

Sygn. akt: KIO 1541/23

WYROK
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez odwołującego **SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce**

przy udziale:

Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „zabezpieczenie i stabilizację osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 2020K Łazany – Niegowić w m. Łazany w km 0+265,65 - 0+490,49”:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami, złożonych przez wykonawcę Keller Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim i udostępnienie ich odwołującemu,
 - 1.3. powtórzenie badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce na rzecz odwołującego SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 1541/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce, dalej: *Zamawiający* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 2020K Łazany–Niegowić w m. Łazany w km 0+265,65–0+490,49”, nr postępowania: ZDP.ZP.271.7.2023, dalej: *„Postępowanie”*.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawca SANTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim, dalej: *„Odwołujący”*, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, tj. wobec:

- 1) zaniechania odtajnienia wszystkich fragmentów wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Keller Polska sp. z o.o. w dniu 19 maja br. odnoszących się do treści złożonej oferty;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Keller jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Keller jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Keller jako złożonej w ramach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 5) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzucenia oraz wybrania oferty Keller.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: *„UZNK”* poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że zastrzeżone przez Keller fragmenty Wyjaśnień RNC, złożonych w

dniu 19 maja br. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone przez tego wykonawcę, podczas gdy Keller nie wykazał, aby informacje te miały taki charakter, w szczególności nie przedstawił dostatecznych dowodów potwierdzających przywoływane okoliczności na potwierdzenie zasadności utajnienia złożonych wyjaśnień; względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1 powyżej lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty Keller nie są przedwczesne:

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako oferty z rażąco niską ceną w sytuacji, gdy treść udzielonych wyjaśnień nie wykazuje, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na niedopuszczalnym manipulowaniu ceną oferty w oparciu o pozycję kosztorysu oznaczoną jako „3 d.1. Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną”;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w wyniku nieuwzględnienia w poz. „3 d.1. Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” wszystkich wymaganych kosztów, w tym robocizny i sprzętu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odtajnienia Wyjaśnień RNC wraz ze wszystkimi załącznikami i ich udostępnienie Odwołującemu;

względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt. 2 powyżej lub uznania, że zarzuty dotyczące oferty Keller nie są przedwczesne:

3. odrzucenie oferty Keller jako oferty z rażąco niską ceną tudzież oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tudzież oferty niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia;

4. dokonania ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Keller.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia udzielanego

w ramach Postępowania obejmuje zabezpieczenie i stabilizację osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków osuwiska w ciągu drogi powiatowej nr 2020K Łazany–Niegowić. Jednym z kluczowych elementów tego zamówienia było wykonanie konstrukcji oporowej, która będzie zabezpieczała drogę przed erozją gruntu. Wynagrodzenie wykonawcy miało charakter kosztorysowy. Do oferty należało załączyć kosztorys opracowany według wzoru stanowiącego załącznik nr A1 do SWZ. Jedną z kluczowych pozycji kosztorysu, mającą największy udział zarówno w kosztorysach przedstawionych przez wszystkich wykonawców, jak i w kosztorysie inwestorskim, jest ujęte w poz. 3.d.1. uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną, którego łączną ilość w kosztorysie ustalono na 565,445 tony. Zgodnie ze wzorem kosztorysu wykonawcy mieli wskazać cenę jednostkową Zbrojenia, która obejmowała nie tylko koszt materiału, ale także koszt dostawy, rozładunku i montażu. W złożonych ofertach, jak i w kosztorysie inwestorskim cena netto za Zbrojenie kształtowała się następująco (w dalszej części odwołania wszystkie kwoty podawane były bez podatku VAT):

Wykonawca i zaoferowana cena jednostkowa: Keller - 3988,99 zł/t, Santex - 5720,00 zł/t, IMB - 6349,00 zł/t, Aarsleff - 5444,39 zł/t, Tolos - 5764,47 zł/t, Remost - 6837,72 zł/t. Średnia wszystkich ofert: 5684,10 zł/t. Kosztorys inwestorski: 5650,72 zł/t. Odwołujący podkreślił że, w przypadku każdej z ofert, jak i w kosztorysie inwestorskim, ta pozycja stanowiła ok. 1/3 całkowitego wynagrodzenia. W przypadku oferty Keller – w rezultacie znacznego zaniżenia jej wartości – nie przekroczyła ona 30% całkowitego wynagrodzenia, ale już w przypadku kosztorysu inwestorskiego stanowiła ponad 34% łącznej wartości zamówienia.

W konsekwencji wniesienia odwołania w dniu 2 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1243/23, Zamawiający jeszcze przed terminem rozprawy zdecydował się unieważnić pierwotny wybór oferty Keller i pismem z dnia 16 maja 2023 r. wezwał go do wyjaśnień dotyczących części składowej kosztorysu ofertowego – poz. 3 d.1., tj. „Uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną”. Keller udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pismem z dnia 19 maja 2023 r., zastrzegając istotną część ich treści jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 PZP. Wśród zastrzeżonych informacji znajdowało się m.in. wyjaśnienie szczególnie korzystnej pozycji ekonomicznej Keller w zakresie ceny stali, która pozwoliła na tak istotne zaniżenie wartości wskazanej pozycji kosztorysowej, a także oferta złożona w toku negocjacji przez dostawcę produktów wymaganych do zrealizowania zamówienia (str. 2 Wyjaśnień RNC).

W odniesieniu do wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Keller Odwołujący wskazał, że aby skutecznie zastrzec informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, należy wykazać, że:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość

gospodarczą,

- informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący wskazał, że dokonane przez Keller zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było zbyt daleko idące, tj. odnosiło się do informacji, które przynajmniej częściowo nie posiadają dla tego wykonawcy wartości w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Ich utajnienie miało zatem na celu wyłącznie utrudnienie pozostałym wykonawcom weryfikacji rzetelności oraz zgodności przedstawionych przez tego wykonawcę rozwiązań z wymogami SWZ. W szczególności za nadmierne należało w ocenie Odwołującego, uznać zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa całej treści oferty podwykonawcy, która stanowi kluczowy dowód

w kontekście przypisywanych Zamawiającemu i Keller uchybień. Odwołujący przypominał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności. Z tej przyczyny winno być interpretowane zawężająco. Ograniczenia zasady jawności winny być minimalne. Za wadliwe zatem należy uznać, zastrzeżenie całej oferty podwykonawcy, podczas gdy

w rzeczywistości z punktu widzenia Keller wartość gospodarczą posiada przede wszystkim tożsamość tego podmiotu, ewentualnie inne wybrane fragmenty dotyczące szczególnych ustaleń handlowych. Całkowicie wystarczające z punktu widzenia ochrony interesu Keller byłoby zakrycie ww. fragmentów oferty, co pozwoliłoby Odwołującemu ocenić przedstawione przez Keller Wyjaśnienia RNC pod kątem m.in. aktualności przedłożonej oferty, zgodności zamówionego materiału z wymogami SWZ. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie KIO.

Odwołujący wskazuje ponadto, że przekazane mu uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa („Uzasadnienie”) przedłożone przez Keller nie spełnia standardów wymaganych przez art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W świetle bowiem aktualnego orzecznictwa KIO i stanowiska UZP:

- „co do przesłanki wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, miał prawo [Zamawiający] oczekiwać dowodów. Ta przesłanka – także wobec stanowiska Konsorcjum – ma materialną postać. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

5 grudnia 2018 r., KIO 2395/18: „Podkreślić bowiem należy, że za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje – słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. (...) Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całości dokumentu w sytuacji, kiedy być może zasadnym byłoby objęcie taką tajemnicą tylko niektórych jego fragmentów skutkuje uznaniem braku podstaw w tym zakresie co do całości tego dokumentu.” (wprowadzenie polityk bezpieczeństwa informacji, zawarcie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.),

- „jeśli jest możliwe przedstawienie dowodu na okoliczność spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w tym przypadku przesłanki dotyczącej działania w celu utrzymania informacji w poufności), to za niewystarczające i gołosłowne należy uznać same oświadczenia wykonawcy o istnieniu takich regulacji, zwłaszcza że ich skuteczność czy kompletność nie może być w takiej sytuacji należycie oceniona.”

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że jedno

z podstawowych uchybień uzasadnienia sprowadza się do braku wykazania, że Keller podjął jakiegokolwiek działania, mające na celu zachowanie chronionych informacji w poufności. Pomimo wskazania wprost na przyjęte rzekomo rozwiązania mające chronić tajemnice, nie zostały załączone żadne dowody mogące potwierdzić autentyczność zawartych

w Uzasadnieniu deklaracji. Przedstawienie dowodów w postaci np. zanonimizowanych umów

z pracownikami nie stanowiło dla Keller najmniejszej dolegliwości. Faktu skutecznego wykazania rozpatrywanej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie można również wywodzić z samej treści Uzasadnienia, które zawiera tylko ogólne i często spotykane zwroty odnoszące się do podjętych rzekomo działań zabezpieczających. Podobne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało wprost uznane za niewystarczające przez KIO, która stwierdziła, że: „Przystępujący powołał się na obowiązujące u niego zasady dotyczące przechowywania poufnych informacji i ograniczony dostęp do takich informacji dla osób nieuprawnionych. Wskazał również na zawarte w umowach z pracownikami oraz kontrahentami klauzule o zachowaniu w poufności zastrzeżonych informacji oraz na wdrożony system zarządzania. Jednakże, żadna z powyższych informacji nie została poparta dowodem. (...) Reasumując, wobec

braku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a w konsekwencji przysługuje im status tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut Odwołującego jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.”

