiający wyraźnie podniósł, że „Informacje, które wg. Zamawiającego mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zaznaczono kolorem czarnym (dokument stanowi załącznik do pisma)". Dopiero w dalszej części wywodów, Zamawiający wskazuje z jakiego powodu nie uznał pozostałych informacji jako informacji skutecznie zastrzeżonych, w tym dotyczących ryzyka związanego
z odtajnieniem informacji czy wartości gospodarczej.
Zamawiający wskazuje, że w części dotyczącej pozostawionych jako niejawne informacji, znajdowały się dane, które spełniały warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.
Co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp ciężar wykazania, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa spoczywa
na wykonawcy, zaś rolą zamawiającego jest ocena tego, czy na podstawie podanych przez niego argumentów i dowodów, wykonawca sprostał wykazaniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli Zamawiający oceni, że Wykonawca nie sprostał powyższemu obowiązkowi, aktualizuje się obowiązek ujawnienia tych informacji przez Zamawiającego.
W ocenie Zamawiającego Przystępujący, sprostał temu wymogowi częściowo, czego skutkiem było częściowe odtajnienie zastrzeżonych informacji. Zamawiający badał m.in. znaczenie zastrzeżonych danych, które należy postrzegać, wbrew argumentacji Skarżącego, nie tylko
w odniesieniu do celu obecnego przetargu, ale szerzej, jako dane determinujące działalność podmiotu na rynku.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania,

wynikających z art. 528 Pzp.
Tym samym Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenia odwołania uznając,
że zostało ono wniesione w sposób zgodny z art. 514 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem: Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
Biorąc pod uwagę, że Zamawiający podjął polemikę z zarzutami odwołania i ustosunkował się w sposób merytoryczny do stanowiska Odwołującego, a także przekazał kopię odwołania Przystępującemu, to wątpliwości nie budzi fakt, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania. Tym samym Odwołujący wypełnił obowiązki wynikające z art. 514 ust. 2 Pzp. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający nie jest uprawniony do zaostrzenia obowiązków wynikających z tego przepisu, zatem wskazanie w SWZ sposobu korespondencji prowadzonej przez wykonawców z Zamawiającym nie może wyłączyć, czy też doprecyzować dyspozycji art. 514 ust. 2 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz oferty Przystępującego i korespondencji Zamawiającego z Przystępującym w zakresie dotyczącym wyjaśnień oferty tego wykonawcy, uzasadnienia objęcia przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z 23 listopada 2023 r. oraz pisma Zamawiającego z 30 listopada 2023 r. dotyczącego częściowego odtajnienia wyjaśnień Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:
9 listopada 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp skierował
do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty w celu weryfikacji zgodności jej treści z warunkami zamówienia. Zamawiający zadał 22 pytania, w tym na przykład:

1. Na których odcinkach, w jakiej technologii i do jakiej głębokości Wykonawca zaplanował wzmocnienia podłoża? Należy podać dla drogi głównej i wszystkich innych dróg przewidzianych do realizacji oraz dla wszystkich elementów inwestycji, w przypadkach w których istnieje konieczność wzmocnienia podłoża (w tym obszar węzłów, podłoże zbiorników, etc.). Proszę podać pikietaż odcinka, przewidywaną powierzchnię wzmocnienia, technologię, zakładaną głębokość oraz koszty jednostkowe dla poszczególnych planowanych do zastosowania rodzajów wzmocnień.
2. Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wymienienie każdej pojedynczej warstwy, materiałów z jakich zostaną one wykonane oraz ich parametrów z rozbiciem na:
   a) wszystkie górne warstwy konstrukcji,
   b) wszystkie dolne warstwy konstrukcji,
   c) wszystkie warstwy podłoża gruntowego nawierzchni: warstwa ulepszonego podłoża, grunt rodzimy w wykopie lub grunt nasypowy w nasypie.
9. Czy Wykonawca w kalkulacji ofertowej uwzględnił ryzyko zmian cen materiałów i usług?
10. Czy Oferent ma rozpoznane źródła (kopalnie) pozyskania kruszyw? Czy Oferent ma zawarte wstępne porozumienia/umowy przedwstępne na dostarczanie kruszyw?
11. Prosimy o wyjaśnienie w jakim zakresie Wykonawca zamierza zrealizować niniejsze zamówienie przy udziale podwykonawców?
20. Czy Oferent uwzględnił koszty ryzyka związane z możliwym ograniczeniem dostępu do placu budowy, w tym z tytułu badań archeologicznych?

23 listopada 2023 r. Przystępujący złożył odpowiedź na ww. wezwanie, przy czym wskazał:
„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:

- Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty stanowiąca załącznik do pkt I Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (załącznik nr 1 w całości);

- Informacje wskazujące na przyjęte przez Wykonawcę założenia projektowe zawarte w załącznikach nr 8 i 9 do pkt III Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy oraz wszelkie ceny, kwoty zawarte w treści pkt lll oraz w załącznikach (załączniki nr 2, 3, 4, 5, 7 do niniejszych wyjaśnień w całości);
- Informacje zawarte w załącznikach do pkt III odnoszące się do podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca oraz warunków, w tym cen, na jakich współpraca ta jest nawiązywana, a w konsekwencji wskazujących na przyjęty przez Wykonawcę sposób wyliczenia ceny ofertowej (załączniki nr 6 w całości)".

30 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o odtajnieniu części zastrzeżonych przez Przystępującego wyjaśnień. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m. in.:

„7. Mając na uwadze powyższe w wyniku badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego (sygnatura: GDDKiA O/Sz.D-3.2410.3.2023.12.sm) w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający częściowo odtajnia informacje zawarte w pliku: Pismo_Budimex_wyjasnienia_23_11_2023.pdf
Informacje, które wg. Zamawiającego mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zaznaczono kolorem czarnym (dokument stanowi załącznik do pisma),
Ponadto Zamawiający informuje, że załączniki do ww. pisma (załącznik nr 1 do załącznika nr 9 (włącznie)) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego Zamawiający również pozostawia je jako tajne (...).

10. W wyniku dokonanej weryfikacji, Zamawiający stwierdza, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w sposób bardzo ogólny powołuje się na ryzyka związane z odtajnieniem informacji. Ponadto brak jest skonkretyzowania wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji.
Z uzasadnienia nie wynika jaką konkretną wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Wartość gospodarcza utajnianej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skuteczności ich zastrzeżenia.
W Uzasadnieniu posługują się Państwo uogólnieniami, które nie dają żadnej konkretnej wiedzy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.
11. Utajnieniu nie powinny podlegać wyjaśnienia w całości, a wyłącznie kluczowe elementy, takie jak np. ceny z ofert stanowiących dowody w zakresie wyjaśnień. Podkreślić należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Zdaniem składu orzekającego bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust 3 oraz art. 11 pkt 4 u.z.n.k. (...)".

Zamawiający odtajnił część informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego, przy czym poza ww. przytoczonym stanowiskiem Zamawiający nie dookreślił przyczyn, dla których niektóre informacje uznał za prawidłowo utajnione, a inne podlegające ujawnieniu.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o utrzymaniu w tajemnicy części informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego z 23 listopada 2023 r. oraz załączników do tych wyjaśnień była nieprawidłowa.

Zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność. Wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Nie ulega więc wątpliwości, że to rolą wykonawcy jest wykazanie, że zaistniały określone
w tym przepisie przesłanki dające podstawę do utrzymania w tajemnicy określonych informacji. Zamawiający ma więc w pierwszym rzędzie dokonać oceny, czy sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę odpowiada pojęciu „wykazania" w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp. Dopiero na dalszym etapie zamawiający może oceniać konkretne informacje pod kątem tego, czy rzeczywiście, mimo prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawcę, zasługują one na ochronę przez ujawnieniem.

W tej sprawie Zamawiający w krytyczny sposób ocenił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Zamawiający w bardzo trafny sposób wymienił wady tego zastrzeżenia i wskazał je jako podstawę do częściowego odtajnienia pisma Przystępującego z 23 listopada 2023 r. Uzasadnienie utajnienia tego pisma z

załącznikami nr 1-9 odnosiło
się jednak do całości zastrzeżonych informacji. Zamawiający nie miał więc podstaw
do samodzielnej oceny poszczególnych, zastrzeżonych przez Przystępującego danych pod kątem tego, czy mogłyby one zostać objęte ochroną przed ujawnieniem. Punkt 10 pisma Zamawiającego o częściowym odtajnieniu wyjaśnień Przystępującego w jednoznaczny sposób wskazuje, że Zamawiający dostrzegł wady uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jego obowiązkiem było w tej sytuacji odtajnienie całości wyjaśnień Przystępującego, wraz z załącznikami.

Zamawiający dokonując samodzielnej oceny treści wyjaśnień Przystępującego pod kątem zasadności utrzymania określonych danych w tajemnicy de facto wszedł w rolę tego wykonawcy, a w efekcie działał w jego interesie i na jego rzecz.

Podkreślenia wymaga, że to w interesie wykonawcy jest należyte uzasadnienie objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma natomiast żadnych powodów, by w swój sposób „pomagać" wykonawcy, który nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z art. 18 ust. 3 Pzp. Tego rodzaju działanie Zamawiającego mogłoby zostać zakwalifikowane jako naruszające art. 16 Pzp.

Zarzuty nr 2 i 3, jako ewentualne, podniesione na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 nie były przedmiotem rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……