Sygn. akt: KIO 1616/23

WYROK
z dnia 23 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wałbrzyska Specjalna Strefa Ekonomiczna „INVEST-PARK" sp. z o.o.,**
ul. Uczniowska 16, 58-306 Wałbrzych,
przy udziale wykonawcy: **SPEC BRUK sp. z o.o., ul. Oświęcimska 69, 32-590 Libiąż**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1616/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Budimex S.A.,**
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Wałbrzyska Specjalna Strefa Ekonomiczna „INVEST-PARK" sp. z o.o. ul. Uczniowska 16, 58-306 Wałbrzych,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 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 1616/23

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

Zamawiający, Wałbrzyska Specjalna Strefa Ekonomiczna „INVEST-PARK" sp. z o.oz siedzibą w Wałbrzychu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Przygotowanie terenu – wyrównanie wraz z pracami towarzyszącymi terenu o pow. ok. 224 ha zlokalizowanego na obszarze objętym granicami WSSE „INVEST-PARK" – DSAG S3-Jawor". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2023 r. pod nr 2023/S 043-125513.

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 30 maja 2023 r.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 412 ze zm.), zwanej dalej „Pzp", wniósł odwołanie wobec:

1)czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SPEC BRUK sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu (dalej zwanego „SPEC BRUK") jako najkorzystniejszej,

2)zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień i dokumentów złożonych przez SPEC BRUK w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej na innych podstawach niż wskazane w treści niniejszego odwołania,

3)czynności badania i oceny oferty złożonej przez SPEC BRUK i nieuzasadnione uznanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4)zaniechania czynności odrzucenia oferty SPEC BRUK - zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5)zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez

wykonawcę SPEC BRUK, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2)art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 i w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wadliwe przeprowadzenie procedury badania i oceny ofert, a w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SPEC BRUK, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3)art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPEC BRUK, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji naruszenie art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty SPEC BRUK i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której przekazana zostanie pełna treść wyjaśnień złożonych przez SPEC BRUK;
2)unieważnienia czynności wyboru oferty SPEC BRUK i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu. Oferta SPEC BRUK została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek dokonanych niezgodnie z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 25 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo w sprawie wniosku o udostępnienie dokumentów wykonawcy SPEC BRUK. Zamawiający poinformował, że „nie zostają udostępnione zastrzeżone w trybie art. 18 ust. 3 Pzp przez firmę Spec Bruk sp. z o.o. – dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), tj.: a) kalkulacji cenowej (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.), b) ofertach cenowych – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …") c) umowach o pracę oraz umowach współpracy - 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach „Nadzór" oraz „Pracownicy")."

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania wykonawcy zadali Zamawiającemu szereg pytań w ramach procedury wyjaśniania treści dokumentacji. Kluczowe z punktu widzenia kompleksowego ustalenia wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia okazały się odpowiedzi Zamawiającego opublikowane w dniu 5 kwietnia 2023 r., w tym m.in. na pytania o następujących numerach: 3, 19, 20, 22, 29 (pismo L.dz./DIR/1866/2023) oraz 17, 20, 25, 26, 27, 30 (pismo L.dz./DIR/1867/2022), które odnoszą się szczegółowo do optymalizacji robót ziemnych, dopuszczalnych modyfikacji rodzaju stosowanych spoiw (w tym również minimalnych ilości i minimalnej grubości warstw), dopuszczenia innego typu spoiw hydraulicznych niż określone w opisie, dopuszczeniu zmian w projekcie wykonawczym z uwzględnieniem ilości i minimalnych parametrów, dopuszczeniu zmian technologii, w tym również technologii uzyskiwania wymaganych parametrów zagęszczenia i nośności warstw, czy też możliwości rezygnacji przez Zamawiającego z warstwy geowłókniny.

Z opublikowanej przez Zamawiającego informacji z otwarcia ofert z dnia 27 kwietnia 2023 r. wynika, że Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia kwotę 416.355.000,00 PLN brutto a jednocześnie, że ofertę złożyło dwóch wykonawców:
a)BUDIMEX S.A.: cena 377 609 997,50 zł brutto,
b)SPEC BRUK sp. z o.o.: cena 244 278 000,00 zł brutto.
Różnica między pierwszą (SPEC BRUK) a drugą (Odwołujący) ofertą w rankingu złożonych ofert wynosi aż 133.331.997,00 zł, natomiast różnica między ofertą SPEC BRUK a szacunkiem Zamawiającego wynosi aż 172.077.000,00 zł.

W dniu 27 kwietnia i 8 maja 2023 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o udostępnienie ofert wraz z załącznikami oraz protokołu. Zamawiający w dniu 25 maja 2023 r., na podstawie m.in. 74 ust. 1 i 2 Pzp przekazał Odwołującemu m.in. ofertę SPEC BRUK, protokół postępowania przetargowego, a także korespondencję z wykonawcą, w tym wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny skierowane do SPEC BRUK wraz z odpowiedzią i pismo z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa SPEC BRUK. Jednocześnie Zamawiający

poinformował, że „nie zostają udostępnione zastrzeżone w trybie m.in. 18 ust. 3 ustawy PZP przez firmę Spec Bruk sp. z o.o. – dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), tj.:

a) kalkulacja cenowa (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.)

b) oferty cenowe – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …")

c) umowy o pracę oraz umowy współpracy – 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach „Nadzór" oraz „Pracownicy")."

Zamawiający stwierdził zatem, że wykonawca SPEC BRUK wykazał, że część zastrzeżonych informacji posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z dokumentów znajdujących się w protokole postępowania wynika, że w dniu 4 maja 2023 r. Zamawiający skierował do SPEC BRUK wezwanie na podstawie art. 224 Pzp z uwagi na okoliczność, że cena oferty SPEC BRUK jest niższa aż o 41,22% od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający zwrócił się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy musiały dotyczyć zarówno całkowitej zaoferowanej ceny, jak i jej elementów składowych, obejmujących wykonanie Etapów I i II oraz Etapu III przedmiotu zamówienia.

W dniu 11 maja 2023 r. SPEC BRUK przekazał wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny wraz z załącznikami:

a) kalkulacją cenową (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.)

b) ofertami cenowymi – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …")

c) umowami o pracę oraz umowami współpracy – 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach „Nadzór" oraz „Pracownicy").

W dalszej kolejności, pismem z dnia 30 maja 2023 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SPEC BRUK.

[Zarzut błędnego uznania, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie SPEC BRUK cenę]

Zdaniem Odwołującego, zaoferowana przez SPEC BRUK cena jest ceną „za którą niemożliwe jest wykonanie należycie zamówienia, cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych i taka, która uniemożliwia pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej".

SPEC BRUK twierdzi w wyjaśnieniach, że zaoferowane ceny (zarówno jednostkowe, jak i cena całkowita) wskazują na osiągnięcie przez wykonawcę zysku na realizacji zamówienia, a także wliczenie do ceny całkowitej ryzyk, prezentując jednocześnie (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) szczegółowe wyliczenia zgromadzone w postaci tabeli cenowej, a także ofert lub kalkulacji własnych, na podstawie których koszt został wyliczony.

Jednocześnie, w przedostatnim akapicie na stronie 8 pisma z wyjaśnieniami, SPEC BRUK wprost przyznał, że dowody dołączone do składanych Zamawiającemu wyjaśnień powstały wyłącznie w celu udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, tj. przygotowania wyjaśnień, gdy tymczasem oferty dostawców czy podwykonawców, jak również wszelkie kalkulacje z nimi związane powinny stanowić podstawę dokonanych wyliczeń, a nie konsekwencję wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. SPEC BRUK wprost zatem przyznał, że szczegółowych kalkulacji dokonywał już po fakcie złożenia oferty, podobnie jak pozyskiwał oferty, które powinny stanowić podstawę dokonanych wyliczeń. Dokumenty stanowiące dowody załączone do pisma z wyjaśnieniami wykonawca SPEC BRUK powinien mieć w swoim archiwum przed złożeniem oferty. Działanie, które polega w istocie na dopasowaniu ofert i kalkulacji do tego, co zostało wpisane w treści oferty i o co na etapie weryfikacji prawidłowości złożonej wyceny dopytuje Zamawiający, stanowi o całkowitej degeneracji oceny prawidłowości wyceny oferty i powinno automatycznie stanowić o konieczności odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Fakt, że Zamawiający takie dowody i wyjaśnienia zaakceptował, świadczy o sprzecznym z przepisami ustawy Pzp i zasadami prowadzenia postępowania przetargowego dopuszczeniu i usankcjonowaniu prawidłowości zachowania wykonawcy, które nie powinno mieć miejsca w ramach prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od kwestii samych wyjaśnień, które okazują się wyłącznie ogólnikowe i oparte na schematycznym zestawie sformułowań i oświadczeń, i które nie są dostosowane do konkretnej sytuacji (wbrew wymogom wynikającym z aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych), a także biorąc pod uwagę okoliczność, że kluczowe dokumenty w kontekście wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący odniósł się w sposób szczegółowy wyłącznie do zaoferowanych przez SPEC BRUK całkowitych cen za realizację poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia, tj. etapu I (1a, 1b, 1c), etapu II oraz etapu III, które są Odwołującemu dostępne. Już bowiem na tym etapie analizy dokonywania wyceny na pierwszy rzut oka widać, że SPEC BRUK podał dla swojej oferty cenę rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem IV SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), w ramach niniejszej inwestycji Zamawiający wymaga:

a)wykonania robót przygotowawczych,
b)wykonania robót budowlanych,
c)zaprojektowania i wykonania robót budowlanych,
a w szczególności zakres inwestycji obejmuje prace makroniwelacyjne, przebudowę istniejącej a kolidującej z inwestycją infrastruktury technicznej, rozbiórki i zieleń, przy czym zadanie zostało podzielone na etapy i w ramach poszczególnych etapów obejmuje zarówno prace projektowe (projekty budowlane i wykonawcze), jak też roboty przygotowawcze, budowlane i dodatkowe. Zakres i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia jest zatem znaczny.

Odwołujący przedstawił tabelę odnoszącą się wyłącznie do wartości niezbędnych głównych materiałów (Tabela 2), stanowiących podstawowy składnik ceny całkowitej za realizację przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazał, że ww. zestawienie nie zawiera kosztów wykonania robót budowlanych, wykonania projektów, kosztów kadrowych, części przebudów i niezbędnego zaplecza, które zostały szczegółowo opisane w treści Rozdziału IV SWZ i powyżej zasygnalizowane.

Z analizy wykonanej przez Odwołującego wynika, że w ramach głównych prac do wykonania (głównych składników kosztotwórczych w kontekście skali przedmiotu zamówienia) znajdują się roboty opisane w Tabeli 1. Zostały one, w ocenie Odwołującego, wycenione na poziomie wyłączającym prawidłową i kompleksową realizację przedmiotu zamówienia. Treść Tabeli 1 świadczy o złożoności i skomplikowaniu prac, które muszą zostać zrealizowane w ramach wynikających z dokumentacji postępowania robót budowlanych, a które – biorąc pod uwagę porównanie ceny SPEC BRUK i zestawienia cen już tylko samych głównych materiałów – z pewnością nie zostały prawidłowo wycenione i wkalkulowane w całkowitą cenę oferty SPEC BRUK.

Kluczową daną wynikającą z treści Tabeli 1 są wartości poszczególnych pozycji, które Odwołujący kalkulował na podstawie pozyskanych ofert. Odwołujący pozyskał z rynku dwie oferty na kompleksową realizację robót wymienionych w treści Tabeli 1 – „Koszty robocizny – bez narzutów" – jedną na kwotę 70.191.571,00 zł, a drugą na kwotę 83.980.571,00 zł. Do wyceny przyjął ofertę względniejszą cenowo, tj. opiewającą na kwotę 70.191.571,00 zł. Kwota ta stanowi orientacyjną wartość robocizny w pracach do wykonania przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego, to jest właśnie orientacyjny pułap, który SPEC BRUK powinien wziąć pod uwagę przy szacowaniu wartości swojej oferty, czego nie zrobił.

Odwołujący załączył jako dowód: oferty podwykonawców na robociznę od MENS sp. z o.o. oraz Firmy usługowej SPEC J. R..

W ramach Tabeli 2 Odwołujący porównał uzyskane rynkowe ceny głównych materiałów, tj. spoiw (cement, wapno), geowłókniny, piasku, kabli, rur gazowych, kruszywa, betonu asfaltowego i drenów (kruszywo oraz żwir). W celu dokonania kompleksowego porównania cen, Odwołujący sięgnął do uzyskanych ofert służących przygotowaniu własnej wyceny [kolumna „min. wg Odwołującego (oferty rynkowe)"]. Przygotowane zestawienie zakłada wyliczenia dla ilości poszczególnych materiałów określone w dokumentacji postępowania. Na potwierdzenie prawidłowości przygotowanych kalkulacji Odwołujący przedstawił dowody – uzyskane oferty odnoszące się do głównych elementów tabeli:

- Cement – oferta Górażdże Cement
- Wapno – oferta Trzuskawica S.A.
- Kable – oferta ENEA Logistyka sp. z o.o.
- Kruszywa – oferta Śląskie Kruszywa Naturalne sp. z o.o.
- Geowłókniny – oferta ViaCon Polska sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że porównując opis przedmiotu zamówienia i cenę oferty SPEC BRUK i zestawiając ją tylko i wyłącznie z rynkowymi cenami głównych materiałów uzasadniony jest wniosek, że SPEC BRUK nie zaoferował w swojej ofercie ceny, która może być uznana za cenę konkurencyjną, i która nie jest rażąco zaniżona. Ponadto, rynkowe ceny głównych materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia (bez kosztów wykonania robót budowlanych, wykonania projektów i niezbędnego zaplecza, bez transportu na budowę) kształtują się na poziomie, który uwzględniając wszystkie inne elementy przedmiotu zamówienia w ofercie SPEC BRUK (poza samym materiałem, czyli właśnie roboty, projekty, transport, zaplecze itd.) przewiduje, że wykonawca ten musiałby już na samą tylko robociznę dopłacić kwotę 1.682.441 zł. Dodatkowo, przy przyjęciu minimalnych wartości materiałów, minimalnych stawek robocizny i pozostałych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia i gwarantujących realizację zamówienia w całości na satysfakcjonującym poziomie, nie zakładając nawet żadnego zysku z realizacji inwestycji ani nie wkalkulowując żadnych ryzyk**,** nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, za cenę zaoferowaną przez SPEC BRUK.

W ocenie Odwołującego, powyższe stanowi o konieczności uznania ceny zawartej w ofercie SPEC BRUK za rażąco niską, a w konsekwencji – o istnieniu podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący podniósł, że w tym postępowaniu Zamawiający wdrożył mechanizm weryfikacji prawidłowości ceny oferty złożonej przez SPEC BRUK, jednakże po dokonaniu badania podjął błędne wnioski. W ocenie Odwołującego, w odniesieniu do wyjaśnień i dowodów złożonych przez SPEC BRUK doszło do naruszenia przepisów, a działanie zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego stoi również w sprzeczności z wypracowaną przez Krajową Izbą Odwoławczą i sądy powszechne interpretacją i wykładnią przepisów dotyczących możliwość skutecznego wyjaśniania ceny, bowiem: SPEC BRUK w treści złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wprost przyznaje, że nie miał czasu na szczegółowe wyjaśnienie zaoferowanej ceny ani zgromadzenie odpowiedniej liczby dowodów, co oznacza, że gromadzenie ofert podwykonawców czy dostawców, a także przygotowanie kalkulacji miało miejsce dopiero w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, a nie zostało wykonane przed złożeniem przez SPEC BRUK oferty, co świadczy o całkowitym braku wiarygodności i prawidłowości złożonej oferty. Poza ogólnikowymi, niczym niepopartymi twierdzeniami, SPEC BRUK nie wykazał, co spowodowało tak istotne obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy wpłynęły na obniżenie ceny, co przy tak wyraźnych różnicach nie tylko w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, ale i w odniesieniu do drugiej złożonej oferty, budzi uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości dokonanej wyceny. Złożone przez SPEC BRUK wyjaśnienie wraz z dowodami nie uzasadnia podanej w ofercie ceny, w szczególności ceny aż tak niskiej

Powyższe okoliczności stanowią o konieczności odrzucenia oferty SPEC BRUK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

[Zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SPEC BRUK w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej]

W treści pisma z dnia 25 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że „nie zostają udostępnione zastrzeżone w trybie art. 18 ust. 3 ustawy PZP przez firmę Spec Bruk sp. z o.o. – dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), tj. : a) kalkulacji cenowej (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.) b) ofertach cenowych – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …") c) umowach o pracę oraz umowach współpracy - 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach „Nadzór" oraz „Pracownicy")". Swojej decyzji Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił. W szczególności nie podał, na jakiej podstawie doszedł do takich wniosków i na jakich konkretnie dowodach się oparł.

Na podstawie jawnych dokumentów i wyjaśnień złożonych przez SPEC BRUK Odwołujący wywnioskował, że w dokumentach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdują się informacje, które świadczą o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także prawdopodobnie znajdują się w niej elementy, które mogą świadczyć o niezgodności oferty SPEC BRUK z treścią dokumentacji postępowania.

W treści pisma z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 11 maja 2023 r. SPEC BRUK wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w dowodach dołączonych do wyjaśnień ceny oferty:

a)kalkulacji cenowej (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.),

b)ofertach cenowych – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …",

c)umowach o pracę oraz umowach współpracy - 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach „Nadzór" oraz „Pracownicy").

Odwołujący wskazał, że wśród dowodów odnoszących się do zasadności dokonania zastrzeżenia znajdują się tylko umowy o pracę oraz umowy o współpracy w łącznej liczbie 32 sztuk. Podkreślił, że aby możliwym było skuteczne objęcie określonych informacji klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" koniecznym jest równoległe ziszczenie się dwóch okoliczności, tj. (i) wykazanie przez Wykonawcę, stosownie do brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz (ii) faktyczny ich walor jako informacji poufnych w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Trzecią istotną okolicznością mającą wpływ na ocenę skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest dokonanie takiego zastrzeżenia wraz z przekazaniem takich informacji oraz wykazanie, również wraz z przekazaniem tych informacji, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – bez możliwości uzupełnienia tych elementów na późniejszym etapie postępowania.

W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, kluczowa wydaje się wpisana w treść przepisu art. 18 ust. 3 Pzp czynność wykazania, która zgodnie ze słownikową definicją (Słownik języka polskiego PWN) oznacza uzewnętrznienie czegoś, ujawnienie istnienia czegoś, przedstawienie czegoś w sposób przekonujący. Wykładnia językowa stanowi, że „wykazanie" oznacza co najmniej przedstawienie czegoś w sposób przekonujący. Takie też stanowisko przedstawione zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO 500/21, potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku XXIII Zs 53/21, a ponadto również m.in. w wyrokach KIO z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 506/21, wyroku KIO z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 320/21, wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3278/20, wyroku z 30 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3227/20, wyroku z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2781/20, wyroku z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20, wyroku z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1692/20 czy wyroku z dnia 9

lipca 2020 r., sygn. akt KIO 822/20.

Bazując na informacjach udostępnionych przez Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, żeżadna z przesłanek polegających na wykazaniu zaistnienia okoliczności wynikających z art. 11 ust. 2 uznk nie ziściła się w odniesieniu do informacji zastrzeganych przez wykonawcę SPEC BRUKa co za tym idzie, informacje te powinny zostać niezwłocznie odtajnione.

SPEC BRUK nie wykazał zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, posługując się w uzasadnieniu ogólnikowymi i dalece generalizującymi twierdzeniami, nie zindywidualizowanymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania. SPEC BRUKnie przedstawił żadnego dowodu na rzeczywistą wartość gospodarczą przedstawianych elementów i podanych wyliczeń. Podając zaokrąglone liczby w ramach przyjętych „widełek" nie tłumaczy, jakie wartości w istocie przyjął za podstawę swoich szacunków i dlaczego właśnie takie. SPEC BRUK wskazał na wartość gospodarczą za pomocą wyłącznie gołosłownych oświadczeń wykonawcy. Nie wiadomo, na jakiej podstawie SPEC BRUK ustalił określoną wartość i co konkretnie wziął pod uwagę.

Ostatecznie, SPEC BRUK wskazał też, że wartość przewagi konkurencyjnej w ramach tego postępowania wynosi różnicę między ofertą SPEC BRUK, a ofertą złożoną przez drugiego w kolejności wykonawcę, tj. Odwołującego, i w tym przypadku to wartość aż 133.331.997,50 zł. Na tej podstawie SPEC BRUK wywiódł, że zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje mają charakter organizacyjny i mają wartość gospodarczą.

Powyższe uzasadnia wniosek, że SPEC BRUK nie wykazał spełnienia przesłanki pierwszej art. 11 ust. 2 uznk.

Jedną z najważniejszych wartości, które SPEC BRUK za wszelką cenę chce chronić, jest fakt nawiązania relacji biznesowych z przedsiębiorcami i ich tożsamość (poza kwestią metodologii sporządzania kalkulacji własnej). Istnieją jednak sposoby, aby nie ujawnić tożsamości podmiotu, z którym wykonawca współpracuje, a jednocześnie zapewnić ochronę podstawowych zasad funkcjonujących w ramach systemu zamówień publicznych, tj. zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, na przykład poprzez anonimizację przedstawionych umów handlowych, a pozostawienie informacji na temat cen i przedmiotu oferty, które pozwolą ustalić, czy wykonawca ten rzeczywiście nie zaoferował realizacji przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską, a także, czy do oferty wliczył wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Utajnianie kluczowej części dokumentacji prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na potwierdzenie rzekomego podejmowania wszystkich przewidzianych prawem starań odnoszących się do utrzymania tajności zastrzeganych informacji, SPEC BRUK przedstawił jedynie przykładowe umowy o pracę, z których miałoby wynikać zobowiązanie do zachowania danych w poufności. Odwołujący nie jest jednak w stanie samodzielnie zweryfikować klauzuli zawartej w §6 czy §4 tych umów, bowiem nie zostały mu one przekazane.

Jednocześnie SPEC BRUK, powołując się na dodatkowe okoliczności mające stanowić owykazaniu zaistnienia przesłanki braku powszechnej dostępności zastrzeganych informacji nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu.

Powyższe uzasadnia wniosek, że SPEC BRUK nie wykazał spełnienia przesłanki drugiej art. 11 ust. 2 uznk.

W odniesieniu do przesłanki podjęcia działania w celu utrzymania informacji w poufności, SPEC BRUK nie przedstawił dowodu na fizyczne i prawne środki podjęte przez wykonawcę, a związane z zapewnieniem odpowiedniego obiegu dokumentacji obejmującej poufne informacje oraz wdrożeniem technologii zapewniającej bezpieczeństwo sieci informatycznych wykonawcy lub na występowanie w umowach z innymi przedsiębiorcami klauzul zobowiązujących do ochrony informacji poufnych.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie jest możliwe uzupełnienie dowodów czy złożenie dodatkowych wyjaśnień na późniejszym etapie. Taka interpretacja stoi wprost w sprzeczności z brzmieniem i wykładnią art. 18 ustawy Pzp.

Ogólność przekazanego Zamawiającemu uzasadnienia, którym posłużył się Przystępujący, a jednocześnie brak załączenia dowodów na potwierdzenie argumentowanych okoliczności (poza umowami o pracę i o współpracy, które zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, również w zakresie klauzul o poufności) potwierdza, zdaniem Odwołującego, iż jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie weryfikacji oświadczeń składanych przez wykonawcę.

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

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że zgodnie z aktualną i jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie całe dokumenty. Za wadliwe należy zatem uznać zastrzeżenie całości dokumentów, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Jeśli nawet niektóre

części danego dokumentu są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce - to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów. Wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza na przykład w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17, w wyroku z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2263/19, w wyroku z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 539/20 czy w wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1936/22, KIO 1962/22.

Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Stosownie do tego przepisu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uznać należy podjęcie przez Zamawiającego czynności zmierzających do zachowania wskazanych informacji w tajności, w sposób faktycznie uniemożliwiający realną weryfikację przez konkurencję informacji przedkładanych przez SPEC BRUK.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec działań wykonawców niezasadnie utajniających fragmenty składanych przez siebie ofert czy wyjaśnień (wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1535/14 oraz tak samo m.in. w wyroku z dnia 9 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2633/17 oraz w wyroku z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2222/18).

W okolicznościach niniejszej sprawy działania Zamawiającego zmierzają do faktycznej ochrony interesów tego z wykonawców, który stosuje ustawową możliwość utajnienia informacji jedynie na potrzeby gry konkurencyjnej, wobec oczywistej bezzasadności kwalifikacji informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający bezzasadnie ograniczył pozostałym wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu i podpisaniem umowy dostęp do kompletu dokumentów składających się na ofertę SPEC BRUK, godząc w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp.

Naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1)Pzp, i samo w sobie determinuje konieczność uwzględnienia przedmiotowego odwołania. W okolicznościach niniejszej sprawy, w przypadku uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 16 Pzp, możliwym byłoby bowiem sformułowanie innych zarzutów (związanych w szczególności z analizą istotnych części składowych ceny pod kątem rażąco niskiej ceny, jak również zgodności oferty SPEC BRUK z treścią SWZ) dopiero na późniejszym etapie, w przypadku gdyby wszelkie informacje niemające waloru tajemnicy przedsiębiorstwa były udostępnione zainteresowanym. [Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie SPEC BRUK]

Dla Odwołującego jest jasne, że Zamawiający musi dysponować ofertami, które będzie mógł ze sobą porównać, a zatem takimi, w których wyceniono realizację kompletnego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wytycznych Zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 20 października 2011 r. (sygn. III CZP 52/11), „o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł."

Biorąc pod uwagę charakter pozycji, które, w ocenie Odwołującego, nie zostały wkalkulowane przez SPEC BRUK do oferty, należy stwierdzić, że w opisanych okolicznościach wykonawca ten nie daje rękojmi wykonania zakresu prac przewidzianych do realizacji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co świadczy w istocie o niepełnej i niekompletnej wycenie.

Takie działanie należy jednoznacznie zakwalifikować jako działanie na szkodę i ryzyko Zamawiającego, a także jako zakłócenie funkcjonowania uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie nierzetelnego współzawodnictwa w zakresie zaoferowanych cen. Takie praktyki bezpośrednio zagrażają interesom innych wykonawców, którzy kalkulując swoją cenę uczciwie, nie są w stanie realnie konkurować z podmiotem, który wprost i świadomie jakiegoś elementu czy elementów nie wycenia. Tego typu działanie wypełnia definicję czynu nieuczciwej konkurencji, określoną w art. 3 ust. 1 UZNK,co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy SPEC BRUK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy SPEC BRUK powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, a samo działanie wykonawcy należy jednoznacznie ocenić jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji i uczciwego współzawodnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

\Wykonawca SPEC BRUK sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. W dniu 19 czerwca 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do ww. pisma oraz wyjaśnień z dnia 11 maja 2023 r.:

- oświadczeń o zachowaniu poufności, złożonych przez prokurentów Przystępującego (M. W., D. K. oraz A. B.) na fakt podjęcia działań przez Przystępującego w celu utrzymania w poufności informacji, w tym zobowiązania kadry kierowniczej do zachowania danych w poufności oraz na fakt, że dostęp do poufnych informacji miał ograniczony krąg osób.
- umowy o zachowanie poufności między Przystępującym a potencjalnym podwykonawcą, którego oferta z dnia 17 kwietnia 2023 r. stanowiła załącznik do wyjaśnień ceny przystępującego na fakt podjęcia działań przez Przystępującego w celu utrzymania w poufności informacji, w tym zobowiązania potencjalnego podwykonawcy do zachowania poufności informacji przekazanych przez potencjalnego podwykonawcę oraz informacji otrzymanych przez potencjalnego podwykonawcę oraz na fakt, że dostęp do poufnych informacji miał ograniczony krąg osób.
- zrzutów z ekranu komputerów A. B., D. K. i M. W. (prokurentów Przystępującego), wskazujących na stosowanie środków technicznych (m.in. hasła) w celu zachowania poufności informacji oraz zapobiegania dostępowi do informacji przez osoby niepowołane na fakt podjęcia działań przez Przystępującego w celu utrzymania w poufności informacji, w tym zastosowania środków technicznych, wskazujących na poufność informacji; - na fakt, że dostęp do poufnych informacji miał ograniczony krąg osób.
- wiadomości e-mail z dnia 11 maja 2023 r. wysłanej przez prokurenta Przystępującego M. W. do Zamawiającego dotyczącej wyjaśnień ceny, zawierającej w stopce zastrzeżenie poufności informacji na fakt podjęcia działań przez Przystępującego w celu utrzymania w poufności informacji, w tym zastosowania środków technicznych, wskazujących na poufność informacji, na fakt, że dostęp do poufnych informacji miał ograniczony krąg osób.
- umów cywilnoprawnych (nazwa pliku zawierająca zwrot B2B + imię i nazwisko (w katalogu Tajemnica przedsiębiorstwa/Nadzór). Każda z tych umów przewiduje w § 4 ogólnej części umowy obowiązek zachowania poufności na fakt podjęcia działań przez Przystępującego w celu utrzymania w poufności informacji, w tym zastosowania klauzul zobowiązujących do poufności pracowników i kadry kierowniczej Przystępującego oraz na fakt, że dostęp do poufnych informacji miał ograniczony krąg osób.
- umów o pracę (nazwa pliku zawierająca opis stanowiska pracy + imię i nazwisko w katalogu Tajemnica przedsiębiorstwa/Pracownicy). Każda z tych umów przewiduje w § 6 obowiązek zachowania poufności, na fakt podjęcia działań przez Przystępującego w celu utrzymania w poufności informacji, w tym zastosowania klauzul zobowiązujących do poufności pracowników i kadry kierowniczej Przystępującego na fakt, że dostęp do poufnych informacji miał ograniczony krąg osób.

Przystępujący podtrzymał stanowisko, że załączniki do wyjaśnień ceny, złożonych 11 maja 2023 r. są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego. Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy Prawo zamówień publicznych, odmawiając udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego: tj.:

a)kalkulacja cenowa (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.);

b)oferty cenowe – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …”);

c)umowy o pracę oraz umowy współpracy – 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach „Nadzór” oraz „Pracownicy”).

[Wykazanie, że zastrzeżone dane posiadają wartość gospodarczą]

Zdaniem Przystępującego, dane zawarte w załącznikach do wyjaśnień ceny Przystępującego posiadają odpowiednią wartość gospodarczą. Zostało to dowiedzione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego.

Zbiór danych, które nie zostały udostępnione Odwołującemu, obejmuje przede wszystkim kalkulację ceny i czynników kosztotwórczych w formacie pliku Excel, która ma unikalny, autorski charakter oraz układ i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. Unikalny i autorski charakter kalkulacji uwidacznia się w tym, że kalkulacja Przystępującego tylko pośrednio odwołuje się do udostępnionej przez Zamawiającego tabeli 7 opisu technicznego (według odpowiedzi Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2023 r. L.Dz./DIR/1867/2022, na pytanie nr 12 do SWZ, udostępniona tabela nie stanowi podstawy sporządzenia oferty i nie należy traktować jej jako przedmiaru robót). Kalkulacja Przystępującego przewiduje rozwiązania projektowe, organizacyjne i technologiczne, których Odwołujący nie byłby w stanie samodzielnie opracować lub których opracowanie wiązałoby się z dużym nakładem czasu i kosztów. Zapewnienie dostępu do tych danych Odwołującemu spowoduje, że Odwołujący zyska dostęp do nich bez żadnych nakładów i kosztów. Kalkulacja ceny i czynników kosztotwórczych uwzględnia obliczenia własne i weryfikację

potrzebnego nakładu pracy do należytego wykonania zamówienia publicznego.

Kalkulacja ceny i czynników kosztotwórczych zawiera również poszczególne koszty cenotwórcze, w tym koszty pozyskania wymaganych ubezpieczeń, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, kosztów zatrudnienia personelu, a także marże (narzuty), rezerwę na ryzyka i zakładany zysk Przystępującego. Dostęp do nich przez Odwołującego będzie oznaczał poznanie kosztów prowadzenia działalności Przystępującego, wysokości stosowanych przez Przystępującego narzutów i ponoszonych kosztów, co może umożliwić Odwołującemu potencjalne szacowanie wysokości ceny ofertowej Przystępującego w innych postępowaniach przetargowych. Dlatego cała treść kalkulacji ceny i poszczególnych czynników kosztotwórczych winna pozostać tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego.

Kalkulacja ceny i poszczególnych czynników kosztotwórczych jest efektem posiadanego przez Przystępującego bogatego, ponad dwudziestoletniego doświadczenia w realizacji kilkudziesięciu robót makroniwelacyjnych i mikroniwelacyjnych dla różnych inwestorów, obejmujących zadania o znacznym stopniu skomplikowania. Z całą pewnością, gdyby nie posiadane przez Przystępującego doświadczenie w realizacji robót o parametrach zbliżonych do prac objętych spornym zamówieniem publicznym, zaoferowanie tak korzystnej ceny nie byłoby w ogóle możliwe.

Także dane o pracownikach/kadrze kierowniczej Przystępującego i warunkach ich zatrudnienia posiadają wartość gospodarczą. Wskazują one przede wszystkim na imiona i nazwiska osób pracujących dla Przystępującego, ich adresy oraz na warunki ich pracy. Zdecydowana większość pracowników i kadry kierowniczej Przystępującego posiada bardzo duże doświadczenie zdobyte na rynku, w tym doświadczenie zdobyte przy okazji pracy dla Przystępującego. Przystępujący poniósł szereg kosztów związanych z wyszkoleniem pracowników i kadry kierowniczej, albowiem są to osoby wykonujące prace specjalistyczne, wymagające odpowiedniej wiedzy (a często także uprawnień). Odwołujący znając warunki zatrudnienia u Przystępującego, będzie mógł zaoferować personelowi Przystępującego atrakcyjniejsze warunki zatrudnienia. Dodatkowo, Odwołujący nie będzie musiał ponosić kosztów szkoleń pracowników i kosztów rekrutacji, bo odpowiednie osoby będzie mógł wybrać z personelu Przystępującego.

Co więcej, Przystępujący zyskałby dostęp do struktury organizacyjnej i struktury zatrudnienia Przystępującego, umożliwiając mu szacowanie wysokości kosztów robocizny, ponoszonej przez Przystępującego na potrzeby innych postępowań przetargowych. Dlatego cała treść umów z pracownikami powinna pozostać tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego.

Odnośnie ofert dostawców i podwykonawców - są to podmioty sprawdzone przez Przystępującego, które wielokrotnie z nim współpracowały. Sprawdzony dostawca lub podwykonawca to cenna wiedza na rynku, ponieważ pozwala na oszczędzenie czasu związanego z poszukiwaniem odpowiedniego podmiotu gospodarczego, a z drugiej ogranicza koszty i ryzyka związane z zatrudnieniem niesprawdzonego podwykonawcy lub nabywaniem materiałów od niezaufanych dostawców. Przedmiotem zamówienia jest bardzo skomplikowana inwestycja, wymagająca zaangażowania m.in. bardzo dużej ilości sprzętu, osób i materiałów. Do wykonania prac potrzebny jest rzetelny dostawca i rzetelny podwykonawca, który dotrzyma warunków w zakresie terminów i ilości materiałów (bardzo krótkie terminy realizacji - kluczowe dla tego zamówienia, pod rygorem bardzo wysokich kar umownych za niedotrzymanie terminów realizacji) lub realizacji prac podwykonawczych, a nie przeciętny podmiot gospodarczy, których na rynku jest bardzo dużo. Nazwy podwykonawców i dostawców Przystępującego mają istotny walor gospodarczy.