Odwołujący wskazał, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2023 r., KIO 201/23, szczególnie godny uwagi w rozpatrywanej sprawie z uwagi na tożsamości przedmiotu tajemnicy – wyjaśnienia i dowody RNC, zachowująca aktualność Opinia UZP z dnia

29 sierpnia 2014 r. pt. Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2022 r., KIO 1156/22. Ponadto, Odwołujący wskazał, że jak słusznie odnotowano

w orzecznictwie KIO, wykonawca zastrzegający jako tajemnicę przedsiębiorstwa ofertę innego podmiotu winien przynajmniej wykazać, że ten podmiot chroni poufność informacji zawartych w ofercie. Nie jest wystarczające, jeśli wykonawca, jak właśnie Keller, w treści uzasadnienia wskaże jedynie na sposób ochrony informacji w jego przedsiębiorstwie, ponieważ uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga również zachowania ich poufności przez drugą stronę będącą dysponentem informacji. Skoro nie wiadomo, czy określony kontrahent chroni poufność informacji przedstawionych w ofertach, to nie można stwierdzić, że zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK. Tym samym należy przyjąć, że wadliwość przedstawionego przez Keller Uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter podwójny, zarówno pod względem nadmiernego zakresu utajnienia, jak i braku wykazania spełnienia przynajmniej jednej z przesłanek przewidzianych w art. 18 ust. 3 PZP. Abstrahując od kwestii wadliwości Uzasadnienia na gruncie art. 11 ust. 2 UZNK, Odwołujący wskazał, że w okolicznościach niniejszego Postępowania tak szerokie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Keller może zostać uznane za nadużycie prawa do ochrony informacji wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nawet bowiem przy hipotetycznym i kwestionowanym przez Odwołującego założeniu, że zastrzeżenie były skuteczne wciąż obowiązkiem Zamawiającego było chociażby udostępnienie zanonimizowanej oferty dostawcy stali. Był to bowiem kluczowy dokument pozwalający Wykonawcy na minimalną weryfikację przedłożonych przez Keller wyjaśnień.

W przeciwnym wypadku, jak byłoby już sygnalizowane powyżej, zablokowane de facto Odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Keller, Odwołujący wskazał, że już pobieżna analiza kosztorysów wszystkich wykonawców, jak i materiałów własnych Zamawiającego skłaniała do refleksji na temat przyczyn bardzo niskiej wyceny Zbrojenia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-03-05, KIO 427/21: „Co więcej, z przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie wynika, że kontrahenci Przystępującego również chronią poufność informacji zawartych w ofertach. Przystępujący wskazał jedynie na sposób ochrony informacji w jego przedsiębiorstwie, podczas gdy uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga również zachowania ich poufności przed drugą stroną będącą dysponentem informacji. Skoro nie wiadomo, czy określony kontrahent Przystępującego chroni poufność informacji przedstawionych w ofertach, to nie można stwierdzić, że zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” przez Keller. Wątpliwości tych nie rozwiewają przedstawione przez tego wykonawcę Wyjaśnienia RNC, do których jawnej części Odwołujący odniósł się poniżej.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że wymagane w projekcie budowlanym profile specjalne RPW, z których ma być wykonane Zbrojenie, nie są powszechnie stosowane, bowiem w praktyce inżynierskiej typowymi elementami zbrojącymi pał jest kosz zbrojeniowy lub profil z rodziny IPE/HEB. Typ zbrojenia, m.in. z uwagi na dostępność materiałów u dystrybutorów, ma silne przełożenie na jego cenę jednostkową. Jednak cena jednostkowa zaproponowana przez Keller, nie pokrywa kosztów materiału, prefabrykacji, dostawy i jego rozładunku, biorąc pod uwagę aktualne indeksy cen stali, jak i oferty rynkowe. Już zatem na tej podstawie, w oparciu o zasady doświadczenia życiowego Odwołujący wysnuł konkluzję, że jeśli Zamawiający oczekiwał rzadszego rozwiązania, to jego cena winna być wyższa niż rozwiązań standardowych, powszechnych w branży. Poza ofertami innych wykonawców, złożonych w Postępowaniu, potwierdza to również oferta Keller, złożona

w innym toczonym niedawno postępowaniu pn. Wykonanie właściwych prac w ramach zadania pn.: „Zabezpieczenie osuwiska wraz z odbudową odcinka drogi powiatowej nr 1349

R Brzeziny–Jaszczurowa–Stępina w m. Jaszczurowa w km 4+450–5+129” – etap III (PZD.261.1.2023), którego miejsce realizacji oddalone jest o ok. 120 km od miejsca wykonania przedmiotu Postępowania, natomiast termin otwarcia ofert to 4 kwietnia 2023 r. Z kosztorysów przedłożonych przez wykonawców – w tym Keller – wynika, że wycena podobnej pozycji, jak poz. 3 d.1. w Postępowaniu, z uwzględnieniem gorszego gatunku stali (S235)6 oraz powszechnie stosowanego na rynku profilu – była znacznie droższa, co obrazuje poniższe zestawienie:

Nazwa pozycji: Montaż zbrojenia pała w świeżej mieszance betonowej. Zbrojenie wykonane z kształownika stalowego typu HEB240, stal S235 lub innych równoważnych

o Wx.min.=938mm3x103. Całkowita długość pojedynczego zbrojenia 12,0m, g=±83,2 kg/m:

• Wycena tej pozycji przez KELLER (poz. 17 kosztorysu) – 4,81 zł/kg,

- Wycena tej pozycji przez REMOST (poz. 30 kosztorysu) – 5,01 zł/kg,
- Wycena tej pozycji przez NOBILE (poz. 30 kosztorysu) – 4,80 zł/kg,
- Wycena tej pozycji przez INŻYNIERIA (poz. 17 kosztorysu) – 5,02 zł/kg,
- Wycena tej pozycji przez ARSLEF (poz. 17 kosztorysu) – 5,81 zł/kg.

Odwołujący w tym zakresie przedstawił dowód w postaci kosztorysów ofertowych

z postępowania „Zabezpieczenie osuwiska wraz z odbudową odcinka drogi powiatowej nr 1349 R Brzeziny–Jaszczurowa–Stępina w m. Jaszczurowa w km 4+450–5+129” – etap III, złożone przez wykonawców Keller, Nobile, Arself, Remost, Inżynieria.

W świetle powyższych okoliczności Odwołujący wskazał na wątpliwość, dlaczego Keller nie skorzystał ze swojej „przewagi rynkowej” również w tamtym postępowaniu. W ocenie Odwołującego sugerowało to, że przewaga ekonomiczna Przystępującego miał charakter iluzoryczny i odnosiła się wyłącznie do Postępowania. Mogło dotyczyć, samej dokumentacji Postępowania, a dokładnie § 2 ust. 11 Projektu Umowy przewidującego mechanizm optymalizacji prac. Odwołujący wskazał, że obiektywnie nie jest możliwe, aby wybrany wykonawca mógł zrealizować zamówienie za wynagrodzeniem wynikającym

z przedstawionego do oferty kosztorysu bez ponoszenia znaczącej straty. Przyjęcie przez pozostałych wykonawców, jak i Zamawiającego, ceny jednostkowej za Zbrojenie w zakresie 5444,39 zł – 6837,72 zł/tona (tj. od 27 do 42% więcej niż w kosztorysie Keller) nie było przypadkowe, lecz odpowiadało realiom rynkowym.

Odwołujący na etapie przygotowania oferty zgłosił się do dwóch najbardziej znaczących sprzedawców stali z zapytaniem ofertowym odnośnie stali wymaganej do wykonania Uzbrojenia. W odpowiedzi uzyskał oferty od Konsorcjum Stali S.A. na kwotę 1192,00 euro/tona oraz od ArcelorMittal Distribution Solutions Poland Sp. z o.o. (tj. bezpośrednio związanej z producentem stali) na kwotę 1218,00-1260,00 euro/tona (w zależności od przekroju profilu RPW) – (dowód: oferta od Konsorcjum Stali (e-mail z 6 kwietnia br.); oferta od ArcelorMittal (e-mail z 5 kwietnia br.)). Odwołujący wskazał, że po znacznym wzroście cen stali na rynkach światowych od połowy 2022 r. uległa ona stabilizacji i w ciągu ostatniego roku nie były widoczne istotniejsze wahania. Potwierdzał to opracowany przez Polską Unię Dystrybutorów Stali (dalej jako „PUDS”) indeks cen stali. Do odwołania załączono zestawienia cen dla różnych rodzajów stali, które zgodnie potwierdzały istniejący na rynku trend, co podważa prawdziwość zawartych w Wyjaśnieniach RNC sugestii Keller, jakoby wahania cen stali mogły mieć znaczenie z punktu widzenia różnic w dokonanej wycenie Zbrojenia. Odwołujący wyjaśnił, że ponieważ PUDS nie opracowuje odrębnego zestawienia dla profili specjalnych, do których należą rury prostokątne RPW stali wymaganej do wykonania Zbrojenia (z uwagi na to, że ten materiał nie jest aż tak powszechnie wykorzystywany), za najbardziej miarodajne należało uznać odniesienie do zestawień cen dla kształtownika giętego lub profili HEB, z których jasno wynika, że w 2023 r. cena za tonę tego rodzaju stali przekraczała w ostatnim czasie 4500 zł (Odwołujący wyjaśnił, że do ich produkcji wykorzystywany jest gatunek stali S235, który – przypominamy – ma gorsze parametry i jest tańszy niż wymagany przez Zamawiającego S355) – (dowód: Indeks cen stali PUDS – zestawienia dla wybranych rodzajów stali).

Odwołujący podkreślił, że okolicznością notoryjną jest dla podmiotów stale działających na rynku, z którym związana jest realizacja udzielanego obecnie zamówienia, że liczba producentów stali jest wybitnie ograniczona, jak również istotnie zmniejszona jest jej podaż. W rezultacie ceny możliwie do uzyskania u dystrybutorów różnią się między sobą jedynie nieznacznie, a zainteresowani nabywcy otrzymują w istocie bardzo zbliżone oferty. Różnice mogą wynikać głównie z terminu złożenia zamówienia i jego realizacji czy też warunków dostaw – ale te kwestie wpływają jedynie w kilku procentach na ostateczny koszt ceny stali

w ofercie. Jest ona przede wszystkim uwarunkowana kosztem surowca i jego obróbki, a nie np. relacjami łączącymi wykonawcę z dystrybutorem. W świetle aktualnej wiedzy Odwołującego w obecnych realiach rynkowych nie było możliwe, aby Keller nabył stal niezbędną do wykonania Zbrojenia i zapewnił jej dostawę na plac budowy oraz montaż w cenie 3988,99 zł netto. Jest to kwota obecnie nie do uzyskania u żadnego z dystrybutorów w Polsce jak i za granicą. Odwołujący zauważył, że zgodnie z wyjaśnieniami Keller w cenie poz.

3 d.1. ujęto również marżę, a więc cena, za jaką chce on rzekomo nabyć stal, musi być siłą rzeczy jeszcze niższa. W ocenie Odwołującego, nie zasługują również na uwzględnienie dalsze wyjaśnienia Keller odnoszące się do jego przewag w zakresie zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony, zatrudniania specjalistów posiadających samodzielne uprawnienia budowlane oraz posiadanie własnego specjalistycznego sprzętu. Tego typu „przewagi” są bowiem dosyć powszechnie spotykane

w branży, co potwierdza choćby fakt, że podobnymi zasobami może pochwalić się również Odwołujący. Ponadto, zgodnie z praktyką rynkową, co potwierdzają oferty otrzymane przez Odwołującego, zamówienie typu materiału jakiego ujętego w poz. 3 d.1. wiąże się z ustaleniem konkretnego terminu walcowania. Materiał nie jest zatem dostępny na magazynach. Do jego walcowania niezbędne jest przestawienie linii produkcyjnej w hucie na ten konkretny wymiar, co skutkuje doliczeniem kosztów tej operacji oraz koniecznością odgórnego ułożenia logistyki dla pełnych transportów.

Powyższe okoliczności mogą stanowić dodatkowe osłabienie wymowy argumentów Keller o jego szczególnej pozycji, niemniej z uwagi na utajnienie kluczowych informacji Odwołujący przywołał je niejako z ostrożności.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że istnieją wyraźne podstawy, by przyjąć, że oferta przedłożona przez Keller zawiera rażąco niską cenę i gdyby przyjął on do wyceny rynkowe stawki za zbrojenie, jego oferta zajęłaby drugie lub dalsze miejsce w rankingu ofert. Ponieważ wszyscy wykonawcy zadeklarowali maksymalny okres gwarancji, zatem oferty konkurowały między sobą wyłącznie w zakresie kryterium ceny. Gdyby więc Keller przyjął najniższą stawkę spośród zastosowanych przez pozostałych wykonawców, tj. 5444,39 zł (oferta Aarsleff), to wówczas cena całkowita wyniosłaby 8 817 903,92 zł i tym samym byłaby wyższa od ceny Odwołującego. Powyższe ilustrowało bezpośredni wpływ zaniżenia tej jednej – lecz kluczowej – pozycji kosztorysu na wynik Postępowania.

Odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji – manipulacja ceną w ofercie Keller, Odwołujący wskazał, że z uwagi na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący nie zna rzeczywistych przyczyn tak istotnego zaniżenia przez Keller wynagrodzenia za zbrojenie. Odwołujący wskazał, że nie można jednak wykluczyć, że działanie miało związek

z przewidzianym w § 2 ust. 11 Projektu Umowy mechanizmem optymalizacji prac, zgodnie

z którym: „Zamawiający zastrzega, iż w przypadku możliwości ograniczenia kosztów realizacji robót w ramach nadzoru autorskiego (zastosowanie innych rozwiązań technicznych lub materiałowych) może zmniejszyć realizację zadania maksymalnie do 25% wartości realizacji zadania”. Sposób rozumienia i zastosowania tego postanowienia nie był szerzej wyjaśniany

w toku Postępowania, jednak należało przyjąć, że jest to przewidziana w dokumentach zamówienia podstawa do zmiany umowy zamówienia publicznego. Zatem Zamawiający zastrzegł sobie jedynie możliwość ograniczenia zakresu czy sposobu prac. Odwołujący wskazał, że nie można wykluczyć, że Keller przyjął, iż taka optymalizacja na pewno nastąpi

i umożliwi mu wykonanie zbrojenia w sposób inny niż obecnie wynikający z SWZ – czy to

w zakresie ilości wymaganych materiałów, czy ich rodzaju. W rezultacie już na etapie składania ofert przyjął niższe wynagrodzenie za Zbrojenie, tak aby jego oferta uzyskała nieuprawnioną przewagę w ramach kryterium cenowego. Ponadto, jeżeli Keller odpowiednio zawyżył niektóre inne pozycje kosztorysu (a w przypadku pozostałych pozycji jego kosztorysu nie widać tak dalekich rozbieżności względem innych ofert, a nawet wiele z nich jest wyższych niż

w wycenach konkurentów), to w przypadku zastosowania optymalizacji wykonawca w ten sposób może zrekompensować sobie zaniżony koszt Zbrojenia. Odwołujący wskazał, że przykładowo zmniejszenie ilości Zbrojenia w stosunku do przyjętej w Postępowaniu (565,445 t) o 30%, gdy jednocześnie inne pozycje, w których została ukryta część kosztu zbrojenia, nie ulegną zmianie (albo nie aż tak istotnej redukcji), to w ten sposób Keller – formalnie otrzymując odpowiednio mniejsze wynagrodzenie za ten element zamówienia – część kosztu zbrojenia otrzyma w ramach tych innych, niezmnieszonych pozycji. Zatem również z perspektywy Zamawiającego zakładany skutek optymalizacji może okazać się pozorny. Powyższe wątpliwości znajdują potwierdzenie w treści Wyjaśnień RNC, w których Keller wskazał: Keller przyznaje zatem wprost, że część kosztów związanych z montażem Zbrojenia uwzględnił

w innych pozycjach w wyniku rzekomych trudności w rozdzieleniu procesu wykonania pali według zaproponowanego przez Zamawiającego kosztorysu. Odwołujący podkreślił, że nie sposób zgodzić się z taką argumentacją. Keller wprost wskazał, jakie koszty pośrednie towarzyszą tej pozycji (sprzęt, robocizna [w tym spawanie]). Biorąc pod uwagę profesjonalizm wykonawcy, który wprost wskazuje na podprocesy składające się na sam montaż zbrojenia, ciężko zgodzić się z twierdzeniem, że policzenie tych kosztów okazało się dla niego zbyt trudne. Zławszcza, że był to wymóg wprost przewidziany przez Zamawiającego

w dokumentacji Postępowania. W pkt 26.3 SWZ wskazano bowiem, że *Cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu,*

a w szczególności:

- *robocizną bezpośrednią,*
- *wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu,*
- *wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy,*
- *koszty pośrednie obejmujące: płace personelu i kierownika budowy, koszty zarządu jednostki gospodarczej, koszty urządzenia eksploatacji i likwidacji zaplecza, koszty obsługi geodezyjnej, oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki BHP i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy, opłaty za dzierżawę placów, należności za badania i ekspertyzy,*
- *inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie m. tablicy informacyjnej),*
- *zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym,*

• *podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami, w wyłączeniu podatku VAT.*”

Odwołujący wskazał, że w zestawieniu z treścią Załącznika C5 – Przedmiar Robót – branża konstrukcyjna (lp. 3) oraz Załącznika C6 – STWiORB – branża konstrukcyjna (pkt 5.3.3) nie ulega wątpliwości, że zadaniem wykonawców było uwzględnienie powyższych nakładów sprzętu i robocizny w pozycji 3 d.1. Jako dowód Odwołujący przedłożył fragment kosztorysu, w którym z rozwiniętej poz. 3 d.1 (w programie BIMestiMate4) wprost wynika możliwość uwzględnienia nakładów robocizny i sprzętu w jej treści. Należy zatem uznać, że argumenty Keller dotyczące pozornych trudności w wycenie pozycji 3 d.1. miały tylko charakter wybiegu, mającego na celu ukrycie manipulacji w zakresie ceny ofertowej – (dowód: Kosztorys – rozwinięcie poz. 3 d.1). Odwołujący stwierdził, że powyższe działania Keller winny zostać zatem ocenione jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niedopuszczalnym manipulowaniu ceną oferty. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

7 lipca 2020 r., KIO 1042/20: „Za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy m.in. manipulowanie ceną oferty przez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, nie pozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia”, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2014 r., KIO 1844/14: „Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych

w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami

i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny – służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen – do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego.”

W zakresie zarzutu niezgodności oferty Keller z SWZ, Odwołujący wyjaśnił, że wyjaśnienia RNC stanowią integralną część oferty w szerokim znaczeniu, zatem ich treść jest istotna

z punktu widzenia interpretowania poszczególnych elementów oferty, a ujawniona za ich pomocą niezgodność treści oferty z SWZ może stanowić podstawę do jej odrzucenia przez Zamawiającego. Bezpośrednią konsekwencją nieuwzględniania w pozycji 3 d.1. nakładów robocizny i sprzętu jest niezgodność oferty Keller z treścią SWZ, tj. pkt 26.3 SWZ, o czym była już mowa powyżej. Zgodnie bowiem z Wyjaśnieniami RNC doszło do przerzucenia części istotnych kosztów do innych pozycji, co będzie miało bezpośrednie znaczenie m.in. z punktu widzenia zmniejszenia zakresu rzeczowego zamówienia, przewidzianego w § 2 ust.

11 Projektu Umowy. Odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, że oferta Keller winna podlegać odrzuceniu również z tej przyczyny.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z Postępowania i którego oferta nie podlega odrzuceniu, a nadto jest najkorzystniejsza, lecz błędnie została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert. Prawidłowa weryfikacja oferty Przystępującego powinna skutkować jej odrzuceniem, co umożliwiłoby uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Zatem Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia

w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów Pzp, w tym braku odtajnienia pełnej treści Wyjaśnień RNC

z uwagi na ograniczenie możliwości weryfikacji oferty Keller.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Keller Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes

w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy następujące dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożonych podczas rozprawy:

- 1.informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2023 r.;
- 2.pismo z 16 maja 2023 r. – wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących części składowych kosztorysu ofertowego;
- 3.pismo Przystępującego - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 maja 2023 r.
- 4.kosztorysy ofertowe z postępowania „Zabezpieczenie osuwiska wraz z odbudową odcinka drogi powiatowej nr 1349 R Brzeziny–Jaszczurowa–Stępina w m. Jaszczurowa w km 4+450 – 5+129” – etap III, wykonawców Keller, Nobile, Arself, Remost, Inżynieria;
5. oferta od Konsorcjum Stali (e-mail z 6 kwietnia br.);
6. oferta od ArcelorMittal (e-mail z 5 kwietnia br.);
7. indeks cen stali PUDS – zestawienia dla wybranych rodzajów stali;
8. kosztorys – rozwinięcie poz. 3.d.1.;
- 9.opinia Wojewódzkiego Zespołu Nadzorującego Realizację Zadań w Zakresie Przeciwdziałania Ruchom Osuwiskowym oraz Usuwaniu Ich Skutków z 28 listopada 2019 r.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art.

554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że zastrzeżone przez Keller fragmenty Wyjaśnień RNC złożonych w dniu 19 maja br. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone przez tego wykonawcę, podczas gdy Keller nie wykazał, aby informacje te miały taki charakter, w szczególności nie przedstawił dostatecznych dowodów potwierdzających przywoływane okoliczności na potwierdzenie zasadności utajnienia złożonych wyjaśnień okazał się skuteczny i podlegał uwzględnieniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2023 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnień dotyczących części składowej kosztorysu ofertowego – poz. 3 d.1., tj. „Uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną”. Przystępujący udzielił wyjaśnień zastrzegając przywołane w wyjaśnieniach informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie z 19 maja 2023 r. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące powyższego zastrzeżenia. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2023 r.). Odwołujący złożył od powyższej czynności odwołanie.

W piśmie z dnia 9 czerwca 2023 r. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko z dnia 24 maja 2023 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i odniósł się do zarzutów odwołania.

Przystępujący w piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Art. 18 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności postępowania jest nie tylko jedną z podstawowych zasad obowiązujących

w systemie zamówień publicznych, ale służy również urzeczywistnianiu innych zasad udzielania zamówień publicznych. Gwarancja jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływa i ma bezpośredni związek z możliwością realizacji zasad: przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zgodnie z powyższymi zasadami wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia powinni mieć pełny dostęp do jawnych dokumentów zamówienia, a w wypadku skorzystania przez nich ze środków ochrony prawnej, muszą mieć pewność, że posiadają pełną wiedzę

o informacjach, na podstawie których zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności, na podstawie jakich informacji zamawiający ustalił, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska. Wobec powyższego, odstępstwo od zasady jawności ma charakter wyjątku. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem

o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, może nastąpić tylko

w przypadkach określonych w ustawie. Jednym z przypadków ograniczenia dostępu

do informacji w postępowaniu o udzielenie publicznego jest ograniczenie dostępu do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. W myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o*

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Jak wynika z przywołanego przepisu to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby występujące w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pojęcie „wykazanie” oznacza obowiązek wykonawcy „dowodzenia”, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście taki charakter posiadają. W ocenie Izby, wykonawca nie może jedynie oświadczyć, że wymienione przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku z 9 lipca 2020 roku, sygn. akt KIO 822/20, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl), definicję wyrazów „wykazywać/wykazywać się” oznaczają: 1. „uzewnętrznić coś”, 2. „ujawnić istnienie czegoś”, 3. „przedstawić coś w sposób przekonujący”, 4. „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy charakteru”, 5. „okazać dokumenty potwierdzające coś”. Jednakże w każdym przypadku „wykazanie” określonej okoliczności oznaczać musi „przedstawienie jej w sposób przekonujący” oraz musi zostać „udowodnione, że ma ona określone cechy”. W przypadku informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca ma obowiązek wykazania przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zagadnienie poparcia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodami ma istotne znaczenie przede wszystkim dla oceny, czy wykonawca skutecznie wykazał, że wskazane przez niego informacje posiadają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można uznać, że wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku, gdy nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedstawienie takich dowodów nie stanowi dla wykonawcy żadnej trudności.

Ponadto w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaakcentowano problem nadużywania przez wykonawców uprawnienia do zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co wywołuje skutek przede wszystkim w postaci braku możliwości weryfikacji prawidłowości postępowania przez innych wykonawców, a nie służący ochronie interesów wykonawcy.

Wobec wskazanych powyżej okoliczności, istotną jest rola zamawiającego, który w toku badania ofert powinien zweryfikować, czy wykonawca wypełnił obowiązek udowodnienia, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W oparciu o przedstawione Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo Przystępującego z dnia 19 maja 2023 r.) Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu pisma zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał jedynie, że informacje zawarte w tajnej części wyjaśnień oraz w załączonych do nich dokumentach zawierają: poufne informacje handlowe, organizacyjne, techniczne, posiadające wartość gospodarczą oraz je wymienił. Ponadto wskazał, że dostęp do tych informacji w przedsiębiorstwie Przystępującego jest ograniczony do określonych osób oraz że z każdym z pracowników, którzy mają dostęp do informacji poufnych została zawarta umowa o zachowaniu poufności, a dane są przechowywane na zabezpieczonym nośniku, dostęp do plików zawierających informacje przekazywane

w ramach wyjaśnień zabezpieczony jest hasłem. Przystępujący wskazał w szczególności, że ujawnienie informacji naraziłoby go to na utratę wypracowanej na utratę wypracowanej już przewagi konkurencyjnej, a co za tym idzie już przewagi konkurencyjnej, a co za tym idzie — możliwość utraty szansy na pozyskanie przedmiotowego zamówienia lub przyszłych kontraktów publicznych. Ujawnienie sposobu kalkulacji pozycji kosztorysu ofertowego pozwoliłoby konkurentom Wykonawcy na pozyskanie wiedzy na temat możliwości uzyskania podobnych oszczędności, w szczególności ujawnienie oferty dostawcy, która sporządzona została w opisanych w wyjaśnieniach mogłaby skutkować utratą przewagi Przystępującego na przyszłość. Przystępujący wskazał, że możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa elementów wyjaśnień w zakresie ceny oferty została potwierdzona

w orzecznictwie KIO oraz w wyroku WSA w Warszawie z 8 czerwca 2017, II SA/Wa118/17.

Izba podkreśla, że poza wskazaniem, które informacje uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa, powołaniem obowiązujące u niego zasad dotyczących przechowywania poufnych informacji i ograniczonego dostępu do takich informacji dla osób nieuprawnionych oraz wskazaniem na zawarte z pracownikami umowy o zachowaniu w poufności zastrzeżonych informacji, Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie powyższych okoliczności.

W ocenie Izby, samo ogólne zapewnienie Przystępującego, że zastrzegane informacje posiadają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa nie poparte dowodami nie spełnia takiej roli.

W ocenie Izby przedstawienie dowodów w postaci zawartych z pracownikami Przystępującego zanonimizowanych umów o zachowaniu poufności czy też wewnętrznych regulacji obowiązujących w przedsiębiorstwie Przystępującego dotyczących sposobu postępowania

z informacjami poufnymi nie stanowiło dla Przystępującego większego problemu. Ponadto, jak słusznie podkreślił Odwołujący, przywołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca, który zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa ofertę innego podmiotu winien przynajmniej wykazać, że ten podmiot chroni poufność informacji zawartych w ofercie. Nie było wystarczające, w przypadku Przystępującego, że w treści uzasadnienia wskazał jedynie na sposób ochrony informacji w jego przedsiębiorstwie, ponieważ uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wymagało udowodnienia zachowania ich poufności przez kontrahenta Przystępującego. Skoro nie wiadomo, czy określony kontrahent chroni poufność informacji przedstawionych w ofertach, to nie można stwierdzić, że zostały spełnione przesłanki z art.

11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeśli kontrahent zastrzegł przekazane przez niego informacje, to taka okoliczność powinna być zakomunikowana Zamawiającemu. A tej okoliczności Przystępujący nie wykazał. Wobec nieprzedstawienia dowodów przez Przystępującego, obowiązkiem Zamawiającego uznać było zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne.

Dodatkowo Izba wskazuje, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty i w tym zakresie Izba dostrzega wadliwość zastrzeżenia wskazanych przez Przystępującego dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a wobec powyższego zarzut Odwołującego zasługiwał na uwzględnienie.

W związku z żądaniem Odwołującego rozpoznania przez Izbę odwołania

w zakresie pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutu nr 2, 3 oraz 4, tylko w wypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1 odwołania lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty Przystępującego nie są przedwczesne, wobec uwzględnienia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 1, odwoalnie w zakresie pozostałych zarzutów nie podlegało rozpoznaniu.

W związku z powyższym faktem, Izba dokonała również oceny dowodów jedynie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania w postaci: informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2023 r., pisma z 16 maja 2023 r. – wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących części składowych kosztorysu ofertowego, pisma Przystępującego - Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 maja 2023 r.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy Pzp, orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika Izba orzekła stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp w zw.

z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: