

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę "ENERGOOBSŁUGA" K., K. Spółka Jawna z siedzibą w Pszczynie w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Aseb Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego nr 1 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 13, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, po uprzednim odtajnieniu części I i II

w całości, a w zakresie odnoszącym się do danych dokumentacji zamówienia zamawiającego pozostałych części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Aseb Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w zadaniu 13 wraz z częścią załączników, w tym ze zanonimizowanymi danymi osobowymi, to jest załącznikami nr 1, 2, 3, 4, 12, 21, Prognozą cen paliw w Polsce na rok 2025 w zakresie odnośników do stron internetowych, Raportem kosztów serwisowania i eksploatacji floty pojazdów na okres jednego roku w zakresie odnośników do stron internetowych,

2. zarzuty ewentualne odwołania pozostawia bez rozpoznania,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie i:

4.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego "ENERGOOBSŁUGA" K., K. Spółka Jawna z siedzibą w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 782 zł 00 gr (słownie: siedemset osiemdziesiąt dwa złote 00 groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote 00 groszy) tytułem innych uzasadnionych wydatków odwołującego,

4.3. zasądza od zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków) na rzecz odwołującego „ENERGOOBSŁUGA” K., K. Spółka Jawna (ul. Broniewskiego 4/1, 43-200 Pszczyna) kwotę 19 416 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta szesnaście złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego „ENERGOOBSŁUGA” K., K. Spółka Jawna z siedzibą w Pszczynie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4831/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wymiana liczników energii elektrycznej na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.", nr referencyjny: PZP/TD-CN/05905/2024, Zadanie 13: Wymiany liczników energii elektrycznej na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddział

w Gliwicach PN43 zostało wszczęte ogłoszeniem, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 września 2024 r. pod nr Dz.U. S: 170/2024-525756 przez zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „ustawy Pzp”.

23 grudnia 2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca „ENERGOOBSŁUGA” K. K. Spółka Jawna, ul. Broniewskiego 4/1, 43-200 Pszczyna od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp zaniechań i czynności, których zamawiający dopuścił się w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie zadania (części) nr 13, polegających na:

1. braku odtajnienia wyjaśnień wykonawcy ASEB Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: także „ASEB”) co do rażąco niskiej ceny złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 224 ustawy Pzp ewentualnie

2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ASEB przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty ASEB z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albowiem zamawiający wezwał wykonawcę ASEB do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w złożonych wyjaśnieniach wykonawca ASEB nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty ASEB, którego to odrzucenia oferty zamawiający zaniechał, tak jak zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień ASEB, przez co ocenę wyjaśnień ASEB należy uznać za wadliwą;

ewentualnie

3. zaniechaniu wezwania wykonawcy ASEB Sp. z o.o. do złożenia prawidłowo wypełnionego załącznika nr 11 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) oraz innych dokumentów dotyczących podwykonawstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp

w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022r., poz. 1233) poprzez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez brak odtajnienia (nieuprawnione utajnienie) całości wyjaśnień wykonawcy ASEB co do rażąco niskiej ceny i braku ich udostępniania mimo nieskutecznego zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

ewentualnie (na wypadek nieuznania powyższego zarzutu za zasadny) zarzucił naruszenie:

2.art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust 5 i 6 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ASEB, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako że jest to oferta z rażąco niską ceną oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę ASEB ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty ASEB z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

ewentualnie (na wypadek nieuznania powyższych zarzutów za zasadne) zarzucił naruszenie:

3. art. 128 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z pkt. 3.3.4 oraz 3.3.9 oraz 3.11 SWZ w zw. z art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia

31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, poprzez brak wezwania przez Zamawiającego wykonawcy ASEB Sp. z o.o. do złożenia prawidłowo wypełnionych JEDZ i innych załączników dotyczących podwykonawców oraz załącznika nr 11 do SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 13 grudnia 2024 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy ASEB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz

2. dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim odtajnieniu wyjaśnień wykonawcy ASEB Sp. z o.o. odnośnie ceny oferty (złożonych w trybie art. 224 PZP)

ewentualnie

3. unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 13 grudnia 2024 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy ASEB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz

4. dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy ASEB Sp. z o.o.

ewentualnie

5. unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 13 grudnia 2024 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy ASEB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz

6. dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim wezwaniu wykonawcy ASEB Sp. z o.o. do prawidłowego uzupełnienia dokumentów dotyczących podwykonawców ASEB oraz prawidłowego wypełnienia Załącznika nr 11 do SWZ,

7. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania (wpisu oraz kosztów zastępstwa).

Informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią została przekazana wykonawcom przez zamawiającego 23 grudnia 2024 r. drogą elektroniczną za pośrednictwem platformy zakupowej.

27 grudnia 2024 r. do postępowania odwoławczego zgłosił (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Aseb Sp. z o.o.,
ul. Mjr. M.S. 11/10, 80-298 Gdańsk.

10 stycznia 2025 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis,
nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający
do złożenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Aseb Sp. z o.o., ul. Mjr. M.S. 11/102, 80-298 Gdańsk.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane w toku postępowania odwoławczego.

Dowody złożone na rozprawie przez odwołującego:

1. dokumentacja fotograficzna na potwierdzenie czynności koniecznych do wymiany licznika;
- 2.3 mapy na potwierdzenie faktu obszaru objętego koniecznością realizacji przedmiotu zamówienia, a także co do 2 i 3 mapy w dowodzie 2 na potwierdzenie faktu i odległości koniecznej do uwzględnienia w czasie pracy monterów;
3. przykładowe ogłoszenia o poszukiwaniu przez przystępującego monterów do zatrudnienia na potwierdzenie, że istnieje prawdopodobieństwo, że przystępujący będzie korzystał z podwykonawców i że nie jest obecnie gotowy do realizacji zamówienia.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, w tym odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego nr 1 zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęły dwie oferty – odwołującego i przystępującego.

Pismem z 5 listopada 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „TAURON Dystrybucja S.A. (dalej jako „Zamawiający”), na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”) zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta Wykonawcy złożona

w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaoferowana przez Wykonawcę cena oferty brutto (w zakresie zadania nr 13 i 17) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania.

Wobec powyższego, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia (m.in. przewidywany okres wykonywania prac, koszty administracyjne, koszty działalności takie jak koszty pracownicze, paliwo, wzrost inflacji, koszty kredytów i leasingu, wzrost kosztów zakupu i naprawy sprzętu oraz narzędzi, itp.), w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p., Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Powyższe wyjaśnienia wraz z dowodami – osobno dla każdego z zadań - należy doręczyć Zamawiającemu do dnia 18.11.2024 r., zgodnie ze sposobem określonym w punkcie 1.4 SWZ.

UWAGA: W przypadku, gdy składane wyjaśnienia lub uzupełniane dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca powinien wyraźnie zastrzec niejawną tych informacji oraz zabezpieczyć dokumenty, których treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa

w sposób uniemożliwiający bezpośrednie odczytanie treści. Niezabezpieczenie w sposób właściwy dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może spowodować niezamierzone ujawnienie ich treści.”.

Przystępujący w piśmie z 15 listopada 2024 r. (15 stron) złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności pkt II-III-IV-V oraz wszystkie załączniki do wyjaśnień – 23 załączniki). Łącznie złożył także w jednym pliku połączone dokumenty na blisko 290 stron. W pkt I wyjaśnień przystępujący podał ogólne informacje i treść wybranego orzecznictwa. Pismo z 15 listopada 2024 r. zawiera w swojej treści w pkt VI również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które zamawiający udostępnił odwołującemu za pismem z 19 grudnia 2024 r. (4 strony). W uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępujący podał: „Przedstawiona powyżej analiza ceny oferty wykonawcy wskazuje, iż wątpliwości takich w tym przypadku nie ma. niniejsze opracowanie prezentuje szczegółową kalkulację kosztów oraz uzasadnienie ceny ofertowej. Wykonawca dokłada wszelkich starań, aby przedstawiona oferta była zgodna z wymogami formalnymi i rynkowymi standardami jakości. podsumowując, kalkulacja kosztów oraz szczegółowe uzasadnienie ceny ofertowej zostały opracowane zgodnie z wymogami zamawiającego. Wykonawca deklaruje pełną gotowość do udostępnienia niezbędnych załączników potwierdzających rzetelność kalkulacji.

Ze względu na charakter i strategiczną wagę przedstawionych powyżej w niniejszych wyjaśnieniach informacji (w szczególności pkt II-III-IV-V powyżej oraz wszystkie załączniki

do wyjaśnień) oświadczam, że całość tych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”, a zgodnie zaś

z art. 23 ww. ustawy: „Art. 23. 1. Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови w stosunku

do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności

2. Tej samej karze podlega, kto, uzyskawszy bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej.” i nie może być ujawniana. do lat 2.

Wykonawca wskazuje, że wszelkie informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach:

i.jako prezentujące wartość gospodarczą dla Wykonawcy, będące informacjami organizacyjnymi i technicznymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy

w rozumieniu przepisów UZNK,

ii.nie są i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej,

iii.a ponadto Wykonawca podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W konsekwencji spełnione zostały przesłanki kwalifikacji tych informacji z art. 11 ust. 4 UZNK. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w punkcie i) powyżej Wykonawca wskazuje,

że w orzecznictwie podnosi się, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać

w szczególności informacje na temat wielkości sprzedaży. Akcentuje się także, że co do zasady wszystkie informacje

zawarte w ofercie, a nie będące nazwą oraz adresem Wykonawcy, dotyczące w szczególności ceny ofertowej mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią pewne wiadomości utrzymane w sekrecie z woli przedsiębiorcy, które zapewniają przedsiębiorstwu przez to, że nie są znane konkurencji, pewne ułatwienia i korzyści we współzawodnictwie. Podkreślić przy tym trzeba, iż w aktualnym brzmieniu UZNK uwzględniono zmianę treści ust. 4 art. 11, definiującego tajemnicę przedsiębiorstwa. Zrezygnowano mianowicie z pojęcia „informacje handlowe”,

a w zamian rozszerzono katalog informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa o ogólną kategorię „innych informacji posiadających wartość gospodarczą”. W rezultacie, w miejsce wyczerpującego katalogu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wprowadzono katalog otwarty. W konsekwencji za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się wszystkie informacje posiadające wartość gospodarczą. Wskazana interpretacja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa została uwzględniona w aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie podkreśla się, że: „wykonawca może zastrzec tajemnicę odnośnie praktycznie wszystkich podanych przez siebie informacji, za wyjątkiem informacji podawanych przy otwarciu ofert [tak: wyrok KIO z 18 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 59/12], a „ocena czy dana informacja techniczna stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa powinna być dokonywana każdorazowo, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności faktyczne. Ochrona informacji leży wyłącznie w gestii przedsiębiorcy. Tego samego rodzaju informacje techniczne mogą być ujawnione przez jednego przedsiębiorcę, a jednocześnie inny przedsiębiorca może zachowywać je w poufności. Podobnie, w gestii przedsiębiorcy leży decyzja co do czasu, w przeciagu którego dane informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa” (tak: wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2741/11). Wykonawca wyjaśnia, iż dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy w niniejszym piśmie, obejmują szczegółowe informacje dotyczące kalkulacji wartości oferty, w tym kosztów, jakie ponosi Wykonawca a także sprzyjających mu okoliczności pozwalających na zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Tym samym informacje te w sposób precyzyjny obrazują sposób działania Wykonawcy na rynku energetyczno-budowlanym. Nie może budzić zatem wątpliwości, że nieuprawnionym byłoby udostępnienie przez Zamawiającego tych danych innym podmiotom, prowadzącym działalność konkurencyjną względem Wykonawcy. Ujawnienie takich informacji konkurentom Wykonawcy prowadziłoby do uzyskania przez nich nieuzasadnionej korzyści gospodarczej, zaburzając tym samym prawidłową konkurencję na rynku właściwym dla Wykonawcy. Wejście w posiadanie ww. informacji mogłoby w szczególności ułatwiać konkurentom Wykonawcy przewidywanie, jakie poziomy cen Wykonawca będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i kalkulowanie na tej podstawie cen na poziomach odpowiednio niższych

(co może zapewnić im przewagę w postaci uzyskania znacznie wyższych szans na uzyskanie danego zamówienia). Jasnym jest wszakże, że informacje te mogą dać konkurentom Wykonawcy wiedzę, która umożliwi im przede wszystkim konkurencyjnego wobec Wykonawcy kształtowania swej polityki cenowej wobec osób trzecich. Ujawnienie informacji zawartych

w niniejszej części wyjaśnień mogłaby zatem narazić Wykonawcę na poniesienie szkody lub wręcz straty. Istotną wartością gospodarczą dla Wykonawcy są w szczególności informacje

o możliwości pozyskania korzystnych ofert od jego kontrahentów oraz uzyskiwane ceny materiałów niezbędnych do wykonania zamówień, w których Wykonawca uczestniczy. Podkreślenia wymaga, że zaoferowana cena została skalkulowana m.in. w oparciu o oferty uzyskane od firm zewnętrznych, jak również w oparciu o możliwości własne Wykonawcy,

a w tym doświadczenie wyniesione z innych inwestycji, czy też sposób organizacji Wykonawcy pozwalający na minimalizowanie kosztów własnych. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w punkcie iii) powyżej Wykonawca wyjaśnia, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. osobom zarządzającym firmą Wykonawcy upoważnionym przez nich pracownikom lub współpracownikom odpowiedzialnym za przygotowanie oferty na potrzeby Postępowania. W tym miejscu Wykonawca wskazuje, iż tajemnica przedsiębiorstwa nie traci zaś swego „poufnego” charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Wykonawca dodatkowo wskazuje, iż informacje te nie są udostępnione w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, zaś system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony, a fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty. W tym stanie rzeczy utrzymanie przewagi konkurencyjnej Wykonawcy jest wymierną korzyścią po stronie Wykonawcy i spełnia jednocześnie przesłanki niezbędne do uznania, że mamy do czynienia z chronioną wartością gospodarczą. Udostępnienie ww. wiedzy umożliwiłoby stosowanie konkurencji rozwiązań tożsamyh lub zbliżonych do rozwiązań Wykonawcy, co skutkowałoby pogorszeniem pozycji gospodarczej i konkurencyjności Wykonawcy w odniesieniu do przesłanki wskazanej w punkcie iii) powyżej, Wykonawca wskazuje, że w celu zachowania poufności informacji

zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym. Do pierwszej z nich zaliczyć należy wprowadzone przez Wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób. Poza fizycznymi środkami ochrony Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. Należy podkreślić, iż poza wewnętrznymi mechanizmami kontroli i zabezpieczenia informacji poufnych Wykonawca stosuje także stosowne środki ochrony w relacjach ze swoimi kontrahentami. Świadczą o tym zawierane przez Wykonawcę klauzule o poufności zawarte e zawieranych umowach w relacjach ze swoimi kontrahentami i współpracownikami.

W odniesieniu do załączonych do wyjaśnień wycen i ofert dostawców i podwykonawców Wykonawca wskazuje, iż został zobowiązany przez powyższe podmioty do zachowania zawartych w nich informacji i warunków handlowych w ścisłej poufności i nieujawniania ich podmiotom trzecim. Niezależnie od powyższego, zawarte w przedmiotowych dokumentach informacje, stanowią również o przewadze konkurencyjnej ,jaką Wykonawca ma nad podmiotami gospodarczymi, z którymi konkuruje. Powyższe zaś stanowi o zasadności zachowania poufności i zastrzeżeniu przedmiotowych dokumentów. Pogląd o możliwości zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie budzi wątpliwości, a powyższe potwierdza orzecznictwo KIO jak i sądów powszechnych. Przykładowo, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 14 maja 2013 r. (sygn. KIO 908/13): „Informacje te [metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze- przyp. Wykonawcy] powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej." . Podsumowując, ; wskazuję, że informacje zastrzeżone przez Wykonawcę w niniejszym piśmie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 UZNK. Ponadto , zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2011 r. (KIO 1195/11) informacje podlegają utajnieniu w całości, nawet gdyby niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie tej części informacji może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy też zauważyć, że ewentualne ujawnienie zastrzeżonych informacji wskazanych w niniejszym piśmie przez Zamawiającego uznane zostanie za naruszenie przez Zamawiającego przepisów oraz może narazić Wykonawcę na powstanie niepowetowanej szkody. Wykonawca, jak to zostało wykazane powyżej, podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje te znane są jedynie określonej grupie osób i związane są z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością. Wolą Wykonawcy jest zachowanie poufności ww. danych i zachowanie ich jako niepoznawalnych dla osób trzecich. VIIIMając nadzieję, że przedstawiona powyżej argumentacja będzie wystarczająca, pozostaję do Państwa dyspozycji w przypadku jakichkolwiek pytań z Państwa strony”.

Zamawiający 13 grudnia 2024 r. dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16 pkt 1 i 2:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2)przejrzysty;”;

2)art. 18 ust. 1 -3:

„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 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.”;

3)art. 74 ust. 1 i 2:

„1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub

art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.”.

Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233):

„2. 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.”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), izba stwierdziła:

Odnosząc się do zarzutu podstawowego nr 1 odwołania, naruszenia art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) poprzez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez brak odtajnienia (nieuprawnione utajnienie) całości wyjaśnień wykonawcy ASEB co do rażąco niskiej ceny i braku ich udostępniania mimo nieskutecznego zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa

- izba uznała ten zarzut za zasadny.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że „(...) 13. ASEB nie wykazała wszystkich przesłanek uzasadniających objęcie tajemnicą Wyjaśnień (...) Charakter uzasadnienia wniosku o utajnienie Wyjaśnień ma wręcz charakter „wzorcowy” (uniwersalny). Uzasadnienie to może mieć zastosowanie do jakiegokolwiek postępowania albowiem nie zawiera żadnych konkretnych czy też dowodów. (...)

14. Na marginesie należy wskazać, iż ten uniwersalny i wzorcowy charakter uzasadnienia wniosku o utajnienie Wyjaśnień znajduje potwierdzenie w samej treści tego uzasadnienia, albowiem odnosi się do okoliczności zupełnie innych niż przewidzianych w niniejszym postępowaniu. ASEB podnosi bowiem, iż tajemnicą objęte są m.in. uzyskiwane ceny materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy zamówienie objęte niniejszym Postępowaniem jest usługą nie wymagającą użycia jakichkolwiek materiałów (wymiana liczników nie wymaga posiadania żadnych dodatkowych materiałów poza podstawowymi narzędziami jak wkrętak (czyli potocznie śrubokręt) oraz szczypce do chwytania i manipulowania przewodami. [końcówka 4 akapitu na 2giej stronie wyjaśnień ASEB udostępnionych Odwołującej – 3 str. od końca]

15. Jednocześnie mało prawdopodobne jest by rzeczywiście całość informacji przekazywanych w wyjaśnieniach ASEB co do rażąco niskiej ceny była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa ASEB. Skoro została utajniona całość wyjaśnień ASEB, to całość tych wyjaśnień musi zawierać tajemnice przedsiębiorstwa – jest to praktycznie niemożliwe (por. wyrok KIO z 28.06.2018r. KIO 1187/18)

16. W przypadku niniejszego Postępowania, którego przedmiotem jest wymiana liczników energii elektrycznej trudno sobie wyobrazić by którykolwiek z wykonawców (w tym przypadku ASEB) posiadał jakieś specjalne informacje techniczne, technologiczne czy też organizacyjne by stanowiły one jakąś specjalną wartość i nie będącą jednocześnie powszechnie znaną. Mówimy bowiem o powtarzalnych i rozpoznawalnych czynnościach wymiany liczników.

17. Wartość gospodarcza tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w utrzymywaniu dzięki niej przewagi rynkowej nad innymi podmiotami. Musi mieć zatem charakter obiektywny – oceniany z perspektywy przydatności dla innych wykonawców działających w branży. Nie mogą to być same informacje o cenie, ponieważ „poznanie wysokości ceny nie

spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu”. (tak wyrok KIO z dnia 15.05.2023 r. KIO 1195/23)

18. Z powyższego trudno sobie wyobrazić by wyjaśnienia wykonawcy ASEB zawierały jakieś szczególne poufne informacje (dane) i to w ujęciu całościowym – w znaczeniu, że całość (100%) wyjaśnień (de facto każde sformułowanie) zawiera taką tajemnicę przedsiębiorstwa. Powoduje to, iż decyzja Zamawiającego o utajnieniu wyjaśnień ASEB w całości była nieprawidłowa i niezgodna z przepisami PZP.

19. W konsekwencji brak reakcji na wniosek Odwołującej o odtajnienie tych wyjaśnień ASEB również naruszał przepisy PZP.”.

Na wstępie należy zauważyć, że jak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 6 kwietnia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 19/23, wymogu wykazania z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie należy utożsamiać z udowodnieniem.

Izba podziela powyższy pogląd Sądu Okręgowego w Warszawie, niemniej w stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy należy zauważyć niekonsekwentne zaprezentowanie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do poszczególnych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zauważa w szczególności, że w przypadku umów z osobami zatrudnionymi przystępujący wykazuje treść klauzul poufności w załącznikach – umowach, a w przypadku umów w postępowaniach niepublicznych przystępujący nie wykazuje treści klauzul poufności w załącznikach, pomimo, że zdecydował o ujawnieniu części niezanonimizowanych takiej umowy, stanowiącej załącznik nr 1, z pominięciem postanowień odnoszących się do klauzul poufności.

Rolą izby nie jest stwierdzenie czy dana informacja w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w wyniku analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie izby rację ma odwołujący, że nieuprawnione było utajnienie przez zamawiającego całości wyjaśnień przystępującego z załącznikami w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie dołożył należytej staranności w odniesieniu uzasadnienia do wszystkich informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tak zastrzeżone wyjaśnienia wraz z załącznikami zamawiający bezrefleksyjnie przyjął jako skutecznie zastrzeżone i stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje co do wyjaśnień, że część I wyjaśnień w całości zawiera ogólne twierdzenia wraz z przywołaniem orzecznictwa, a część II wyjaśnień odnosi się do postępowań przetargowych, co do których informacji w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano poufności. Twierdzenia przystępującego w części I i II wyjaśnień nie wskazują na specyfikę kalkulacji wykonania zamówienia, właściwą jedynie dla przystępującego. W ocenie izby wywodzenie know-how z dotychczasowego doświadczenia nie uzasadnia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy wynika ono z realizacji tak zamówień publicznych, jak i niepublicznych, co do których przystępujący w uzasadnieniu nie wykazał zachowania informacji w poufności. W kolejnych częściach wyjaśnień zawarte są także informacje, wynikające wprost z treści SWZ (przykładowo w części III liczba monterów) i wyjaśnienia takie, potwierdzające spełnienie minimalnych warunków zamówienia – przepisanie treści SWZ w danym zakresie, nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje co do załączników do wyjaśnień, że należało zgodzić się z odwołującym, że przystępujący nie uzasadnił, że wszystkie informacje w załącznikach do wyjaśnień, stanowią informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Tak jest zdaniem izby jeśli chodzi o dokumentację, pozostającą w domenie publicznej, a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do takich informacji.

Nieuprawnienie zatem zamawiający zaniechał odtajnienia publikowanych na podstawie ustawy Pzp informacji zamawiającego, a więc załączników do wyjaśnień: Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 10 maja 2024 r., Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 16 maja 2024 r., publikowanych także na stronie internetowej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i jawnych co do zasady jako dokumentacja zamówienia. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący nie odniósł się do tego typu informacji, dlaczego skoro są jawne, to należy je utajnić.

Załączniki do wyjaśnień stanowią także dokumenty jawne, załączone do oferty, jak polisa oc, referencje, czy też dokumenty jawne, stanowiące dokumenty zamówienia, jak załącznik nr 9 do SWZ (załącznik 12 do wyjaśnień).

W ocenie izby, wobec nieprzedstawienia klauzul poufności w odniesieniu do umów w postępowaniach niepublicznych, publikowanych na stronie bip - podmiotowej zamawiającego prowadzącego

dane postępowanie, w szczególności w trybie przetargu nieograniczonego, należało ustalić, że przystępujący również nie wykazał, że takie umowy podlegają poufności jako tajemnica przedsiębiorstwa. W załączonej umowie (Załącznik nr 1 do wyjaśnień) nie wskazano klauzuli poufności, choć przedstawiono ją w części zanonimizowaną, a zatem umowa, formularz cenowy, załącznik do umowy, jak również referencje zamawiający winien był oddać, bowiem przystępujący nie wykazał

w uzasadnieniu poufności informacji w nich zawartych.

Załączniki do wyjaśnień - analizy i zestawienia sporządzone na podstawie danych dostępnych w domenie publicznej, czy niepublicznej, w braku wykazania poufności informacji powinny być odtajnione.

Izba natomiast zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, w odniesieniu do treści szczegółowych wyjaśnień, popartych w szczególności przedstawionymi kalkulacjami i analizami własnymi przystępującego i umowami z osobami zatrudnionymi, że:

„4. Przystępujący wykazał, iż przekazywane informacje posiadają wartość gospodarczą, bowiem obrazują sposób działania na rynku w kontekście konkurencyjnego sposobu kształtowania ceny, wynikającego m.in. z przyjętych metod minimalizowania kosztów własnych, relacji handlowych z kontrahentami czy doświadczenia nabytego w toku realizacji innych inwestycji.

4. Ponadto Przystępujący wykazał, że podjął adekwatne działania w celu utrzymania ich w poufności, m.in. poprzez stosowanie fizycznych środków ochrony, czy odpowiednich umów o poufności.”

Przystępujący załączył, również przykładowe, umowy z osobami zatrudnionymi, w których znajdują się klauzule poufności, stosowane we współpracy z przystępującym, i z tego względu w ocenie izby przystępujący w danym zakresie wykazał czynności zmierzające do zachowania takich informacji w poufności. W ocenie izby załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokumenty, zawierające klauzule poufności co do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wykazanie tej przesłanki zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (załączniki stanowiące umowy z klauzulami poufności).

Izba zgadza się również z zamawiającym, że zarzut odwołującego skoncentrowany na tym, że w zamówieniu nie są potrzebne narzędzia, uzasadnia stwierdzenie o wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji co do niezbędnych narzędzi do realizacji zamówienia, co do których szczegółowo referuje przystępujący w swoich wyjaśnieniach, i co uwiarygadnia zasadność zachowania w poufności takich informacji.

Izba stoi zatem na stanowisku, że wbrew twierdzeniom odwołującego przystępujący wykazał zachowanie części informacji, w szczególności odnoszących się do osób zatrudnionych i warunków ich zatrudnienia w poufności, jak twierdził w wyjaśnieniach.

W ocenie izby załączniki - analizy i zestawienia własne przystępującego, jak Prognoza cen paliw w Polsce na rok 2025 i Raport kosztów serwisowania i eksploatacji floty pojazdów na okres jednego roku, przywołujące informacje dostępne powszechnie na stronach internetowych, w ocenie izby powinny być odtajnione w zakresie odnośników do stron internetowych.

Zarzuty ewentualne w pkt 2-3 odwołania nie zostały rozpoznane przez izbę z powodu uwzględnienia zarzutu podstawowego i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie części wyjaśnień i części załączników

do wyjaśnień. Z tego powodu izba nie dokonała ustaleń faktycznych i oceny dowodów w zakresie zarzutów ewentualnych, które miały być rozpoznane gdy izba nie uwzględni zarzutu podstawowego.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu, i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty (art. 555 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, izba uznała, że zamawiający naruszył zarzucane mu w odwołaniu w zakresie zarzutu podstawowego nr 1 przepisy prawa.

W tym stanie rzeczy, izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego nr 1 w części na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000,00 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3

600,00 zł, koszty dojazdu odwołującego w kwocie 782 zł i inne wydatki w kwocie 34 zł (łącznie 19 416,00 zł). Odwołanie zostało uwzględnione, dlatego też izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 416,00 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony na podstawie spisu kosztów i faktury, przedłożonych przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....