Dodatkowo, także treść warunków współpracy, w tym deklarowane do dostaw ilości, terminy i pozostałe elementy ofert od dostawców i podwykonawców również są cenne. Zarówno dostęp Odwołującego do nazw podwykonawców i dostawców, jak i do warunków dostaw zaproponowanych Przystępującemu zwiększa przewagę konkurencyjną Odwołującego i może być wykorzystana na wiele różnych sposobów.

Z tych powodów, cała treść ofert od dostawców i podwykonawców powinna pozostać tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego. Nie sposób doszukać się sensu w utajnianiu części oferty danego dostawcy lub danego podwykonawcy, jeśli wszystkie informacje w niej zawarte cechują się istotną wartością gospodarczą.

Fakt, że Odwołujący nie chroni nazw swoich podwykonawców i dostawców, składając całe oferty bez klauzuli poufności nie oznacza automatycznie, że należy odmówić takiego prawa Przystępującemu.

Zasady logiki i doświadczenia życiowego wskazują, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje posiadają określoną wartość gospodarczą, o której mowa powyżej i która została również podniesiona w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie musi wskazywać na jakiekolwiek dowody poniesienia kosztów na wypracowanie danej informacji. Wystarczające jest wskazanie, że Odwołujący może zrobić użytek z zastrzeżonych informacji, oszczędzając koszty lub zyskując nowych kontrahentów (co nastąpiło w niniejszym piśmie oraz w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).

Istotne jest też stanowisko WSA w Warszawie zawarte w wyroku z 4 kwietnia 2014 r., II SA/Wa 2406/13, w którym wskazano, że informacja posiada dla przedsiębiorcy wartość ekonomiczną wówczas, gdy jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski, pozwoli pozyskać nowych klientów itp. Podobnie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 17 sierpnia 2017 r., II GSK 3485/15, podkreślił, że wartość

chronionej informacji nie musi być znacząca, może być też aktualna lub potencjalna.

[Wykazanie braku powszechnej dostępności zastrzeganych informacji]

Przystępujący w sposób wyczerpujący i przekonujący wyjaśnił, że dostęp do załączników do wyjaśnień ceny ma tylko ograniczony krąg osób i że inne osoby nie mają do niego łatwego dostępu. Przystępujący, do wyjaśnień ceny, przedstawił dowody w postaci umów o pracę oraz umów cywilnoprawnych, obligujące do zachowania poufności pracowników i współpracowników Przystępującego. Przystępujący również wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia poufności danych, że dostęp do nich ma ograniczony krąg osób.

Wraz z niniejszym pismem złożono dodatkowo oświadczenia o zachowaniu poufności prokurentów Przystępującego – M. W., D. K. i A. B.. Dołączono także umowę o zachowaniu poufności między Przystępującym a potencjalnym podwykonawcą oraz zrzuty z ekranu komputerów prokurentów Przystępującego, wskazujące na zastosowanie środków technicznych (m.in. hasła) zabezpieczającej dostęp do informacji poufnych przed osobami niepowołanymi.

Nie jest jasne, jakiego dowodu Odwołujący oczekuje na potwierdzenie tego, że dostęp do danych, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego, ma ograniczony krąg osób i że dane te nie są powszechnie dostępne. Kalkulacja przygotowana na potrzeby przedmiotowego postępowania wraz z dowodami z pewnością stanowi zbiór i zestawienie danych, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem danych. Zestawienie informacji przekazanych Zamawiającemu nie znajduje się nigdzie w domenie publicznej, a informacje te w oderwaniu od siebie posiadają tylko ich dysponenci (a więc – w przypadku informacji o warunkach współpracy pomiędzy Przystępującym, a daną osobą – wyłącznie ta osoba, w przypadku współpracy z danym podmiotem – wyłącznie ten podmiot). Oznacza to, że informacje zawarte w całym zbiorze (zestawieniu) nie są znane nikomu innemu poza Przystępującym (w tym znaczeniu – zarządem) oraz obecnie Zamawiającemu. Nikt inny nie posiada całokształtu informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz dokumentach (jako zbioru informacji).

Przystępujący podniósł, że w świetle art. 82 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (przepis ma zastosowanie także do osób prawnych), będąc adresatem korespondencji w postaci ofert złożonych mu przez dostawców i podwykonawców, ma wyłączne prawo do decydowania w sprawie rozpowszechniania tych dokumentów. Przystępujący oświadcza, że tej korespondencji nie rozpowszechniał i nie jest ona powszechnie znana. Przystępujący wyraził wolę, aby otrzymane oferty zachować w poufności.

[Wykazanie podjęcia przez Przystępującego działań w celu utrzymania informacji w poufności]

Przystępujący zaznaczył, że wśród załączonych do wyjaśnień dowodów, odnoszących się do zasadności dokonania zastrzeżenia, znajdują się umowy o pracę oraz umowy o współpracy w łącznej liczbie 32 sztuk. Każda z umów cywilnoprawnych przewiduje w § 4 i 6 obowiązek zachowania poufności, co powinno być wystarczające do potwierdzenia podjęcia przez Przystępującego działań w celu utrzymania informacji w poufności.

Przystępujący podkreślił, że równocześnie ze składaniem załączników do wyjaśnień ceny zastrzegł ich poufność, co dodatkowo dowodzi podjęcia działań w celu utrzymania w poufności zastrzeganych danych.

Dowodem na podjęcie przez Przystępującego działań w celu utrzymania informacji w poufności jest również treść stopki w wiadomości e-mail z dnia 11 maja 2023 r. skierowanej przez M. W. do Zamawiającego, a zawierającej pliki z wyjaśnieniami ceny i załącznikami do wyjaśnień ceny, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przystępujący wraz z niniejszym pismem przedłożył oświadczenie o zachowaniu poufności, złożone przez prokurentów Przystępującego – tj. M. W., A. B. i D. K.. Treść oświadczenia potwierdza ich zobowiązanie do zachowania poufności oraz ograniczony krąg osób, mających dostęp do informacji. W tym kontekście zasygnalizować wypada, że to M. W. był osobą składającą załączniki do wyjaśnienia ceny, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego.

Do niniejszego pisma załączono także umowę między Przystępującym a potencjalnym podwykonawcą, obligującą tego ostatniego (jako potencjalnego podwykonawcę Przystępującego) do zachowania wszelkich wymienianych informacji w poufności. Umowa ta obliguje w szczególności do zachowania poufności oferty z dnia 17 kwietnia 2023 r., która stanowiła załącznik do wyjaśnień ceny.

Przystępujący przedstawił także zrzut z ekranu komputerów prokurentów Przystępującego, które potwierdzają stosowanie rozwiązań technicznych (m.in. haseł), zabezpieczających dostęp do informacji poufnych przed osobami do tego niepowołanymi.

[Ciężar dowodowy w sprawie oraz obowiązek przedstawienia dowodów]

Wbrew poglądom Odwołującego, Przystępujący nie ma obowiązku przedkładania jakichkolwiek dowodów celem wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Same wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa mogą wykazywać spełnienie wszystkich przesłanek objęcia określonych danych tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym względzie Przystępujący zwrócił uwagę na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, podaną w pkt V.4 niniejszego pisma.

Skoro Odwołujący podważa skuteczność zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, to powinien wykazać lub uprawdopodobnić, że informacje zastrzeżone są powszechnie dostępne, że nie podjęto działań w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności lub że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie przedstawiają żadnej

wartości. Tymczasem Odwołujący jedynie kwestionuje wszystkie twierdzenia i dokumenty Przystępującego, powołując się wyłącznie na wyroki KIO, które zapadły na tle zgoła innych stanów faktycznych.

Nie sposób także zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że nie ma możliwości składania wyjaśnień lub dowodów na odrębne, późniejsze wezwanie Zamawiającego w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa ani w postępowaniu odwoławczym. Nie sposób pomijać kontekstu sytuacyjnego sprawy – tj. że wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny Przystępujący otrzymał w dniu 4 maja 2023 r., a zatem w okresie urlopowym, przypadającym od 30 kwietnia 2023 r. Dni ustawowo wolne od pracy przypadały w 2023 r. w taki sposób, że bardzo dużo osób skorzystało z dni urlopowych, wydłużając swoją nieobecność w pracy do 15 maja 2023 r. Przystępujący, przy ograniczonej dostępności niektórych osób, realnie miał zatem tylko cztery dni robocze na przygotowanie i zebranie dokumentów, w tym na przygotowanie oraz opracowanie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący zawnioskował o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień ceny w dniu 9 maja 2023 r., lecz Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2023 r. nie wyraził zgody na wydłużenie. Przystępujący wniósł o uwzględnienie powyższych czynników na etapie rozstrzygania sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy było konkretne, szczegółowe i przekonujące. Ocena Odwołującego abstrahuje od okoliczności zaistniałych w przedmiotowej sprawie. Przystępujący złożył również dowody na potwierdzenie wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezrozumiałe jest, dlaczego Odwołujący kwestionuje treść umów o pracę i treść umów cywilnoprawnych, do których nawet nie miał dostępu.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący zastrzegł załączniki do wyjaśnień ceny tylko po to, aby utrudnić Odwołującemu dostęp do nich, a nie po to, aby chronić swoją tajemnicę przedsiębiorstwa. Twierdzenie to nie wytrzymuje konfrontacji z tym, że Przystępujący zastrzegł dokumenty selektywnie (czyli same załączniki do wyjaśnień ceny), pozostawiając przy tym jawne wyjaśnienia oraz uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby Przystępujący rzeczywiście zmierzał do ograniczenia jawności swoich wyjaśnień, to nic nie stało na przeszkodzie, aby objąć tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkie dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny, zaoferowanej przez Przystępującego.

Przystępujący wniósł o oddalenie wszystkich zarzutów związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego, a także o to, aby nie nakazywać Zamawiającemu odtajnienia załączników do wyjaśnień ceny, złożonych przez Przystępującego dnia 11 maja 2023 r.

[Stanowisko Przystępującego odnośnie do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego]

Przystępujący wskazał, że wbrew zarzutom Odwołującego, zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest rażąco niska. W cenie uwzględniono wszystkie elementy niezbędne do należytego zrealizowania zamówienia publicznego. Nie zachodzą żadne okoliczności, które mogłyby powodować, że prace objęte zamówieniem publicznym nie będą mogły zostać wykonane za cenę wskazaną w ofercie Przystępującego. Celem Przystępującego, jako podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, jest osiąganie zysku z realizowanych kontraktów, co znalazło również odzwierciedlenie w złożonej przez niego cenie ofertowej. Podana cena, prócz kosztów związanych z wykonaniem zadania, zakłada również zysk oraz narzuty.

Wysokość zaproponowanej ceny jest m.in. wynikiem posiadanego przez Przystępującego ponad dwudziestoletniego doświadczenia i wysokiej specjalizacji przy wykonywaniu tego rodzaju inwestycji, efektem czego jest bardzo dobra i efektywna organizacja pracy, własny park maszynowy oraz dostęp do konkurencyjnych cenowo materiałów. Doświadczenie Przystępującego nabyte w ostatnich latach przy wykonywaniu na terenie Polski projektów infrastrukturalnych oraz posiadana baza rozwiązań autorskich pozwala na konstruowanie konkurencyjnej oferty. Przystępujący szeroko opisał swoje doświadczenie, wskazując konkretne projekty i inwestorów.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący jest podmiotem funkcjonującym na rynku jako „GENERALNY WYKONAWCA", podczas gdy Przystępujący operuje na szczeblu niżej jako „WYKONAWCA". Ma to o tyle istotn znaczenie, że Generalny Wykonawca zbiera z rynku oferty na wykonanie prac już z dodatkowymi marżami i narzutami wykonawców, działających na niższym szczeblu, powierzając całość prac do realizacji różnym podmiotom i pozostając jedynie koordynatorem prac. Natomiast Przystępujący pozyskuje oferty od razu od podwykonawców, a dużą część prac wykonuje siłami własnymi (patrz JEDZ Przystępującego, złożony wraz z ofertą, gdzie na stronie 17 podano, iż podwykonawcom powierzy się około 30 % całego zamówienia). Odwołujący musi do swojej oferty doliczyć koszt narzutów i marż wszystkich zatrudnianych podwykonawców. Odwołujący żadnego zakresu nie zrealizuje siłami własnymi. Nie można zatem przyjmować wartości podanych przez Odwołującego jako aktualnych dla szacowania wartości oferty Przystępującego. Niczego to nie dowodzi ze względu na odmienną charakterystykę między Odwołującym a Przystępującym.

[Brak rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego]

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący złożył wymagane przez Zamawiającego dowody oraz złożył wszechstronne wyjaśnienia w zakresie zgodnym z żądaniami Zamawiającego.

Zamawiający dnia 4 maja 2023 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, przy czym wezwanie było ogólnikowe i powielało treść regulacji art. 224 Pzp. Jest to istotne, biorąc pod uwagę, że Przystępujący nie ma obowiązku domyślać się, w jakich konkretnie obszarach Zamawiający żąda wyjaśnienia ceny (por. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2023 r., KIO 599/23). Wykonawca 11 maja 2023 r., w związku z brakiem zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu na wyjaśnienie ceny, odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, składając wyjaśnienia oraz przedkładając kalkulację ceny i poszczególnych czynników kosztotwórczych – celem wykazania ich rynkowego charakteru. Wykonawca przedstawił również charakterystyczne dla niego okoliczności, pozwalające na zaoferowanie Zamawiającemu korzystnej ceny oraz przedstawił stosowne dowody. Wyjaśnienia są szczegółowe, a zarzut ogólnikowego podejścia do wyjaśnień nie ma żadnego oparcia. Kalkulacja ceny i czynników kosztotwórczych wyczerpująco i szczegółowo opisuje, w jaki sposób Przystępujący wyliczył cenę. Przystępujący do swoich wyjaśnień załączył szereg dowodów – umów cywilnoprawnych, umów o pracę, ofert od dostawców i podwykonawców itp. Wyjaśnienia znalazły odzwierciedlenie w złożonych dowodach.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Zarzuty nie zostały podparte żadnymi dowodami, przez co pozostają wyłącznie gołosłownymi domysłami. Nadużyciem jest stwierdzenie Odwołującego, że Przystępujący zbierał oferty na potrzeby wyjaśnień i że swojej ceny w ogóle nie przenalizował oraz to, że Przystępujący przyznał, że szczegółowych kalkulacji dokonywał już po fakcie złożenia oferty, podobnie jak pozyskiwał oferty, które powinny stanowić podstawę dokonanych wyliczeń. Przystępujący na etapie postępowania przetargowego zgromadził wszystkie dokumenty stanowiące podstawę wyliczenia ceny, czego dowodem są załączniki dołączone do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - a są to elementy wyszczególnione w piśmie przewodnim z dnia 11 maja 2023 r. (w tym oferty materiałowe i podwykonawców posiadające daty z okresu trwania postepowania przetargowego - przed terminem składania ofert). Ofertę Przystępujący złożył 27 kwietnia 2023 r., natomiast wszystkie załączniki zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadają datę sprzed 27 kwietnia 2023 r.

Powoływanie się przez Odwołującego na dwie oferty podmiotów zewnętrznych nie może być miarodajną formą wyceny wartości robót, tym bardziej, że oparte są one o niesprawdzone ilości i ceny jednostkowe oferenta, który będzie podwykonawcą i w swoich składowych ceny ma ujętą m.in. własną marżę. Sugestia Odwołującego, na podstawie której Przystępujący rzekomo powinien ponieść koszty robocizny w Tabeli 1, jest całkowicie chybiona. Nie sposób, aby Przystępujący wyliczał cenę przetargową metodą wyliczenia ceny Odwołującego. Przystępujący zdecydowaną większość robót wykona siłami własnymi, z czego należy wywnioskować, że ceny jednostkowe przedstawione w tabeli Odwołującego są dodatkowo obciążone marżą podwykonawcy i nie mogą stanowić podstawy porównania do zamierzonych kosztów wykonania tych prac przez Przystępującego. Przystępujący nie będzie bowiem ponosił kosztów marży i narzutów podwykonawców, w zakresie w jakim Przystępujący realizuje prace samodzielnie (a tych jest około 70 %).

Dodatkowo, Odwołujący oparł szacowane koszty robocizny na podstawie ilości prawdopodobnie zamieszczonych w dokumencie zatytułowanym - "Opis robót RZK-099, tablica nr 7", a nie na podstawie kalkulacji opartej o własną analizę i obliczenia, na co wskazał Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 (pismo L.Dz./DIR/1867/2022 z dnia 5 kwietnia 2023r.).

Przystępujący, kalkulując cenę ofertową, opierał się na własnych, zweryfikowanych obliczenia ilości robót, które to przedstawił w uszczegółowieniu i wyjaśnieniu ceny i czynników kosztotwórczych. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 (pismo Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2023 r., L.Dz./DIR/1922/2022 poinformował, że dokumentacja w załącznikach od 11 do 16 nie stanowi podstawy do obliczenia ceny ofertowej.

Poza tym, to osiągnięcie parametrów zakładanych przez Zamawiającego, a nie dostawa określonej ilości materiałów stanowi kryterium odbiorowe. Przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie ściśle określonych robót budowlanych o odpowiednich parametrach, a nie dostawa materiałów budowlanych. W odpowiedzi na pytanie nr 21 Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2023 r., L.Dz./DIR/1866/2023 wyjaśnił, że jedynym wymogiem technicznym dla niego jest osiągnięcie pożądanych parametrów nośności, zagęszczenia i wymaganych rzędnych.

Analiza kosztów robocizny, przedstawiona przez Odwołującego, świadczy o niezachowaniu przez niego należytej staranności przy kalkulowaniu ceny swojej własnej oferty, poprzez skalkulowanie ceny, bez dogłębnej analizy i własnych obliczeń ilości robót, a oparciu się jedynie na szacunkach Zamawiającego. Odwołujący nie zweryfikował tych szacunków i dlatego jego oferta jest przeszacowana, a nie oferta Przystępującego jest rażąco niska.

Przystępujący w swojej wycenie uwzględnił koszty robocizny, na dowód czego przedłożył stosowną kalkulację roboczo-godzin (Arkusz zatytułowany „III.8 i IV.11") wraz ze stawkami jednostkowymi wraz z umowami o pracę oraz umowami cywilnoprawnymi.

Ponadto, Odwołujący kwestionuje cenę Przystępującego na podstawie zestawienia wartości dla głównych materiałów (Tabela 2), korzystając z niezweryfikowanych ilości (analogicznie do wyjaśnienia powyżej), co, podobnie jak w przypadku kalkulacji kosztów robocizny (Tabela 1), powoduje brak adekwatności ze stanem faktycznym i tym

przedstawionym w ofercie i wyjaśnieniach Przystępującego. Niektóre ceny jednostkowe przyjęte przez Odwołującego do analizy kosztów, odbiegają od tych, które Przystępujący przyjął w swojej ofercie, a które wykazał w ramach przekazanych ofert uzyskanych z rynku, załączonych do wyjaśnienia swojej ceny.

Przedstawiona przez Odwołującego Tabela 2 jest ogólnym zbiorem kosztów materiałów, natomiast kalkulacja ceny i czynników kosztotwórczych Przystępującego jest kompleksowym zestawieniem kosztów (w tym dot. materiałów), przedstawionym w sposób bardzo szczegółowy, w tym obejmującym całość materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a opisanych w postepowaniu przetargowym, zapewniających uzyskanie wymaganych parametrów, będących podstawą odbioru robót. Przystępujący w swojej wycenie uwzględnił koszty podstawowych materiałów, takich jak m.in. geowłóknina, wapno i cement, czego dowodzą załączone do wyjaśnień oferty od dostawców oraz kalkulacja ceny i czynników kosztotwórczych, w arkuszu zatytułowanym „Koszty materiałów". Materiały ujęto także w arkuszu zatytułowanym „Oferta z zestawieniem kosztów" w poszczególnych pozycjach. Przystępujący uwzględnił również koszty pracy sprzętu, czego dowodzi np. oferty na wynajem niektórych maszyn, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz arkusz zatytułowany „Koszty sprzętu". Kalkulacja ceny i czynników kosztotwórczych pokazuje wysokość narzutu i zysku Przystępującego (arkusz zatytułowany „Oferta z zestawieniem kosztów") oraz założonej rezerwy na ryzyka (arkusz zatytułowany „Ryzyka"). Zysk ten z pewnością nie jest symboliczny. Nie można zgodzić się zatem z Odwołującym, że Przystępujący nie założył zysku lub nie przewidział potencjalnych ryzyk, związanych z dodatkowymi kosztami, które mogą pojawić się na etapie realizacji zamówienia.

Odnośnie dowodów, pokazujących rzekomo wysoki koszt robocizny w Tabeli 1, Przystępujący wskazał, że oferta firmy SPEC DACH J. Rz dnia 23 marca 2023 r. oraz oferta firmy Mens sp. z o.o. z dnia 23 marca 2023 r. nie mogą być wiarygodną podstawą do ustalania kosztów robocizny w tym przetargu, ponieważ są to przedsiębiorcy nie mający żadnego doświadczenia w realizacji inwestycji o takiej skali, jaka jest objęta zamówieniem publicznym, a zajmują się realizacją drobnych prac budowlanych, remontów itp., co uprawnia do postawienia wniosku, że to właśnie oferty powyższe zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby tego postępowania odwoławczego, aby wywołać wrażenie, że koszty robocizny są bardzo wysokie, a Przystępujący nie uwzględnił ich w swojej ofercie. Co więcej, zachodzi istotna różnica w kosztach zmieszania gruntu ze spoiwem, gdzie w ofercie SPEC DACH J. R. koszt ten wynosi 2,00 zł/m2 netto, natomiast w ofercie MENS sp. z o.o. koszt ten wynosi 3,10 zł/m2 netto. Mamy tutaj przypadek różnicy o ponad 50 %.

Odwołujący sam zatem wykazuje istotne różnice w kosztach podwykonawstwa, podważając swoje tezy. Jeśli bowiem sam był w stanie pozyskać oferty różniące się o około 50 % w kosztach, to przeczy to tezie Odwołującego o tym, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę. Równie dobrze można byłoby pozyskać z rynku ofertę na wykonanie zmieszania gruntu ze spoiwem za cenę 1,00 zł/m2 netto od podwykonawcy.

Odwołujący, pokazując koszt materiału (w Tabeli 2) dla Etapu III wynoszący 20.988.163 zł netto (25.815.440,50 zł brutto), jednocześnie w swojej ofercie deklaruje, że zamierza wykonać Etap III robót za kwotę 23.124.000,00 zł brutto (obejmującą robociznę, materiał oraz sprzęt). Odwołujący sam przyznał zatem, że kwota przedstawiona przez niego w zakresie Etapu III nie pokrywa nawet wartości kosztów materiałów, które - jak oświadczył - przyjął do kalkulacji swojej oferty. Świadczyć to może o braku rzetelnego skalkulowania swojej ceny przez Odwołującego lub celowym kreowaniu wrażenia o wysokich kosztach materiałów w celu udowodnienia zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Przystępującego.

Przystępujący natomiast za wykonanie tego Etapu III w swojej ofercie zaoferował kwotę 29.151.000 zł brutto, która przewyższa cenę przedstawioną przez Odwołującego w tym zakresie o ok. 26%.

Odwołujący sam sobie przeczy, powołuje dowody niewiarygodne, opiera się na niezweryfikowanych szacunkach ilości prac do wykonania, celowo tworząc mylne wrażenie, że Przystępujący czegoś nie doszacował lub coś pominął.

Przystępujący wyjaśnił, że skalkulował cenę za realizację zamówienia wszechstronnie ujmując w niej wszelkie wymagane przez Zamawiającego czynniki. Przystępujący przewidział dla inwestycji zysk, co również zostało skalkulowane w cenie ofertowej. Na uwagę zasługuje również fakt, że wynagrodzenie w niniejszej umowie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a nie kosztorysowym, a co za tym idzie i co podkreślane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok z 24 listopada 2017 r. KIO 2361/17: *przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego*) – wykonawca uprawniony jest do zmiany wysokości cen w poszczególnych pozycjach.

[Ciężar dowodowy w sprawie]

Zdaniem Przystępującego, twierdzenia Odwołującego bazują na domysłach i hipotezach, gdyż Odwołujący nie przedstawił konkretnych dowodów wskazujących na zaistnienie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny. Przedstawione przez Odwołującego argumenty są domniemaniem koszów Przystępującego, a nie faktycznym kosztem.

Przystępujący wykazał w drodze wyjaśnień swojej ceny, że nie nosi ona znamion rażąco niskiej.

[Zarzut, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji]

Zarzut ten nie zawiera doprecyzowania, na czym miałoby polegać to, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jeśli Odwołujący upatruje ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji w braku wycenienia w przez Przystępującego wszystkich elementów do realizacji zamówienia, to zarzut ten jest całkowicie gołosłowny. Ciężar dowodu, że oferta Przystępującego nie obejmuje wyceny wszystkich zadań powierzonych do realizacji w ramach danego zamówienia publicznego, spoczywa wyłącznie na Odwołującym. Z samego faktu, że cena Przystępującego jest niższa niż cena zaproponowana przez Odwołującego nie można wywodzić, że oferta Przystępującego jest równoznaczna z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 16 czerwca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie –wniósł o oddalenie odwołania w całości.

ZARZUT nr 1

W ocenie Zamawiającego, nie doszło do naruszenia przepisów art. 18 ust. 1 i 3 Pzp.

W piśmie z dnia 25.05.2023 r., przekazującym Odwołującemu dokumenty firmy Spec Bruk, Zamawiający prawidłowo poinformował Odwołującego, że nie zostają mu udostępnione dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy Pzp nie obligują Zamawiającego do szczegółowego wyjaśniania, dlaczego nie dokonał odtajnienia określonych dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeżeli bowiem Zamawiający uznaje, że wykonawca prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał tę okoliczność (jak w przedmiotowej sprawie), to zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się tych informacji, co Zamawiający uczynił, informując o tym Odwołującego wraz z powołaniem się na właściwe przepisy prawa.

Zamawiający wyjaśnił, że badając ofertę firmy SPEC BRUK dokonał szczegółowej analizy części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa i w świetle orzecznictwa KIO, sądów okręgowych oraz tez prezentowanych w literaturze uznał, iż przedłożone tam dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 18 ust. 3 Pzp odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym artykułem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje spełniające trzy przesłanki:

•mają określony charakter, czyli są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,

•informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

•uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Kwestię pierwszej przesłanki wyjaśnił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26.03.2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym odwołał się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11.09.2014 r. Sygn. akt II PK 49/14 stwierdził, iż „jednym z wyznaczników uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej obiektywna wartość gospodarcza, jaką sobą przedstawia. W związku z tym ustawodawca w art. 55^1 k.c. uznał tajemnicę przedsiębiorstwa za niematerialny składnik przedsiębiorstwa. Podobnie stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 13.05.2010 r. (sygn. akt KIO 667/10). Analogicznie orzeczenia wskazujące, że zasługują na traktowanie jako tajemnica przedsiębiorstwa następujące informacje lub dane:

- oferty handlowe skierowane do konkretnego podmiotu gospodarczego w związku z realizacją konkretnego zamówienia i informacje o określonym, ograniczonym kręgu kontrahentów, z którymi Wykonawca podjął współpracę gwarantującą mu uzyskanie korzystnych warunków realizacji specyficznego rodzaju usług na rynku (wyr. KIO z 12.09.2014 r., KIO 1791/14, LEX nr 1538388); (takie oferty handlowe z podwykonawcami i dostawcami materiałów utajnił SPEC BRUK),
- wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane na poszczególne materiały (wyr. KIO z 7.05.2014 r., KIO 802/14 (takie oferty handlowe z podwykonawcami i dostawcami materiałów utajnił SPEC BRUK), -umowy z podmiotami prywatnymi zawierają informacje handlowe posiadające wartość gospodarczą i mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji Wykonawcy na rynku (wyr. KIO z 7.01.2015 r., KIO 54/15, LEX nr 1611777) (takie oferty handlowe z podwykonawcami i dostawcami materiałów utajnił SPEC BRUK).
- formularze cenowe, kosztorysy również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa „kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii" (Wyrok KIO 708/23) (metodologię kalkulacji ceny zawartej w

arkuszu excela jest autorskim opracowaniem SPEC BRUK nie stanowi odzwierciedlenia przedmiaru, dlatego ma znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa)

Kalkulacja szczegółowa (taka została utajniona przez SPEC BRUK) zawierająca szczegółowe elementy cenotwórcze, mająca na celu udowodnienie Zamawiającemu, że zaoferowana cena jest realna ma wymiar informacji handlowej, gospodarczej. Kalkulacja również stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa co potwierdza orzecznictwo (patrz: wyrok SO w Katowicach z 8.05.2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5.03.2021 r., sygn. akt KIO 222/21).

Zastrzeżone informacje, tj. oferty podwykonawców oraz dostawców materiałów stanowią konkretne źródło wiedzy o szczegółach działalności zarówno wykonawcy Spec Bruk, jak i jego kontrahentów. Uzyskując taką wiedzę, podmioty konkurencyjne, podmioty działające profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą wykorzystywać je w celu zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy i odkodować za pomocą wiedzy specjalistycznej jaką posiadają szczegóły warunków handlowych współpracy, zdobywając w ten bardzo prosty sposób przewagę konkurencyjną, która przysporzy im dodatkowych zysków. Informacje w tym zakresie wskazują na zakres kontaktów handlowych i przyjętą strategię budowania oferty rynkowej, wskazując jednocześnie pośrednio na zakres kontaktów i potencjału posiadanego przez dany podmiot. Ujawnienie tych informacji niesie więc za sobą realne ryzyko przejęcia kontaktów biznesowych przez konkurencję. Informacje zawarte w pliku „tajemnica przedsiębiorstwa" ani jako całość, ani też w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie są, ani też nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a tym bardziej, nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Jak wykazał SPEC BRUK w piśmie z dnia 11.05.2023 r. dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, metodologię kalkulacji ceny (zawartej w arkuszu excela) ma jedynie ściśle wąskie i reglamentowane grono osób (tj. zarząd spółki Spec Bruk oraz pełnomocnik składający ofertę). Natomiast umowy zawarte z personelem w swojej treści zawierają § 4 stanowiący o zachowaniu poufności i konsekwencjach złamania tej zasady. Zawarte jest tam wyraźne stwierdzenie, że „umowa podlega tajemnicy handlowej". Tak więc SPEC BRUK zadośćuczynił wymogom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. podjął działania w celu zachowania poufności treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Treść umów potwierdza, że osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności. Zamawiający dysponował więc dowodem na potwierdzenie tej tezy.

Przesłanka wartości gospodarczej (handlowej) informacji, która ma zostać objęta skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być interpretowana w ten sposób, że informacja ta musi posiadać pewną wartość ekonomiczną, np. wykorzystanie tej informacji przez innego przedsiębiorcę działającego na danym rynku zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 21.09.2021 roku, sygnatura III OSK 596/21). Do tej kategorii informacji można zaliczyć wszelkie dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w szczególności zawarte z dostawcami lub klientami umowy i porozumienia, zasady współpracy.

Co do przesłanki, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu" oraz „zbioru" należy tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).

W odniesieniu do przesłanki dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania określonych informacji w tajemnicy, wypowiedział się Sąd Najwyższy w przytoczonym już wyżej wyroku I CKN 304/00: *podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony*".

Zamawiający wskazał, że SPEC BRUK w obszernym i rzeczowym piśmie z dnia 11.05.2023 r. wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia SPEC BRUK nie mają w żadnym wypadku ogólnego czy schematycznego charakteru, który polegałby jedynie na złożeniu oświadczenia i powołania się na przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca rzeczowo uzasadnił i wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji (wyliczając koszty pracowników i ekspertów pracujących przez lata przy metodologii zastrzeżonej w postaci arkusza kalkulacji cen). Wykazał wartość gospodarczą, także poprzez wyjaśnienie i wskazanie wartości przewagi konkurencyjnej wynikającej z posiadanej metodologii. Uzasadnił także wartość gospodarczą umów zawieranych z pracownikami i współpracownikami, a także wynikającą z ofert podwykonawców. SPEC BRUK wykazał także w piśmie kwestię poufności zastrzeżonych informacji (dostępnych jedynie dla oznaczonego kręgu osób), a także poufności informacji zawartych w umowach z pracownikami i współpracownikami, która wynika z konkretnych klauzul zawartych w treści tych umów. Finalnie, wykazał także kwestię dołożenia należytej staranności w zakresie podjęcia koniecznych środków w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji.

Jednocześnie, z tzw. ostrożności procesowej, w zakresie kwestii dotyczącej konieczności wykazania przez wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa wystąpienia przesłanki negatywnej, tj. braku podania danych informacji do wiadomości publicznej, Zamawiający wskazał, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że na

tle art. 18 ust. 3 Pzp obowiązek „wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa" nie jest równoznaczny z obowiązkiem udowodnienia, tj. przedstawienia pliku dowodów potwierdzających istnienie faktów. Pojęcie "wykazał" użyte w art. 18 Pzp nie jest równoznaczne z pojęciem "udowodnił" lub „przedstawił dowody", które wprost nie zostały w tym przepisie użyte (patrz w wyroku KIO z 12.06.2017 r., KIO 1015/17). Uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w art. 18 ust. 3 Pzp chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie - w co najmniej kilku przepisach p.z.p. (…) Użyte w treści przepisu art. 18 ust. 3 Pzp. pojęcie "wykazał" należy rozumieć jako "rzeczowo uzasadnił".

W ocenie Zamawiającego, SPEC BRUK w piśmie z dnia 11.05.2023 r. rzeczowo uzasadnił (wykazał) zastrzeganą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując, utajniony wykaz kadry, która będzie w przyszłości realizować zamówienie ma wartość gospodarczą, handlową, organizacyjną a wykonawca za pomocą treści zwartych w umowach wykazał, że osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności. Co ważne podkreślenia, nie została utajniona kadra, którą wykonawca miał wykazać celem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jedynie cześć pracowników z kadry zarządzającej, która w przyszłości będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia**.** Utajnione umowy z podwykonawcami czy też dostawcami materiałów również mają wartość handlową i gospodarczą przez co mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdza to także orzecznictwo KIO.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca przedłożył stosowne wyjaśnienia, które są wystarczające do tego, aby uznać, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

SPEC BRUK wykazał, że metodologia obliczeń składowych ceny, zawarta w zastrzeżonej kalkulacji cenowej stanowi know-how tego wykonawcy, które było opracowywane przez niego przez lata. W sposób nie budzący wątpliwości, wykazano w piśmie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, że kalkulacja nie jest „zwykłym" zestawieniem, a jest autorskim narzędziem wykonawcy zapewniającym mu przewagę konkurencyjną w zakresie sposobu kalkulacji ceny, którego udostępnienie konkurencji spowodowałoby nieodwracalną utratę jednego z czynników zapewniającego taką przewagę. SPEC BRUK wykazał, że zastrzeżona kalkulacja zawiera nie tylko gotowe formuły, pozwalające na wyliczenie optymalnej ceny, ale zawiera również specjalistyczne metody wyliczenia podziału kosztów (w tym kosztów pracowniczych). Wykonawca wykazał, że udostępnienie takiego gotowego narzędzia podmiotom konkurencyjnym byłoby ogromną stratą dla firmy i podsunięciem konkurencji gotowego rozwiązania, które finalnie zapewniłoby im możliwość bardziej optymalnego sposobu dokonywania wyliczeń cen, poszczególnych jej składowych i kosztów, co przełożyłoby się na uzyskanie przez takie podmioty przewagi na rynku oraz zwiększenie ich zysków lub zaoszczędzenie wydatków, bez ponoszenia żadnego wysiłku. Takie działanie nie zasługuje natomiast na ochronę.

SPEC BRUK w piśmie z dnia 11.05.2023 r. wykazał również istnienie trzeciej przesłanki, koniecznej do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie udowodniono, że podjęto odpowiednie działania do zachowania tych informacji w poufności.

SPEC BRUK wyjaśnił, że do kalkulacji cenowej dostęp ma jedynie bardzo wąskie grono wymienionych osób (zarząd spółki i pełnomocnik). W zakresie umów zawartych ze współpracownikami obowiązują klauzule poufności. Identycznie wskazuje SPEC BRUK, jeżeli chodzi o umowy z innymi przedsiębiorcami. Podmioty te mają prawny obowiązek zachowania w poufności informacji uzyskanych od SPEC BRUK. Wykonawca ten wskazuje również na aspekt techniczny i informatyczny ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci szyfrowania komputerów, zamieszczania danych i informacji na serwerach zarządzanych przez służby IT tego wykonawcy, czy ograniczonego zakresu dostępu do przestrzeni, w których znajdują się poufne i objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dane.

Zamawiający wskazał, że wynikająca z art. 18 ust. 1 Pzp, zasada jawności nie ma charakteru bezwzględnego i doznaje ograniczeń, w szczególności z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, o której jest mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Wykorzystując zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podmioty działające na tym samym rynku nie powinny być w stanie uzyskiwać przewagę konkurencyjną dzięki prostemu udostępnieniu im danych, pomysłów i informacji innego podmiotu. Przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stosowane są właśnie po to, aby umożliwić ochronę takich newralgicznych informacji.

W ocenie Zamawiającego, SPEC BRUK wykazał w piśmie z dnia 11.05.2023 r., że dane i informacje zawarte w kalkulacji cenowej, przedłożonych ofertach cenowych, a także w umowach o pracę oraz w umowach współpracy, stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa.

ZARZUT nr 2 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty SPEC BRUK zawierającej rażąco niską cenę.

ZARZUT 3 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty SPEC BRUK złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Zamawiającego, nie doszło do naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp. Próbując zdefiniować pojęcie należy zauważyć, że ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, dlatego pozostaje posiłkować się w tej kwestii

orzeczeniami KIO:

1.cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008r., sygn. akt XIX Ga 128/08),

2.o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2013r., sygn. akt KIO 592/13),

3.cena rażąco niska powinna być analizowana w stosunku do przedmiotu zamówienia i jest ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu Wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.08.2011r., sygn. akt KIO 1562/11),

4.za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej – cena dumpingowa (patrz. opinia prawna UZP zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl).

Zgodnie z treścią Rozdziału XV SWZ- Opis sposobu obliczenia ceny oferty -„Cena ofertowa jest ceną ryczałtową." W przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, w świetle poglądów orzecznictwa, wyjaśnienia co do wynagrodzenia ryczałtowego, nie muszą być tak szczegółowe, jak w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego

Zamawiający zauważył, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 337 846 538,50 zł. Tak więc różnica pomiędzy ceną oferty SPEC BRUK, a szacunkiem Zamawiającego wynosi 93 568 538 zł, a nie jak twierdzi Odwołujący 172.077.000.00 zł.

Powołując się na orzecznictwo, Zamawiający wskazał, że Odwołujący na poparcie swoich tez nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na fakt, że zaoferowana cena jest nierealna. Przepisu art. 537 pkt 1 Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień. W szeregu orzeczeń Izby podkreślono, że jak wynika z art. 534 ust. 1 Pzp, postępowanie odwoławcze jest przede wszystkim postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto, szeroko prezentowane jest w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ciężar dowodu ustalony zgodnie z art. 537 ustawy Pzp nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty.

Odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący ograniczył się do ogólnych stwierdzeń, bez wskazania wiarygodnych wyliczeń mających udowodnić prezentowana tezę. Dwie tabele przedstawione w odwołaniu to jedyny rzekomy dowód na to, iż oferta SPEC BRUK zawiera rażąco niską cenę.

Wykonawca nie jest zobowiązany, aby dysponować ofertami podwykonawców czy innymi ofertami np. na materiały, żeby móc złożyć ofertę w danym postępowaniu. Wykonawca SPEC BRUK dużą część prac wykonuje przy pomocy zasobów własnych, a co za tym idzie, nie musi mieć ofert od firm zewnętrznych na każdy element zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, trudno uznać za wiarygodną ofertę Firmy UsługowejSPEC J. R.opiewającą na kwotę 70.191.571,00 zł., na której Odwołujący oparł wyliczenia zawarte w Tabeli nr 1. Jest to mała, jednoosobowa działalność gospodarcza. Firma nie posiada nawet strony internetowej. Firma ta nie działa w branży robót budowalnych objętych zamówieniem na skalę ponad 70 000 000 złotych. Zamawiający oparł się na opisie zakresu usług przedstawionego na stronie internetowej tej firmy. Tym samym, oferta firmy, która nie działa na co dzień w branży objętej przedmiotem zamówienia jest niewiarygodna i została stworzona tylko jako próba udowodnienia, że oferta SPEC BRUK jest rzekomo rażąco niska.

Niewiarygodnym dowodem w ocenie Zamawiającego jest także Tabela nr 2. Etap III został wyceniony przez Odwołującego w Tabeli nr 2 na kwotę 20 988 163 zł netto, co daje brutto cenę 25 815 440,50. Jest to, według Odwołującego, koszt samych materiałów. Jednocześnie, zgodnie z ofertą, Odwołujący za III etap zaoferował cenę 23 124 000 zł brutto, a więc cenę poniżej kosztów zakupu materiałów. Oznacza to, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę za etap III (wg prezentowanych przez niego w odwołaniu kryteriów), czego sam dowodzi w treści odwołania, wskazując obliczenia zawarte w Tabeli nr 2. W tych okolicznościach trudno uznać Tabelę nr 2 za wiarygodny argument na potwierdzenie, że SPEC BRUK zaoferował rażąco niską cenę, skoro sam Odwołujący oferuje wykonanie etapu III za kwotę o 2 691 440,50 zł brutto niższą od swoich własnych wyliczeń.

Dla Zamawiającego przedłożone przez Spec Bruk wyjaśnienia, w tym w szczególności rozbudowana i bardzo skomplikowana metodologia zawarta w kalkulacji cenowej, jednoznacznie wskazują, że wykonawca ten jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. SPEC BRUK przekonał Zamawiającego, wskazując na okoliczności związane z możliwością uzyskania przez niego korzystnych ofert cenowych (dostawców lub podwykonawców), z uwagi na ugruntowaną pozycję i doświadczenie tego wykonawcy na rynku, a po drugie możliwość negocjowania bardzo korzystnych cenowo warunków współpracy z jego personelem (w tym kadrą kierowniczą). Powyższe twierdzenia jednoznacznie korespondują z załączonymi dowodami, które zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nieuprawnione i co najmniej nadmierne są twierdzenia Odwołującego, że złożenie przez SPEC BRUK wniosku do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi o tym, że dopasowywał on *post factum* ofertę oraz kalkulację do tego, co zostało wpisane w treści oferty. W ocenie Zamawiającego, i jak wynika z treści pisma, SPEC BRUK uznał bowiem jedynie, że Zamawiający wyznaczył mu zbyt krótki czas na takie uzupełnienie, biorąc pod uwagę skomplikowany charakter sprawy. Zamawiający uznał jednak, że wyznaczony termin był wystarczający. W ocenie Zamawiającego, pomimo braku wydłużenia tego terminu SPEC BRUK wywiązał się z wynikającego z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązku wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a poczynione przez wykonawcę wyjaśnienia odnośnie zbyt krótkiego czasu, na które powołuje się Budimex, w ocenie Zamawiającego, stanowiły jedynie wyraz obawy i staranności firmy SPEC BRUK. Nie można natomiast wyciągać z nich wniosków, które uczynił Odwołujący. Dla Zamawiającego jest jasne, że jakikolwiek wykonawca, który składa wyjaśnienia i dowody dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, musi pewne dane przygotować, zagregować i zgromadzić. Ponadto, należy zauważyć, że z dokumentów załączonych przez SPEC BRUK w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika, aby dokumenty i przedłożone informacje były przygotowywane już *post factum*. Przedłożone dokumenty zachowują bowiem daty i chronologię sprzed daty złożenia oferty przez wykonawcę.

Zamawiający zgodził się z twierdzeniem, że z uwagi na rozmiar i skomplikowanie zamówienia, możliwa jest duża różnica cenowa, która jednak, jak wykazuje SPEC BRUK, jest możliwa, nie stanowiąc ceny nierealnej.

Skoro SPEC BRUK wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, to złożenie tej oferty nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, również chybiony i niezasadny jest zarzut niezastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, który nakazuje odrzucić ofertę, która złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego, zaoferowana cena jest realna, nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które w ocenie Zamawiającego są wystarczające do tego, aby uznać, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia zawierają szczegółową kalkulację ceny w pliku Excel, a także umowy z podwykonawcami, dostawcami materiałów oraz umowy o pracę z personelem kluczowym. Dodatkowo treść wyjaśnień złożonych przez SPEC BRUK jest spójna, poparta dowodami, dlatego też w zakresie tego zarzuto odwołanie winno podlegać oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy: SPEC BRUK sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1616/23 po stronie zamawiającego. Wykonawca wykazał przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

ZARZUT nr 1 - naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16marca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę SPEC BRUK i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, których Zamawiający nie odtajnił w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

W dniu 25 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów wykonawcy SPEC BRUK. W treści ww. pisma Zamawiający poinformował, że „nie zostają udostępnione zastrzeżone w trybie art. 18 ust. 3 Pzp przez firmę Spec Bruk sp. z o.o. – dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), tj. : a) kalkulacji cenowej (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.) b) ofertach cenowych – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …") c) umowach o pracę oraz umowach współpracy - 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach

„Nadzór” oraz „Pracownicy”).”

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego, co do zaniechania przez Zamawiającego przekazania Odwołującemu uzasadnienia odnośnie tego, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że zastrzeżenie informacji przez SPEC BRUK jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane skutecznie. Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie zobowiązuje zamawiającego do szczegółowego uzasadniania odmowy udostępnienia wykonawcom informacji skutecznie zastrzeżonych przez innych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli bowiem zamawiający uznaje, że wykonawca prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał tę okoliczność, to zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia tych informacji, co w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uczynił, informując o tym Odwołującego wraz z powołaniem się na właściwe przepisy prawa. Sam Odwołujący, formułując niniejszy zarzut, takiego przepisu nie wskazał. Ustawa uprawnia zamawiającego do odmowy udostępnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem, na podstawie art. 18 ust. 1 i 2 Pzp, zamawiający może odmówić dostępu do informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, że w piśmie z dnia 25 maja 2023 r. Zamawiający prawidłowo poinformował Odwołującego, że nie zostaną mu udostępnione dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy SPEC BRUK, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że wynikająca z art. 18 ust. 1 Pzp zasada jawności nie ma charakteru bezwzględnego i doznaje ograniczeń, w szczególności z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, zdefiniowanej w art. 11 ust. 2 uznk.

Przepis art. 18 ust. 3 Pzp odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do przepisu art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Są to zatem informacje spełniające następujące przesłanki:
-informacje mają określony charakter, czyli są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,
-informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
-uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W treści pisma z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 11 maja 2023 r. wykonawca SPEC BRUK wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dowodach dołączonych do wyjaśnień ceny oferty:
- kalkulacji cenowej,
- ofertach cenowych – 11 sztuk,
- umowach o pracę oraz umowach współpracy - 32 sztuk.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone Zamawiającemu przez wykonawcę SPEC BRUK, Izba stwierdziła, że wykonawca ten wykazał zasadność objęcia wyżej określonych informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca SPEC BRUKprzedstawił rzeczowe uzasadnienie, wykazując spełnienie przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 uznk, w tym realną wartość gospodarczą przedstawianych danych i wyliczeń, przy czym nie są to wyliczenia „w postaci zaokrąglonych liczb w ramach przyjętych „widełek”, jak twierdził Odwołujący. Wykonawca SPEC BRUK wykazał w piśmie z dnia 11 maja 2023 r., że dane i informacje zawarte w kalkulacji cenowej, przedłożonych ofertach cenowych, a także w umowach o pracę oraz w umowach o współpracy, stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę SPEC BRUK zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter rzeczowy i konkretny z przywołaniem okoliczności, które potwierdzają, że spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk.

Nie sposób zaprzeczyć, że niewątpliwie jedną z najważniejszych wartości, podlegających ochronie przez wykonawców są nawiązane relacje biznesowe z podwykonawcami i dostawcami, w tym warunki współpracy. Załączone do wyjaśnień SPEC BRUK oferty potwierdzają takie okoliczności.

Za informacje zawierające wartość gospodarczą, tj. informacje, których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę może mu zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększyć jego zyski. należy uznać m.in.:
-oferty handlowe skierowane do konkretnego podmiotu gospodarczego w związku z realizacją konkretnego zamówienia i informacje o określonym, ograniczonym kręgu kontrahentów, z którymi wykonawca podjął współpracę gwarantującą mu uzyskanie korzystnych warunków realizacji specyficznego rodzaju usług na rynku;

-wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane na poszczególne materiały;
-umowy z podmiotami prywatnymi zawierają informacje handlowe posiadające wartość gospodarczą i mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku;
-formularze cenowe, kosztorysy również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa „kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii.

Zauważyć należy, że zastrzeżone przez SPEC BRUK informacje, tj. oferty podwykonawców oraz dostawców materiałów stanowią konkretne źródło wiedzy o szczegółach działalności zarówno danego wykonawcy, jak i jego kontrahentów. Uzyskując taką wiedzę podmioty konkurencyjne działające profesjonalnie w tym samym segmencie rynku mogą wykorzystywać taką wiedzę w celu zachwiania pozycji rynkowej tego wykonawcy i wzmocnienia swojej pozycji rynkowej. Ujawnienie tych informacji niesie za sobą realne ryzyko przejęcia kontaktów biznesowych przez konkurencję.

W oparciu o wyjaśnienia wykonawcy SPEC BRUK należy przyjąć, że informacje zawarte w pliku „tajemnica przedsiębiorstwa" nie są ani też nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a tym bardziej, nie są łatwo dostępne dla takich osób, ani jako całość, ani też w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów.

Jak wykazał SPEC BRUK w piśmie z dnia 11 maja 2023 r. dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, metodologię kalkulacji ceny ma jedynie ściśle określone grono osób. Przedstawione przez ww. wykonawcę w załączeniu do wyjaśnień umowy zawarte z personelem zawierają postanowienia o zachowaniu poufności i tajemnicy handlowej. Treść umów potwierdza zatem, że osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności. W zakresie umów zawartych ze współpracownikami obowiązują klauzule poufności zawarte w ich treści. Podobnie również, jeśli chodzi o umowy z innymi przedsiębiorcami. Wykonawca SPEC BRUK przedstawił także szeroko aspekt techniczny i informatyczny ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w swojej firmie, w postaci szyfrowania komputerów, zamieszczania danych i informacji na serwerach zarządzanych przez służby IT tego wykonawcy, czy ograniczonego zakresu dostępu do przestrzeni, w której znajdują się poufne i objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dane. Tak więc wykonawca SPEC BRUK zadośćuczynił wymogom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - podjął działania w celu zachowania poufności treści objętych w przedmiotowym postępowaniu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca SPEC BRUK wykazał, że metodologia obliczeń składowych ceny, zawarta w zastrzeżonej kalkulacji cenowej stanowi realne know-how tego wykonawcy, wypracowane w ciągu lat prowadzonej działalności. Kalkulacja ta jest autorskim narzędziem wykonawcy, którego udostępnienie konkurencji mogłoby spowodować nieodwracalną stratę dla wykonawcy na rynku.

W ocenie Izby, wykonawca SPEC BRUK przedłożył Zamawiającemu rzeczowe wyjaśnienia, które są wystarczające do tego, aby uznać, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
ZARZUT nr 2- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 i w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wadliwe przeprowadzenie procedury badania i oceny ofert, a w konsekwencji, zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy SPEC BRUK, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, zarzut jest niezasadny.

W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego i powiększona o należny podatek VAT wynosi 415.551 242,36 zł.

Oferty złożyło dwóch wykonawców: BUDIMEX S.A. z ceną 377 609 997,50 zł oraz SPEC BRUK sp. z o.o. z cen 244 278 000,00 zł.

W dniu 4 maja 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawcy SPEC BRUK wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 Pzp z uwagi na okoliczność, że cena oferty SPEC BRUK jest niższa o 41,22% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy musiały dotyczyć zarówno całkowitej zaoferowanej ceny, jak i jej elementów składowych, obejmujących wykonanie Etapów I i II oraz Etapu III przedmiotu zamówienia.

W dniu 11 maja 2023 r. SPEC BRUK przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny wraz z załącznikami, które zostały zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa:

a) kalkulacją cenową (plik pod nazwą „OFERTA JAWOR z kosztami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.xlsx.)

b) ofertami cenowymi – 11 sztuk (pliki rozpoczynające się od słowa „Oferta …")

c) umowami o pracę oraz umowami współpracy – 32 sztuk (pliki w formacie pdf uporządkowane w folderach

„Nadzór" oraz „Pracownicy").

Jednym z załączników jest także pismo zawierające uzasadnienie do zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz.1233).

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił jedynie subiektywną ocenę wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Odwołujący na poparcie swoich tez nie przedstawił dowodów wskazujących na fakt, że zaoferowana przez SPEC BRUK cena jest nierealna, w szczególności nie podważył rzetelności kalkulacji ceny oferty przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2023 r. Podkreślić należy, że tzw. odwrócony ciężar dowodu wynikający z art. 537 Pzp nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania i udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia okoliczności, które powołuje on w uzasadnieniu swoich zarzutów.

Odwołujący swoje wyliczenia przedstawione w odwołaniu i na rozprawie oparł na dowodach, które nie są wystarczająco wiarygodne, aby uznać, że potwierdzają zarzuty Odwołującego. Jako dowód Odwołujący przedstawił tabelę odnoszącą się do wartości niezbędnych głównych materiałów (Tabela 2), stanowiących, w ocenie Odwołującego, podstawowy składnik ceny całkowitej za realizację przedmiotu zamówienia. W Tabeli 1 Odwołujący przedstawił natomiast koszty robocizny (bez narzutów), które ustalił na podstawie pozyskanych z rynku dwóch ofert" (oferta MENS sp. z o.o. oraz oferta SPEC J. R.). Odwołujący podnosił, że „to jest właśnie orientacyjny pułap, który SPEC BRUK powinien wziąć pod uwagę przy szacowaniu wartości swojej oferty. Na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji przedstawionej w Tabeli 2 Odwołujący przedstawił dowody – uzyskane oferty odnoszące się do głównych elementów tabeli: oferta Górażdże oferta Trzuskawica S.A., oferta ENEA Logistyka sp. z o.o., oferta Śląskie Kruszywa Naturalne sp. z o.o., oferta ViaCon Polska sp. z o.o. I tak, oferta firmy Usługowej SPEC J. R., której profil działalności nie koncentruje się na branży objętej przedmiotem zamówienia, jest mało wiarygodna dla udowodniania, że cena oferty wykonawcy SPEC BRUK, o ugruntowanym doświadczeniu w tej branży, jest rażąco niska i nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Mało wiarygodnym dowodem jest również Tabela nr 2, w której Etap III został wyceniony przez Odwołującego w zakresie materiałów na kwotę 25 815 440,50 zł, podczas gdy zgodnie z ofertą Odwołującego, za III etap on sam zaoferował cenę 23 124 000 zł, a więc poniżej kosztów zakupu materiałów, które sam skalkulował na potrzeby uzasadnienia zarzutów odwołania. W tych okolicznościach trudno uznać wyliczenia w Tabeli nr 2 za wiarygodny argument, który miałby dowodzić niedoszacowania oferty SPEC BRUK. Zauważyć również należy, że na rozprawie Odwołujący sam częściowo odstąpił od powyższej argumentacji, powołując się z kolei na nieco niższe ceny wynikające z publikacji Sekocenbud niż z uzyskanych ofert.

Odwołujący nie uprawdopodobnił zatem, że zaoferowana przez SPEC BRUK cena jest ceną „za którą niemożliwe jest wykonanie należycie zamówienia, cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych i taka, która uniemożliwia pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej".

Izba nie podzieliła w szczególności stanowiska Odwołującego, że w treści złożonych wyjaśnień wykonawca SPEC BRUK wprost przyznał, iż dowody dołączone do składanych Zamawiającemu wyjaśnień powstały wyłącznie w celu udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, tj. przygotowania wyjaśnień, a tym samym, że szczegółowych kalkulacji dokonywał już po fakcie złożenia oferty, podobnie jak pozyskiwał oferty, które powinny stanowić podstawę dokonanych wyliczeń. Treść wyjaśnień takiego przyznania nie potwierdza. Za nieuprawnione należy też uznać twierdzenia Odwołującego, że złożenie przez SPEC BRUK wniosku do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, stanowi o tym, że dopasowywał on *post factum* ofertę oraz kalkulację do tego, co zostało wpisane w treści oferty. Wskazać należy, że przedstawione dowody są opatrzone datami sprzed terminu składania ofert, natomiast wyjaśnienia czy też kalkulacje, jako oświadczenia wykonawcy składane na wezwanie Zamawiającego są aktualne na moment ich złożenia. Nie ma podstaw, w świetle ustawy Pzp, aby wymagać od wykonawcy, by składając ofertę posiadał przygotowane dokumenty na wypadek ewentualnego wezwania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Nie sposób też uznać, że złożone wyjaśnienia są „ogólnikowe i oparte na schematycznym zestawie sformułowań i oświadczeń, i które nie są dostosowane do konkretnej sytuacji". Wyjaśnienia w części opisowej nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zawierają one informacje, które zostały uszczegółowione i rozwinięte w kalkulacji ceny oferty i kosztów oraz w załączonych do wyjaśnień licznych dowodach. Kalkulacje zostały opracowane z uwzględnieniem zakresu i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Przedłożone przez SPEC BRUK wyjaśnienia, w tym w szczególności kalkulacja cenowa, poparta załączonymi dowodami postaci ofert podwykonawców, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ten jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca SPEC BRUK wskazał przy tym na okoliczności związane z możliwością uzyskania przez niego korzystnych ofert cenowych (dostawców lub podwykonawców), z uwagi na ugruntowaną pozycję i doświadczenie na rynku oraz możliwość negocjowania bardzo korzystnych cenowo warunków współpracy z personelem (kadrą

kierowniczą). Powyższe twierdzenia zostały poparte załączonymi dowodami.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że wykonawca SPEC BRUK wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, to tym samym, złożenie tej oferty nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji, co sugeruje Odwołujący. Tym samym również niezasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty SPEC BRUK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

ZARZUT 3 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk**,** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPEC BRUK, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, a w konsekwencji naruszenie art. 16 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego nie zawiera pełnej i kompletnej wyceny przedmiotu zamówienia, co stanowiłoby o nierzetelnym współzawodnictwie tego wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny, a przy tym -nie wykazał naruszenia przez ww. wykonawcę przepisów prawa.

Odwołujący nie wykazał także, że działania Zamawiającego zmierzają do faktycznej ochrony interesów wybranego wykonawcy, która wynikałaby z nierównego traktowania wykonawców w postepowaniu.

W ocenie Izby, w świetle dokonanych ustaleń w niniejszej sprawie, nie ma podstaw do uznania, że złożenie oferty przez wykonawcę SPEC BRUK można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 uznk. Nie zatem uzasadnienia do odrzucenia oferty wykonawcy SPEC BRUK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……