

WYROK

z dnia 30 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Anna Katarzyna Wojciechowska
Marek Bienias

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniach 16 i 25 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 roku **przez odwołującego:**

„Stalprofil” S.A. ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:**

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa

z udziałem przystępującego Konsorcjum:

1.ROMGOS sp. z o.o. Engineering sp. k. (Lider) ul. Zaciszna 1D, 63-200 Jarocin

2.ROMGOS G. Sp. z o.o. (Członek) ul. Zaciszna 1D, 63-200 Jarocin,

po stronie zamawiającego

orzeka:

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** „Stalprofil” S.A. ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** „Stalprofil” S.A. ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza **od odwołującego:** „Stalprofil” S.A. ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.1720) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.1720) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy budowy gazociągu DN1000MOP 8,4MPa relacji Kędzierzyn - Koźle - Granica RP (Polska - Czechy) na odcinku Kędzierzyn - Koźle - Racibórz wraz z Infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi".

Numer postępowania: ZP/2023/04/0034/SWI

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 071-215626 z dnia 11.04.2023r., zmienione Dz. Urz. UE: 2023/S 086-264776 z dnia 03.05.2023r., Dz. Urz. UE: 2023/S 095-292329 z dnia 17.05.2023r., Dz. Urz. UE: 2023/S 105-330018 z dnia 02.06.2023r., Dz. Urz. UE: 2023/S 111-349621 z dnia 12.06.2023r., Dz. Urz. UE: 2023/S 118-370795 z dnia 21.06.2023r.

ODWOŁANIE

W imieniu Odwołującego - „STALPROFIL” S.A., pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j.) - dalej: „Pzp”, wniesiono odwołanie wobec działań i zaniechań Zamawiającego - Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP/2023/04/0034/SWI pn: „Budowa gazociągu DN1000 MOP 8,4 MPa relacji Kędzierzyn - Koźle Granica RP (Polska - Czechy) na odcinku Kędzierzyn - Koźle - Racibórz wraz z Infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi” (dalej: „Postępowanie”), polegających na:

1. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum w składzie: ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING S k. w Jarocinie (dalej: „ROMGOS ENGINEERING”) oraz ROMGOS G. Sp. z o.o. w Jarocinie (dalej: „ROMGOS G łącznie określanych dalej jako „Konsorcjum ROMGOS”

2. Zaniechaniu odstąpienia kluczowych części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS,

3. Ewentualnie zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na niepodołanie przez Konsorcjum ROMGOS obowiązku obalenia domniemania rażąco niskiej ceny lub ze względu na to, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji,

4. Prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wymóg udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wynika z naruszeń przepisów wskazanych w pkt IV odwołania.

I. Zachowanie wymogów formalnych

W dniu 22.09.2023 r. Odwołujący za pomocą środków komunikacji elektronicznej otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ROMGOS, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 - dniowego terminu przewidzianego przepisami Pzp.

Odwołujący doręczył Zamawiającemu kopię odwołania na podany w dokumentacji przetargowej adres email, zgodnie z art. 516 ust.2 Pzp.

Do odwołania Odwołujący dołączył dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości (tj. 20.000,00 zł), dowód przekazania odpowiednio odwołania Zamawiającemu oraz dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Odwołującego tj. pełnomocnictwo wraz z KRS Odwołującego.

II. Interes do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia i popierania odwołania, gdyż:

1) jest sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert,

2) ma on interes w uzyskaniu zamówienia,

3) poniósł lub może ponieść szkodę,

4) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Pzp nie definiuje pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Utrwalony jest pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia badana jest na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. Interes posiadać będzie ten wykonawca, który wskutek decyzji zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia (wyrok KIO z 3.07.2014 r, sygn. akt KIO 1231/14).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie może budzić wątpliwości, iż Odwołujący:

-posiada status wykonawcy, w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp, gdyż nie tylko oferuje na rynku roboty budowlane będące przedmiotem Postępowania, ale także złożył ofertę w Postępowaniu, co ma kluczowe znaczenie dla posiadania statusu wykonawcy po upływie terminu składania ofert;

-ma interes w uzyskaniu zamówienia udzielanego w ramach Postępowania.

A zatem jak wskazano powyżej Odwołujący oferuje bowiem na rynku roboty budowlane, które są przedmiotem Postępowania i złożył w Postępowaniu ofertę, a co więcej, oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Wskutek wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, która winna być odrzucona, a wykonawca wykluczony, a także wskutek braku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co było możliwe już w tym konkretnym postępowaniu.

Poprzez kwestionowany przez Odwołującego wybór oferty Konsorcjum ROMGOS, Odwołujący dozna uszczerbku wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu. Wykazanie samej tylko możliwości poniesienia szkody jako prawdopodobnego następstwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest wystarczające (wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z 10.12.2010 r, sygn. akt VII Ga 146/10. LEX nr 1713440) .

Szkoda, o której wyżej mowa jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z tym naruszeniem. Naruszenie przepisów ustawy, o którym mowa w art 505 ust. 1 Pzp, rozumieć należy jako naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp. W przesłance tej mieści się również naruszenie przez zamawiającego przepisów rozporządzeń wykonawczych do Pzp. Na gruncie niniejszej sprawy szkoda Odwołującego jest bezpośrednim skutkiem naruszeń przepisów wskazanych w pkt IV odwołania.

III.Wskazując na poniższe zarzuty, Odwołujący wnosi o:

1.Uwzględnienie odwołania w całości,

2.Nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej,

b)odtajnienia wszystkich utajnionych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS, w szczególności wszystkich załączników do pism Konsorcjum ROMGOS z dnia 11.08.2023 r. zawierającego informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty wraz z dowodami potwierdzającymi koszty, za wyjątkiem danych osobowych osób fizycznych, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej,

c)powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;

3.Ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej

b)odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS;

4.Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

IV.Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.) dalej "uznk", a także art. 16 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS, które to wyjaśnienia Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo że:

a)wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

b)wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

c)spowodowało to naruszenie zasady równości i zasady uczciwej konkurencji, w tym uniemożliwiło postawienie przez

Odwołującego dalej idących - aniżeli wskazane w uzasadnieniu pkt 2 poniżej - zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaferowanie przez Konsorcjum ROMGOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej;

2.Ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust.6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na rażąco niską cenę albowiem złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu lub 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 uznk lub art. 15 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS jako czynu nieuczciwej konkurencji i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej przez wzgląd na przyjęte przez Zamawiającego kryterium ceny.

V.Odwołujący wnosi także o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania na fakty wskazane w treści odwołania. W zakresie w jakim doszłoby do rozpoznania przez Izbę zarzutu w przedmiocie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na niepodołanie przez tego wykonawcę obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, Odwołujący wnosi o weryfikację przez Izbę, z uwzględnieniem kryteriów wskazanych w pkt II Uzasadnienia niniejszego Odwołania, poprawności oceny przez Zamawiającego tak pierwszych wyjaśnień Konsorcjum ROMGOS (z dnia 11 sierpnia 2023 roku) jak i korespondencji Zamawiającego z Wykonawcą dotyczącej drugiego wezwania datowanego na 11 września 2023 roku.

Uzasadnienie odwołania

I.Zarzut 1: Zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS.

1.Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 1 Pzp. Jak wskazała bowiem w swoim wyroku Krajowa Izba Odwoławcza: „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zastrzegli poufność określonych danych w sposób uprawniony. Tym samym, zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności jest bezpodstawne zamawiający ma obowiązek odtajnić dokumenty i udostępnić jako informacje jawne" (19.07.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1400/10).

2.Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione.

3.Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 Pzp.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1)ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest informacją mającą wartość gospodarczą,

2)nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz

3)podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

2.Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty.

4.Konsorcjum ROMGOS słusznie zostało wezwane do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum ROMGOS złożyło wyjaśnienia wraz z załącznikami, zastrzegając, że merytoryczne załączniki (z wyjątkiem Regulaminu Pracy) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

5.Ze względu na fundamentalną i mającą pierwszeństwo zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp) KIO stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Powyższe potwierdza m.in. wyrok z dnia 26.02.2013 r. (KIO 297/13), w którym wskazano: należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione (...). Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom, biorącym udział w przyszłych postępowaniach, na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.

6. Przed przejściem do konkretyzacji zarzutów wobec uzasadnień dotyczących poszczególnych załączników należy podkreślić, że całość uzasadnienia składa się z ogólnych twierdzeń, nieskonkretyzowanych informacji, którymi wykonawca może posłużyć się przy okazji dokonywania zastrzeżenia w dowolnym postępowaniu. Przedłożone zastrzeżenie nie zostało dostosowane do niniejszego, konkretnego postępowania.

7. Następnie wskazać należy na zakres tajemnicy zastrzeżonej przez Konsorcjum ROMGOS:

a) tabela składników ceny ofertowej (TABELA WZÓR ZAMAWIAJĄCEGO) i oferty dostawców oraz podwykonawców;

b) schemat organizacyjny oraz lista spawaczy;

c) lista środków trwałych będących w posiadaniu ROMGOS G. sp. z o. o.;

d) umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty Wykonawcy lub pozostają z Wykonawcą w stałych stosunkach gospodarczych, zawierające klauzulę o poufności - wraz z listą i odniesieniami do klauzul;

e) przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty;

f) Polityka Bezpieczeństwa Romgos i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami.

Już same kategorie zastrzeżonych danych budzą poważne wątpliwości i tak:

6.1. Załącznik nr 1 do pisma Konsorcjum ROMGOS z dnia 11.08.2023 r.,

6.1.1. Wypełniona TABELA WZÓR ZAMAWIAJĄCEGO nie stanowi de facto kalkulacji, lecz stanowi przede wszystkim wskazanie cen jednostkowych z którego nie można z niej wywnioskować jak poszczególne ceny zostały wyliczone, gdyż w poszczególnych pozycjach wzoru brak elementów kosztotwórczych, a także wyodrębnienia zysku. Samo wskazanie cen jednostkowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

6.1.2. Regulacja art. 18 ust. 3 Pzp odwołując się do art. 222 ust. 5 Pzp zakazuje utajniania informacji o cenach. Wśród elementów, które wymieniono w art. 222 ust. 5 Pzp, a które podlegają ujawnieniu (udostępnieniu) po otwarciu ofert, wskazano „informację o cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. Zgodnie z wyrokiem WSA we Wrocławiu z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt: IV SA/Wr 542/15 pojęcie ceny podawanej w ramach otwarcia ofert należy interpretować jak najszerzej, co oznacza, że nie odnosi się wyłącznie do podanej ceny całkowitej oferty, ale także cen jednostkowych, które nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

6.1.3. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje), takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

6.1.4. Nawet kalkulacja kosztów nie podlega możliwości utajnienia, gdyż zgodnie z orzecznictwem Izby nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny - kalkulacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

6.1.5. Specyfika i sposób realizacji zamówienia wpływające na wysokość ceny nie są natomiast wytworem unikalnej myśli Konsorcjum ROMGOS, lecz wynika z SWZ dostępnego dla każdego wykonawcy zainteresowanego złożeniem oferty w Postępowaniu. Oznacza to, że wiedzy na temat rodzaju, zakresu i technologii robót dostarcza sam SWZ, a nie wyjaśnienia Konsorcjum.

6.1.6. Jeżeli chodzi zaś o pozostałe informacje podane w wyjaśnieniach, takie jak uzasadnienie kosztów, parametry cenowe wskazane w ofertach podwykonawców (w szczególności rodzaj i ilość usługi, kwota netto i brutto, data oferty)

nie są:

-informacjami, które pozwalają na pozyskanie wiedzy na temat jakichkolwiek innowacyjnych metod wykonania zamówienia,

-nie stanowią know-how dostępnego wyłącznie wybranemu wykonawcy, którego ujawnienie mogłoby narazić wykonawcę na szkodę,

-nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi mającymi wartość gospodarczą, gdyż są one znane lub co najmniej łatwo dostępne osobom zajmującym się takim rodzajem informacji.

6.1.7. Powyższe dane winny być więc jawne i wystarczającym dla ochrony interesów Konsorcjum ROMGOS byłoby w obszarze podwykonawców lub poddostawców, utajnienie wyłącznie danych takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej.

6.1.8. Dodatkowo, przez wskazanie wartości dla wymienionych w wezwaniu z dnia 26 lipca 2023 roku 57 pozycji z których 45 elementów dotyczy TABELA WZÓR Zamawiającego, stanowiąca załącznik do tego wezwania, nie jest możliwe szczegółowe odtworzenie w jaki sposób Konsorcjum ROMGOS grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, a także w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty. Nie jest więc tak, że działający na rynku robót budowlanych wykonawca, na podstawie zapisów SWZ, w tym dokumentacji przetargowej i wartości kwotowych przypisanych do poszczególnych pozycji formularza przesłanego przez Zamawiającego do wypełnienia w trybie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odtworzyć uniwersalny mechanizm kalkulacji cen ofertowych stosowany przez Konsorcjum ROMGOS. Trudno tu mówić o wyinterpretowaniu tendencji czy też stałych elementów budowania jakiejś uniwersalnej strategii cenowej, dającej rzekomo przewagę nad konkurentami na rynku, a co dopiero odtworzeniu szczegółowych założeń budowania kalkulacji.

6.1.9. Co więcej zastrzegane dane zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawiona w wyjaśnieniach tabela cenowa zawiera informacje o kwotach, jakie przystępujący szacuje na potrzeby ceny ryczałtowej zaoferowanej w tym jednym, konkretnym Postępowaniu, i nawet gdyby wskazywała na jego strategię cenową (czemu Odwołujący zaprzecza), to mogłoby to dotyczyć wyłącznie strategii przyjętej na potrzeby tego konkretnego Postępowania, uwzględniającej jego specyfikę i charakter wskazany wszystkim wykonawcom w SWZ.

Niewątpliwie strategia taka nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana.

Ponadto Konsorcjum ROMGOS nie wykazało jak ujawnienie kalkulacji stworzonej na potrzeby Postępowania miałyby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej w innych postępowaniach czy na ujawnienie jego całej polityki cenowej. Tymczasem jest to konieczne. W wyroku z dnia 13.04.2022 r., sygn. akt KIO 843/22, Izba słusznie wskazała, że Odwołujący nie wykazał, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania konstruowanych miałyby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać.

6.1.10. Konsorcjum ROMGOS nie przedstawiło żadnych konkretnych argumentów, dlaczego właśnie te inne niż wskazane w 6.1.7. informacje przedstawione w wyjaśnieniach, miałyby stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą i dlatego. Zamiast tego Konsorcjum ROMGOS ograniczyło się w piśmie z dnia 11.08.2023 roku do ogólnikowych frazesów:

d. sprawdzona metodologia kalkulacji (potwierdzająca możliwość pozyskania zakładanych efektów realizacyjnych, w tym ekonomicznych

”Dobre przygotowanie każdej inwestycji przed rozpoczęciem robót jest dla Wykonawcy kluczowym elementem i pozwala mu zarówno na szybkie rozpoczęcie robót, jak i szybkie ich zakończenie, a tym samym na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Z uwagi na fakt, że większość przedmiotu zamówienia Wykonawca zamierza wykonać samodzielnie (w tym przygotowanie trasy gazociągów i dróg dojazdowych, montażowych, roboty ziemne, roboty spawalnicze, roboty montażowe w tym ułożenie gazociągu w wykopie], nie będzie tracił czasu na zatwierdzanie podwykonawców dla realizacji tych robót. Wykonawca zbudował sprawny system spawania rurociągów przesyłowych oparty na sprawdzonych zespołach spawalniczych, najlepszym na świecie sprzęcie spawalniczym, który gwarantuje wysoką

dzienną wydajność wykonanych spoin (w ilości wskazanej w kalkulacji cenowej).

Podsumowując powyższe - Wykonawca posiadając praktycznie pełną bazę sprzętową niezbędną do realizacji całego zadania oraz posiadając kompletny personel spawalniczy i inżynieryjny, jest w pełni gotowy, od razu po podpisaniu Umowy do realizacji zadania bez zbędnej zwłoki oraz bez dodatkowych ryzyk związanych; zakontraktowaniem podwykonawców, zatrudnieniem kadry i pracowników czy te niektórych usług.

6.2. Utajnione informacje dotyczące potencjału kadrowego, ekspertów i specjalistów

6.2.1. Konsorcjum ROMGOS w uzasadnia utajnienie w powyższym zakresie funkcjonującą na rynku nieuczciwą praktyką przejmowania pracowników przez konkurencję. Tymczasem okoliczność ta nie została przez Konsorcjum wykazana.

6.2.2. Twierdzenie o zagrożeniu przejęcia personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie zostało przez Konsorcjum nawet uprawdopodobnione. Wybrany wykonawca nie wykazał, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło Konsorcjum lub choćby jakiegokolwiek innego wykonawcy.

6.2.3. Ponadto sama praktyka zastrzegania przez wykonawców wykazów osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przesądza o tym, że informacje zawarte w takich wykazach rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa winny być bowiem tajemnicą od chwili ich wytworzenia oraz od tego momentu powinny być chronione przez przedsiębiorcę. Tymczasem informacja o udziale danej osoby w procesie budowlanym jest jawna, jest zamieszczana w publicznie dostępnych dokumentach, zatem brak jest możliwości uznania, że dana informacja staje się tajemnicą w momencie, w którym opracowywana jest oferta. Podkreślić przy tym należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być postrzegane w sferze obiektywnych faktów, a jego byt nie jest uzależniony jedynie od woli danego przedsiębiorcy lub od ewentualnego zainteresowania tajemnicą osób trzecich.

6.2.4. Z uzasadnienia Konsorcjum dotyczącego utajnienia omawianej części informacji należy wysnuć wniosek, że informacja o doborze personelu stanowi informację posiadającą wartość gospodarczą z uwagi na specyfikę rynku specjalistycznych robót budowlanych, na którym kompetencje personelu decydują o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, a dysponowanie danym personelem decyduje bezpośrednio o możliwości pozyskania zamówienia. Z powyższego wynika, że wartość gospodarczą stanowi dysponowanie personelem, a nie dysponowanie informacją o osobach.

6.2.5. Z powyższego względu nie można podzielić poglądu, że objęcie informacji dotyczących personelu tajemnicą przedsiębiorstwa w danym postępowaniu jest jedynym skutecznym sposobem utrzymania przewagi konkurencyjnej, wynikającej z posiadania danego personelu, w kontekście możliwości uzyskania konkretnego zamówienia i w ogóle możliwości skutecznego konkurowania z innymi uczestnikami rynku.

6.2.6. Wykonawca nie jest nadto właścicielem zasobów w postaci uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia osób, które zatrudnia, są to bowiem dobra przynależne do osoby. Konsorcjum nie wykazało, że wskazane osoby nie posługują się w sposób dostępny dla ogółu powyższymi informacjami, np. przy wykonywaniu innych projektów.

6.2.7. Dodatkowo wskazać należy, że samo Konsorcjum przyznaje, iż rynek budowy infrastruktury gazowniczej jest stosunkowo hermetyczny. Tym samym oczywistym jest, że poszczególni specjaliści w branży są powszechnie znani. Znając zaś dane osobowe konkretnego specjalisty, możliwym jest uzyskanie informacji na temat jego kwalifikacji i doświadczenia, np. w odpowiednich instytucjach branżowych (na mocy właściwych przepisów powszechnych czy też wewnętrznych tych instytucji). Jak wynika z powyższego, utajnienie danych dotyczących struktury personelu i poszczególnych osób ma na celu przede wszystkim utrudnienie pozyskania tych danych przez wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu.

6.2.8. Obawy wykonawcy co do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę to za mało by wyłączyć kluczową dla zamówień publicznych zasadę jawności.

6.2.9. Możliwość rezygnacji danego pracownika z pracy dla Konsorcjum na rzecz korzystniejszych warunków u innego podmiotu, nie jest obiektywną wartością gospodarczą informacji, uzasadniającą jej zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale kwestią subiektywnej oceny ryzyka. To zaś jest elementem zdrowej, prawidłowej konkurencji na rynku, umożliwiającej pracownikom otrzymanie lepszego wynagrodzenia za wykonywaną pracę.

6.2.10. Podkreślenia wreszcie wymaga, że w świetle orzecznictwa Izby nawet wskazanie w treści wyjaśnień przewidywanego wynagrodzenia dla danego specjalisty, które to wynagrodzenie stanowi zasadniczy koszt realizacji zamówienia, a tym samym cenę, jaką zaoferował wykonawca, która jest jawna, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Gdyby przyjąć, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest wycena pracy danego specjalisty realizującego zamówienie, to możliwości weryfikacji zasadności przyjętych założeń przez wykonawców byłyby praktycznie niemożliwe dla zasadniczej części postępowań przetargowych. To zaś z kolei stałoby w sprzeczności z zasadą jawności postępowania przetargowego.

6.3. Utajnienie listy środków trwałych

6.3.1. Konsorcjum ROMGOS nie wyjaśniło, w jaki sposób ewentualne posiadanie informacji, które zostały zawarte w liście środków trwałych może przyczynić się do uzyskania przewagi konkurencyjnej, czy doprowadzić do przysporzenia konkurentowi korzyści lub zaoszczędzić kosztów.

6.3.2. Samo podanie rodzaju i ilości posiadanych środków trwałych, nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SWZ.

6.3.3. Samo Konsorcjum ROMGOS w piśmie z dnia 11.08.2023 r. wskazuje, że posiada w pełni potencjał techniczny potrzebny dla realizacji zamówienia i nie musi tracić czasu na poszukiwanie podwykonawców. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie w Postępowaniu nie są laikami i wiedzą jaki potencjał sprzętowy jest niezbędny dla wykonania zadania. Skoro więc Konsorcjum ROMGOS deklaruje posiadanie potencjału pełnego, a wykonawcy wiedzą jakie środki trwałe są potrzebne dla wykonania zamówienia, to w zasadzie zakres i rodzaj środków trwałych Konsorcjum ROMGOS jest jawny, a co więcej ujawniony przez samo Konsorcjum, przez co nie spełnia wymogu tajemnicy przedsiębiorstwa.

7. Zakres utajnienia

7.1. Konsorcjum ROMGOS utajniło wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny praktycznie w całości. Powoduje to niemożność weryfikacji przez Odwołującego, czy zaoferowana cena ma charakter realny, czy uwzględnia wszystkie obligatoryjne koszty związane z wykonaniem zamówienia wynikające z dokumentów zamówienia, jak również - czy twierdzenia sformułowane w wyjaśnieniach zostały poparte i potwierdzone odpowiednimi dowodami.

7.2. Odnośnie do zastosowanej przez Konsorcjum ROMGOS praktyki utajniania całych dokumentów w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, KIO wielokrotnie wskazała, że działanie takie jest niezasadne. Nieprawidłową jest praktyka zastrzegania przez wykonawców całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce (co wyżej wykazano). Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane winny być zastrzegane. KIO podkreśla wyraźnie, że tajemnicą przedsiębiorstwa są objęte tylko informacje, a nie całe dokumenty.

7.3. W sprawie KIO 1230/23, KIO 1291/23 oraz KIO 1301/23 (wyrok z 19 maja 2023 r.) Izba wskazała wyraźnie, że:

- Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty (w szczególności kalkulacja ceny) składane w toku postępowania będą jawne.

- Warto podkreślić, że przy obecnej sytuacji gospodarczej ceny ulegają zmianie. Co za tym idzie, nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie cen jednostkowych, baz danych dostawców i usługodawców, wykazie sprzętu, kosztów paliwa, ofert podwykonawców możliwe było odtworzenie strategii biznesowej.

7.4. Odwołujący w niniejszej sprawie w całości podziela powyższy pogląd, jak również stanowisko Izby wyrażone w sprawie KIO 623/23, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów.

7.5. Nie jest możliwe zastrzeżenie całego dokumentu. W ocenie Odwołującego Konsorcjum ROMGOS nadużyło możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co narusza zasady uczciwej konkurencji. Staranność wykonawcy przy obejmowaniu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, która przejawia się przede wszystkim w ocenie celowości zastrzeżenia i decyzji, czy dane informacje w ogóle należy objąć tajemnicą - z uwzględnieniem charakteru instytucji utajnienia jako wyjątku od zasady jawności postępowania oraz w zakresie uzasadnienia dokonania tej czynności. Wykonawcy powinni wyjątkowo obejmować informacje zastrzeżeniem i czynić to z należyłą starannością, aby nie

narazić się na ryzyko upublicznienia informacji, które zamierzają chronić przed ujawnieniem. W ramach należytej staranności zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi dołożyć staranności, aby zbędnie nie szafować zastrzeżeniami, ale by używać zastrzeżeń z rozwagą i rzetelnie, aby nie narazić na szwank swojej wiarygodności .

8. Udowodnienie

8.1. Wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji, powinien jednocześnie wraz ze złożeniem oferty wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. że:

a) informacje, które zastrzega, mają charakter absolutnie wyjątkowy (samo przekonanie Konsorcjum ROMGOS o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające)

b) dostęp do nich ma wyłącznie bardzo ograniczona liczba osób i zostały skutecznie wprowadzone szczegółowe regulacje wewnętrzne, mające na celu ochronę tych informacji przed osobami nieuprawnionymi, gdyż nie sama treść utajnianych dokumentów decyduje, ale to, czy rzeczywiście są one skutecznie utajnione w zwykłym obrocie gospodarczym.

8.2. Ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy. Niewykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne.

8.3. Konsorcjum ROMGOS:

a) Nie wykazało wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji, w szczególności

- iż przedstawione w treści wyjaśnień kalkulacje są oparte na opracowanej przez niego formule, mającej charakter unikatowy i dostępny wyłącznie temu wykonawcy,

- że stosuje jakiś unikalny system wynagrodzeń dla personelu czy też kalkulowania poszczególnych elementów realizacji zamówienia, który uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów wykonania, a zatem;

b) Nie przedstawiło wiarygodnych dowodów o zapewnieniu ograniczonego dostępu do tego typu informacji. Za wystarczający dowód nie może bowiem służyć powoływany przez Konsorcjum ROMGOS fakt posiadania określonych procedur (tu Polityka Bezpieczeństwa ROMGOS), jeżeli nie przedstawia się dowodów, że są one rzeczywiście stosowane.

Konsorcjum opisało m.in. rozwiązania organizacyjne i techniczne oraz klauzule umowne zobowiązujące personel wykonawcy do nieujawniania tych informacji, a nadto powołało się na politykę bezpieczeństwa i procedury nadawania uprawnień dostępu, jednak nie przedstawiło Zamawiającemu chociażby ewidencji osób dopuszczonych do rzekomo chronionych informacji. Wybrany wykonawca, będący dysponentem i autorem środków, na które wskazywał w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą handlową, nie powinien mieć trudności w przedstawieniu takiej ewidencji. Skoro zatem nie zdecydował się on na przedstawienie Zamawiającemu takiego dowodu, to brak przedstawienia należy interpretować tak, że podjęte przez niego środki mają charakter niesprecyzowany i nie są jednolicie stosowane.

Powyższe oznacza, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy sprowadziło się w przedmiotowym przypadku do krytykowanej w orzecznictwie Izby, ogólnikowej deklaracji o zastosowanych przez Przystępującego środkach technicznych i organizacyjnych zapewniających zachowanie danych w poufności. Same ogólnikowe deklaracje o przyjęciu określonych rozwiązań są niewystarczające.

Zabezpieczenie ma dotyczyć poszczególnej informacji, a wykazane powinno zostać chronienie tej informacji jako wyjątkowej, nie zaś ogólne opisanie, jakie są procedury zabezpieczające u wykonawcy.

Tego rodzaju ogólniki niewątpliwie mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania.

8.5. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 sierpnia 2021 r., sygn. KIO 1949/21:

- wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą zostać rzeczowo uzasadnione i udowodnione. Jak każdy wyjątek zastrzeżenie danych nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej oceny. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być bowiem oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli przedsiębiorcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co arbitralnie wykonawca uzna za zastrzeżone, kiedy informacje

związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyroki NSA z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt: IOSK2563/14 i z dnia 14 września 2017 r. sygn. akt: IOSK2740/15):

-Ustawodawca jednoznacznie określił rozkład ciężaru dowodu obciążając stroną, która jest przekonana, że jej informacje stanowią poufne dane, koniecznością wykazania określonych okoliczności. Powyższe koreluje z koniecznością zobiektywizowanego badania prawidłowości wystąpienia wyjątku od zasady jawności, bowiem to poprzez rzeczowe i przekonujące uzasadnienie tajemnicy, właściwie poparte dowodami, zamawiający ocenia, czy zastrzeżenie informacji pozwala na odejście od naczelnej zasady jawnego postępowania.

8.6.Wybrany wykonawca w ocenie Odwołującego nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz że podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Brak takiego wykazania, powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy uznać za skuteczne.

9.Nadużycie prawa do zastrzeżenia tajemnicy

9.1.Konsorcjum ROMGOS zastrzegło tajemnicę wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez to konsorcjum wymagań Zamawiającego, co jest praktyką krytycznie ocenianą w świetle orzecznictwa Izby.

9.2.Stosowanie instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa nie może służyć jako narzędzie uniemożliwiające konkurencyjnym wykonawcom ocenę ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd tego rodzaju sytuacje nie powinny być przez wykonawców nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Z perspektywy Zamawiającego powinny być zaś badane z wyjątkową starannością.

9.3.Odwołujący podziela pogląd Izby zawarty w wyroku KIO 2314/22, iż żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci. Co więcej, sposób jasny i jednoznaczny dał temu wyraz ustawodawca wprowadzając ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych zmianę art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.(obecnie 18 ust. 3 - uwaga własna). W uzasadnieniu do poselskiego projektu tej ustawy (druk sejmowy nr 1653, Sejm RP VII kadencji) wyjaśniając przyczyny zmiany art. 8 ust. 3 wskazano, że "Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych."

10.Brak należytego zbadania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia

10.1.Zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do oceny, czy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy zastrzegł je prawidłowo. Możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi bowiem realizację zasady jawności postępowania i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przekłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie i nie będzie poszukiwał w sposób nieuprawniony oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia.

10.2.W odniesieniu do zamawiających orzecznictwo Izby od początku kontynuowało linię przyjętą jeszcze przez zespoły arbitrów, za stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2015 r. (sygn. akt: III CZP

74/15), w której SN wskazał, że: zamawiający nie może bezrefleksyjnie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz ma obowiązek weryfikacji jego zasadności, a w przypadku uznania, że zastrzeżenie jest bezzasadne - obowiązek ujawnienia informacji.

10.3.W wyroku KIO 2664/21 Izba słusznie wskazała co następuje: Izba stoi na stanowisku, że każdy stan faktyczny i każdy z zastrzeżonych dokumentów wymaga indywidualnego podejścia, badania i decyzji ze strony Zamawiającego. Niemniej jednak zauważyć należy, że uzasadnienie zachowania w poufności określonego katalogu informacji jest dokumentem szczególnie ważnym z perspektywy wykonawców, bowiem jest źródłem informacji o powodach takiego zastrzeżenia, co oznacza, że jest podstawą służącą weryfikacji zasadności zastrzeżenia poszczególnych informacji. Tym samym należy dążyć do tego, aby tego rodzaju dokumenty jako szczególnie ważne z uwagi na ich charakter, pozostawały jawne. Zaś w uzasadnionych przypadkach wyłączenie jawności odnosiło się jedynie do wybranych informacji a nie zastrzeżenia całego dokumentu (...)

10.4.Rację ma Izba twierdząc, w sprawie KIO649/23, że: Wykonawca powinien mieć możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wszystkie dostępne (niezastrzeżone lub nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) informacje, zawarte w załącznikach do protokołu postępowania, aby prawidłowo skorzystać ze swojego prawa do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

10.5.Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie do charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający ma możliwość wyjaśnić, czego w niniejszym przypadku zaniechał¹⁵.

10.6.W świetle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r., KIO/KO 5/20: [...] nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzeczniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do nadmiernie „liberalnego” traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca nie przedstawił żadnych stosownych dowodów, które umożliwiałyby przyznanie ochrony informacjom zastrzeżonym. Nie wykazał także, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje.

10.7.Utrzymując w niniejszej sprawie tajemnicę informacji, Zamawiający nie wykonał prawidłowo powyższych obowiązków, czym dopuścił się naruszenia wskazanych w IV. 1 petitum niniejszego odwołania (Art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.) dalej "uznk", a także art. 16 ust. 1 Pzp).

II.Zarzut 2: Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny lub z powodu czynu nieuczciwej konkurencji.

1.Regulacja art. 224 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona rażąco niskiej. Powstanie tego domniemania skutkuje koniecznością udowodnienia przez wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena i koszt nie są rażąco niskie.¹⁶ Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień chcąc obalić powyższe domniemanie musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena i koszt nie są rażąco niskie. Wyjaśnienia wykonawcy muszą więc jednoznacznie i kompleksowo wykazać, że prawidłowe i kompletne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę jest możliwe oraz dostarczać dowodów jednoznacznie to potwierdzających.

2.Kalkulacja powinna być kompletna - to znaczy uwzględniać wszystkie koszty oraz zysk.

3.Kalkulacja musi być szczegółowa.

4.Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, spójne, logiczne i szczegółowe.

5.W wyjaśnieniach należy wskazać okoliczności, które sprawiają, że wykonawca jest w stanie obniżyć cenę. Taką okolicznością może być na przykład posiadanie specjalnego rabatu od dostawców. W tym zakresie nie wystarczy samo przytoczenie okoliczności. Należy je także udowodnić -np. przedłożyć e-maila, w którym dostawca przyznał wykonawcy wyższy rabat.

Poza samymi wyjaśnieniami konieczne jest więc załączenie dowodów. Bez dowodów wyjaśnienia nie są niewystarczające. Dowody muszą odpowiadać kwotom, jakie wskazano w wyjaśnieniach (kalkulacji).

7.W orzecznictwie utrwalił się jednolity pogląd, że wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami (KIO 3730/21), a w szczególności zawierać:

-wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny

(KIO 2185/14),

-jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (KIO 922/19, KIO 1332/21).

8.Dodatkowo w niniejszej sprawie zachodzi bardzo duża dysproporcja pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT ustaloną przed wszczęciem postępowania tj. 250.305.000,00 złotych brutto, a ceną jaką w Postępowaniu zaoferowało Konsorcjum ROMGOS tj. 104.427.000,00 PLN brutto. Cena zaoferowana przez Konsorcjum ROMGOS odpowiada zaledwie 42% szacunku Zamawiającego. Powyższe zobowiązuje Konsorcjum ROMGOS do złożenia obszernych, bardzo szczegółowych i doskonale udowodnionych wyjaśnień, zaś Zamawiającego do wnikliwej analizy wyjaśnień i dowodów na ich poparcie.

9.Zgodnie z wezwaniem z dnia 26 lipca 2023 r. Konsorcjum ROMGOS było zobowiązane do

(1)udzielenia wyjaśnień,

(2)złożenia dowodów

w zakresie wyliczenia ceny, ze szczególnym uwzględnieniem 57 pozycji wymienionych w wezwaniu, z których 45 dotyczy TABELA WZÓR Zamawiającego stanowiąca załącznik do powyższego wezwania.

10.W ocenie Odwołującego nie sposób przyjąć, aby przy tak znacznej rozbieżności szacunku Zamawiającego i Konsorcjum ROMGOS, nie zachodziła często spotykana przy wycenach sytuacja, iż Konsorcjum ROMGOS kalkulując określone pozycje niejednoznacznie lub niejednolicie, gdyż liczy, że pozycje te pozwolą na pokrycie innej pozycji lub elementu prac, co do których konieczność wykonania w toku realizacji odpadnie lub w razie konieczności ich wykonania zostanie pokryta z tych pierwszych pozycji oferty.

11.Odwołujący wskazuje też, że jeżeli więc optymalizacja cenowa wynika z zastosowania stawek z ofert podwykonawców, to co najmniej w wariantach w jakim stawki podwykonawców są niższe niż średnie rynkowe, konieczne jest rozpisanie i uzasadnienie przez Konsorcjum ROMGOS przedmiotowych elementów zamówienia w taki sposób aby przekonać Zamawiającego o realności wykonania takiego elementu w oparciu o wynikające z ofert stawki. Nie wystarczy w tym przypadku dostarczenie Zamawiającemu samych ofert podwykonawczych i zasłanianie się przez Konsorcjum Romgos wyłącznie faktem ich uzyskania. Odwołujący w związku z tym zwraca uwagę, że w wyroku KIO 1642/14 Izba uznała za dopuszczalne powoływanie się na podwykonawców jako podstawę uzasadnienia obniżenia ceny ofertowej przez wykonawcę, podkreślając, że oferty podwykonawców przyjęte do kalkulacji ceny oferty muszą być wiarygodne i uzasadnione. Nie wystarczy - zdaniem Izby - wykazanie samego faktu podzlecenia robót budowlanych. Zamawiający weryfikując cenę ofertową wykonawcy wycenioną na rażąco niskim poziomie, musi posiadać uzasadnienie wskazujące na obiektywną realność tej wyceny.

12.Odwołujący wnosi o weryfikację przez Izbę, z uwzględnieniem powyższych kryteriów, poprawności oceny przez Zamawiającego tak pierwszych wyjaśnień Konsorcjum ROMGOS (z dnia 11 sierpnia 2023 roku) jak i szczególną ocenę korespondencji Zamawiającego z Wykonawcą dotyczącej drugiego wezwania datowanego na 11 września 2023 roku.

Z dostępnej dla Odwołującego treści pisma Konsorcjum ROMGOS z dnia 19 września 2023 roku wynika, że w ramach wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu 15 września 2023 roku Konsorcjum ROMGOS przedstawiło najprawdopodobniej trzy niżej wskazane oferty.

1.Oferta Parus Projekt B. S.

2.Oświadczenie ATR Energy s.r.o.

3.Oświadczenie AVITA V. A.

Jeżeli tak jest, to w wariantach w jakim stawki podwykonawców są niższe niż średnie

Strona 25/28

rynkowe, konieczne było także rozpisanie i uzasadnienie przez Konsorcjum ROMGOS przedmiotowych elementów zamówienia w taki sposób, aby przekonać Zamawiającego o realności wykonania takiego elementu w oparciu o stawki wynikające z tych ofert.

Poznań, dnia 19.09.2023 r.

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4 02-337 Warszawa

Dot. uzupełnienia pisma Wykonawcy z dnia 15.09.2023r. ws. złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie w postępowaniu nr ZP/2023/02/0034/SWI (dalej jako „Postępowanie”) na „Budowę gazociągu DN1000 MOF 8,4MPa relacji Kędzierzyn - Koźle - Granica RP (Polska Czechy), na odcinku Kędzierzyn-Koźle-Racibórz wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi”, dalej jako „Wezwanie”.

Szanowni Państwo,

działając w imieniu konsorcjum ROMGOS sp. z o.o. ENGINEERING sp. k. siedzibą w Jarocinie oraz ROMGOS G. sp o.o. z siedzibą w Jarocinie (dalej łącznie jako „Wykonawca”), Wykonawca wskazuje, że informacje wskazane w piśmie złożonym do Zamawiającego w dniu 15.09.2023r. oraz jego załącznikach od 1 do 3, tj.:

1.Oferta Parus Projekt B. S.

2.Oświadczenie ATR Energy s.r.o.

3.Oświadczenie AVITA V. A.

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) i jako takie - na mocy art.13.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

14.W wyroku o sygn. KIO 1350/22 Izba wyjaśniła, że „ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do uznk. W art. 3 ust. 1 tej uznk zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych wart. 5 - 17d u.z.n.k, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998roku, sygn. akt ICKN904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. tj. że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (Zamawiającego - uwaga własna).

15.Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy jako przykład czynu nieuczciwej konkurencji można wskazać na:

-inżynierię cenową polegającą na manipulacji składnikami wynagrodzenia (przerzucanie wynagrodzenia na wcześniejsze etapy, przerzucanie wynagrodzenia za część opcjonalną zamówienia do wynagrodzenia za część podstawową),

-oferowanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji innych wykonawców lub osłabienia ich pozycji na rynku,

16.Tym samym, jeżeli oferta Konsorcjum ROMGOS w obszarze wynagrodzenia, obarczona jest wadami kwalifikującymi się jako czyn nieuczciwej konkurencji, powinna ona być odrzucona także i z tego powodu

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w petitum Odwołania.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE – pismo z dnia 13 października 23r.

Działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) - dalej „Pzp”, Zamawiający wnosi odpowiedź na odwołanie wniesione w dniu 2 października 2023 r. przez Wykonawcę pn.: „STALPROFIL” S.A., ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami odwoławczymi sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1)art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233) dalej "uZNK", a także art. 16 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum wykonawców: ROMGOS sp. z o.o. ENGINEERING sp.k. (Lider), ul. Zaciszna 1D, 63-200 Jarocin i ROMGOS G. sp. z o.o. (Członek) ul. Zaciszna 1D, 63-2 Jarocin, dalej „ROMGOS”, które to wyjaśnienia Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo że:

a)wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

b)wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

c)spowodowało to naruszenie zasady równości i zasady uczciwej konkurencji, w tym uniemożliwiło postawienie przez Odwołującego dalej idących - aniżeli wskazane w uzasadnieniu pkt 2 poniżej - zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaferowanie przez Konsorcjum ROMGOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej;

ewentualnie

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na rażąco niską cenę albowiem złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,

3)lub 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 uZNK lub art. 15 uZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS jako czynu nieuczciwej konkurencji i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej przez wzgląd na przyjęte przez Zamawiającego kryterium ceny.

Wobec stawianego zarzutu, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej,

2)odtajnienia wszystkich utajnionych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS, w szczególności wszystkich załączników do pism Konsorcjum ROMGOS z dnia 11.08.2023 r. zawierającego informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty wraz z dowodami potwierdzającymi koszty, za wyjątkiem danych osobowych osób fizycznych, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej,

3)powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

Ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOSjako najkorzystniejszej;

2)odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS;

Ponadto:

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający przedstawia stanowisko odnoszące się do zarzutu i wniosków stawianych w odwołaniu.

Wobec powyższego Zamawiający przedstawia stanowisko odnoszące się do zarzutu i wniosków stawianych w odwołaniu.

Zarzuty są niezasadne. Wykonawca ROMGOS zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uZNK. Wykonawca ten skutecznie także składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia i dowody wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Złożenie przez ROMGOS oferty nie stanowi także czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uZNK.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że Odwołujący wykazuje swój interes we wniesieniu odwołania jedynie w związku z zarzutami ewentualnymi, tj. zarzutami wskazanymi w pkt 2 i 3 powyżej, które mogą być rozpatrywane jedynie w sytuacji, gdy nie uwzględniony będzie zarzut główny (określony w pkt 1) w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 października 2015 r. (sygn. akt I ACa 479/15) podniesiono, że: (...) żądanie ewentualne w procesie cywilnym (ale także w

postępowaniu odwoławczym) zgłaszane jest jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez sąd żądania zasadniczego. Sąd rozpoznaje i rozstrzyga o żądaniu ewentualnym tylko wówczas, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego. Jest to szczególnie przypadek kumulacji roszczeń (art. 191 k.p.c.). Sąd Okręgowy procedując w sprawie jako niezasadne ocenił żądanie główne. W tej sytuacji powinnością Sądu stało się rozstrzygnięcie w przedmiocie żądania ewentualnego, zaś negatywna ocena i tego roszczenia wymagała wydania orzeczenia (oddalającego) również o tym żądaniu.

Skoro zatem:

Interes prawny (ale także we wniesieniu odwołania - przypis własny) należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej się znajduje odwołujący. Interes prawny należy rozumieć jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, tj. wywołaną rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej. Bezwzględnie, aby uznać, że strona wykazała interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jej działanie musi umożliwiać osiągnięcie określonego skutku prawnego. Inaczej można by mówić tylko o interesie faktycznym czy ogólnym (Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 kwietnia 2006 r.; III CA 299/06).

- to Odwołujący winien wykazać, że uznanie przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez ROMGOS informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest rzeczywistym naruszeniem albo choćby zagrożeniem jego sfery prawnej w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia, a przede wszystkim szkody ze względu na uniemożliwienie Odwołującemu dostępu do informacji zawartych w ofercie ROMGOS (por. także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2023 r.; KIO 264/23, w którym Izba zauważyła: Ustawodawca przewidział termin zawity na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów zamówienia jako termin 10-dniowy od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej (art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p.), jednak dla otwarcia się terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej ustawodawca wymaga także zaistnienia przesłanki materialnoprawnej w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia, a przede wszystkim szkody.).

Skoro Odwołujący nie wykazuje interesu prawnego w stosunku do zarzutu zaniechania odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez ROMGOS, to zarzut ten powinien być oddalony, a rozpatrzeniu powinny podlegać zarzuty ewentualne.

Z ostrożności procesowej Zamawiający odnie się jednak do argumentacji Odwołującego dotyczącej zarzutu określonego w pkt 1 - Zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS.

Wykonawca ROMGOS zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących dokumentach:

- 1)tabela składników ceny ofertowej (TABELA WZÓR ZAMAWIAJĄCEGO) i oferty dostawców oraz podwykonawców;
- 2)schemat organizacyjny oraz lista spawaczy;
- 3)lista środków trwałych będących w posiadaniu ROMGOS G. sp. z o. o.;
- 4)umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty Wykonawcy lub pozostają z Wykonawcą w stałych stosunkach gospodarczych, zawierające klauzulę o poufności - wraz z listą i odniesieniami do klauzul;
- 5)przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty;
- 6)Polityka Bezpieczeństwa ROMGOS i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami.

Są to dokumenty i informacje, o których mowa w odwołaniu.

W odniesieniu do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy Odwołujący stwierdził, że całość uzasadnienia składa się z ogólnych twierdzeń, nieskonkretyzowanych informacji, którymi wykonawca może posłużyć się przy okazji dokonywania zastrzeżenia w dowolnym postępowaniu. Przedłożone zastrzeżenie nie zostało dostosowane do niniejszego, konkretnego postępowania.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący stwierdził powyższe w sytuacji, gdy również zastrzegł (utajnił) wyjaśnienia dotyczące ceny (w kontekście rażąco niskiej ceny), a jego uzasadnienie nie jest tak rozbudowane jak ROMGOS.

Następnie podjął próbę bardziej szczegółowego wykazania braku zastrzeżenia, ze względu na niespełnienie, zdaniem Odwołującego, przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uZNK, tj., że zastrzeżone informacje:

- 1)mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

2)nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej (nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób),

3)podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności

- Zamawiający zobowiązany był ujawnić zastrzeżone przez ROMGOS informacje, a przez to i ww. dokumenty.

Wykonawca podkreślił, że zastrzeżone informacje nie zostały udostępnione podmiotom trzecim. Wyraził przy tym wolę (co, wraz z informacjami dotyczącymi podjętych działań w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, zostało szczegółowo opisane na stronach 10-13 wyjaśnień), by ww. informacje a związku z tym dokumenty, z których one wynikają pozostały tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów, co stanowiło podstawę do uznania skutecznego zastrzeżenia i nieujawnienia informacji w żądanym przez Wykonawcę zakresie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Zamawiający nie zgadza się zarówno z dokonaną przez Odwołującego oceną ogólną zastrzeżenia, jak i odnoszącą się do poszczególnych przesłanek. Wykonawca zastrzegł wskazane powyżej w pkt. 1-6 dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierając jednocześnie w wyjaśnieniach szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które to uzasadnienie zostało zweryfikowane przez Zamawiającego i uznane za prawidłowe.

Niewątpliwie zgodzić się należy, że informacje zastrzeżone w tym zakresie przez ROMGOS mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, techniczny oraz posiadają wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą szczegółowych elementów składających się na zaoferowaną cenę, w tym kosztów związanych z użyciem podwykonawców, jak i innych kosztów. Bezsprzecznie informacje te stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, w tym też szczegółowe wyjaśnienie pozycji wyceny, na którą składa się wiele czynników związanych z długoletnim funkcjonowaniem Wykonawcy na rynku. Pozyskanie wiedzy przez osoby nieuprawnione na temat elementów składowych ceny, prowadzić będzie do powzięcia wiedzy o technologiach stosowanych i rozwiązaniach technicznych, które będą wykorzystywane przez Wykonawcę, co bezpośrednio będzie rzutować na możliwość przewidywania pewnych elementów projektu oraz jego elementów cenotwórczych.

Wykonawca potwierdził, że informacje zastrzeżone wymienione w pkt. od 1 do 6 powyżej stanowią wymierną wartość gospodarczą i ich ujawnienie może wywołać konkretną szkodę dla Wykonawcy, z uwagi na fakt, że mogłyby zostać wykorzystane w walce konkurencyjnej, przez podmioty działające w tej samej branży, co Wykonawca (budowa gazociągów), a w przedstawionej przez Wykonawcę konfiguracji, połączeniu, zestawieniu, posiadają wartość gospodarczą, pozwalają mu na skuteczne konkurowanie na rynku z innymi podmiotami. Zastrzeżone informacje zawierają unikalną wiedzę Wykonawcy o organizacji procesu budowlanego i strategii cenowej, dzięki której może skutecznie konkurować z innymi wykonawcami i że informacje te są pośrednio źródłem zysku oraz pozwalają Wykonawcy na zaoszczędzenie kosztów.

Wykonawca wykazał indywidualne podejście i rozwiązania odnoszące się także do pozyskanych do współpracy podwykonawców, czy potencjalnych podwykonawców (wynikające m.in. z zawartych umów), a także w ofertach cenowych i techniczno-cenowych kontrahentów. Informacje te dotyczą indywidualnych warunków cenowych współpracy Wykonawcy z partnerami, podwykonawcami, zaproponowanych opcji różnicowania cen w zależności od przyjętych rozwiązań technologicznych i przeprowadzonych analiz Wykonawcy co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Wyjaśnić przy tym należy, że ROMGOS w swojej ofercie nie ujawnił nazw podwykonawców (wskazał jedynie zakresy prac), ich nazwy pojawiają się dopiero w wyjaśnieniach zastrzeżonych wyjaśnienia (w JEDZ są wskazane tylko podmioty trzecie, tj. TECHNO-POMIAR sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Naukowych i Technicznych NDTTEST sp. z o.o.).

W tym miejscu należy zacytować wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. (KIO 623/2023):

Ochronie może podlegać szczególne zestawienie elementów informacji, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Innymi słowy, Wykonawca musiałby wykazać, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych (przy czym wykonawca musi zidentyfikować jakie informacje mają charakter jawny i poufny), są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po stronie wykonawcy.

Zastrzeżone informacje te stanowią określony zbiór danych i mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem działalności oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób, podjęte zostały również kroki zmierzające do zachowania ich poufności. Informacje te mają niewątpliwie wartość gospodarczą oraz

stanowią tajemnice handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa (know-how ROMGOS), w szczególności wobec malejącej liczby inwestycji w branży gazowej, co powoduje większą presję i spadek cen ofertowych.

Nie można się zgodzić z twierdzeniami Odwołującego, który ich nie uzasadnił i nie poparł dowodami (por. w szczególności pkt 6.1.6. Odwołania), że specyfika i sposób realizacji zamówienia zawarte w zbiorze zastrzeżonych dokumentów, wpływające na wysokość ceny nie są wytworem unikalnej myśli ROMGOS. W szczególności nie odniósł się do stanowiska ROMGOS zawartego na str. 4 i 5 wyjaśnień na okoliczność na temat sposobu dokonywania kalkulacji, który może być wykorzystywany w przyszłych postępowaniach oraz uszczerbku, jaki mógłby ROMGOS ponieść w przypadku ich ujawnienia. Wykonawca podkreśla przy tym takie aspekty dotyczące: organizacji pracy, logistyki, kosztów wykonywania robót i usług, wysokości zysku, kontaktów z kontrahentami, cen uzyskanych za podwykonawstwo, cen materiałów, wielkości rabatów, źródeł dostaw, które mają bardzo istotny wpływ na kalkulację.

Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że z analizy ofert i złożonych wyjaśnień Wykonawców pod kątem rażąco niskiej ceny, uwzględniających także aspekt skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika jednoznacznie, że treść udzielnych wyjaśnień w zestawieniu z szczególną treścią wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny (pismo z dnia 26 lipca 2023 r. wraz z załącznikiem, w którym sformułowano wymagania dotyczące odniesienia się aż do 57 elementów składowych ceny, ujętych w sposób szczególny, nie pokrywający się z ich ujęciem w dokumentach zamówienia, ze względu na konieczność uzyskania przez Zamawiającego dokładnej weryfikacji zaoferowanych cen i jej elementów składowych; uzyskana w ten sposób, inna prezentacja elementów składowych wraz ze szczegółowym ich objaśnieniem pozwoliły na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji, ale też pokazała, że mają one szczególną wartość gospodarczą dla Wykonawców i wynikają m.in. z ich know-how) oraz złożonych przez Wykonawców opracowań własnych, w tym kalkulacji i innych dowodów na potwierdzenie rynkowych wysokości oferowanych ceny wynika, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełniają przesłanki ustawowe i zasługują na uwzględnienie a przekazane informacje na ochronę.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. (KIO 413/23) Izba stwierdziła, że: Informacje szczegółowe na temat wysokości kosztów, relacji z kontrahentami, umów, zadań lub klientów samodzielnie, stanowią informacje wrażliwe, strategię konkurencyjną oraz strategię cenową. Ich ujawnienie pozwalałoby stronom trzecim rozpoznać szczegółową charakterystykę kosztową spółki oraz stosowaną przez nią strategię cenową, co w efekcie tworzy podstawę do wykorzystania przedmiotowych informacji przeciwko K. w działaniach rynkowych, wpływając niekorzystnie nie tylko na pozycję K. (np. w postępowaniach przetargowych), ale także na poziom cen na rynku.

Specyfikacja Warunków Zamówienia, na którą powołuje się Odwołujący określa wymagania dla każdego wykonawcy zainteresowanego złożeniem oferty w Postępowaniu, ale nie przesądza o tym jak wykonawcy mają je wypełnić. Wiedza i doświadczenie wykonawców determinują w istotnej mierze sposób przygotowania oferty, w szczególności od strony cenowej, kosztowej, organizacyjnej, technologicznej, czy handlowej. Informacje te wynikają z jego doświadczenia w realizacji budowy gazociągów i związanej z tą specyfiką organizacji przedsiębiorstwa (know-how Wykonawcy), stanowią jeden z niematerialnych składników przedsiębiorstwa, wpływają w zdecydowany sposób na wartość ogólną przedsiębiorstwa, mimo że nie stanowią przedmiotu obrotu i nie dadzą się bezpośrednio wyrazić w wielkościach.

Według wiedzy Zamawiającego ROMGOS posiada aktualnie największe doświadczenie w realizacji kluczowych inwestycji liniowych G-S w bieżących realiach rynkowych (zarówno jako bezpośredni wykonawca jak i podwykonawca) - wykaz zrealizowanych przez ROMGOS projektów adekwatnych do przedmiotu niniejszego zamówienia zawarty jest na str. 15-16 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Doświadczenie z tych kontraktów pozwala ROMGOS na optymalizację kosztową. Dla Zamawiającego jest rękojmią należytego i terminowego (doświadczenia Zamawiającego wskazują, że często nawet przed terminem) zrealizowania zadania, a cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu nie odbiega od cen z pozostałych kontraktów (choć tu trudno o porównanie 1:1 np. ceny wykonania 1 km, bo cena oferty jest wypadkową wielu czynników: długości gazociągu (efekt skali), stopnia skomplikowania inwestycji, zakresu infrastruktury towarzyszącej, warunków terenowych, aktualnej sytuacji rynkowej itp.).

Zamawiający zgadza się z twierdzeniami ROMGOS (które w podobny sposób podnoszone były w przeszłości w związku z udziałem tego Wykonawcy w innych postępowaniach). Ich zasadność i prawdziwość wynika nie tylko z treści wyjaśnień i załączników, ale także z doświadczeń, jakie Zamawiający ma z tym Wykonawcą, zdobytych w trakcie realizacji przez niego innych zamówień (o tym szerzej w odniesieniu do zarzut nr 2).

Należy uznać za zasadne twierdzenie, że ujawnienie nazw kontrahentów Wykonawcy, w połączeniu z ujawnieniem informacji o cenach przez nich zaoferowanych, postawi Wykonawcę nie tylko w niekorzystnym położeniu na rynku budowy gazociągów (bo pozwoli konkurencji na uzyskanie wiedzy o indywidualnie wynegocjowanych stawkach, korzystnych upustach, poziomie marż), ale przede wszystkim narazi na zarzut naruszenia łączących Wykonawcę z tymi

podmiotami klauzul o zachowaniu poufności, a tym samym na odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

Niezależnie od udzielonych wyjaśnień informacje z uprzednich postępowań oraz wynikające z wykonanych albo wykonywanych zamówień jednoznacznie potwierdzają, że przyjęta organizacja, zespół podwykonawców i specjalistów pozwalają Wykonawcy na optymalizację kosztów, na zaoferowanie ceny znacząco niższej oraz wpływają na jego pozycję także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których bierze udział lub będzie w przyszłości uczestniczyć.

Jako dowody na poparcie tego twierdzenia można wskazać należycie wykonane (czasem przed terminem) dla Zamawiającego umowy, gdzie ROMGOS również oferował znacząco odbiegające od szacunków wartości zamówienia, ale także od cen innych wykonawców (zdarzenia przeszłe) versus niniejsze postępowanie, które z punktu widzenia analogicznych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa składanych w przeszłości jest zdarzeniem przyszłym. Należy zgodzić się z Wykonawcą, że zachowanie zastrzeżonych informacji jako niejawnie pozwoli ROMGOS skutecznie konkurować w kolejnych postępowaniach.

Jako potwierdzenie powyższego stanowiska Zamawiający pragnie wskazać na podobieństwa w zakresie stanu faktycznego w postępowaniu odwoławczym KIO 2821/21 i 2823/21 (w zakresie dziś stawianych zarzutów), gdzie zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 listopada 2021 r. oddalający odwołanie, w tym w zakresie bezprawnego uwzględniania przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W omawianym stanie faktycznym Konsorcjum R. - T. zastrzegło dokumenty zawierające informacje (podobnie jak w niniejszej sprawie) posiadające wartość gospodarczą, tj.:

- a) informacje o podmiotach pozyskanych do współpracy,
- b) indywidualne warunki cenowe uzyskane od kontrahentów,
- c) kalkulację cenową,
- d) informacje na jakich warunkach podmioty trzecie zobowiązały się do udostępnienia wykonawcy zasobów,
- e) zestawienie ekspertów i specjalistów,
- f) zestawienie środków trwałych.

Należy uznać za aktualne w niniejszej sprawie twierdzenie Izby zawarte w uzasadnieniu przywołanego wyroku, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie dowodzi, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę nie zostało zweryfikowane przez Zamawiającego. Nie dowodzi również, że dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób nieprawidłowy.

Podobnie jak w niniejszej sprawie tajemnicą przedsiębiorstwa objęto poszczególne załączniki do pisma zawierającego wyjaśnienia odnoszące się do ceny, które składane były na okoliczność wykazania elementów oferowanej ceny.

W przywołanym wyroku Izba podkreśliła, że (...) jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą, niemniej nie jest prawem bezwzględnie obowiązującym. Każdy wykonawca jest uprawniony do podjęcia działań mających na celu ochronę jego tajemnicy przedsiębiorstwa, więcej ma prawo domagać się utrzymania tej ochrony. Natomiast podmiot - jak w tym wypadku Odwołujący - obowiązany jest do wykazania, że w ramach poczynionych wyjaśnień wykonawca nie sprostał przesłankom uzasadniającym podjęcie ochrony.

Zamawiający zwraca uwagę, że podobnie jak w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 15 listopada 2021 r., Odwołujący pomija w swojej argumentacji również faktyczny stopień szczegółowości kalkulacji ceny (w tym elementów wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień). Kalkulacja cenowa posiada istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy, co niejednokrotnie było w orzeczeniach Izby wskazywane, bowiem informacje takie przedstawiają sposób działania przy realizacji zamówienia oraz schemat wyceny poszczególnych elementów składowych zamówienia czy strategię budowania ceny stosowaną przez tego wykonawcę. Tym samym Odwołujący kwestionując zastrzeżenie takich informacji, odnosząc się do argumentacji ROMGOS powinien był wykazać, że dane te nie mają w związku ze strategią budowania ceny przez ROMGOS.

Zamawiający pragnie podkreślić, że podobnie jak w przywołanej sprawie z 2021 r. można dostrzec zagrożenia wynikające z zasady tzw. inżynierii wstecznej (reverse engineering), którą stosując, inne podmioty mogłyby ocenić i ustalić, jakie schematy wyceny stosuje ROMGOS oraz jak szacuje ryzyka związane z danym zakresem prac. Wymaga również wskazania, że ROMGOS specjalizuje się w realizacji prac jakie są objęte przedmiotem postępowania o

udzielenie zamówienia w odniesieniu, co do którego zawisł ten spór. Uwzględniając, że przedmiot zamówienia obejmuje bardzo specjalistyczne roboty i usługi dla których grono ewentualnych wykonawców nie jest szerokie, to powoduje, że wycena ROMGOS nie stanowi elementu tylko odpowiadającego temu postępowaniu ale dotyczy, jak podnosił ROMGOS w uzasadnieniu, procedur, procesów oraz organizacji pracy. Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, że kalkulacja ceny nie może wskazywać w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany - przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą nie tylko w aspekcie tego postępowania, ale także dla całości funkcjonowania firmy.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Izby wyrażonym w przywołanym wyroku, że (...) na etapie postępowania odwoławczego zadaniem Odwołującego jest udowodnienie, że Zamawiający błędnie uznał za skutecznie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie w orzecznictwie Izby nie ma żadnych rozbieżności i fakt, że na Odwołującym ciąży obowiązek dowiedzenia tych okoliczności nie doznaje żadnego ograniczenia przy rozpoznaniu zarzutów odnoszących się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W zakresie argumentacji Odwołującego, a mianowicie, że kalkulacje ceny pokazują, w jaki sposób Wykonawca wycenia koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Wykonawca na przestrzeni lat swojej działalności wypracował własne metody kalkulacji ceny, aby móc skutecznie konkurować z innymi podmiotami czy to już działającymi w branży, czy też dopiero wchodzącymi na rynek. Treść tabeli zatem nie tylko pozwoliłaby innym wykonawcom poznać ceny za określone zakresy prac, ale też przypisać te zakresy do określonych podwykonawców, a tym samym umożliwiłaby konkurencji poznanie wartości prac przez nich wykonywanych - Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołujący znał treść złożonych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i miał możliwość odniesienia się do tej argumentacji. Samo stwierdzenie, że kalkulacja ceny zawarta w tabeli w załączniku do wyjaśnień nie przedstawia tajemnicy jest niewystarczająca.

W nadmienionym wyroku Izba odniosła się także do kwestii utajnienia listy środków trwałych, co pozostaje aktualne i ma znacznie także w niniejszej sprawie, stwierdzając:

(...) środki trwałe stanowią także informację o posiadanym zapleczu technologicznym wykonawcy Konsorcjum, które w efekcie mogą pozwolić wykonawcom na uzyskanie wiedzy o technologii lub rozwiązaniach technicznych stosowanych przez Konsorcjum R (...)

Izba podziela wskazaną przez Zamawiającego argumentację zamykającą się w wyroku Sądu Najwyższego z 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06, który podał, że "fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności."

Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ROMGOS wynika, że informacje na wstępie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a inny przedsiębiorca (konkurent - tu: Odwołujący), nie mógł poznać chronionych informacji drogą zwykłą i dozwoloną (z wyjątkiem tych wprost wskazanych w ofercie ROMGOS).

Można zgodzić się z tym, że obrocie dostępne są wyłącznie pojedyncze, ogólne informacje odnoszące się do zastrzeżonych informacji, ale nie w konkretnym zestawieniu.

Wymagania aktualnie toczącego się postępowania powodują, że mamy do czynienia, że w tej specyficznej formie i konfiguracji zastrzeżone informacje będą podane jedynie w złożonych w tym postępowaniu dokumentach, gdzie zgodnie z intencją ROMGOS i dzięki jego świadomym staraniom zostały objęte tajemnicą.

ROMGOS chroni informacje w specyficznej formie i konfiguracji, które zostały podane jedynie w złożonych w tym postępowaniu dokumentach, gdzie zgodnie z intencją ROMGOS i dzięki jego świadomym staraniom zostały objęte tajemnicą. Umożliwiają one, dzięki określonej wiedzy, potencjału ludzkiego, czy technicznego, określonej kooperacji z podmiotami współpracującymi, skuteczne konkurowanie tego wykonawcy na rynku robót liniowych, jakie są przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do uzasadnienia zarzutu sprecyzowanego w pkt 6.2. Utajnione informacje dotyczące potencjału kadrowego, ekspertów i specjalistów należy zauważyć, że nie został on poparty wskazaniem konkretnych okoliczności faktycznych, ani dowodów.

Odwołujący opiera się na ogólnych stwierdzeniach. Wskazuje na część uzasadnienia utajnienia w odniesieniu do funkcjonującej na rynku nieuczciwą praktyką przejmowania pracowników przez konkurencję, kwestionując ją, ale też nie

wskazując na okoliczności, które temu przeczą. Twierdzi także, że personel zatrudniony przez ROMGOS jest powszechnie znany, ale nie wymienia żadnych osób. Odwołujący twierdzi także, że znając zaś dane osobowe konkretnego specjalisty, możliwym jest uzyskanie informacji na temat jego kwalifikacji i doświadczenia, np. w odpowiednich instytucjach branżowych (na mocy właściwych przepisów powszechnych czy też wewnętrznych tych instytucji). Jak wynika z powyższego, utajnienie danych dotyczących struktury personelu poszczególnych osób ma na celu przede wszystkim utrudnienie pozyskania tych danych przez wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu. Nie daje jednak nawet jednego przykładu potwierdzającego zasadność jego tezy.

Zamawiający zauważa, że zastrzeżone informacje (w szczególności zał. 2 i 3) zawierają dane dotyczące zdolności organizacyjnych (w tym imienna lista spawaczy i inżynierów, informacje o własnych służbach geodezyjnych), która to zdolność w dużej mierze przekłada się na możliwość odpowiedniej organizacji prac. W przypadku inwestycji liniowych jest to znacząca wartość i ma dużo większe znaczenie, niż w przypadku inwestycji kubaturowych. Właściwa organizacja pracy oraz duży zakres własnego sprzętu i personelu daje możliwość przystąpienia do realizacji już z chwilą zawarcia umowy, bez potrzeby szukania i kontraktowania podwykonawców - optymalizacja czasu i kosztów.

Wyjaśnić ponadto należy, że w odniesieniu do personelu (w szczególności spawaczy i inżynierów) warto też odnotować, że o przewadze nie stanowi jeden człowiek, ale zespoły które tworzą i wyjęcie z takiego zespołu (podkupienie) kilku osób może spowodować, że wykonawca straci przewagę konkurencyjną w tym zakresie.

W zakresie zarzutów dotyczących posiadanego przez ROMGOS sprzętu (pkt. 6.3. odwołania) - załącznik nr 3 lista środków trwałych - istotne jest nie tyle jaki to konkretnie sprzęt (choć ta informacja również ma walor gospodarczy i organizacyjny i - z posiadanych informacji - nie została upubliczniona), ale jego rodzaj i przede wszystkim posiadana ilość. Dane w tym obszarze mogą stanowić przewagę konkurencyjną w kolejnych postępowaniach. Posiadanie własnego sprzętu ogranicza koszty i czas, a szczegółowa wiedza o zasobach pozwala konkurencji poznać np. „moce przerobowe”. Podnoszona w odwołaniu okoliczność, że w ramach współpracy ROMGOS ze Stalprofil S.A., Odwołujący posiadał wiedzę na temat zasobów ROMGOS (de facto nie wiadomo w jakim zakresie, bo tego już nie wyjaśnia) nie oznacza jeszcze, że informacja w tym zakresie straciła przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Dane te mogą w dalszym ciągu być nieznanymi pozostałym konkurentom (co podnosi ROMGOS). Konkurenci poznając pełne zasoby ROMGOS (sprzęt, ludzie) będą wiedzieli jaką ROMGOS ma moc przerobową i w jakich przetargach może wystartować samodzielnie.

Zasoby własne ROMGOS są przewagą, która w dużej mierze robi różnicę i istotnie zwiększa szansę na przygotowywanie konkurencyjnych ofert. Niewątpliwie Odwołujący chce pozyskać wiedzę w tym zakresie, bo ta pozycja wpływa na wycenę, a to ma istotne znaczenie przy często niezbyt dużych różnicach w oferowanych za wykonanie zamówienia cenach.

Dokonana przez Zamawiającego analiza porównawcza wyjaśnień ROMGOS i Odwołującego w kwestii rażąco niskiej ceny pokazuje jednoznacznie, gdzie tkwią podstawy różnicy w cenach zaoferowanych przez obu Wykonawców. Jako dowód Zamawiający przedstawi na rozprawie zestawienie wybranych pozycji z kalkulacji w celu wykazania podstaw różnicy w cenach zaoferowanych przez obu Wykonawców.

Jednocześnie, stosownie do postanowienia art. 545 ust. 3 Pzp Zamawiający wnioskuje o ograniczanie Odwołującemu i uczestnikowi postępowania odwoławczego prawo wglądu do tego materiału dowodowego, który będzie załączony do akt sprawy, ponieważ jego udostępnienie groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.

Analiza pokazuje także, że zakresy prac, a w związku z tym pozycje wyceny, w zakresie których ROMGOS w zdecydowanej większości dysponuje zasobami własnymi, dotyczą kluczowych robót budowlano-montażowych (które stanowią ok. 25% oferty wykonawców; oczywiście u różnych wykonawców mogą występować różnice). Z tego powodu ochrona informacji w zakresie zasobów Wykonawcy jest niezwykle istotna.

Stąd to właśnie ten zakres prac, który ROMGOS planuje wykonać siłami własnymi skutkuje istotną przewagą cenową nad ofertą firmy Stalprofil S.A., która często w realizacjach swoich inwestycji dla Zamawiającego podzlecała te roboty budowlano-montażowe firmie ROMGOS, które stanowią istotną różnicę cenową w przedmiotowym postępowaniu.

Istotnym kolejnym elementem, który warunkował wybór ROMGOS były przedstawione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny a mianowicie szczegółowość przedstawionych kalkulacji cenowych w kluczowych dla Zamawiającego robotach budowlano-montażowych, które ROMGOS planuje wykonać siłami własnymi. Podane w wyjaśnieniach ilości, stawki r-g, m-g, normy nakładów oraz wydajności dla poszczególnych robót jednoznacznie wskazują, że wycena została dokonana prawidłowo. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Stalprofil S.A. nie były tak precyzyjne.

Na zakończenie, odnosząc się do pkt 10 Odwołania - Brak należytego zbadania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia - i teoretycznych rozważań Odwołującego, Zamawiający wyjaśnia, że dokładnie i z należytą starannością zweryfikował nie tylko zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez ROMGOS, ale także przez Stalprofil S.A. Jeszcze raz przy tym należy podkreślić, że Odwołujący również zastrzegł (utajnił) wyjaśnienia dotyczące ceny (w kontekście rażąco niskiej ceny). Jego uzasadnienie nie jest tak rozbudowane jak ROMGOS, a mimo to Zamawiający uznał jego zasadność. Pokreślenia wymaga także, że uzasadnianie co do poprawności uzasadnienia tajemnicy wynika nie tylko z uzasadnienia tajemnicy, także z samej treści zastrzeżonych informacji zawartych w dokumentach, które jednoznacznie wskazują na spełnianie przesłanek wskazanych i wykazanych w uzasadnieniu tajemnicy. Zamawiający dokonał badania stanu faktycznego wszystkich (w tym wymienionych zastrzeżeń) z zastosowaniem indywidualnego podejścia w ich badaniu.

Na uwagę zasługuje (i należy je przyjąć za własne) w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. (Sygn. akt. XXIII Zs 19/23), który stwierdził, że: Na tle stanu faktycznego tej sprawy, nie ma wątpliwości, że trafny był zarzut skargi naruszenia prawa materialnego polegającego na przyjęciu przez (...) zawężającego" rozumienia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP do sytuacji, w której obowiązkiem (...) było w istocie udowodnienie, a nie jak stanowi ten przepis "wykazanie ", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Rację ma skarżący, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu. Przedstawienie przez (...) dowodów potwierdzających argumentację (...) o zasadności dokonywanego zastrzeżenia, tj. dowodów z Zarządzenia jak i zanonimizowanej umowy o pracę (Załączniki nr 2 i 3), świadczy o zachowaniu przez (...) szczególnej staranności, wyższej niż wymagana art. 18 ust. 3 ustawy PZP, która miała na celu wykazanie, że zastrzegane przez (...) informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...).

Odnosząc się do zarzutu określonego w pkt 2 - Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zarzut jest gołosłowny i nie poparty dowodami, w szczególności, że cena Odwołującego nie odbiega znacząco (ok. 11%) od ceny ROMGOS. Zauważyć przy tym należy, że już analiza kilku istotnych pozycji wyceny uzasadnia różnicę pomiędzy wartością oferty ROMGOS i STALPROFIL S.A. a to wskazuje, że gdyby Odwołujący miał analogiczne możliwości techniczne czy organizacyjne w tych pozycjach mógłby zaoferować cenę na analogicznym, a może nawet niższym poziomie.

Następnie Zamawiający wyjaśnia, że wobec zaistnienia znaczących rozbieżności wysokości cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do wartości szacunkowej, zdecydowano o wezwaniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty do złożenia wyjaśnień udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. Wezwanie do wykonawców w zakresie wyjaśnienia, w tym do ROMGOS i Odwołującego, wystosowano 27 lipca 2023r. wyznaczając termin złożenia na 11 sierpnia 2023 r. Termin ten - w związku z wnioskami wykonawców o przesunięcie - został wydłużony przez Zamawiającego do 18 sierpnia 2023 r. Po dokonaniu weryfikacji złożonych przez ROMGOS wyjaśnień Zamawiający zwrócił się 11 września 2023 r. do Wykonawcy z wnioskiem o uzupełnienie wyjaśnień. Wykonawca 15 września 2023 r. (w wyznaczonym na 19 września 2023 r. godz. 11.00 terminie) złożył wnioskowane wyjaśnienia.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami w postaci następujących dokumentów spośród których 6 zastrzegł, jako dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa:

- 1)Kalkulacji kosztów budowy (Wynagrodzenia) - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 2)Schemat organizacyjny oraz lista spawaczy - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 3)Lista środków trwałych - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 4)Umowy i oferty podwykonawców - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 5)Przykładowe umowy o pracę - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 6)Polityka bezpieczeństwa - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 7)Regulaminy pracy.

Udzielił także uzupełniających wyjaśnień w związku z szczegółowymi pytaniami Zamawiającego, zawartymi w drugim wezwaniu. Wyjaśnień uzupełniających udzielił także Odwołujący. Zamawiający zastosował analogiczne podejście do

oceny wyjaśnień wszystkich wykonawców. Stąd podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia ROMGOS i Odwołującego zostały ocenione w taki sam sposób.

Zamawiający w wyniku weryfikacji powyższych wyjaśnień i dowodów stwierdził w szczególności, co następuje:

- 1) Wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, przyjętych założeń i planowanego sposobu organizacji budowy;
- 2) Wykonawca złożył szczegółową kalkulację ceny ofertowej w zakresie zgodnym z wzorcem zalecanym przez Zamawiającego (tabela zawarta w dokumencie „Kalkulacja kosztów budowy”;
- 3) Wykonawca ujął w wyjaśnieniach sposób podziału organizacyjnego zakresu prac oraz kalkulacji poszczególnych pozycji tabeli, tj. podziału czynności, które wykona siłami własnymi oraz siłami podwykonawców. Szczegółowy opis planowanego podziału prac (siły własne/podwykonawcy) wraz ze wskazaniem czynników cenotwórczych Wykonawca zawarł w dokumencie „Kalkulacja kosztów budowy”;
- 4) Wykonawca przedstawił na poparcie cen ujętych w kalkulacji dowody w postaci kopii umów oraz ofert podwykonawców;
- 5) Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że skalkulowana cena uwzględnia ustawowe wymogi co do warunków zatrudnienia, wynikające w szczególności z Kodeksu pracy i przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 6) Wykonawca ujął w kalkulacji ceny koszty ryzyk kontraktu (wraz z wyszczególnieniem tych ryzyk);
- 7) Wykonawca ujął w kalkulacji ceny koszty finansowe;
- 8) Wykonawca ujął w kalkulacji ceny koszty zarządu i zysk.

W opinii Zamawiającego, z uwzględnieniem weryfikacji wyjaśnień i dowodów dokonanej przez kosztorysantów Biura Projektowego Zamawiającego oraz złożonych przez wykonawcę w dniu 15 września 2023 r. uzupełnień, Wykonawca ROMGOS w wystarczający sposób wykazał, że oferowana cena jest na aktualnym poziomie rynkowym, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca ROMGOS złożył dowody, które swą treścią potwierdzają poczynione założenia zaprezentowane w wyjaśnieniach. W opinii Zamawiającego ROMGOS sprostał ciężarowi udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i pozostaje ceną realną. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, że cena oferty ROMGOS jest zbliżona do cen ofert pozostałych wykonawców, co dodatkowo czyni ją wiarygodną na rynku robót budowlanych w zakresie budowy gazociągów.

Wbrew sugestiom Odwołującego (który posługuje się w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej), jakoby wyjaśnienia ROMGOS w zakresie zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny, nie zasługiwały na uwzględnienie, złożone wyjaśnienia są konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do tego konkretnego zamówienia, jak również zostały poparte dowodami i zawierają:

-wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

-jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytny i wymierne wartości ekonomiczne, co zostało poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami.

Zamawiający przy ocenie oferty oraz dokumentów ROMGOS, w szczególności brał pod uwagę złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie, których mógł w sposób rzetelny ocenić kompletność, zakresy robót, ceny i założone metody kalkulacji w przedstawionej ofercie. Zamawiający przy ocenie Wykonawcy brał także pod uwagę następujące czynniki:

-doświadczenie z realizacji inwestycji strategicznych dla Zamawiającego,

-terminowość wykonywania inwestycji dla Zamawiającego (niektóre inwestycje zostały ukończone przed założonym terminem odbioru końcowego),

-realizacja inwestycji dla Zamawiającego, ale także ROMGOS jako podwykonawcy przy wykonywaniu robót technologicznie najważniejszych dla całej inwestycji,

-posiadanie własnego personelu zarządzającego inwestycją, posiadanie wykwalifikowanych specjalistów do wykonywania robót technologicznych, posiadanie własnych niezbędnych zasobów sprzętowych,

Zamawiający pragnie także podkreślić, że dokonując oceny ROMGOS, czyli Wykonawcy, z którym Zamawiający wielokrotnie współpracował, pod uwagę brał także dotychczasowe wyniki współpracy z tym Wykonawcą.

Jako przykłady należy wskazać wybrane inwestycje kluczowe Zamawiającego, które przedmiotowo są zbliżone do aktualnego postępowania DN1000 Kędzierzyn-Racibórz. Poniżej przedstawil Tabelarycznie informacje dotyczące postępowań w wyniku których te umowy zostały zawarte, z uwzględnieniem przede wszystkim wartości szacunkowej i cen wszystkich ofert:

- 1. Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 1000 relacji Gustorzyn -Wronów, etap III Rawa Mazowiecka – Wronów na terenie województwa lubelskiego, mazowieckiego i łódzkiego
- 2. Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn-Wronów, Etap II: Leśniewice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi.
- 3 Budowa międzysystemowego gazociągu t.j. gazociąg Polska-Litwa odcinek południowy część 1- od tłoczni gazu Hołowczyce i wraz z układem włączeniowym do granicy woj. Mazowieckiego o długości ok.72.5 km.

Zmawiający podkreśla, że we wszystkich ww. postępowaniach oferta ROMGOS była tańsza od drugiej w rankingu oferty odpowiednio o ok: 35, 14 i 12 mln zł netto (tj. odpowiednio o: 9%, 6% i 7%) oraz dużo niższa od wartości szacunkowej (odpowiednio o ok.: 103, 113 i 38 mln zł netto, tj. odpowiednio o: 21%, 34% i 18%).

Umowy nr 1 i 2 (WRB Gustorzyn-Wronów, etap 3 oraz WRB Gustorzyn-Wronów, etap 2) są na ukończeniu - zgodnie z planem: IV kwartał br. Również są realizowane terminowo i należycie. Poniżej bardziej szczegółowe informacje na ten temat:

<https://www.gaz-svstem.pl/pl/svstem-przesvlowv/inwestvcie/korytarz-centrum-wschod/rawa-mazowiecka-wronow.html>

<https://www.gaz-svstem.pl/pl/svstem-przesvlowv/inwestvcie/korytarz-centrum-wschod/lesniewice-rawa-mazowiecka.html>

Umowa nr 3 (WRB Polska-Litwa S cz.1) jest już zrealizowana - terminowo i należycie, zgodnie wymaganiami Zamawiającego i za zaoferowane przez ROMGOS ceny.

Podkreślenia wymaga także fakt, że Zamawiający odnotował we współpracy z ROMGOS przypadki wykonania zamówienia przed terminem.

Podsumowując stanowisko Zamawiającego odnośnie do tego zarzutu, należy wyjaśnić, że indywidualna i szczegółowa analiza złożonych przez ROMGOS wyjaśnień potwierdza, że Wykonawca ten sprostął ciężarowi udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i pozostaje ceną realną.

W kwestii zarzutu określonego w pkt 3 - Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS z powodu czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do tego zarzutu, należy podkreślić, że nie zawiera on w istocie żadnego uzasadnienia. Twierdzenia (pkt 15 i 16 Odwołania), że bezpodstawnie wskazuje na:

-inżynierię cenową, którą jakoby zastosował ROMGOS, polegającą na manipulacji składnikami wynagrodzenia (przerzucanie wynagrodzenia na wcześniejsze etapy, przerzucanie wynagrodzenia za część opcjonalną zamówienia do wynagrodzenia za część podstawową),

-oferowanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji innych wykonawców lub osłabienia ich pozycji na rynku.

W związku z powyższym Odwołujący konkluduje, jeżeli oferta ROMGOS w obszarze wynagrodzenia, obarczona jest wadami kwalifikującymi się jako czyn nieuczciwej konkurencji, powinna ona być odrzucona także i z tego powodu.

Wobec gołosłowności twierdzeń Odwołującego oraz braku jego uzasadnienia zarzut nie powinien być uwzględniony.

W świetle tych okoliczności Zamawiający Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nr ZP/2023/04/0034/SWI, pod nazwą: „Budowa gazociągu DN1000 MOP 8,4 MPa relacj

Kędzierzyn - Koźle - Granica RP (Polska - Czechy) na odcinku Kędzierzyn - Koźle - Racibórz wraz z Infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi" i dotyczy czynności oraz zaniechań zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum w składzie: ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING S k. w Jarocinie oraz ROMGOS G. Sp. z o.o. w Jarocinie dalej określanych jako „Konsorcjum ROMGOS”,
2. zaniechaniu odtajnienia kluczowych części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS,
3. ewentualnie zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na niepodolewanie przez Konsorcjum ROMGOS obowiązku obalenia domniemania rażąco niskiej ceny lub ze względu na to, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji,
4. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wymóg udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wynika z naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniu.

Na podstawie powyżej wymienionych przez odwołującego, czynności i zaniechań zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.) dalej "Uznk", a także art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Konsorcjum ROMGOS, które to wyjaśnienia zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo że:

a) wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

b) wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

c) spowodowało to naruszenie zasady równości i zasady uczciwej konkurencji, w tym uniemożliwiło postawienie przez odwołującego dalej idących - aniżeli wskazane w uzasadnieniu pkt 2 poniżej - zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaoferowanie przez Konsorcjum ROMGOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie zamawiającego do wybrania oferty jako najtańszej,

2. ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust.6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na rażąco niską cenę albowiem złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu lub art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 Uznk lub art. 15 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS jako czynu nieuczciwej konkurencji i zmuszenie zamawiającego do wybrania oferty jako najtańszej ze względu na przyjęte przez zamawiającego kryterium ceny.

Na podstawie powyżej sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej,

b) odtajnienia wszystkich utajnionych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS, w szczególności wszystkich załączników do pism Konsorcjum ROMGOS z dnia 11.08.2023 r. zawierającego informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty wraz z dowodami potwierdzającymi koszty, za wyjątkiem danych osobowych osób fizycznych, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej,

c) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert,

3. ewentualnie nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej

b) odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS,

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Z powyżej przedstawionych zarzutów i żądań odwołania wynika, że odwołujący nie akceptuje jako prawidłowo wyliczonej i realnej w zakresie kosztów ceny oferty wykonawcy wybranego, a przeszkodą w udowodnieniu postawionego zarzutu jest zaakceptowane przez zamawiającego utajnienie wyjaśnień, co do wyliczenia ryczałtowej ceny przedmiotu zamówienia, ceny stanowiącej jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na poparcie spełnienia warunków formalnych, co do braku podstaw odrzucenia odwołania oraz podstaw merytorycznych odwołania, co do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wskazał, jak poniżej.

W zakresie wymagań formalnych.

W dniu 22.09.2023 r. odwołujący za pomocą środków komunikacji elektronicznej otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ROMGOS, zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 - dniowego terminu przewidzianego przepisami Pzp. Odwołujący doręczył zamawiającemu kopię odwołania na podany w dokumentacji przetargowej adres email, zgodnie z art. 516 ust.2 Pzp. do odwołania odwołujący załączył dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości (tj. 20.000,00 zł), dowód przekazania odpowiednio odwołania zamawiającemu oraz dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Izba stwierdza, że wszystkie wskazane w odwołaniu, jak powyżej, okoliczności zostały potwierdzone w toku badania złożonego odwołania, w związku z tym nie wystąpiły przesłanki z art.528 Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania. W powyższym stanie rzeczy w myśl art.530 Pzp odwołanie zostało skierowane do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany po stronie zamawiającego, przeciwko przystąpieniu nie zgłoszono opozycji.

Odwołujący wskazał na interes w uzyskaniu zamówienia, to jest na legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert, przez co ma szansę na uzyskanie zamówienia i może ponieść szkodę, przez naruszenie przepisów Pzp, w sytuacji nie uzyskania zamówienia.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia, odnosząc interes tylko do zarzutu ewentualnego („Skoro Odwołujący nie wykazuje interesu prawnego w stosunku do zarzutu zaniechania odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez ROMGOS, to zarzut ten powinien być oddalony, a rozpatrzeniu powinny podlegać zarzuty ewentualne”). Odwołujący wskazując na interes w uzyskaniu zamówienia wskazał na wszystkie zarzuty pkt IV odwołania („Na gruncie niniejszej sprawy szkoda Odwołującego jest bezpośrednim skutkiem naruszeń przepisów wskazanych w pkt IV odwołania” - vide odwołanie powyżej – uzasadnienie wyroku) to jest zarówno co do utajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego w zakresie ceny, jak i braku odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę oferty wykonawcy wybranego. Poza tym Izba stwierdza interes w uzyskaniu zamówienia nie tylko na podstawie argumentacji w samym odwołaniu, ale również na podstawie obiektywnie istniejących okoliczności w sprawie, rozstrzygając co do prawa wniesienia odwołania. Izba w powyższym stanie rzeczy, potwierdza prawo odwołującego do wniesienia odwołania, w rozumieniu art.505 ust.1 Pzp, co do podniesionych zarzutów odwołania.

Przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia **Izby** pozostają zaskarżone czynności zamawiającego, polegające na zaakceptowaniu utajnienia wyjaśnień ceny i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego to jest przystępującego po stronie zamawiającego / Konsorcjum Romgos.

Izba przeprowadziła na rozprawie postępowanie dowodowe uwzględniając przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy dokumentację postępowania, przyjmując również szczegółowe wyjaśnienia i oświadczenia przedstawicieli stron i uczestnika złożone do protokołu, a także przyjęła złożone wnioski dowodowe jako materiał wyjaśniający. Dokonując badania i oceny zgromadzonego materiału w sprawie oraz argumentację formalną i prawną odwołania, **Izba** oddaliła odwołanie w całości w zakresie podniesionych zarzutów i żądań odwołania. Oddalenie odwołania oznacza, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie naruszył zasad utajnienia wyjaśnień wykonawcy chronionych tajemnicą przedsiębiorstwa w myśl Uznk, jak i dokonując badania i oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy wybranego co do ceny oferty oraz jej kosztu, podjął prawidłowo czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w myśl Pzp. Również wobec nie potwierdzenia zarzutu odwołania co do rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, nie potwierdził się zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Bowiem co potwierdził zamawiający, a czemu nie zaprzeczył odwołujący, wykonawcy byli równo traktowani co do wezwań do wyjaśnienia cen oraz kosztów, jak i co do zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Podsumowując **Izba** nie stwierdziła naruszeń przepisów ustawy Pzp jak i ustawy ZnK wskazanych w odwołaniu oraz podziela argumentację zamawiającego przyjmując ją jak własną. Wobec powyższego zamawiający prawidłowo ocenił

wniosek utajnienia złożonych dokumentów przez wykonawcę wybranego, jak również prawidłowo ocenił i stwierdził brak rażąco niskiej ceny w ofercie wybranej.

Wykonawca wybrany, odpowiadając na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień ceny, zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dokumentach: tabela składników ceny ofertowej, oferty dostawców oraz podwykonawców, schemat organizacyjny oraz lista spawaczy, lista środków trwałych będących w posiadaniu wykonawcy, umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty wykonawcy lub pozostają z wykonawcą w stałych stosunkach gospodarczych, przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty, polityka bezpieczeństwa i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami.

Odwolujący podniósł, że całość uzasadnienia składa się z ogólnych twierdzeń, nieskonkretyzowanych informacji, którymi wykonawca może posłużyć się przy okazji dokonywania zastrzeżenia w dowolnym postępowaniu. Przedłożone zastrzeżenie nie zostało dostosowane do niniejszego, konkretnego postępowania.

Izba odnosząc się do zasadności zarzutu co do nie dostosowania do konkretnego postępowania wniosku o utajnienie wyjaśnień ceny, nie podziela stanowiska odwołującego. Ochrona informacji zastrzeżonych w przedsiębiorstwie, w tym co do ceny oferty, wymaga właśnie ustalenia, wdrożenia, przestrzegania rutyny, czyli powtarzalnej procedury postępowania pracowników i systemu przedsiębiorcy. Tak więc, w ocenie Izby, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i jej uzasadnienie, w tym wypadku co do ochrony przed konkurencją sposobu i okoliczności towarzyszących ustaleniu ceny, nie wymagają każdorazowego dostosowania ochrony do konkretnego postępowania. Gdyby przyjąć oczekiwanie w tym zakresie odwołującego to oznaczałoby, że informacje nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie objęte są trwałym systemem ich ochrony przed dostępem konkurentów rynkowych. Bowiem cechą fundamentalną systemu ochrony informacji powinna być powtarzalność i trwałość jego funkcjonowania, a nie tworzenie każdorazowo systemu do konkretnego postępowania przetargowego. Uzupełniająco **Izba** zaznacza, co podniósł zamawiający, że podkreślenia wymaga okoliczność, że odwołujący twierdzi powyższe w sytuacji, gdy sam również zastrzegł (utajnił) wyjaśnienia dotyczące ceny (w kontekście rażąco niskiej ceny), a jego uzasadnienie nie jest tak rozbudowane jak wykonawcy wybranego.

Izba oceniając, zakres utajnienia informacji i zastosowane procedury wewnętrzne przez wykonawcę wybranego stwierdza, że spełniają one dyspozycje określone art.18 ust.3 Pzp., według wymagań wynikających z art.11 ust.2 Uznk. Zasady ustalone i obowiązujące u wykonawcy wybranego mogą mieć charakter uniwersalności, ponieważ potwierdzają stosowane instrumenty w procedurze obowiązującej w przedsiębiorstwie wykonawcy, co do ochrony informacji, mogących mieć wpływ na jego pozycję konkurencyjną na rynku, aktualnie i w przyszłości.

W ocenie **Izby**, uzasadnienie wniosku wykonawcy wybranego o utajnienie informacji zawiera i spełnia wymagania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uZNK, to jest, że zastrzeżone informacje: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny charakter posiadający wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej (nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób), podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca wybrany oświadczył, w złożonym wniosku o utajnienie, że zastrzeżone informacje nie zostały udostępnione w toku jego działalności podmiotom trzecim, konkurencyjnym przedsiębiorcom. Przedstawiając podjęte działania wewnątrz firmy i obowiązujące na zewnątrz wykazał, że opisane na str. od 9 do 13 wyjaśnień i przywołane dokumenty/instrumenty, świadczą o podjętych działaniach w celu utrzymania tajemnicy przed konkurencją, co dowodzi skutecznego zastrzeżenia i nieujawnienia zastrzeżonych informacji na zewnątrz.

Co do zakresu zastrzeżonych informacji - dokumenty wymienione w załącznikach 1 - 6 do wyjaśnień, jako dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa (wymienione na str. 1 - 2 wyjaśnień), w ocenie **Izby** zamawiający prawidłowo je zweryfikował, uznając uprawnienie wykonawcy wybranego do zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacjami tymi są dokumenty wskazane w załącznikach od 1 do 6 wyjaśnień z zastrzeżeniem wniosku o utajnienie powyższych załączników, a obejmujących: załącznik nr 1 - kalkulacja kosztów (tabela zawierająca kalkulacje cenowe) wraz załącznikami (oferty dostawców materiałów i podwykonawców), załącznik nr 2 - schemat organizacyjny oraz lista spawaczy, załącznik nr 3 - lista środków trwałych będących w posiadaniu wykonawcy, załącznik nr 4 - umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty Wykonawcy lub którzy pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z wykonawcą, załącznik nr 5 - zawierający przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty, załącznik nr 6 - „Polityka Bezpieczeństwa Wykonawcy” i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami. Z oświadczenia Wykonawcy składającego wniosek o utajnienie powyższych informacji

wynika, że stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) i jako takie - na mocy art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - nie podlegają ujawnieniu podmiotom innym, aniżeli zamawiającemu. Przedmiotowe informacje, zawarte w załącznikach od 1 do 6 do wyjaśnień Wykonawcy, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, stanowią osobne pliki oraz zawierają w nazwach określenie „TAJEMNICA”, co potwierdza staranność o zachowanie poufności.

Zastrzeżone w powyższych załącznikach do wyjaśnień (1-6) informacje dotyczą zarówno organizacji, jak i uwarunkowań technicznych, technologicznych samego Wykonawcy jak i jego zewnętrznych uwarunkowań funkcjonowania. Wymienione uwarunkowania wewnętrzne organizacyjne, techniczne i technologiczne z samej natury rzeczy posiadają wartość gospodarczą, ponieważ decydują o pozycji rynkowej w zakresie potencjału pozyskiwania zamówień, co przekłada się na pozycję ekonomiczną i finansową przedsiębiorcy. Powyższe wewnętrzne uwarunkowania (organizacyjne, techniczne i technologiczne) decydują o potencjale i możliwości przedsiębiorcy, w odbiorze zewnętrznym i pozycji rynkowej wykonawcy, a w konsekwencji możliwości współpracy z podmiotami zewnętrznymi (podwykonawcy, dostawcy) przy realizacji zamówień. Bezspornie informacje te (umowy, oferty podwykonawców, dostawców) stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, decydują o możliwości konkurencyjnej wyceny zamówienia i są wynikiem wieloletniego funkcjonowania i współpracy Wykonawcy na rynku. Samo już pozyskanie informacji przez podmioty konkurencyjne, na temat współpracy Wykonawcy z podmiotami zewnętrznymi, prowadzi do powzięcia wiedzy o stosowanych technologiach i rozwiązaniach technicznych, z których korzysta Wykonawca. W konsekwencji pozyskana wiedza przez konkurencję, rzutuje na konkurencyjność oferty w kolejnych postępowaniach przetargowych, a także może prowadzić do utraty zaufania podmiotów współpracujących w stosunku do Wykonawcy, albo też wykluczyć Wykonawcę z dotychczasowej współpracy. W powyższym stanie rzeczy za racjonalną i przekonującą należy uznać argumentację Wykonawcy, co do konieczności ochrony zastrzeżonych informacji, również w zakresie współpracy Wykonawcy z zewnętrznymi podmiotami (podwykonawcami i dostawcami).

Izba podziela ocenę zamawiającego, że „Wykonawca potwierdził, że informacje zastrzeżone wymienione w pkt. od 1 do 6 powyżej stanowią wymierną wartość gospodarczą i ich ujawnienie może wywołać konkretną szkodę dla Wykonawcy, z uwagi na fakt, że mogłyby zostać wykorzystane w walce konkurencyjnej, przez podmioty działające w tej samej branży, co Wykonawca (budowa gazociągów), a w przedstawionej przez Wykonawcę konfiguracji, połączeniu, zestawieniu, posiadają wartość gospodarczą, pozwalają mu na skuteczne konkurencje na rynku z innymi podmiotami. Zastrzeżone informacje zawierają unikalną wiedzę Wykonawcy o organizacji procesu budowlanego i strategii cenowej, dzięki której może skutecznie konkurować z innymi wykonawcami i że informacje te są pośrednio źródłem zysku oraz pozwalają Wykonawcy na zaoszczędzenie kosztów. Wykonawca wykazał indywidualne podejście i rozwiązania odnoszące się także do pozyskanych do współpracy podwykonawców, czy potencjalnych podwykonawców (wynikające m.in. z zawartych umów), a także w ofertach cenowych i techniczno-cenowych kontrahentów. Informacje te dotyczą indywidualnych warunków cenowych współpracy Wykonawcy z partnerami, podwykonawcami, zaproponowanych opcji różnicowania cen w zależności od przyjętych rozwiązań technologicznych i przeprowadzonych analiz Wykonawcy co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Wyjaśnić przy tym należy, że Wykonawca w swojej ofercie nie ujawnił nazw podwykonawców (wskazał jedynie zakresy prac), ich nazwy pojawiają się dopiero w wyjaśnieniach zastrzeżonych wyjaśnienia (w JEDZ są wskazane tylko podmioty trzecie, tj. TECHNO-POMIAR sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Naukowych i Technicznych NDTEST sp. z o.o.). Zastrzeżone informacje te stanowią określony zbiór danych i mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem działalności oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób, podjęte zostały również kroki zmierzające do zachowania ich poufności. Informacje te mają niewątpliwie wartość gospodarczą oraz stanowią tajemnice handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa, w szczególności wobec malejącej liczby inwestycji w branży gazowej, co powoduje większą presję i spadek cen ofertowych.(...)Nie można się zgodzić z twierdzeniami Odwołującego, który ich nie uzasadnił i nie poparł dowodami (por. w szczególności pkt 6.1.6. Odwołania), że specyfika i sposób realizacji zamówienia zawarte w zbiorze zastrzeżonych dokumentów, wpływające na wysokość ceny nie są wytworem unikalnej myśli Wykonawcy. W szczególności nie odniósł się do stanowiska Wykonawcy zawartego na str. 4 i 5 wyjaśnień na okoliczność na temat sposobu dokonywania kalkulacji, który może być wykorzystywany w przyszłych postępowaniach oraz uszczerbku, jaki mógłby Wykonawcy ponieść w przypadku ich ujawnienia. Wykonawca podkreśla przy tym takie aspekty dotyczące: organizacji pracy, logistyki, kosztów wykonywania robót i usług, wysokości zysku, kontaktów z kontrahentami, cen uzyskanych za podwykonawstwo, cen materiałów, wielkości rabatów, źródeł dostaw, które mają bardzo istotny wpływ na kalkulację. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że z analizy ofert i złożonych wyjaśnień Wykonawców pod kątem rażąco niskiej ceny, uwzględniających także aspekt skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika jednoznacznie, że treść udzielanych wyjaśnień w zestawieniu z szczególną treścią wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny (pismo z dnia 26 lipca 2023 r. wraz z załącznikiem, w którym sformułowano wymagania dotyczącego odniesienia się aż

do 57 elementów składowych ceny, ujętych w sposób szczególny, nie pokrywający się z ich ujęciem w dokumentach zamówienia, ze względu na konieczność uzyskania przez Zamawiającego dokładnej weryfikacji zaoferowanych cen i jej elementów składowych; uzyskana w ten sposób, inna prezentacja elementów składowych wraz ze szczegółowym ich objaśnieniem pozwoliły na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji, ale też pokazała, że mają one szczególną wartość gospodarczą dla Wykonawców i wynikają m.in. z ich know-how) oraz złożonych przez Wykonawców opracowań własnych, w tym kalkulacji i innych dowodów na potwierdzenie rynkowych wysokości oferowanych ceny wynika, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełniają przesłanki ustawowe i zasługują na uwzględnienie a przekazane informacje na ochronę". (...) "Specyfikacja Warunków Zamówienia, na którą powołuje się Odwołujący określa wymagania dla każdego wykonawcy zainteresowanego złożeniem oferty w Postępowaniu, ale nie przesądza o tym jak wykonawcy mają je wypełnić. Wiedza i doświadczenie wykonawców determinują w istotnej mierze sposób przygotowania oferty, w szczególności od strony cenowej, kosztowej, organizacyjnej, technologicznej, czy handlowej. Informacje te wynikają z jego doświadczenia w realizacji budowy gazociągów i związanej z tą specyfiką organizacji przedsiębiorstwa (know-how Wykonawcy), stanowią jeden z niematerialnych składników przedsiębiorstwa, wpływają w zdecydowany sposób na wartość ogólną przedsiębiorstwa, mimo że nie stanowią przedmiotu obrotu i nie dadzą się bezpośrednio wyrazić w wielkościach". (...) "Według wiedzy Zamawiającego ROMGOS posiada aktualnie największe doświadczenie w realizacji kluczowych inwestycji liniowych G-S w bieżących realiach rynkowych (zarówno jako bezpośredni wykonawca jak i podwykonawca) - wykaz zrealizowanych przez ROMGOS projektów adekwatnych do przedmiotu niniejszego zamówienia zawarty jest na str. 15-16 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Doświadczenie z tych kontraktów pozwala ROMGOS na optymalizację kosztową. Dla Zamawiającego jest rękojmią należytego i terminowego (doświadczenia Zamawiającego wskazują, że często nawet przed terminem) zrealizowania zadania, a cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu nie odbiega od cen z pozostałych kontraktów (choć tu trudno o porównanie 1:1 np. ceny wykonania 1 km, bo cena oferty jest wypadkową wielu czynników: długości gazociągu (efekt skali), stopnia skomplikowania inwestycji, zakresu infrastruktury towarzyszącej, warunków terenowych, aktualnej sytuacji rynkowej itp.)". (...) "Niezależnie od udzielonych wyjaśnień informacje z uprzednich postępowań oraz wynikające z wykonanych albo wykonywanych zamówień jednoznacznie potwierdzają, że przyjęta organizacja, zespół podwykonawców i specjalistów pozwalają Wykonawcy na optymalizację kosztów, na zaoferowanie ceny znacząco niższej oraz wpływają na jego pozycję także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których bierze udział lub będzie w przyszłości uczestniczył. Jako dowody na poparcie tego twierdzenia można wskazać należyście wykonane (czasem przed terminem) dla Zamawiającego umowy, gdzie Wykonawca również oferował znacząco odbiegające od szacunków wartości zamówienia, ale także od cen innych wykonawców (zdarzenia przeszłe) versus niniejsze postępowanie, które z punktu widzenia analogicznych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa składanych w przeszłości jest zdarzeniem przyszłym. Należy zgodzić się z Wykonawcą, że zachowanie zastrzeżonych informacji jako niejawne pozwoli Wykonawcy skutecznie konkurować w kolejnych postępowaniach". (...) „Odwołujący pomija w swojej argumentacji również faktyczny stopień szczegółowości kalkulacji ceny (w tym elementów wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień). Kalkulacja cenowa posiada istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy, co niejednokrotnie było w orzeczeniach Izby wskazywane, bowiem informacje takie przedstawiają sposób działania przy realizacji zamówienia oraz schemat wyceny poszczególnych elementów składowych zamówienia czy strategię budowania ceny stosowaną przez tego wykonawcę. Tym samym Odwołujący kwestionując zastrzeżenie takich informacji, odnosząc się do argumentacji Wykonawcy powinien był wykazać, że dane te nie mają związku ze strategią budowania ceny przez Wykonawcę". (...) "Uwzględniając, że przedmiot zamówienia obejmuje bardzo specjalistyczne roboty i usługi dla których grono ewentualnych wykonawców nie jest szerokie, to powoduje, że wycena ROMGOS nie stanowi elementu tylko odpowiadającego temu postępowaniu ale dotyczy, jak podnosił ROMGOS w uzasadnieniu, procedur, procesów oraz organizacji pracy. Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, że kalkulacja ceny nie może wskazywać w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany - przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą nie tylko w aspekcie tego postępowania, ale także dla całości funkcjonowania firmy". (...) "W zakresie argumentacji Odwołującego, a mianowicie, że kalkulacje ceny pokazują, w jaki sposób Wykonawca wycenia koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Wykonawca na przestrzeni lat swojej działalności wypracował własne metody kalkulacji ceny, aby móc skutecznie konkurować z innymi podmiotami czy to już działającymi w branży, czy też dopiero wchodzącymi na rynek. Treść tabeli zatem nie tylko pozwoliłaby innym wykonawcom poznać ceny za określone zakresy prac, ale też przypisać te zakresy do określonych podwykonawców, a tym samym umożliwiłaby konkurencji poznanie wartości prac przez nich

wykonywanych” .

Izba podziela powyższą argumentację, jak również argumentację zamawiającego, co do podawanych okoliczności i składanych na tę okoliczność dowodów przez odwołującego, że szereg informacji co do osób, czy też sprzętu, jak i ofert dostawców, czy też podwykonawców, okazały się jawne, dostępne w Internecie. Powyższe okoliczności nie oznaczają, że cały ich zbiór nie może być przedmiotem ochrony, zwłaszcza jak w przedmiotowej sprawie, gdzie w powyżej przywołanych zał. od 1 do 6 wykonawca udostępnił wiedzę o posiadanym całym zasobie zarówno osobowym, jak i sprzętowym. Izba na tę okoliczność przywołuje argumentację zamykającą się w wyroku Sądu Najwyższego z 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06, który podał, że "fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności." Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy wybranego wynika, że informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a inny przedsiębiorca (konkurent - odwołujący), nie mógł poznać chronionych informacji drogą zwykłą i dozwoloną (z wyjątkiem tych wprost wskazanych w ofercie Wykonawcy). Reasumując okoliczność, że w obrocie dostępne są wyłącznie pojedyncze, ogólne informacje odnoszące się do zastrzeżonych informacji, ale nie w konkretnym zestawieniu, nie powoduje braku prawa do ich zastrzeżenia jako informacji chronionych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba podziela również stanowisko zamawiającego co do braku zasadności żądania odtajnienia wykazu osobowego wykonawcy wybranego, chociażby z tego powodu, że argumentacja odwołującego w tym zakresie jest wewnętrznie sprzeczna. Jak Izba zauważa z jednej strony odwołujący wskazuje, że identyfikacja osób po stronie wykonawcy wybranego jest łatwa do zweryfikowania przez różne fora internetowe prowadzone czy to przez instytucje państwowe, branżowe, czy też prywatne. Z drugiej strony wobec powyższego twierdzenia odwołującego żądanie odtajnienia wykazu osób staje się bezprzedmiotowe, ponieważ osoby po stronie wykonawcy wybranego, jak twierdzi odwołujący są jemu znane, czy też możliwe do zidentyfikowania. Izba nie zgadza się także z argumentacją odwołującego, że wykonawca wybrany chroniąc wykazy osób, niezasadnie przywołuje okoliczność występującej na rynku praktyce podkupywania pracowników, jednocześnie nie uzasadniając tej tezy. W ocenie **Izby** z ogólnie dostępnych informacji czy to w Internecie, czy w mediach, które publikują informacje o stanie bezrobocia, czy też o poszukiwanych zawodach, pochodzące od instytucji do tego uprawnionych, należy uznać tezę wykonawcy wybranego, co do podkupywania pracowników, za fakt powszechnie znany, który nie wymaga dowodu, na jego przywołanie. W związku z powyższym ustaleniem i wywodem **Izby**, należy przywołać stanowisko zamawiającego, które Izba podziela „Zamawiający zauważa, że zastrzeżone informacje (w szczególności zał. 2 i 3) zawierają dane dotyczące zdolności organizacyjnych (w tym imienna lista spawaczy i inżynierów, informacje o własnych służbach geodezyjnych), która to zdolność w dużej mierze przekłada się na możliwość odpowiedniej organizacji prac. W przypadku inwestycji liniowych jest to znacząca wartość i ma dużo większe znaczenie, niż w przypadku inwestycji kubaturowych. Właściwa organizacja pracy oraz duży zakres własnego sprzętu i personelu daje możliwość przystąpienia do realizacji już z chwilą zawarcia umowy, bez potrzeby szukania i kontraktowania podwykonawców - optymalizacja czasu i kosztów”.(...)”Wyjaśnić ponadto należy, że w odniesieniu do personelu (w szczególności spawaczy i inżynierów) warto też odnotować, że o przewadze nie stanowi jeden człowiek, ale zespoły które tworzą i wyjęcie z takiego zespołu (podkupienie) kilku osób może spowodować, że wykonawca straci przewagę konkurencyjną w tym zakresie”.

Izba podziela argumentację zamawiającego, co do zasadności ochrony informacji dotyczących wykazu sprzętu jakim dysponuje wykonawca wybrany, a którego dostępność w istotny sposób przyczynia się do przewagi konkurencyjnej wykonawcy, w sytuacji gdy jedynym kryterium w tym postępowaniu jest cena, przy obowiązującym wynagrodzeniu ryczałtowym. I tak przywołuje argumentację zamawiającego, którą podziela jak własną (...), „W zakresie zarzutów dotyczących posiadanego przez ROMGOS sprzętu (pkt. 6.3. odwołania) - załącznik nr 3 lista środków trwałych - istotne jest nie tyle jaki to konkretnie sprzęt (choć ta informacja również ma walor gospodarczy i organizacyjny i - z posiadanych informacji - nie została upubliczniona), ale jego rodzaj i przede wszystkim posiadana ilość. Dane w tym obszarze mogą stanowić przewagę konkurencyjną w kolejnych postępowaniach. Posiadanie własnego sprzętu ogranicza koszty i czas, a szczegółowa wiedza o zasobach pozwala konkurencji poznać np. „moce przerobowe”. Podnoszona w odwołaniu okoliczność, że w ramach współpracy ROMGOS ze Stalprofil S.A., Odwołujący posiadał wiedzę na temat zasobów ROMGOS (de facto nie wiadomo w jakim zakresie, bo tego już nie wyjaśnia) nie oznacza jeszcze, że informacja w tym zakresie straciła przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Dane te mogą w dalszym ciągu być nieznanymi pozostałym konkurentom (co podnosi ROMGOS). Konkurenci poznając pełne zasoby ROMGOS (sprzęt, ludzie) będą wiedzieli jak ROMGOS ma moc przerobową i w jakich przetargach może wystartować samodzielnie. Zasoby własne ROMGOS są przewagą, która w dużej mierze robi różnicę i istotnie zwiększa szansę na przygotowywanie konkurencyjnych ofert. Niewątpliwie Odwołujący chce pozyskać wiedzę w tym zakresie, bo ta pozycja wpływa na wycenę, a to ma istotne znaczenie przy często niezbyt dużych różnicach w oferowanych za wykonanie zamówienia cenach. Dokonana przez

Zamawiającego analiza porównawcza wyjaśnień ROMGOS i Odwołującego w kwestii rażąco niskiej ceny pokazuje jednoznacznie, gdzie tkwią podstawy różnicy w cenach zaoferowanych przez obu Wykonawców. Jako dowód Zamawiający przedstawi na rozprawie zestawienie wybranych pozycji z kalkulacji w celu wykazania podstaw różnicy w cenach zaoferowanych przez obu Wykonawców”(…).

Na rozprawie zamawiający przedstawił „**Wynik dokonanej przez Zamawiającego analizy porównawczej wybranych kosztów wykonania (pozycji kalkulacji) zamówienia wskazanych w wyjaśnieniach w kwestii rażąco niskiej ceny ROMGOS i ODWOŁUJĄCEGO**” obrazujący podstawy różnic w cenach zaoferowanych przez obydwu Wykonawców. **Na wniosek zamawiającego Izba na mocy art.545 ust.3 Pzp ograniczyła odwołującemu i wykonawcy wybranemu** dostęp do w. w. **Wyniku**, ze względu na to, że znajdują się w nim kwoty na poszczególne pozycje jednostkowe robót (35 pozycji) w wycenach odwołującego i wykonawcy wybranego, które są chronionymi informacjami przez zamawiającego, na wniosek tychże wykonawców. Wynik zawiera porównanie wyceny pozycji u obydwu wykonawców, które u jednego są przeznaczone do wykonania własnymi siłami, a u drugiego siłami obcymi, czy też w sposób mieszany. Wniosek z porównania poszczególnych pozycji jest generalnie jednoznaczny dla **Izby** i wskazuje, że wykonanie poszczególnych robót siłami własnymi jest tańsze niż wykonanie siłami obcymi/podwykonawstwo. Powyższy wniosek wskazuje, że racjonalnym i usprawiedliwionym jest chronienie informacji o posiadanych zasobach osobowych, jak i sprzętowych wykonawcy, przez instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej w szczególach **Izba** stwierdza, że nie zawsze wykonanie siłami własnymi skutkuje porównywalnością wyceny, co potwierdza istnienie know-how u poszczególnych firm, które przez doświadczenie osiągają oszczędności na tych samych pozycjach cenowych. Również poszczególne pozycje porównując **Izba** stwierdza, że nie zawsze podwykonawstwo /siły obce są jednakowo wyceniane u obydwu wykonawców, co z kolei przemawia za ochroną informacji o firmach współpracujących oraz oferowanych przez nie cen.

W kontekście przedstawionego powyżej „Wyniku analizy porównawczej”, ale również oceniając całość uzasadnienia wniosku w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ze strony wykonawcy wybranego **Izba** stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał prawidłowo czynności akceptacji utajnienia informacji wykonawcy wybranego, w wyniku należytego zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na podnoszony na posiedzeniu/rozprawie zarzut, że wykonawca wybrany składając dalsze wyjaśnienia w dniu 15.09.23r. na wezwanie zamawiającego z dnia 11.09.2023r. nie zastrzegł i uzasadnił tajemnicy przedsiębiorstwa, **Izba** zwraca uwagę, że w terminie wyznaczonym na dalsze wyjaśnienia to jest do dnia 19.09.23r. wykonawca wybrany w terminie do 19.09.23r. wskazał, że informacje wskazane w piśmie z dnia 15.09.23r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i przywołał uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako tożsame z uzasadnieniem wskazanym w piśmie z dnia 11.08.2023r. to jest będącym pierwszym wyjaśnieniem ceny przez wykonawcę wybranego. Zamawiający objął tajemnicą również dalsze wyjaśnienia, co potwierdził na rozprawie. W związku z tym, że w końcowym terminie (19.09.23r.) na dalsze/drugie wyjaśnienie ceny, wykonawca wybrany uzupełnił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, przywołując uzasadnienie pierwotne z dnia 11.08.23r.wskazując, że jest tożsame, **Izba** stwierdza wyczerpanie warunku jednoczesności przekazania informacji z zastrzeżeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższa ocena **Izby** wynika również z faktu, że odwołanie nie zawiera zarzutu co do utajnienia w zakresie drugiego wezwania i złożonych wyjaśnień oraz uzupełnienia wniosku zastrzeżenia informacji, z uwagi na upływ terminu do zaskarżenia czynności zamawiającego.

Izba przywołuje również argumentację sądową, za zamawiającym co do interpretacji słowa Pzp „wykazanie”, w związku z treścią art.18 ust.3 Pzp. Na uwagę zasługuje (i należy je przyjąć za własne) w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. (Sygn. akt. XXIII Zs 19/23), który stwierdził, że: Na tle stanu faktycznego tej sprawy, nie ma wątpliwości, że trafny był zarzut skargi naruszenia prawa materialnego polegającego na przyjęciu przez (...) zawężającego" rozumienia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP do sytuacji, w której obowiązkiem (...) było w istocie udowodnienie, a nie jak stanowi ten przepis "wykazanie ", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Rację ma skarżący, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu. Przedstawienie przez (...) dowodów potwierdzających argumentację (...) o zasadności dokonywanego zastrzeżenia, tj. dowodów z Zarządzenia jak i zanonimizowanej umowy o pracę (Załączniki nr 2 i 3), świadczy o zachowaniu przez (...) szczególnej staranności, wyższej niż wymagana art. 18 ust. 3 ustawy PZP, która miała na celu wykazanie, że zastrzegane przez (...) informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...).

Powyższe stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie stanowi dla **Izby** wytyczną, w zakresie znaczenia słowa „wykazanie”, przez które rozumie się nie tylko dowody w postaci dokumentów, ale również oświadczenia własne

wykonawcy.

W kwestii zarzutu ewentualnego odwołania „Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS ze względu na brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny” Izba oddalając ten zarzut podziela argumentacją Zamawiającego, jak poniżej.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zarzut jest gołosłowny i nie poparty dowodami, w szczególności, że cena Odwołującego nie odbiega znacząco (ok. 11%) od ceny ROMGOS. Zauważyć przy tym należy, że już analiza kilku istotnych pozycji wyceny uzasadnia różnicę pomiędzy wartością oferty ROMGOS i STALPROFIL S.A. a to wskazuje, że gdyby Odwołujący miał analogiczne możliwości techniczne czy organizacyjne w tych pozycjach mógłby zaoferować cenę na analogicznym, a może nawet niższym poziomie.

Następnie Zamawiający wyjaśnia, że wobec zaistnienia znaczących rozbieżności wysokości cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do wartości szacunkowej, zdecydowano o wezwaniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty do złożenia wyjaśnień udzielania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. Wezwanie do wykonawców w zakresie wyjaśnienia, w tym do ROMGOS i Odwołującego, wystosowano 27 lipca 2023r. wyznaczając termin złożenia na 11 sierpnia 2023 r. Termin ten - w związku z wnioskami wykonawców o przesunięcie - został wydłużony przez Zamawiającego do 18 sierpnia 2023 r. Po dokonaniu weryfikacji złożonych przez ROMGOS wyjaśnień Zamawiający zwrócił się 11 września 2023 r. do Wykonawcy z wnioskiem o uzupełnienie wyjaśnień. Wykonawca 15 września 2023 r. (w wyznaczonym na 19 września 2023 r. godz. 11.00 terminie) złożył wnioskowane wyjaśnienia.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny wraz z dowodami w postaci następujących dokumentów spośród których 6 zastrzegł, jako dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa:

- 1)Kalkulacji kosztów budowy (Wynagrodzenia) - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 2)Schemat organizacyjny oraz lista spawaczy - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 3)Lista środków trwałych - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 4)Umowy i oferty podwykonawców - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 5)Przykładowe umowy o pracę - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 6)Polityka bezpieczeństwa - Tajemnica Przedsiębiorstwa,
- 7)Regulaminy Pracy.

Udzielił także uzupełniających wyjaśnień w związku z szczegółowymi pytaniami Zamawiającego, zawartymi w drugim wezwaniu. Wyjaśnień uzupełniających udzielił także Odwołujący. Zamawiający zastosował analogiczne podejście do oceny wyjaśnień wszystkich wykonawców. Stąd podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia ROMGOS i Odwołującego zostały ocenione w taki sam sposób.

Zamawiający w wyniku weryfikacji powyższych wyjaśnień i dowodów stwierdził w szczególności, co następuje:

- 1)Wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, przyjętych założeń i planowanego sposobu organizacji budowy;
- 2)Wykonawca złożył szczegółową kalkulację ceny ofertowej w zakresie zgodnym z wzorcem zalecanym przez Zamawiającego (tabela zawarta w dokumencie „Kalkulacja kosztów budowy”;
- 3)Wykonawca ujął w wyjaśnieniach sposób podziału organizacyjnego zakresu prac oraz kalkulacji poszczególnych pozycji tabeli, tj. podziału czynności, które wykona siłami własnymi oraz siłami podwykonawców. Szczegółowy opis planowanego podziału prac (siły własne/podwykonawcy) wraz ze wskazaniem czynników cenotwórczych Wykonawca zawarł w dokumencie „Kalkulacja kosztów budowy”;
- 4)Wykonawca przedstawił na poparcie cen ujętych w kalkulacji dowody w postaci kopii umów oraz ofert podwykonawców;
- 5)Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że skalkulowana cena uwzględnia ustawowe wymogi co do warunków zatrudnienia, wynikające w szczególności z Kodeksu pracy i przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 6)Wykonawca ujął w kalkulacji ceny koszty ryzyk kontraktu (wraz z wyszczególnieniem tych ryzyk);
- 7)Wykonawca ujął w kalkulacji ceny koszty finansowe;

8) Wykonawca ujął w kalkulacji ceny koszty zarządu i zysk.

W opinii Zamawiającego, z uwzględnieniem weryfikacji wyjaśnień i dowodów dokonanej przez kosztorysantów Biura Projektowego Zamawiającego oraz złożonych przez wykonawcę w dniu 15 września 2023 r. uzupełnień, Wykonawca ROMGOS w wystarczający sposób wykazał, że oferowana cena jest na aktualnym poziomie rynkowym, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca ROMGOS złożył dowody, które swą treścią potwierdzają poczynione założenia zaprezentowane w wyjaśnieniach. W opinii Zamawiającego ROMGOS sprostął ciężarowi udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i pozostaje ceną realną. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, że cena oferty ROMGOS jest zbliżona do cen ofert pozostałych wykonawców, co dodatkowo czyni ją wiarygodną na rynku robót budowlanych w zakresie budowy gazociągów.

Wbrew sugestiom Odwołującego (który posługuje się w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej), jakoby wyjaśnienia ROMGOS w zakresie zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny, nie zasługiwały na uwzględnienie, złożone wyjaśnienia są konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do tego konkretnego zamówienia, jak również zostały poparte dowodami i zawierają:

- wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

- jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co zostało poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami.

Zamawiający przy ocenie oferty oraz dokumentów ROMGOS, w szczególności brał pod uwagę złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie, których mógł w sposób rzetelny ocenić kompletność, zakresy robót, ceny i założone metody kalkulacji w przedstawionej ofercie. Zamawiający przy ocenie Wykonawcy brał także pod uwagę następujące czynniki:

- doświadczenie z realizacji inwestycji strategicznych dla Zamawiającego,

- terminowość wykonywania inwestycji dla Zamawiającego (niektóre inwestycje zostały ukończone przed założonym terminem odbioru końcowego),

- realizacja inwestycji dla Zamawiającego, ale także ROMGOS jako podwykonawcy przy wykonywaniu robót technologicznie najważniejszych dla całej inwestycji,

- posiadanie własnego personelu zarządzającego inwestycją, posiadanie wykwalifikowanych specjalistów do wykonywania robót technologicznych, posiadanie własnych niezbędnych zasobów sprzętowych,

Zamawiający pragnie także podkreślić, że dokonując oceny ROMGOS, czyli Wykonawcy, z którym Zamawiający wielokrotnie współpracował, pod uwagę brał także dotychczasowe wyniki współpracy z tym Wykonawcą.

Jako przykłady należy wskazać wybrane inwestycje kluczowe Zamawiającego, które przedmiotowo są zbliżone do aktualnego postępowania DN1000 Kędzierzyn-Racibórz. Poniżej informacje dotyczące postępowań w wyniku których te umowy zostały zawarte, z uwzględnieniem przede wszystkim wartości szacunkowej i cen wszystkich ofert: Tabele -akta sprawy- odpowiedź na odwołanie)

- 1. Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 1000 relacji Gustorzyn - Wronów, etap III Rawa Mazowiecka – Wronów na terenie województwa lubelskiego, mazowieckiego i łódzkiego

- 2. Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn-Wronów, Etap II: Leśniewice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi.

- 3 Budowa międzysystemowego gazociągu t.j. gazociąg Polska-Litwa odcinek południowy część 1- od tłoczni gazu Hołowczyce i wraz z układem włączeniowym do granicy woj. Mazowieckiego o długości ok.72.5 km.

Zamawiający podkreśla, że we wszystkich ww. postępowaniach oferta ROMGOS była tańsza od drugiej w rankingu oferty odpowiednio o ok.: 35, 14 i 12 mln zł netto (tj. odpowiednio o: 9%, 6% i 7%) oraz dużo niższa od wartości szacunkowej (odpowiednio o ok.: 103, 113 i 38 mln zł netto, tj. odpowiednio o: 21%, 34% i 18%).

Umowy nr 1 i 2 (WRB Gustorzyn-Wronów, etap 3 oraz WRB Gustorzyn-Wronów, etap 2) są na ukończeniu - zgodnie z planem: IV kwartał br. Również są realizowane terminowo i należyście. Poniżej bardziej szczegółowe informacje na ten temat:

<https://www.gaz-svstem.pl/pl/svstem-przesvlowv/inwestvcie/korytarz-centrum-wschod/rawa-mazowiecka-wronow.html>

<https://www.gaz-svstem.pl/pl/svstem-przesvlowv/inwestvcie/korytarz-centrum-wschod/lesniewice-rawa-mazowiecka.html>

Umowa nr 3 (WRB Polska-Litwa S cz.1) jest już zrealizowana - terminowo i należycie, zgodnie wymaganiami Zamawiającego i za zaoferowane przez ROMGOS ceny.

Podkreślenia wymaga także fakt, że Zamawiający odnotował we współpracy z ROMGOS przypadki wykonania zamówienia przed terminem.

Podsumowując stanowisko Zamawiającego odnośnie do tego zarzutu, należy wyjaśnić, że indywidualna i szczegółowa analiza złożonych przez ROMGOS wyjaśnień potwierdza, że Wykonawca ten sprostą ciężarowi udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i pozostaje ceną realną.

Powyższe stanowisko zamawiającego potwierdza, że wyjaśnienia ceny są wyczerpujące, kompletne i odpowiadają wezwaniu zamawiającego, stanowi również porównanie z poprzednimi przetargami, w których uczestniczył wykonawca wybrany przez zestawienie różnic cenowych z innymi ofertami, jak również wskazanie na dotychczasową pozytywną współpracę z wykonawcą wybranym, w zakresie realizacji już zawartych umów. **Izba** rozważając zarzut ewentualny co do rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wybranego, nie znajduje podstaw do jego uwzględnienia, w związku ze złożonymi wyjaśnieniami, które zamawiający w ocenie Izby rzetelnie zbadał i ocenił.

Pozostały zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, nie zasługuje również na uwzględnienie, w szczególności z powodu, że stanowi konsekwencję dwóch powyżej rozpoznanych zarzutów to jest co do zastrzeżenia informacji przedsiębiorstwa jako tajemnicy chronionej oraz zarzutu rażąco niskiej ceny, które to zarzuty nie zostały przez **Izbę** uwzględnione, a stanowią podstawę do zarzutu nieuczciwej konkurencji i braku równego traktowania wykonawców.

Izba podziela w tym zakresie również stanowisko zamawiającego, który odnosząc się do tego zarzutu podkreślił, że nie zawiera ten zarzut w istocie żadnego uzasadnienia. Twierdzenia (pkt 15 i 16 Odwołania), że bezpodstawnie wskazując na: inżynierię cenową, którą jakoby zastosował ROMGOS, polegającą na manipulacji składnikami wynagrodzenia (przerzucanie wynagrodzenia na wcześniejsze etapy, przerzucanie wynagrodzenia za część opcjonalną zamówienia do wynagrodzenia za część podstawową), oferowanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji innych wykonawców lub osłabienia ich pozycji na rynku. Sam odwołujący stawiając zarzut nieuczciwej konkurencji i braku równego traktowania wykonawców, nawiązuje do zarzutu rażąco niskiej ceny, wyprowadzając z niego ten ostatni zarzut. W konsekwencji powyższego **Izba** również tego zarzutu nie uznaje za udowodniony, mając na uwadze treść art. 534 ust.1 w zw. z art. 537 pkt1 Pzp, zwłaszcza w sytuacji nie przedstawienia przez odwołującego żadnych dowodów na zaniżenie ceny, chociażby przedstawiając własne wyliczenia dyskredytujące cenę wykonawcy wybranego.

Izba z kolei uzupełniająco odnosi się do poszczególnych twierdzeń odwołania - jak poniżej.

Odwołujący: Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty.

Odnosząc się do powyższego stwierdzenia odwołania („w sposób ścisły”), **Izba** ma na względzie, że odstępstwo od zasady jawności z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa nie tyle należy rozważać jako wyjątek od reguły jawności, ale po pierwsze jako prawo przedsiębiorcy chronione według zasady ustalonej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uZNK). Niemniej po drugie sprowadza się to do obowiązku należytej staranności po stronie zamawiającego zbadania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z uZNK w celu ochrony uczciwej konkurencji. Według powyższych reguł, Izba dokonała zbadania i rozpatrzenia zarzutu odwołania i stwierdza prawidłowość zastrzeżenia informacji przez przystępującego t.j. załączników do tych wyjaśnień co oznacza, że zamawiający z należytą starannością zweryfikował zasadność utajnienia oferty w zakresie wyjaśnień ceny.

Według odwołującego „Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione”.

Izba z powyższym stanowiskiem odwołującego zgadza się z tym doprecyzowaniem, że wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i wykazane. Niemniej wykazanie można porównywać z udowodnieniem. Przy czym udowodnienie może być per analogia art.538 Pzp wykazane nie tylko w szczególności przez dokumenty, zeznania

świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron, ale również przez oświadczenia wykonawców.

Ze względu na fundamentalną i mającą pierwszeństwo zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp) KIO stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba przeprowadziła dowód z oświadczenia wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, co do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazanych informacji wyjaśniających cenę to jest załączonych dokumentów w szczególności takich jak kalkulacja cen jednostkowych, wykazów pracowników, sprzętu, umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty jak i umów oraz ofert z dostawcami oraz podwykonawcami, polityki bezpieczeństwa i opisu sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami. W ocenie Izby uzasadnienie przyczyn zastrzeżenia informacji wykazuje spełnienie wymagań co do skutecznej ochrony zastrzeżonych informacji przez wykonawcę wybranego

Wypełniona TABELA WZÓR ZAMAWIAJĄCEGO nie stanowi de facto kalkulacji, lecz stanowi przede wszystkim wskazanie cen jednostkowych z których nie można wywnioskować jak poszczególne ceny zostały wyliczone, gdyż w poszczególnych pozycjach wzoru brak elementów kosztotwórczych, a także wyodrębnienia zysku. Samo wskazanie cen jednostkowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby ceny jednostkowe bez wskazania nakładów rzeczowych, osobowych i czasowych mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zwłaszcza, jak w przedmiotowej sprawie, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykazuje personel techniczny, sprzęt posiadany, czy udostępniony oraz podwykonawców. Połączenie tych informacji może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ wskazuje na technologię (sprzęt), organizację pracy na budowie (personel), co może ujawniać sposób uzyskiwania oszczędności co do kosztów, czy czasu i kosztu pracy, które dają przewagę konkurencyjną dzięki ich posiadaniu i zastosowaniu. Skoro obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, a nie kosztorysowe to sposób organizacji zaopatrzenia i wykonania robót jest indywidualną polityką przedsiębiorcy, którą ma prawo wykonawca chronić, jako wartość gospodarczą pozyskaną w wyniku doświadczenia zawodowego.

Regulacja art. 18 ust. 3 Pzp odwołując się do art. 222 ust. 5 Pzp zakazuje utajniania informacji o cenach. Wśród elementów, które wymieniono w art. 222 ust. 5 Pzp, a które podlegają ujawnieniu (udostępnieniu) po otwarciu ofert, wskazano „informację o cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. Zgodnie z wyrokiem WSA we Wrocławiu z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt: IV SA/Wr 542/15 pojęcie ceny podawanej w ramach otwarcia ofert należy interpretować jak najszerzej, co oznacza, że nie odnosi się wyłącznie do podanej ceny całkowitej oferty, ale także cen jednostkowych, które nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby cytowany przez odwołującego wyrok WSA wskazuje na jawność nie tylko ceny całkowitej (łącznej/globalnej), ale również cen jednostkowych, z tymże ceny całkowitej lub cen jednostkowych, ale „w ramach otwarcia ofert”. W związku z tym odwołujący w sposób nieuprawniony rozszerza przestrzeń czasową dostępności cen jednostkowych, w oparciu o w.w. wyrok WSA przez wywód, że również powyższe orzeczenie WSA mówi o cenach jednostkowych, które są podawane przez wykonawcę wskutek wezwania do wyjaśnienia ceny w trybie art.224 Pzp, czyli nie w ramach otwarcia ofert, tylko w wyniku czynności badania i oceny ofert. Z cytowanego wyroku WSA nie wynika, że nie podlegają utajnieniu ceny jednostkowe zwłaszcza podane później niż po otwarciu ofert (tak jak w niniejszej sprawie ceny jednostkowe podane wskutek wezwania do wyjaśnienia ceny). Bowiem art.222 ust.5 pkt 2 mówi o „ cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. Z w.w. cytatu uzasadnienia Wyroku WSA co najwyżej można wywieść, że jeżeli w formularzu ofertowym podane są ceny jednostkowe to nie są chronione. Natomiast jeżeli zakres wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest szerszy niż dane podane w ofercie np. gdy w ofercie podawana jest tylko cena całkowita, to wówczas informacja, która nie wynika z treści złożonej oferty, ma prawo być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jako informacja chroniona. W przedmiotowej sytuacji, z uwagi na sam fakt różnych czynności zamawiającego to jest otwarcia ofert, a później wezwania do wyjaśnień ceny („niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach”, a co oznacza, że zamawiający udostępnia cenę lub koszt zawarte w ofercie wykonawcy), zbędna jest w tym miejscu wykładnia Izby znaczenia pojęcia ceny (art. 222ust.5 pkt 2 w zw. z art.7 pkt 1 Pzp), w kontekście cen jednostkowych ceny, ponieważ nie wiemy czy wyrok WSA uwzględni definicję ceny według art.7 pkt 1 Pzp.

Odwołujący: Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje), takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę

obliczenia ceny na roboty budowlane;

Nawet kalkulacja kosztów nie podlega możliwości utajnienia, gdyż zgodnie z orzecznictwem Izby nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny - kalkulacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie **Izby** nieprawdziwym jest stwierdzenie odwołującego, że kosztorysy, ceny jednostkowe wyceny robót budowlanych czy też kalkulacje na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegają bezwzględnej zasadzie jawności i wykonawcy nie mają prawa do ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze żaden przepis ustawy Pzp nie określa powyższego zakresu informacji, jako informacji nie podlegających ochronie tajemnicą przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem zastrzeżenia z art. 18 ust.3 w zw. z art. 222 ust.5 Pzp, który to przepis powyżej wymienionych informacji nie obejmuje. W przypadku gdy swz nakłada na oferenta obowiązek składania kalkulacji wraz z ofertą, czy też podania cen jednostkowych zamówienia w formularzu cenowym to wykonawca, który chce korzystać z ochrony tego rodzaju danych, powinien zastrzec tajemnicę w myśl art.18 ust.3 Pzp już na etapie składania oferty, w przeciwnym wypadku informacje stają się jawne. Po drugie należy mieć na uwadze, że ustawa bezwzględnie określa jakie informacje nie korzystają z ochrony, a są nimi elementy oferty wymienione w art.222 ust.5 pkt 1 i pkt 2 Pzp, co w niniejszej sprawie odnosi się do ceny lub kosztu zawartego w ofercie, a nie do kalkulacji czy cen jednostkowych ceny zawartych w ofercie, czy w wyjaśnieniach ceny. Wyłącznie elementy zdefiniowane w art.222 ust.5 Pzp z mocy prawa są wyłączone spod możliwości ich ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie wszelkie informacje, pod warunkiem spełnienia wymogów z art.18 ust.3 Pzp mają prawo być zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z przywołanym przez odwołującego orzecznictwem i stanowiskiem UZP, należy przywołać definicję ustawową „ceny” w myśl art. 7 pkt 1) Pzp w zw. z art. 3 ust.1 pkt 1) i ust.2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (j.t. z 11.01.23r. Dz.U. 2023r. poz.168). Cytując wprost przywołane powyżej przepisy, zgodnie z art.7 pkt 1) Pzp, przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art.3 ust.1 pkt 1 i ust.2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług, nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby nie będącej przedsiębiorcą. W myśl art.3 ust.1 pkt 1 w. ustawy o informowaniu o cenie, cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, a ust.2 W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług lub podatek akcyzowy, przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Za błędne w przedmiotowej sprawie należy uznać stanowisko, że „ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa”. Owszem może wprowadzać w błąd definicja ceny jednostkowej towaru lub usługi (art.3 ust.1 pkt 2) w. w. ustawy o informowaniu o cenach), zgodnie z którą cena ustalona za jednostkę określonego towaru lub określonej usługi, których ilość lub liczba są wyrażone w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. W związku z powyższą regulacją należy jednak w niniejszej sprawie mieć na uwadze, że cytowany przepis reguluje definicję „ceny ustalonej za jednostkę określonego towaru”, a nie cenę jednostkową za część składową towaru. Bowiem w pkt 4) ust.1 art.3 w. w. ustawy o informowaniu o cenach mieści się definicja towaru, zgodnie z którą przez towar rozumieć należy rzecz, również energię oraz prawa majątkowe zbywalne. Z kolei definicja rzeczy znajduje się w art. 45 k.c. w zw. z art. 8 ust.1 Pzp o treści „Rzeczami w rozumieniu niniejszego kodeksu są tylko przedmioty materialne”, a zgodnie z art.47 § 1 i 2 k.c. część składowa rzeczy nie może być odrębnym przedmiotem własności i innych praw rzeczowych, § 2 częścią składową rzeczy jest wszystko, co nie może być od niej odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego. Powyższa regulacja mówiąca o rzeczy jako całości składającej się z części, które odłączone od rzeczy nie mają znaczenia gospodarczego odnosi się do niniejszego przedmiotu zamówienia. Bowiem przedmiotem zamówienia jest „Gazociąg DN 1000 MOP 8,4 MPa relacji Kędzierzyn -Koźle- Granica RP (Polska -Czechy), na odcinku Kędzierzyn-Koźle-Racibórz wraz infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi”, a nie jakaś z części Gazociągu, która samodzielnie nie spełnia funkcji gospodarczej.

W związku z powyższym poszczególne elementy składowe przedmiotowego obiektu budowlanego (Gazociąg DN 1000 MOP 8,4 MPa relacji Kędzierzyn -Koźle- Granica RP), za które ustalono ceny jednostkowe, nie mogą być uznane za rzecz w rozumieniu w.w. ustawy o informowaniu o cenach i kodeksu cywilnego w związku z definicją ceny w art.7 pkt 1 Pzp. Tym samym ceny jednostkowe, składające się na cenę Gazociągu, nie podlegają wyłączeniu spod ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie stanowią ceny oferty, to jest ceny całkowitej za Gazociąg DN 1000 MOP 8,4 MPa relacji Kędzierzyn -Koźle- Granica RP. Reasumując tylko cena oferty za Gazociąg, a nie za jego elementy składowe, jest jawna.

Odwołujący: Specyfika i sposób realizacji zamówienia wpływające na wysokość ceny nie są natomiast wytworem unikalnej myśli Konsorcjum ROMGOS, lecz wynika z SWZ dostępnego dla każdego wykonawcy zainteresowanego złożeniem oferty w Postępowaniu. Oznacza to, że wiedzy na temat rodzaju, zakresu i technologii robót dostarcza sam SWZ, a nie wyjaśnienia Konsorcjum.

W ocenie **lzby** powyższe twierdzenie odwołującego pozostaje w sprzeczności z jego żądaniem odtajnienia kalkulacji, wykazu osób i sprzętu, czy podwykonawców, dostawców. Skoro jak twierdzi odwołujący, że wiedzy na temat rodzaju, zakresu i technologii robót dostarcza sam SWZ, a nie wyjaśnienia ceny Konsorcjum, to zbędne powinny być dla odwołującego zastrzeżone informacje. Bowiern bez ich użycia powinien zdyskredytować cenę oferty wykonawcy wybranego, chociażby przez przedstawienie własnej kalkulacji, a czego nie uczynił składając odwołanie. Wykonawca decydując o sprzęcie, w zależności od użytego rodzaju sprzętu ma różny czas wykonania poszczególnego elementu roboty, za którym ma też różny konieczny nakład kosztów osobowych, a w efekcie różną organizację budowy. Dodatkowo o indywidualnym podejściu do wyceny przedmiotu zamówienia decyduje także charakter ryczałtowy wynagrodzenia, czyli o cenie decyduje umiejętność zastosowania w praktyce wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu zarzutów w tym przepisów, które miałyby istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot 3.600,00 zł tytułem poniesionych kosztów na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie złożonej faktury vat.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....