

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 sierpnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2023 r. przez Odwołującego **H. i P. Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Zielona Góra** ul. Podgórna 22, 65-424 Zielona Góra

przy udziale

Wykonawcy **N.-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Srokowskiego 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – H. i P. Opole Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2150/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Zielona Góra, w trybie podstawowym *naprzebudowę wiaduktu wschodniego w ciągu ul. Zjednoczenia w Zielonej Górze w ramach zadania „Przebudowa wiaduktów w ciągu ul. Zjednoczenia”* (sygn. postępowania: DO-ZP.271.21.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.04.2023 r., 2023/S 070-21306, wobec czynności polegających na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (N.-Mosty Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 23.07.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy H. i P. Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej informując o tej czynności wykonawców w dniu 13.07.2023 r.

Zamawiający przekazał Odwołującemu na wniosek treść wyjaśnień z dnia 27.06.2023 r. bez części załączników, tj. bez załącznika nr 1 (schemat organizacyjny), nr 3 (kalkulacja oszczędności), nr 5 (zestawienie ofert wraz z ich treścią), nr 7 (szczegółowy kosztorys ofertowy), nr 8 (kalkulacja optymalizacji).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) załączników nr 1, 3, 5, 7 oraz 8 do wyjaśnień N.-Mosty Sp. z o.o. z dnia 27.06.2023 r. w zakresie ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa mimo, iż wykonawca ten nie wykazał przesłanek umożliwiających uznanie zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odtajnienia załączników do wyjaśnień z 27.06.2023 r. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał na brak w dokumentacji postępowania dokumentu zawierającego analizę Zamawiającego w zakresie prawidłowości zastrzeżenia wyjaśnień Wykonawcy. Co więcej, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający w piśmie 20.07.2023 r. odmówił sporządzenia takiego uzasadnienia.

W ocenie Odwołującego przyjmując uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za punkt odniesienia dla decyzji Zamawiającego, nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Schemat organizacyjny – nie została wykazana wartość gospodarcza informacji, jak również zachowania ich w poufności, gdyż schemat organizacyjny zamieszczony został na stronie internetowej tego podmiotu.

Szczegółowy kosztorys ofertowy – został opisany w jawnej części wyjaśnień, a przedstawienie pozycji z rozbiem na Robociznę, Materiał i Sprzęt wraz z narzutami wskazuje, że ceny zostały skalkulowane na podstawie powszechnie stosowanych katalogów nakładów rzeczowych w oparciu o aktualne czynniki Sekocenbud II kwartał 2023 r. oraz wycen indywidualnych według rynkowych ofert dostawców materiałów i wyspecjalizowanych podwykonawców. Nie posiada ona

zatem wartości gospodarczej.

Zestawienie ofert podwykonawców wraz z ich treścią – nie została określona konkretna wartość gospodarcza wyrażona w pieniądzu, a nawet jakie jest jej znaczenie gospodarcze. Nie zostało również wykazane, iż podjęte zostały działania w celu zachowania tych informacji w poufności.

Kalkulacja oszczędności – nie została wykazana wartość gospodarcza tych informacji, jak również nie zostało wykazane zawarcie z wszystkimi podwykonawcami umów o zachowaniu poufności złożonych ofert.

Kalkulacja optymalizacji – znane są obszary w których dokonana została optymalizacja, co zostało wprost wskazane w wyjaśnieniach (sposób posadowienia obiektu, gabaryty fundamentów, zbrojenie elementów żelbetowych, zmiana materiału balustrad mostowych). Nie ma ona znaczenia poza przedmiotowym postępowaniem, a tym samym nie ma wartości gospodarczej.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca N.-Mosty Sp. z o.o., odnosząc się do zarzutów.

Zamawiający złożył w dniu 02.08.2023 r. odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę N.-Mosty Sp. z o.o. oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na „Przebudowa wiaduktów w ciągu ul. Jednoczenia”.

W postępowaniu złożonych zostało piętnaście ofert w przedziale cenowym od 25 mln. zł do 34 mln. zł.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 36.516.966,97 zł brutto. Średnia złożonych ofert wynosi 29 mln 600 tys zł.

