

WYROK

z dnia 20 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa

Katarzyna Paprocka

Michał Pawłowski

Protokolant:Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 roku przez Odwołującego: **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Balmora A. C. ul. Lęborska 3B 80-386 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna ul. Targowa 74 03-734 Warszawa Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku ul. Kopernika 58 15-397 Białystok**

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1 wskazanego w petitum odwołania

2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów: 2 i 3 wskazanych w petitum odwołania

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie Kalkulacji ceny realizacji zamówienia z dnia 12 października 2023 roku wraz z ofertami,

nakazuje Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu całości korespondencji złożonej w Postępowaniu przez Wykonawcę KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie odnoszącej się do sytuacji podmiotowej tego wykonawcy

oraz złożonych dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 18 września 2023 roku w zakresie niezastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa,

nakazuje Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu w całości złożonych przez wykonawcę KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą

w Lublinie pismem z dnia 12 października 2023 roku wyjaśnień ceny - Kalkulacji ceny realizacji zamówienia wraz z ofertami,

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie

4.kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero grosz) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie Zakład Linii Kolejowych w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

na „Zabudowę urządzeń zdalnego sterowania na st. Augustów i włączenie do sterowania stacji Sidra, Dąbrowa Białostocka, Jastrzębna i Szczepki”, nr postępowania: 0113/1Z03GM/13492/03623/23/P, dalej jako „postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwaną dalej „ustawa Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod Nr 2013/S 149-474829 w dniu 31 lipca 2023 roku.

W dniu 4 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Balmora A. C. zwanego dalej: „Odwołującym” od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, polegających na niezgodnej z ustawą Pzp czynności badania i oceny ofert, czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A., ul Pochyła 9, 20-418, Lublin (dalej jako „KZA” lub „Wykonawca KZA”) oraz naruszeniu jawności i przejrzystości postępowania i pozbawieniu Odwołującego dostępu do istotnych informacji związanych z postępowaniem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy KZA

do poprawienia lub uzupełnienia JEDZ, w zakresie złożonego przez KZA w treści JEDZ oświadczenia, iż nie może on potwierdzić, że „nie jest winny poważnego wprowadzenia

w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (...)” ewentualnie art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania KZA do złożenia wyjaśnień dotyczących treści JEDZ w ww. zakresie, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KZA z uwagi na niezłożenie

w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) potwierdzającego brak podstaw wykluczenia;

ewentualnie (zarzut ewentualny do zarzutu 1.)

2)art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ustawy Pzp oraz w związku z S 5 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r.

w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r., poz. 2434), dalej: „rozporządzenia w sprawie protokołu”, poprzez brak udostępnienia Odwołującemu całości korespondencji złożonej w Postępowaniu przez (ZA, w tym informacji, iż KZA złożył Zamawiającemu jeszcze inne dokumenty odnoszące się do jego sytuacji podmiotowej, które w ocenie Zamawiającego zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku w tym zakresie;

3)art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w całości złożonych przez Wykonawcę KZA pismem z 12 października 2023 roku wyjaśnień ceny, a tym samym naruszenie jawności i przejrzystości postępowania i pozbawienie Odwołującego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, tj. dokumentacji postępowania w zakresie wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę KZA, z przekroczeniem upoważnienia ustawowego pozwalającego na nieujawnianie informacji zastrzeżonych przez wykonawców jedynie w przypadkach, kiedy wykazane zostanie, że rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa,

ewentualnie (zarzut ewentualny do zarzutu 3.)

4) W przypadku, gdy Izba nie uwzględni powyższego zarzutu i nie nakaże Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Wykonawcę KZA wyjaśnień ceny, Odwołujący podnosi zarzut ewentualny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, zawierająca błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia,

ewentualnie (zarzut ewentualny do zarzutu 4.)

5)W przypadku zaś, gdyby Izba uznała, że udzielone wyjaśnienia nie są wystarczające

do dokonania ich oceny, w tym do dokonania oceny poz. 4 RCO, Odwołujący podnosi zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy KZA do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych, pomimo że wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za taką cenę,

a w konsekwencji:

6)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy KZA jako najkorzystniejszej, na skutek błędnej czynności badania i oceny ofert, podczas gdy oferta KZA powinna zostać odrzucona

Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy KZA jako najkorzystniejszej,
- 2)ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
- 3)wezwania Wykonawcy (ZA do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia JEDZ, w zakresie złożonego przez KZA w treści JEDZ oświadczenia, iż nie może on potwierdzić, że „nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (...)’ ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy KZA z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) potwierdzającego brak podstaw wykluczenia,
- 4)ewentualnie udostępnienia Odwołującemu całości korespondencji złożonej w Postępowaniu przez KZA, w tym informacji, iż KZA złożył Zamawiającemu jeszcze inne dokumenty odnoszące się do jego sytuacji podmiotowej, które w ocenie Zamawiającego zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 5)odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez KZA pismem z 12 października 2023 roku wyjaśnień ceny,
- 6)po dokonaniu przez Izbę oceny udzielonych przez Wykonawcę KZA wyjaśnień ceny — o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy KZA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 lub pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp (lub wszystkich tych punktów łącznie),
- 7)ewentualnie, wezwania Wykonawcy KZA do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych.

Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 8)zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictwa, poniesionych przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą w Postępowaniu i ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp, Odwołujący poniósł szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący, mimo złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, która, zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, w wyniku niezgodnych z prawem działań i zaniechań Zamawiającego został pozbawiony szansy na uzyskanie przedmiotowego Zamówienia. W przypadku, gdyby Zamawiający działał zgodnie z ustawą Pzp, tj. uznał, że oferta KZA powinna zostać odrzucona, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie Zamówienia i osiągnięcie zysków z jego realizacji.

Niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły Odwołującemu uzyskanie Zamówienia, jak również zysków płynących z realizacji umowy. Nie ulega zatem wątpliwości fakt, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty tych zysków. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę

do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Ad 1.

Zgodnie z Rozdziałem X ust. 1 pkt 1 SWZ Zamawiający stosuje w Postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 2-4 oraz 7-10 ustawy Pzp,

w szczególności przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 3 pkt 1) SWZ Zamawiający żądał złożenia JEDZ wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

W punkcie 9 i 10 rozdziału X SWZ („KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW - PODSTAWY WYKLUCZ ORAZ WARUNKI UDZIAŁU WYKONAWCÓW

W POSTĘPOWANIU”) Zamawiający odniósł się do obowiązku dokonania self-cleaningu jako przesłanki pozwalającej na uniknięcie wykluczenia:

„9. Zgodnie z art. 110 ust. 2 Ustawy, Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1)naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2)wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem

lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub Zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie

dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi

za nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań

za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

10. Zamawiający oceni, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 9 powyżej, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 9 powyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę."

Na wezwanie Zamawiającego z 16 października 2023 roku w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, 30 października 2023 roku KZA złożył JEDZ, w którym wskazał w Części III lit. C („PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚĆ KONFLIKTEM INTERESÓW WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI”), iż nie może potwierdzić, że „nie jest poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (...)”.

Jednocześnie, mimo tego, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne odniesienie się do udzielonych informacji, tj. w wersji elektronicznej JEDZ (eESP) — po zaznaczeniu odpowiedzi „Tak” na ww. pytanie w JEDZ jest pole do wypełnienia pn. „Proszę je opisać” ,

a w wersji .doc znajduje się miejsce, gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi, wedle której podlega on wykluczeniu i ma obowiązek to uczynić. Wykonawca KZA poprzestał na złożeniu oświadczenia, wedle którego podlega wykluczeniu, nie przedstawiając Zamawiającemu żadnych dalszych informacji w tym zakresie.

Jednocześnie wskazać należy, że, pismem z 28 listopada 2023 roku złożonym przez platformę zakupową Zamawiającego, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie całości korespondencji prowadzonej w Postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a KZA.

30 listopada 2023 r. Zamawiający odpowiedział Odwołującemu na ww. wniosek przekazując — jak należy wnioskować z przesłanej wiadomości — całą korespondencję prowadzoną w Postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a KZA.

Z przekazanych dokumentów wynika, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego

z 16 października 2023 roku w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, 30 października 2023 roku KZA złożył Zamawiającemu, dokumenty, a wśród nich znajdował się złożony przez KZA „Spis podmiotowych Środków Dowodowych”, z którego wynika, że KZA nie złożyło Zamawiającemu żadnego dokumentu odnoszącego się do złożonego w JEDZ oświadczenia, wedle którego

nie potwierdza on, iż nie podlega wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie w błąd,

w szczególności nie złożył tzw. „samooczyszczenia”, o którym mowa w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Powyższe powoduje, iż Zamawiający zobowiązany był wezwać KZA,

na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, ewentualnie po wcześniejszym — na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp — wezwaniu

do złożenia wyjaśnień dotyczących treści JEDZ. Na podstawie dokumentów, jakie złożył

w Postępowaniu KZA Zamawiający nie może bowiem stwierdzić, że KZA nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy Pzp, tj. że nie jest Wykonawcą który:

8) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; lub

10) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- przy uwzględnieniu uregulowanych w art. 111 pkt 5) i 6) ustawy Pzp okresów wykluczenia.

Ad. zarzutu ewentualnego 2., tj. zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku

z art. 18 ustawy Pzp oraz w związku z § 5 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia w sprawie protokołu poprzez brak udostępnienia Odwołującemu całości korespondencji, jaka miała miejsce pomiędzy Wykonawcą KZA a Zamawiającym w Postępowaniu, pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku w tym zakresie.

Jak już wyżej wskazano, pismem z 28 listopada 2023 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie całości korespondencji prowadzonej w Postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą KZA.

Zamawiający przekazał korespondencję, która w odniesieniu do podstaw wykluczenia KZA

z Postępowania — nie zawiera żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że KZA

wraz z JEDZ złożył Zamawiającemu jakiegokolwiek oświadczenie wyjaśniające złożone w JEDZ oświadczenie o braku możliwości potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu,

w szczególności, że złożył tzw. samooczyszczenie, o którym mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Z tego powodu Odwołujący zakłada, iż żadna korespondencja, poza udostępnioną,

nie została przez KZA złożona i stawia zarzut opisany w pkt 1. niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazuje, że nie uzyskał od Zamawiającego żadnej informacji np. o tym, że KZA złożyło w Postępowaniu inne oświadczenia / dokumenty, ale przedmiotowa korespondencja w całości została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa,

a Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne (pomijając już nawet, że sama treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie stanowi tajemnicy i nie może być zastrzeżona —

w szczególności w całości). Gdyby zatem Zamawiający z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn nie przekazał Odwołującemu przedmiotowej korespondencji (ani nawet informacji, że taka korespondencja miała miejsce), uniemożliwiło to Odwołującemu weryfikację poprawności działań Zamawiającego i wniesienie ewentualnych środków ochrony prawnej

na treść tych oświadczeń/dokumentów (w tym błędne uznanie przez Zamawiającego,

iż zostały one zastrzeżone jako tajemnica skutecznie, w sytuacji uznania, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy Pzp w tym zakresie).

Powyższe w sposób ewidentny naruszałoby zasadę jawności Postępowania

(art. 18 ustawy Pzp) oraz zasadę niezwłocznego udostępniania wnioskowanych dokumentów (art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z 5 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia w sprawie protokołu).

Z tego powodu, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący formułuje też zarzut zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego ewentualnych innych oświadczeń i/lub dokumentów złożonych przez KZA, w tym informacji o istnieniu takich oświadczeń i/lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, która to informacja mogłaby stanowić podstawę do złożenia odwołania.

Ad. zarzutu 3., tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w całości złożonych przez Wykonawcę KZA pismem z 12 października 2023 roku wyjaśnień ceny, a tym samym naruszenie jawności Postępowania i pozbawienie Odwołującego dostępu do informacji związanych z Postępowaniem, tj. dokumentacji Postępowania w zakresie wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę KZA, z przekroczeniem upoważnienia ustawowego pozwalającego na nieujawnianie informacji zastrzeżonych przez wykonawców jedynie

w przypadkach, kiedy wykazane zostanie, że rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji narusza to przejrzystość postępowania i uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. 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."

Natomiast w art. 16 ustawy Pzp nałożono na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3)proporcjonalny.

W art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zdefiniowano pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa: „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.”

12 października 2023 r. Wykonawca KZA w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny z 4 października 2023 r., złożył pismo „Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 224 ust. 1 PZP” oraz pismo „Tajemnica przedsiębiorstwa” — oba datowane na 12 października 2023 r. Z pism tych wynika, że Wykonawca KZA zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. załącznik do pisma: „Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 224 ust. 1 PZP”, plik pod nazwą: „Oferta Wykonawcy z dnia 10.03.2023 r. z zastrzeżeniem poufności” oraz „informacje zawarte w dokumencie Kalkulacja ceny realizacji zamówienia oraz dołączonych do niego ofertach stanowiącym załącznik do pisma NTSB-201/2023 z dnia 12.10.2023 będącego wyjaśnieniem elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 224 ust. 1 PZP”

(w samym piśmie oznaczony jako „załącznik: 1 Kalkulacja ceny realizacji zamówienia”). Jednak, w ocenie Odwołującego, zastrzeżone pisma i zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jak też Wykonawca KZA nie wypełnił swojego obowiązku wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy bowiem zauważyć na wstępie, że Wykonawca KZA w piśmie „Tajemnica przedsiębiorstwa” — w założeniu mającym stanowić takowe wykazanie — nie zawarł żadnego konkretnego uzasadnienia odnoszącego się do dokumentów wskazywanych jako zastrzeżone i zawartych tam informacji, ale złożył standardowe, ogólne pismo, niewątpliwie przygotowane do złożenia wraz z wyjaśnieniami ceny składanymi w jakimkolwiek postępowaniu — o czym świadczy już samo odniesienie się na str. 10 (akapit pierwszy) pisma do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (a więc ustawy PZP z 2004 r.). Oznacza to, że pismo to niekoniecznie zostało zaktualizowane we wszystkich elementach nawet do „nowej” ustawy Pzp z 2019 r., czyli art. 18 ust. 3.

Podobnie pozostała treść pisma nie odnosi się do uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy konkretnych elementów wyjaśnień zawartych w dokumentach „Oferta Wykonawcy z dnia 10.03.2023 r. z zastrzeżeniem poufności” oraz „Kalkulacja ceny realizacji zamówienia”, lecz zawiera same stwierdzenia ogólne dotyczące definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i ogólniki dotyczące wyceny. Tymczasem należy zauważyć, że wyjaśnienia ceny dla robót budowlanych — nawet przy założeniu, że jest to „projektuj i buduj”, a samo wezwanie do wyjaśnień nie było szczegółowe — powinny w swojej istocie polegać na złożeniu mniej

lub bardziej rozbudowanych kosztorysów (niezależnie od nazwy, która tym kosztorysom może być nadana). Tymczasem znajomość metod kosztorysowania i umiejętność sporządzania prawidłowego kosztorysu nie jest jakąkolwiek wiedzą i umiejętnością właściwą tylko Wykonawcy KZA, czy jego pracownikom, lecz stanowi wiedzę profesjonalną dostępną każdemu odpowiednio wykształconemu inżynierowi czy kosztorysantowi, a zatem każdemu wykonawcy z tej branży. Tym samym nie jest to żadne know-how, które może zostać przywłaszczone przez konkurującego wykonawcę po zapoznaniu się z treścią danego kosztorysu na wykonanie danych robót budowlanych i użyte w odniesieniu do innych robót budowlanych. Oznacza to, że argument Wykonawcy KZA zawarty na str. 2 pisma („Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach,

w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana.”) jest chybiony. Istniejąca w tym Postępowaniu sytuacja bowiem nie powoduje ani możliwości przywłaszczenia sobie jakiegokolwiek know-how, ani nie stanowi sytuacji, w której oczekiwanie zachowania poufności jest uzasadnione. Bowiem ani ów rzekomy know-how, ani informacje nie posiadają rzeczywistej lub potencjalnej wartości handlowej.

Know-how w zakresie wyceny robót budowlanych nie jest bowiem indywidualną wiedzą Wykonawcy KZA, za to kosztorysy (lub inne dokumenty wyceny) sporządzane są wyłącznie i indywidulanie do danego postępowania i nie nadają się do wykorzystania w innej i przyszłej sytuacji, zawierają bowiem zbyt wiele charakterystycznych tylko dla siebie elementów. Zatem wystarczy nawet niewielka zmiana oczekiwań inwestora, zmiana cen materiałów (w polskiej praktyce notoryczna), usług (np. wynajmu sprzętu), czy robocizny — albo

koncepcji wykonania, by dany kosztorys był nieaktualny i nie nadawał się do powtórnego wykorzystania.

O tym, że znajomość kosztorysów składanych przez poszczególnych wykonawców w poszczególnych postępowaniach nie stanowi wiedzy przydatnej do uzyskania przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach, świadczy najlepiej doświadczenie życiowe —

z którego wynika, że zapoznanie się nawet z najbardziej szczegółowymi kosztorysami konkurentów nie gwarantuje żadnemu wykonawcy sukcesu w innych postępowaniach, bowiem w nich zostaną sporządzone odmienne kosztorysy, obejmujące prace dla danego zamówienia, oparte o założenia przyjęte dla tego zamówienia. Z tego też powodu nie jest tak, że jeden wykonawca uzyskuje wszystkie zamówienia, w których składa oferty, lecz w różnych postępowaniach ranking ofert — nawet tych samych wykonawców — jest różny. Dlatego też przez wiele lat kosztorysy składane wraz z ofertami nie były zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeśli zaś nie ma podstawy by zastrzegać jako tajemnicy przedsiębiorstwa tak szczegółowych kalkulacji jak kosztorysy, to tym bardziej nie ma podstaw, by zastrzegać jakiegokolwiek kalkulacje bardziej ogólne (niezależnie od nadanej im nazwy).

Należy bowiem podkreślić, że kosztorysy same w sobie nie mają jakiegokolwiek generalnej wartości gospodarczej — dotyczą bowiem wyłącznie danej inwestycji

i są charakterystyczne wyłącznie dla podmiotu, który je sporządza (dlatego w każdym przetargu każdy wykonawca sporządza odmienny kosztorys). Cudze kosztorysy nie posiadają więc żadnej wartości ekonomicznej i nie mogą zostać wykorzystane przez innego wykonawcę

w przyszłości, a tym bardziej zaoszczędzić mu wydatków lub zwiększyć zysków. Zatem również argument Wykonawcy KZA zawarty na str. 5 pisma („Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) musi mieć przynajmniej minimalną wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną,

tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski”). O braku owej realnej i generalnej wartości gospodarczej świadczy najlepiej fakt,

że Wykonawca KZA w ogóle nie wskazał żadnej konkretnej (czy nawet potencjalnej) wartości handlowej czy gospodarczej owych informacji zawartych w dokumentach przedłożonych

12 października 2023 r., a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co więcej — wszystkie odniesienia w tym zakresie są jedynie cytatami, czy to z dyrektywy, czy wyroków lub innych opracowań. I dotyczy to nie tylko wartości gospodarczej, bowiem większość uzasadnienia owego zastrzeżenia tajemnicy to albo cytaty, albo odniesienie do różnego rodzaju opracowań i poglądów w danej dziedzinie, nie zaś do zastrzeżonego tekstu (informacji czy dokumentów).

Nawet zawarte na str. 3 wskazanie: „Informacje te dotyczą przede wszystkim sposobu kalkulacji i budowania ceny ofertowej przez Wykonawcę, w tym m.in.:

- szczegółowych kosztów pracy, w tym wysokości wynagrodzeń pracowników;
- szczegółowych kosztorysów określonych branż, w tym nakładów ilościowych niezbędnych do wykonania danych prac wg kalkulacji własnych;
- kosztów dostaw materiałów i systemów;
- ofert podwykonawców na wykonawstwo określonych robót;
- przyjętych wartości kosztów ogólnych i pośrednich;
- przyjętych wartości ryzyka;
- zakładanego poziomu zysku i wysokości marży.

Na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Spółki, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania,

jej wprowadzanych procedurach wewnętrznych, jak i wszystkich innych elementach, które

de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu”, stanowi raczej oświadczenie KZA niż uzasadnienie i nie odnosi się do konkretnej sytuacji tego postępowania. Większość

ze wskazanych w punktach danych to standardowe elementy kosztorysów.

Ze względu na to, że Odwołujący nie ma wglądu w przedmiotowe wyjaśnienia, wskazuje, że w pierwszej kolejności wymaga sprawdzenia, czy przedstawione wyjaśnienia rzeczywiście zawierają wszystkie te elementy, zwłaszcza opisane w sposób, który można uznać za „szczegółowy”, czy też wnoszący jakieś istotne informacje, nadające

się do wykorzystania przez konkurencję oraz czy poznanie „tychże danych pozwala konkurentom na poznanie polityki cenowej nie tylko w zakresie tego konkretnego zamówienia, ale i dla innych postępowań”. Jak już wskazano bowiem, poznanie nawet szczegółowych kosztorysów w danej sprawie (dla danej inwestycji) nie buduje żadnej przewagi

konkurencyjnej innych wykonawców w innych postępowaniach. Natomiast to, że metody wyceny przyjęte dla określonej kategorii robót mogą być stosowane w różnych postępowaniach, nie wynika z żadnych indywidulanych wartości owych metod, lecz właśnie

z tego, że są to metody standardowe stosowane w branży (jest to po prostu znajomość zasad kosztorysowania). Zatem w kolejnym postępowaniu czy kolejnych postępowaniach mogą

być zastosowane te same metody kosztorysowania, ale same kosztorysy będą się różniły, gdyż będzie trzeba przyjąć inne założenia cenowe — co najmniej w zakresie materiałów.

Zatem również wskazania na str. 4, że „powzięcie przez konkurentów Spółki wiedzy

o informacjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć rzeczywisty i negatywny wpływ na pozycję rynkową Wykonawcy, znacznie ją osłabiając, a tym samym uniemożliwić Spółce zdobywanie kontraktów, zarówno w sektorze publicznym jak i niepublicznym”

są mocno przesadzone i nie znajdują uzasadnienia w zakresie informacji zawartych w tych pismach.

W dalszej kolejności na str. 4 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy Wykonawca KZA powołuje się na: „informacje takie jak: wysokość przyjętych do kalkulacji i wysokość obowiązujących u Wykonawcy stawek wynagrodzeń pracowniczych, wysokości kosztów pracy sprzętu, nakładów ilościowoczasowych niezbędnych do wykonania danych prac (przygotowanych wg kalkulacji własnych), cen nabycia określonych materiałów jak i prac

(w tym prac podwykonawców), wysokości rabatów, źródeł dostaw, przyjmowanych kosztów pośrednich, kalkulacji ryzyka, zakładanych poziomów zysku i marży.” Należy tu ponowić wniosek o sprawdzenie, czy przedstawione kalkulacje rzeczywiście zawierają elementy wskazane powyżej, jest to bowiem wątpliwe. Co więcej, informacje takie, aby pozwalały na sformułowanie konkretnych wniosków co do sposobu działania Wykonawcy KZA w zakresie wycen, musiałyby być bardzo szczegółowe — jakie wynagrodzenie pracownika, za jaką pracę (tj. do jakiej pozycji) oraz w jakim wymiarze dla tej pozycji — i dlaczego; podobnie: jaki konkretny sprzęt, dla jakich prac, za jaką stawkę (stawki różnego sprzętu są bowiem inne, podobnie jak godziny jego pracy). Co więcej, nawet gdyby Wykonawca KZA rzeczywiście podał w wyjaśnieniach takie informacje, to są to właśnie informacje (tzw. M, R, S — materiał, robocizna, sprzęt) tradycyjnie podawane w kosztorysie szczegółowym (szczegółowe, konkretne wyliczenia dla danej pozycji kosztorysu) lub bardziej ogólnie (zbiorczo)

w kosztorysie uproszczonym. Kosztorysy zaś ze swojej istoty są jawne.

Tym samym kosztorysy (czy inne kalkulacje) też nie stanowią owego „całokształtu informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych”, do których Wykonawca KZA odnosi się na str. 5 pisma. Jest to po prostu zwykła kalkulacja.

Powyższe wskazania Odwołującego odnoszą się w pierwszej kolejności

do kosztorysów / kalkulacji ceny jako dokumentów zwyczajowo przygotowywanych

dla obliczenia oraz wyjaśnienia oferowanej ceny, jak też charakterystycznych dla branży budowlanej. Jednak powyższe uwagi Odwołującego tym bardziej mają zastosowanie

do wszystkich dokumentów, które mógł przedstawić Wykonawca KZA wraz z wyjaśnieniami ceny, ze względu na to właśnie, że żaden z nich nie będzie dawał wiedzy (bardziej szczegółowej niż kosztorys) o sposobie wyceny oferty i metodach działania Wykonawcy KZA, która ma realną wartość gospodarczą i może być wykorzystana przez konkurencję

w przyszłości.

Na str. 3 Wykonawca KZA wskazuje również na oferty podwykonawców na wykonanie określonych robót. Na str. 1 wskazuje także, że do „Kalkulacji ceny realizacji zamówienia” załączył oferty. Odwołujący nie neguje, że w pewnych okolicznościach otrzymane oferty — czy też ich część (np. nazwa oferenta), mogą stanowić tajemnicę wykonawcy, jednak Wykonawca KZA — oprócz wskazania, że takie oferty zostały załączone do wyjaśnień —

nie zawarł żadnego uzasadnienia, dlaczego oferty te nie mogą zostać ujawnione i w której części. Należy zauważyć, że — jeśli Wykonawca KZA — posługiwał się ofertami w celu wyjaśnienia ceny, to przynajmniej zakres oferowanych prac i ich ogólna wartość, powinny zostać ujawnione.

Należy także podkreślić, że Wykonawca KZA przedmiotowe dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzegł w całości. Niemożliwe jest zaś, by całość ich treści stanowiła tajemnicę i musiała być objęta poufnością. Nawet bowiem jeśli przyjąć, że pewne założenia przyjęte do kosztorysowania mogą stanowić informacje dla wykonawcy wrażliwe (np. gdzie można wynająć sprzęt w wyjątkowo atrakcyjnej cenie), to tajemnicy nie stanowią i nie mogą stanowić ich końcowe efekty, czyli konkretne liczby (konkretna wycena)

dla poszczególnych prac, które mają zostać zrealizowane.

Zastrzeżenie dokumentów w całości przeczy także wielokrotnie wskazywanej

w orzecznictwie KIO i sądów zasadzie minimalizacji, czyli zasadzie zastrzegania

jak najmniejszej możliwej objętości tekstu dokumentów i tylko tego tekstu, którego zastrzeżenie rzeczywiście jest

uzasadnione. Zastrzeganie jakichkolwiek informacji

jest bowiem wyjątkiem od zasady jawności postępowania (a także przejrzystości tego postępowania), zatem powinno być realizowane w sposób dla wyjątków przewidziany,

a więc jedynie w niezbędnym zakresie, bez ich rozszerzania. Tymczasem Wykonawca KZA zastrzegł całe dokumenty, a Zamawiający owego zastrzeżenia prawidłowo nie zweryfikował. Takie działanie Wykonawcy KZA i Zamawiającego narusza zasady postępowania nie tylko wskazywane w orzecznictwie krajowym, ale także opisane w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE wydanym w sprawie C-54/21. Jak wskazał Trybunał (odniesienia

do dyrektywy dotyczącej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE): „Wreszcie, w odniesieniu do opisanej przez sąd odsyłający praktyki polegającej na tym,

że w odnośnym państwie członkowskim instytucje zamawiające każdorazowo uwzględniają wnioski oferentów o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich informacji, których ujawnienia konkurującym z nimi oferentom ci pierwsi sobie nie życzą, należy stwierdzić,

że taka praktyka — przy założeniu, że rzeczywiście ją przyjęto, czego zweryfikowanie nie należy do Trybunału — może naruszać nie tylko równowagę między zasadą przejrzystości określoną w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 a ochroną poufności, o której mowa w jej art. 21 ust. 1 tej dyrektywy, ale także przypomniane w pkt 50 niniejszego wyroku wymogi skutecznej ochrony sądowej, jak również ogólną zasadę dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 117).

Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i pogodzenia ochrony poufności z wymogami skutecznej ochrony sądowej instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych,

w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 122, 123). Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności — o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie — przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną

w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu,

że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 124,

W niniejszej sprawie ani Wykonawca KZA nie przygotował jawnej wersji złożonych, zastrzeżonych dokumentów, ani nie sporządził jej Zamawiający, jak też nie sporządził ich jawnego streszczenia ani jawnego streszczenia oceny złożonych wyjaśnień. Zamawiający przyjął zastrzeżenie tajemnicy w całości i bezkrytycznie, również w zakresie, który takiej tajemnicy nie stanowi (jak też nie stanowi informacji poufnych, do których odnosi się Trybunał), co narusza jego obowiązki nie tylko wskazane przez Trybunał Sprawiedliwości UE, ale też przez art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. zachowania jawności postępowania, jak i zakaz ograniczania dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia poza przypadki określone w ustawie. Nie ma przy tym wątpliwości, że wyjaśnienia ceny oferty Wykonawcy KZA to dokumenty istotne dla postępowania i jego wyniku. Powyższe działanie Zamawiającego w konsekwencji narusza zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 ustawy Pzp.

Ad. zarzutu 4., tj. zarzutu ewentualnego odnoszącego się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KZA, która powinna podlegać odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, zawierająca błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiot zamówienia;
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego z ceną 119.043.213 zł brutto oraz Wykonawcy KZA z

ceną 91.396.046,67 zł brutto. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 142.680.000 zł brutto (116.000.000 zł netto). Taka też kwota, tj. 116.000.000 zł netto, została wskazana przez Zamawiającego jako wartość szacunkowa zamówienia.

Z tego powodu 4 października 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę KZA, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do „złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz kosztu. Zamawiający badając złożoną przez Państwa ofertę stwierdził, że jest ona znacząco niższa od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Wykonawca złożył ofertę na kwotę brutto: 91 396 046,67 PLN, natomiast kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 142 680 000,00 PLN brutto, co oznacza, że Oferta Wykonawcy jest niższa o 35,94%. Wątpliwości Zamawiającego budzi kwestia, co do tego czy możliwe jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia za oferowaną przez Państwa cenę, przy uwzględnieniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia szczegółowych wyjaśnień, dotyczących wszystkich elementów, które miały wpływ

na wysokość zaoferowanej ceny dla przedmiotowego zadania tak, aby w sposób obiektywny potwierdzały możliwość jego wykonania wraz z przedłożeniem stosownych dowodów. Wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia i wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników. Zamawiający oczekuje, że zaprezentowany przez Państwa sposób skalkulowania ceny oferty wykaże, że możliwe jest wykonanie Zamówienia za oferowaną cenę.”

12 października 2023 r. Wykonawca KZA złożył „Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 224 ust. 1 PZP”, których istotną część, tj. kalkulację ceny realizacji zamówienia z załącznikami zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast część, która pozostała jawna, zawiera same ogólne informacje nie mówiące zupełnie niczego o zastosowanej cenie ani tym bardziej nie stanowiące żadnego dowodu w tym zakresie.

Zawarte z części jawnej zestawienie argumentów i wyjaśnień potwierdza, że poza ogólnymi deklaracjami, nie zawierają one żadnych informacji ani wyliczeń, do których Odwołujący mógłby się odnieść, a tym bardziej, które realizowałyby cel wezwania do wyjaśnień.

W tej części wyjaśnień Wykonawca KZA powołał się na współpracę ze stałymi kontrahentami i podwykonawcami, dzięki którym uzyskuje zakup materiałów z bardzo korzystnymi cenami oraz korzystne ceny za wykonywanie robót (pkt 7 na str. 4 pisma). Nie jest Odwołującemu wiadome, jakie konkretnie dowody Wykonawca KZA przedstawił na tę okoliczność, jak też jakie przedstawił oferty, do których odnosił się w piśmie dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa — natomiast zgodnie z obecnym orzecznictwem KIO nie jest wystarczające samo przedstawienie ogólnej oferty podwykonawcy, lecz musi ona zawierać takie przedstawienie kosztów, aby można było zweryfikować podaną przez tego potencjalnego podwykonawcę cenę. Wynika to z faktu, że również podwykonawca ponosi dane koszty, a zaoferowaną „wyjątkowo atrakcyjną cenę” także musi uzasadnić ekonomicznie. Poza tym złożenie oferty podwykonawcy nie zwalnia ani zamawiającego z obowiązku oceny tego dowodu pod względem jego realności, rzetelności i wiarygodności, a wykonawcy z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Dodatkowo, ze względu na to, że Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie dokonać weryfikacji złożonych ofert — wnosi o sprawdzenie, czy oferty wskazane w wyjaśnieniach,

a dotyczące konkretnych robót, pochodzą od wykonawców wskazywanych wcześniej jako podmioty udostępniające zasoby, których udział w wykonaniu zamówienia jest konieczny.

Jako że Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z udzielonymi przez Wykonawcę KZA wyjaśnieniami, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 3 Odwołujący wnosi także

o przeprowadzenie analizy i oceny udzielonych wyjaśnień bezpośrednio przez Izbę, ewentualnie o przeprowadzenie z urzędu dowodu z opinii biegłego, który będzie w stanie takie wyjaśnienia profesjonalnie ocenić. Jak wskazano powyżej, bez zapoznania się z kalkulacją dokonaną przez Wykonawcę KZA nie jest możliwe dokonanie przez Odwołującego weryfikacji wyjaśnień i sformułowanie szczegółowych zarzutów. Natomiast Odwołujący może wskazać, że, w jego ocenie, Wykonawca KZA, niezależnie od sposobu wyjaśnienia, nie był w stanie uzasadnić co najmniej niektórych pozycji. Przykładem takiej pozycji jest poz. 4 „Rozbicia ceny ofertowej” (RCO).

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawcy mieli przedstawić w ofercie formularz „Rozbicie ceny ofertowej”, według wzoru załączonego do SWZ.

W poz. 4. RCO „Przystosowanie rozjazdów do montażu napędów zwrotnicowych na stacji Augustów” Odwołujący zaoferował cenę 1.850.000 zł netto, natomiast Wykonawca KZA cenę jedynie 83.000 zł netto.

Powyższa różnica nie może wynikać jedynie „najpewniej z wielkości marż poszczególnych wykonawców” oraz „innych miękkich elementów wyceny, w tym przede wszystkim wyceny ryzyka czy też kosztów pośrednich i ogólnych” — jak wskazał Wykonawca KZA na wstępie wyjaśnień. Wartość ta, wskazana w ofercie Wykonawcy KZA, nie pokrywa bowiem nawet kosztów niezbędnych materiałów.

Zatem nieuwzględnienie przez Wykonawcę KZA w poz. 4 RCO pełnych kosztów przystosowania rozjazdów do montażu napędów zwrotnicowych na stacji Augustów skutkuje niezgodnością oferty z treścią SWZ, jak i błędem w obliczeniu ceny polegającym na nieprawidłowej wycenie tej pozycji. Należy tu podkreślić, że przesłanki odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp nie określają granicy owej niezgodności z wymaganiami SWZ, czy też granicy błędu w cenie. Tym samym odrzuceniu będzie podlegała oferta

w każdym przypadku, gdy nie jest możliwe jej poprawienie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Oferta Wykonawcy KZA już z tego jednego powodu (nieprawidłowego obliczenia wartości poz. 4 RCO) powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp. Skala błędu (ok. 1,5 mln) wskazuje bowiem na niedoszacowanie ceny oferty co najmniej

o taką kwotę, co spełnia przesłankę ceny rażąco niskiej. Samo zaś niedoszacowanie świadczy zarówno o błędzie w obliczeniu ceny, jak i niezgodności z SWZ, zgodnie z którą koszty prac związanych z przystosowaniem rozjazdów do montażu napędów zwrotnicowych na stacji Augustów powinny zostać ujęte wyłącznie w poz. 4 RCO.

Ad. zarzutu 5., tj. zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy KZA do złożenia dodatkowych wyjaśnień,

w zakresie zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych, pomimo że wydają

się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za taką cenę.

W przypadku, gdyby Izba uznała, że udzielone wyjaśnienia nie są wystarczające

do dokonania ich oceny, w tym do dokonania oceny poz. 4 RCO, Odwołujący podnosi zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy KZA do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w zakresie zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Skoro cena poz. 4 RCO wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za taką cenę, to Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę KZA

do dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Ad. zarzutu 6. tj. zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy KZA jako najkorzystniejszej, na skutek błędnej czynności badania i oceny ofert, podczas gdy oferta KZA powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi konsekwencję opisanych wyżej, niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań i zaniechań Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzuty podniesione w odwołaniu są uzasadnione, zatem Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 15 grudnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia

oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,

że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów 2 i 3 podniesionych w petitum odwołania.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów uwzględnionych.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1 petitum odwołania, w związku z jego wycofaniem przez Odwołującego podczas rozprawy.

Izba za zasadny uznała zarzut podniesiony w petitum odwołania jako zarzut 2, dotyczący naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ustawy Pzp oraz w związku z § 5 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r., poz. 2434), dalej: „rozporządzenia w sprawie protokołu”, poprzez brak udostępnienia Odwołującemu całości korespondencji złożonej w Postępowaniu przez KZA, w tym informacji, iż KZA złożył Zamawiającemu jeszcze inne dokumenty odnoszące się do jego sytuacji podmiotowej, które w ocenie Zamawiającego zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku w tym zakresie, a także podniesiony z ostrożności w treści uzasadnienia, zarzut zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego ewentualnych innych oświadczeń i/ lub dokumentów złożonych przez KZA, w tym informacji o istnieniu takich oświadczeń i/lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to informacje mogłyby stanowić podstawę do złożenia odwołania.

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdziła, że Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 28 listopada 2023 roku dotyczący udostępnienia całości korespondencji prowadzonej z wykonawcą KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. (dalej wykonawca KZA) nie przekazał wszystkich dokumentów złożonych przez tego wykonawcę, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie przekazał również Odwołującemu informacji, że część dokumentów złożonych przez wykonawcę KZA została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i nie podlega udostępnieniu.

W ocenie Izby, Zamawiający zaniechał również udostępnienia oświadczeń /dokumentów złożonych przez wykonawcę KZA, które nie zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa. Takim dokumentem przykładowo był dokument „Tajemnica przedsiębiorstwa” z dnia 18 września 2023 r. zawierający uzasadnienie dla objęcia zastrzeżonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W treści ww. dokumentu, wykonawca KZA wskazał wyrażnie, że tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki stanowią:

- 1)informacje zawarte w dokumentach stanowiących załączniki do tego uzasadnienia,
 - 2)informacje zawarte w pkt II. Potwierdzenia spełnienia przez Spółkę wszystkich przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy PZP pisma Nr NTSB – 183/2023 z dnia 18.09.2023 r. pn. „Wyjaśnienia Spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”,
 - 3)informacje zawarte w dokumentach stanowiących załączniki do pisma, o których mowa w pkt 2) powyżej,
- a nie sama treść uzasadnienia dla tajemnicy przedsiębiorstwa – jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 grudnia 2023 roku i podtrzymanym na rozprawie, w zakresie prawidłowości oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający na str. 3 wskazał, że *wraz z ofertą wykonawca KZA przedłożył dokument datowany na dzień 18 września 2023 r. zatytułowany „Wyjaśnienia spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp”. Dokument ten stanowił załącznik do innego dokumentu datowanego na dzień 18 września 2023 r., w którym wykonawca KZA zastrzegł treść załączników do tegoż pisma jako dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedmiotowe zastrzeżenie w ocenie zamawiającego nie budziło wątpliwości. Z uwagi na powyższe w sytuacji, w której odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przekazanie całości korespondencji z wykonawcą KZA, dokument dotyczący wyjaśnień w trybie art. 110 ust. 2 Pzp nie został przekazany. Podkreślenia wymaga fakt, iż odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie konkretnego dokumentu a zbioru dokumentów, w postaci całości korespondencji. Zamawiający przekazał odwołującemu wszystkie dokumenty poza tymi, które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.*

Wskazać należy, że zgodnie z treścią pkt 2) dokumentu „Tajemnica Przedsiębiorstwa” z dnia 18 września 2023 roku, wykonawca KZA objął tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie pkt II dokumentu „Wyjaśnienia spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp” oraz załączniki do tego dokumentu, natomiast Zamawiający błędnie uznał, że

zastrzeżenie odnosi się do całego dokumentu. Co więcej, przechodząc już do samego dokumentu „Wyjaśnienia spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp” znaleźć można doprecyzowane zastrzeżenie Wykonawcy KZA co do załączników, zgodnie z którym: *Zastrzegamy treść punktu „II. Potwierdzenie spełnienia przez Spółkę wszystkich przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp” niniejszego dokumentu oraz treść dokumentów stanowiących załączniki do nr 6 do nr 13 do niniejszego pisma jako zawierające informacje „stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

W powyższych okolicznościach, zarzut braku udostępnienia Odwołującemu całości korespondencji złożonej w Postępowaniu przez KZA, w tym informacji, iż KZA złożył Zamawiającemu jeszcze inne dokumenty odnoszące się do jego sytuacji podmiotowej, które w ocenie Zamawiającego zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,

w tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku w tym zakresie, a także zarzut zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego ewentualnych innych oświadczeń i/ lub dokumentów złożonych przez KZA,

w tym informacji o istnieniu takich oświadczeń i/lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała za zasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3 podniesionego w petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w całości złożonych przez Wykonawcę KZA pismem z 12 października 2023 roku wyjaśnień ceny, a tym samym naruszenie jawności i przejrzystości postępowania i pozbawienie Odwołującego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, tj. dokumentacji postępowania w zakresie wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę KZA, z przekroczeniem upoważnienia ustawowego pozwalającego na nieujawnianie informacji zastrzeżonych przez wykonawców jedynie w przypadkach, kiedy wykazane zostanie, że rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała zarzut za zasadny.

Złożone przez Wykonawcę KZA zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 12 października 2023 roku w świetle obowiązujących przepisów Pzp oraz orzecznictwa Izby nie można uznać za skuteczne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp 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) (dalej ustawa o znk), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby więc zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, muszą zostać spełnione przesłanki określone w wyżej przytoczonym przepisie, a więc po pierwsze, informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, po drugie wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępnione i po trzecie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze treść art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że muszą spełniać kryteria określone w art. 11 ust. 2 ustawy o znk., tj. muszą to być informacje:

- o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym 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
- co do których podjęto działania mające na celu zachowania tych informacji w poufności.

Podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania wymagający ścisłej interpretacji. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Zamawiający powinien dokonywać przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz to, czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 ustawy

o znk zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji

szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów - to Zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom.

Brak dostępu do treści wyjaśnień ceny wraz z dowodami uniemożliwia bowiem faktycznie ocenę wyjaśnień i zaistnienia podstaw odrzucenia oferty, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

W orzecznictwie podkreśla się, że skoro ustawodawca posłużył się w art. 18 ust. 3 Pzp wymogiem wykazania, to porzucenie przez wykonawcę na złożeniu samych wyjaśnień, oświadczeń czy deklaracji w tym zakresie, jest niewystarczające. To na wykonawcy ciąży wymóg „udowodnienia” zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o znk.

Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Nie ulega wątpliwości, że każdorazowo uwzględnienie zarzutu dotyczącego odtajnienia wyjaśnień ceny prowadzi do konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej ponieważ ma lub co najmniej może mieć bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Dopiero bowiem po zapoznaniu się z treścią odtajnionych wyjaśnień, wykonawca może kwestionować wybór konkurencyjnego wykonawcy i zaniechanie jego odrzucenia, inaczej prawo do środków ochrony prawnej byłoby czysto iluzoryczne.

Jak wskazuje orzecznictwo Izby (np. wyrok z dnia 15 stycznia 2021 r. KIO 3324/20, wyrok

z dnia 30 grudnia 2020 r. KIO 3227/20, wyrok z dnia 9 października 2020 r. KIO 2297/20)

w każdym przypadku odtajnienie wskutek uwzględnienia odwołania bezprawnie nieudostępnionych wyjaśnień ceny z dowodami ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ocenę ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, w ocenie Izby wykonawca KZA nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 18 ust. 3 Pzp, uprawniającego

do objęcia przedstawionych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba dokonała analizy pisma z 12 października 2023 roku, w którym wykonawca KZA przedstawił uzasadnienie dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych

w dokumencie pn. *Kalkulacja ceny realizacji zamówienia* oraz dołączonych do nich ofert.

Złożone uzasadnienie nie spełnia wymogu wykazania, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadają taki walor.

Po pierwsze, Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym przedstawione uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w większości stanowi odniesienie się do ogólników, poglądów doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i niekoniecznie zostało przygotowane w odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego.

Po drugie, w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została wykazana wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Pomimo tego, że Wykonawca KZA w treści pisma kilkakrotnie powołuje się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, to w ocenie Izby nie wykazał on, aby zastrzeżone informacje taką wartość posiadały.

W szczególności nie można za wykazanie wartości gospodarczej uznać oświadczenia, zgodnie z którym wartością gospodarczą są dla wykonawcy informacje dotyczące sposobu kalkulacji i budowania ceny ofertowej m.in.: szczegółowe koszty pracy, w tym wysokość wynagrodzenia pracowników, szczegółowe kosztorysy określonych branż, nakłady ilościowe niezbędne do wykonania danych branż wg kalkulacji własnych, rabaty, kalkulacja ryzyka, zakładany poziom zysku, ponieważ żadna z tych informacji nie została uwidoczniona ani wyraźnie wskazana w *Kalkulacji ceny realizacji zamówienia*.

Nie znajduje zatem uzasadnienia stanowisko wykonawcy KZA, że na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą poznać informacje o potencjale Spółki, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania, (...), jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzą o pozycji rynkowej danego podmiotu, skoro takich informacji wykonawca nie zawarł w *Kalkulacji ceny realizacji zamówienia*

Trudno również podzielić argumentację wykonawcy KZA, iż wskazany sposób kalkulacji ceny stanowi know-how Wykonawcy, wypracowany przez wiele lat, w oparciu

o doświadczenie organizacyjne jak i jej zaufanych kluczowych pracowników. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, jego organizację pracy, jak i koszty, która

to argumentacja odwołuje się do niewyodrębnionych ani nieuwidoczniionych w treści *Kalkulacji ceny realizacji zamówienia* stawek wynagrodzeń pracowniczych, wysokości kosztów pracy, nakładów ilościowo – czasowych niezbędnych do wykonania danych prac, wysokości rabatów, kalkulacji ryzyka, zakładanych poziomów zysku i marży, zakładanych ilości roboczogodzin, szacowanej liczby pracowników do wykonania zamówienia, ilości oraz czas pracy sprzętu.

Analizując dalszą treść uzasadnienia w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, wykonawca KZA powołuje się również na zobowiązanie do zachowania w poufności informacji handlowych w ramach współpracy z dostawcami i podwykonawcami oraz opatrzenia złożonych ofert klauzulą poufności wskazując, że ewentualne odszkodowanie narazi wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą wobec tych podmiotów.

Również w zakresie fragmentu powyższego uzasadnienia próżno szukać ze strony wykonawcy KZA spełnienia wymogu wykazania, że powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca oświadczył, że podjął określone działania mające na celu zachowanie ich w poufności, podpisał umowy zawierające odpowiednie klauzule o zachowaniu w tajemnicy przekazanych w negocjacjach informacji, jednakże na tą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów. W ocenie Izby wyłączone oznaczenie przez wykonawcę dokumentu treścią „tajemnica przedsiębiorstwa” nie jest wystarczające dla potwierdzenia, że wykonawca zobowiązany jest do jego nieujawnienia pod groźbą odpowiedzialności odszkodowawczej wobec podmiotów, które złożyły mu oferty.

W odniesieniu do działań podjętych w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, to wskazać należy, że wykonawca KZA nie wykazał aby w przedmiotowej sprawie podjął jakiegokolwiek działania pozwalające na utrzymanie w poufności informacji zawartych w *Kalkulacji ceny realizacji zamówienia* oraz dołączonych do niej ofertach.

Lektura uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa może sugerować, że dotyczy ono innego stanu faktycznego oraz innych informacji, niż te zawarte w *Kalkulacji ceny realizacji zamówienia*.

Załączone do uzasadnienia (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa):

1. Instrukcja ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.;

2. Oferta Wykonawcy z dnia 10.03.2023 r. z zastrzeżeniem poufności;

3. Wzór Oświadczenia pracownika o zapoznaniu się z przepisami zakładowymi

nic nie wnoszą do sprawy. Nie potwierdzają działań wykonawcy KZA co do objęcia w tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących tego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest bowiem wiadome, czy poza opracowaniem *Instrukcji ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa* oraz *Wzoru Oświadczenia pracownika*, wykonawca KZA podjął jakiegokolwiek inne działania w celu egzekwowania i wdrożenia opisanych w nich zasad.

Wobec powyższego, w ocenie Izby wykonawca KZA w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem *Kalkulacji ceny realizacji zamówienia* wraz z ofertami, złożone przez tego wykonawcę nie zasługują na ochronę przynależną informacjom stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec uwzględnienia zarzutów podstawowych, Izba zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego podczas rozprawy, nie rozpoznała zarzutów ewentualnych, podniesionych w pkt 4 i 5 petitum odwołania.

Natomiast Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 6 petitum odwołania, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, wskazując, że Odwołujący nie wykazał, aby wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) oraz § 7 ust. 5) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba uznała, że z uwagi na stwierdzone naruszenie przepisów Pzp uzasadnione jest obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....