Z uwagi na różnicę ceny oferty N.-Mosty Sp. z o.o. do wartości szacunkowej Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny (pismo z 15.06.2023 r.). Zamawiający w wezwaniu nie sprecyzował, jakie elementy wyceny wymagają omówienia, a wezwanie stanowi powtórzenie treści przepisu art. 224 Ustawy.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z 27.06.2023 r., zastrzegając część załączników, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. załącznik nr 1 (schemat organizacyjny), nr 3 (kalkulacja oszczędności), nr 5 (zestawienie ofert wraz z ich treścią), nr 7 (szczegółowy kosztorys ofertowy), nr 8 (kalkulacja optymalizacji). Jednocześnie w jawnych dla wykonawców wyjaśnieniach N.-Mosty Sp. z o.o. odniosło się do założeń kosztowych wskazując m.in. na przyjętą stawkę roboczogodziny (str. 2), wypracowaną w negocjacjach z poddostawcami i podwykonawcami oszczędność na poziomie ponad 2 mln. zł. (str. 4), wysokość uzyskanej pomocy publicznej (załącznik nr 6), wysokość oszczędności kosztów z tytułu optymalizacji robót w zakresie posadowienia obiektu, gabarytów fundamentów, zbrojenia elementów żelbetowych, zmiany materiału balustrad mostowych w wysokości min. 1,5 mln zł. (pkt 9).

W załączniku nr 9 do wyjaśnień N.-Mosty Sp. z o.o. przedstawił uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 13.07.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty N.-Mosty Sp. z o.o.

Na rozprawie strony przyznały, iż schemat organizacyjny stanowiący załącznik nr 1 do wyjaśnień był dostępny na stronie internetowej wykonawcy, a Odwołujący się z nim zapoznał. Wykonawca wyjaśnił, iż błąd ten został naprawiony, a schemat został usunięty ze strony internetowej.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Mając na uwadze uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, skład orzekający odniósł się wyłącznie do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co Odwołujący wywodził z niedostatecznej treści uzasadnienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał zaniechać rzetelnej oceny informacji, co miało mieć wyraz między innymi w braku jej udokumentowania i odmową jej sporządzenia w odpowiedzi z 20.07.2023 r.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż zarzuty wobec uzasadnienia utajnienia załączników do wyjaśnień, poza generalnymi tezami nie uwzględniały treści, która sama w sobie również prezentowała walor ekonomiczny tych informacji, co było dla Odwołującego wiadome z jawnej części wyjaśnień. Co do zasady Izba zgadza się z wytycznymi prezentowanymi w odwołaniu co do potrzeby rzeczowej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tej dokonuje się z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. Nie można przyjmować automatycznie wniosków prezentowanych w licznych orzecznictwie, jako wyłącznej wytycznej dla oceny tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie skład orzekający uwzględnił zarówno to, że informacje miały wartość gospodarczą wyrażoną kwotą oszczędności, co należy odnieść tak do optymalizacji robót, jak i wynegocjowanych z podwykonawcami i poddostawcami cen materiałów i usług, których szczegóły zostały objęte klauzulą poufności. Odwołujący wskazując w sposób ogólny na brak wykazania wartości gospodarczej tych informacji pomijał wartość wyrażoną kwotą oszczędności, jakie dla tego zamówienia miały informacje zawarte w załącznikach. Taki sposób sporządzenia wyjaśnień, w których ogólna informacja jest przekazana jako jawna, ale same szczegóły dotyczące podstaw wyceny prezentowane są w niejawnym załączniku pozwala uznać wyjaśnienia za rzeczowe i jednocześnie chronić informacje rzutujące na prowadzoną działalność gospodarczą. Zasadniczym pozostaje jednak wykazanie przez wykonawcę, iż informacje spełniają kryteria ustawowe dla ich ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wskazano powyżej Odwołujący zasadniczo kwestionując brak uzasadnienia w zakresie wykazania wartości gospodarczej faktycznie pomijał znaczenie informacji, które wprost miały przełożenie na oszczędność kosztów, a te niewątpliwie mają walor ekonomiczny.

Ponadto, Odwołujący zarzucał niedostateczność działań Wykonawcy w obszarze zabezpieczenia dostępu do informacji, co miało oparcie z jednej strony w udostępnionej na stronie Wykonawcy organizacji – schemat organizacyjny, a z drugiej strony, niedostatecznego zabezpieczenia w umowach z pracownikami.

Ponieważ schemat organizacyjny był faktycznie dostępny należy uznać, iż nie było uzasadnienia dla jego zastrzegania w wyjaśnieniach. Jednocześnie mając na uwadze znaczenie tego dokumentu z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty, jak i samych wyjaśnień ceny, skład orzekający uznał, iż to uchybienie pozostawało bez wpływu na czynność podjętą w postępowaniu. W oparciu o sam schemat organizacyjny nie było bowiem możliwe ustalenie żadnej istotnej dla ceny oferty okoliczności, która mogłaby wpływać na ocenę oferty lub wyjaśnień w zakresie ceny. Również Odwołujący znając schemat taki wniosków nie prezentował. Tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy skład orzekający uznał, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 74 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania i oddaliła zarzut.

Odnosząc się natomiast do umów zawieranych z pracownikami skład orzekający uznał, iż dla oceny skuteczności wprowadzonych klauzul bez znaczenia pozostaje to, iż jest możliwość pozyskania pracownika, który według Odwołującego jest nośnikiem know-how wykonawcy. Takie podejście czyniłoby w zasadzie niemożliwym zastrzeżenie wszelkiej tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na możliwość odejścia pracownika. Wprowadzenie klauzuli o obowiązku zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ze strony wykonawcy wyczerpuje w zasadzie kroki jakie może on podjąć celem ochrony tych informacji. Nie można bowiem wprowadzić zakazu zmiany pracy, zatrudnienia w branży u konkurencji, jeżeli ten nie ma umocowania w przepisach ograniczających swobodę podejmowania zatrudnienia.

Wskazane w załącznikach informacje odnosiły się wyłącznie do tych danych, które prezentowały konkretne i dostępne dla tego Wykonawcy źródła oszczędności kosztów, wynikające z organizacji zaplecza, jakim są dostępne źródła dostaw, usług jak i optymalizacja. Uzyskane upusty, czy też dane o podwykonawcach i ich ofertach, stanowią najczęściej chronioną informację, która pozwala konkurować na rynku. W niniejszym postępowaniu, to właśnie oszczędności uzyskane z tych źródeł pozwoliły złożyć najkorzystniejszą ofertę przy dużej konkurencji (15 ofert). Przyjmując zatem za wystarczające dla utrzymania w poufności informacji uzasadnienie przedstawione w załącznik nr 9, nie można założyć jak uczynił Odwołujący, iż jest ono niedostateczne co do zasady. To nie samo uzasadnienie, ale charakter informacji miał zatem istotne znaczenie dla oceny prezentowanych w wyjaśnieniach danych związanych z przedmiotem zamówienia, jak i założeniami kalkulacyjnymi.

Co do zasady skład orzekający podzielił argumentację Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie prezentowaną w pismach procesowych co do znaczenia danych, które należy postrzegać nie tylko w odniesieniu do celu obecnego przetargu, ale szerzej, jako dane determinujące działalność podmiotu na rynku. Należy odnotować, że zarówno N.-Mosty Sp. z o.o. jak i Odwołujący działają na wspólnym rynku, konkurują w przetargach publicznych, a zatem znajomość założeń, które co do zasady nie są prezentowane w ofertach, może istotnie wpływać na sytuację nie tylko w obecnym ale także przyszłych przetargach. Wiedza co do założeń, jakie determinują kalkulację kosztów, pozwala poznać strategię i wykorzystać w walce konkurencyjnej, czego nie można wyłącznie oceniać przez pryzmat złożonej oferty.

Skład orzekający uznał, iż dane dotyczące nie tylko stawek, ale również sposobu optymalizacji w ujęciu obniżenia kosztów, w zakresie w jakim dopuścił to Zamawiający traktowane są przez uczestników rynku, jako tajemnica przedsiębiorstwa i mają rzeczywiste znaczenie z punktu widzenia strategii budowania przewagi cenowej w przetargach publicznych. Złożoność procesu poprzedzającego przygotowanie oferty, poprzedzane szczegółową analizą dokumentacji, wymaga przyjęcia szczegółowych założeń, których Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie. Prowadzi to do wniosku, iż stanowią one indywidualny dla każdego uczestnika postępowania zespół czynników, który nie jest wyznaczony wyłącznie przedmiotem zamówienia i uwzględnia praktykowany sposób kalkulacji kosztów, co ma bezpośrednie przełożenie na konkurencyjność oferty.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Iżba zaliczyła do kosztów postępowania wpis.

Przewodniczący: