

**WYROK**  
**z dnia 14 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 r. przez odwołującego **Korporację Budowlaną DORACO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdańsku**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI Spółki Akcyjnej z siedzibą w Sopocie oraz NDI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu – Zarządowi Morskiego Portu Gdańsk Spółce Akcyjnej z siedzibą w Gdańsku unieważnienie czynności z dnia 18 lipca 2018 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego Korporacji Budowlanej DORACO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku dokonanej z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego. W pozostałym zakresie uznaje zarzuty odwołania za niepotwierdzone.
- 2 Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Morski Portu Gdańsk Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdańsku i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Korporację

Budowlaną DORACO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdańsk Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego Korporacji Budowlanej DORACO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku kwotę **24.816 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemset szesnaście złotych zero groszy) stanowiącej zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdańsku na wykonanie robót budowlanych objętych zadaniem: *Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk* (nr sprawy: NPR/IP/2017/101), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2017 r., S234 486891, Odwołujący – Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku wniósł w dniu 30 lipca 2018 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;
  2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oparte na dowolnym ustaleniu, iż ocena jego wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
  3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny i przedstawienie przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw, co uniemożliwia prawidłową kontrolę jego decyzji;
  4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych do nich dowodów, co skutkowało przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji gdy prawidłowa ocena wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami prowadzi do wniosku, że cena ofertowa Odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia;
  5. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie skutkujące ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego,
- ewentualnie, na wypadek uznania, że nie wszystkie okoliczności podniesione przez Odwołującego zostały wystarczająco wyjaśnione:

6. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy Zamawiający mimo złożenia przez Odwołującego wyjaśnień miał dalsze wątpliwości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał również, że ma interes prawny ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Bezzasadnie odrzucając ofertę Odwołującego, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert winna była zostać uznana za najkorzystniejszą, Zamawiający zaniechał udzielenia zamówienia Odwołującemu, czym doprowadził do powstania po jego stronie szkody, polegającej na braku możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo deklarowany przez zamawiającego zamiar ujawnienia zastrzeżonych przez Odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa naraża odwołującego na szkodę polegającą na pogorszeniu pozycji konkurencyjnej poprzez możliwość wykorzystania przez innych uczestników rynku tych informacji przy konstruowaniu ofert w postępowaniach o zbliżonym zakresie

W treści uzasadnienia Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 18 lipca 2018 r. otrzymanym w dniu 19 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał też okoliczności uzasadniające wszczęcie postępowania wyjaśniającego w oparciu o art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp oraz brak w ofercie Odwołującego wyceny materiału koniecznego do wykonania robót w zakresie palowania tj. rur stalowych do wykonania pali typu „tubex” opisanych przy użyciu tej nazwy w SIWZ. W dalszej części uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przyjął, że skoro w dotychczasowej korespondencji prowadzonej z Odwołującym w zakresie wyjaśnienia wątpliwości co do ceny oferty Odwołujący nie wskazał, że zamierza wykonywać pale inne niż „tubex” to Zamawiający jest uprawniony do przyjęcia, że przy ocenie badanej oferty należy uwzględnić wartość rur stalowych potrzebnych do wykonania pali typu „tubex”. Powyższe, zdaniem Odwołującego, nieuprawnione założenia doprowadziły do wadliwej oceny oferty Odwołującego, gdyż oferta ta nigdy nie zakładała realizacji pali typu „tubex” a wyłącznie dopuszczonych w dokumentacji projektowej innych technologii wykonania pali - pale przemieszczeniowe wykonywane w technologii bezwstrząsowej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający wskazał na dopuszczalność zastosowania tej technologii w realizacji zamówienia zarówno w treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (ST 02.00 strona. 9. — w aktach postępowania) jak i w projekcie budowlanym (Projekt budowlany etap I str. 19. - i analogicznie w projektach dla etapów 2,3 i 4 w aktach postępowania), jak i w wyjaśnieniach treści SIWZ (odp. Na pytanie 260).

Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym obliczenia Zamawiającego dotyczące wartości rur stalowych koniecznych do wbudowania przy realizacji pali typu „tubex” w żaden sposób nie dotyczą poprawności oferty Odwołującego, który nigdy nie zakładał, ani nie wyceniał w ofercie pali typu tubex, a tym samym wartości rur stalowych, stanowiących element tracony (pozostawiany w gruncie), gdyż opierał swoje wyliczenia w zakresie palowania na ofercie Keller Polska sp. z o.o., której konkurencyjność zakłada zastosowanie innych niż „tubex” pali, nie wymagających stosowania rur stalowych pozostawianych w gruncie i spełniających dopuszczone w dokumentacji projektowej wymagania co do technologii (pale przemieszczeniowe wykonywane w technologii bezwstrząsowej innego typu) w tym wymaganego zgodnie z odpowiedzią na pyt. 260 „przeniesienia wszystkich planowanych obciążeń” jak też pozostałych paramentów wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący odniósł się też do twierdzeń Zamawiającego w odniesieniu do treści oferty Keller Polska, w której wskazano, że nie obejmuje ona rur osłonowych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 30.05 w punkcie 1.3 zamawiający domagał się wyjaśnienia braku „wyceny wykonania robót wyłączonych z zakresu podwykonawcy Keller Polska, w tym w szczególności wyceny i odwodnienia stanowisk roboczych dla sprzętu do palowania”. Odwołujący wskazał, że na tak sprecyzowane żądanie złożył precyzyjne wyjaśnienia w zakresie kosztów odwodnienia stanowisk roboczych, gdyż w istocie tego dotyczyło pytanie. Pozostałe wyłączenia z oferty (w tym dotyczące rur osłonowych) jako niewyspecyfikowane w żądaniu wyjaśnień odwołujący uznał za niezwiązane z wątpliwościami Zamawiającego, gdyż faktycznie dotyczyły okoliczności pozostających bez wpływu na poprawność oferty.

Odwołujący wskazał, że w przedstawionej przez niego wraz z wyjaśnieniami ofercie Keller Polska znajduje się zastrzeżenie, że „wycena robót nie obejmuje: (...) ewentualnych rur osłonowych (L-5-6 m) na głowicach przednich rzędów pali w rejonie projektowanych pochłaniaczy falowania”. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający nie był uprawniony aby na tej podstawie konstruować wnioski, że oferta ta (1) dotyczy pali typu „tubex” i (2) wyłączono z niej wartość materiału w postaci rur stalowych pozostawianych w gruncie jako element w/w

pali „tubex” (przyjętych w obliczeniach Projektu Budowlanego), gdyż wyraźnie zapis ten odnosi się do ewentualnych (tj. w zależności od technologii i kolejności prac w rejonie projektowanego wygaszacza fal) tymczasowych rur osłonowych o długości zaledwie 5-6 m, potrzebnych jedynie w części głowicowej pali i tylko w przypadku wystąpienia wolnej przestrzeni pomiędzy poziomem terenu a powierzchnią skarpy pochłaniacza falowania.

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, że w rejonie pochłaniacza falowania pale będą wykonywane z platformy roboczej, tj. z zasypem przestrzeni wygaszacza fal, stąd też nie będzie potrzeby stosowania rur osłonowych przy wykonywaniu pali przez firmę Keller.

Odwołujący wskazał, w odniesieniu do rur osłonowych wyłączenie ich z oferty Keller Polska nie ma wpływu na poprawność oferty odwołującego, gdyż planowane do wykonania palowanie będzie odbywać się w istniejącym (lub nasypowym gruncie) i nie będzie wymagało stosowania rur osłonowych.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w zakresie konieczności uwzględnienia w analizie wyjaśnień co do ceny oferty Odwołującego rur stalowych stanowiących element konstrukcyjnych pali typu „tubex” gdyż rzekomo Odwołujący zadeklarował wykonanie takiego typu pali w wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2018, w ocenie Odwołującego jest to próba manipulacji treścią złożonych wyjaśnień i treścią całej korespondencji, z której jednoznacznie wynika, że Odwołujący zamierza wykonać pale zgodnie z dopuszczoną w SIWZ (w tym dokumentacją projektową) technologią. Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający cytuje odpowiednie zapisy projektu budowlanego: „Dopuszcza się zastosowanie pali przemieszczeniowych wykonywanych bezwstrząsowo innych typów przy zachowaniu wymogów niniejszego projektu. Zastosowanie innego typu pali wymaga zgody Nadzoru Autorskiego i Inwestora” Podobnie w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST 02.) Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie 260 Zamawiający potwierdził dopuszczalność stosowania pali innych typów niż „tubex”, o ile uwzględnione zostanie przeniesienie wszystkich planowanych obciążeń.

Z powyższego wynika, w ocenie Odwołującego, że uwzględnienie możliwości zastosowania pali innych typów niż „tubex” jest przewidziane w dokumentacji projektowej i taki wyłącznie sens ma oświadczenie Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2018.

Nie były też uprawnione żądania Zamawiającego aby Odwołujący deklarował w wyjaśnieniach wykonanie palowania przy użyciu pali „tubex”, w przypadku gdy nie uzyska zgody nadzoru autorskiego i inwestora na zastosowanie konkretnej przewidzianej w SIWZ technologii czy materiału. Stanowiło by to faktyczne naruszenie wynikającej z prawa

zamówień publicznych zasady możliwości stosowania rozwiązań równoważnych w realizacji zamówień publicznych.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu pozostali wykonawcy również wyceniali w ofertach pale przemieszczeniowe wykonywane w technologii bezwstrząsowej inne niż „tubex” o czym świadczą ceny tych ofert w zakresie palowania.

Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach i powtórzył w niniejszym odwołaniu, że realizacja przez niego tego zamówienia, a w tym i przede wszystkim wykonawstwo konstrukcji hydrotechnicznych w zakresie palowania za pomocą założonej przez niego technologii (dopuszczonej w SIWZ) uzasadnione są, oszczędnościami metod wykonania zamówienia poprzez wybrane rozwiązania techniczne i powierzenia wykonania tych części zamówienia podwykonawcy i są realne do wykonania i nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał ponadto, że aktualne w powyższym zakresie pozostają wszelkie dotychczas przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia i argumentacja w poprzednio prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowaniu, w szczególności w poprzednim odwołaniu z dnia 16 kwietnia 2018 r. na odrzucenie oferty i prawna argumentacja w wyroku KIO z dn. 27.04.2018 r. sygn. akt 718/2018.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że deklaracje Zamawiającego co do „odtajnienia” informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa mają na celu wywołanie szkody po stronie Odwołującego. Istotą wartości budującej konkurencyjną pozycję Odwołującego przy konstruowaniu i wycenie ofert w przedmiotowym postępowaniu są nie tyle pojedyncze informacje zawarte w ofertach poszczególnych podwykonawców i dostawców ale właśnie sposób ich pozyskiwania i konstruowania z tych poszczególnych składowych całościowej oferty. Szczegółowe wyjaśnienia w powyższym zakresie zostały złożone wraz z poszczególnymi pismami zawierającymi wrażliwe informacje i pozostają one aktualne także w odniesieniu do niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie chce uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ofert podwykonawców, o ile ci nie zastrzegli poufności swoich ofert. Powyższe stanowisko stanowi wyraz kompletnego niezrozumienia istoty tajemnicy przedsiębiorstwa i wymogów art. 8 ust.3 pzp. W przepisie tym nie chodzi bowiem o tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawców czy dostawców a wyłącznie o ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa uczestnika postępowania zamówieniowego — i wyłącznie do niego mogą mieć zastosowanie wymagania dla zdefiniowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli tak

to nie ma żadnego znaczenia czy podwykonawca zastrzegł sobie poufność składanej oferty, a ważne jest czy uczestnik postępowania poczynił kroki w zakresie jej nieujawniania i ochrony a także to jaki ich ujawnienie może mieć wpływ na pozycję rynkową takiego uczestnika. Bez znaczenia jest też, czy podobne oferty mogą być uzyskane przez innych uczestników postępowania, gdyż wagę dla przedsiębiorcy ma wysokość wynegocjowanych kwot i upustów — a te zawsze są indywidualnie ustalane i to one stanowią wartość budującą konkurencyjność pozycji rynkowej. A już kuriozalne jest wskazanie przez zamawiającego, że oferty te nie mają charakteru indywidualnego — tak jakby kierowane były do nieograniczonego kręgu odbiorców, a nie były wynikiem żmudnych czynności odwołującego, zarówno w zakresie pozyskania informacji o poszczególnych podwykonawcach i dostawcach, jak też skomplikowanych i czasochłonnych negocjacji warunków tych ofert.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI Spółki Akcyjnej z siedzibą w Sopocie oraz NDI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej jako Przystępujący).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz podtrzymując wcześniejszą ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że elementem kluczowym w zakresie badania rażąco niskiej ceny było wyjaśnienie rozwiązań, jakie Odwołujący zamierza zastosować w zakresie wykonania pali przemieszczeniowych. Zamawiający wskazał, że kilkakrotnie i na różne sposoby zwracał się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienia. Zamawiający wyjaśnił, że od dnia 16 kwietnia 2018, kiedy to wraz z wyjaśnieniami otrzymał od Odwołującego ofertę firmy Keller Polska Sp. z o.o., nie otrzymał od Odwołującego żadnej informacji o rozwiązaniach według których zamierza on wykonać pale przemieszczeniowe. Otrzymał tylko wyjaśnienia dotyczące wyłączonej z oferty czynności pomocniczych przy wykonaniu tych pali. Zamawiający wskazał wprost, że przyjął, iż oferta Odwołującego w zakresie pali przemieszczeniowych zawiera rozwiązanie projektowe, tj. pale „Tubex” z konieczną do zakupu rurą „traconą”.

1. W żadnym z wyjaśnień Odwołujący nie zaprzeczył zastosowaniu rozwiązania typu „Tubex”.
2. W żadnym z wyjaśnień Odwołujący nie użył określenia „lub równoważne” do określenia rozwiązania zawartego w ofercie.



3. W ofercie podwykonawcy pali przemieszczeniowych, Firmy Keller Polska Sp. z o.o., informacje dotyczące jej zakresu zawierają co prawda określenie „rozwiązania własne”, ale opisane jedynie „dobranie długości i zbrojenia pali” bez wskazania na dalej idące zmiany podstawowych rozwiązań technicznych, jakim bez wątpienia jest zmiana przekroju pala oraz bez wskazania nazwy i opisu technologii wykonania pali przemieszczeniowych.
4. Jednoznaczne oświadczenie Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2018 r.:

„Potwierdzamy, że wykonamy przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Oferta wykonawcy w szczególności w zakresie wykonania pali została skalkulowana zgodnie z dokumentacją projektową i gwarantuje wykonanie zamówienia stosownie do warunków określonych w dokumentacji projektowej”.

Zamawiający wskazał, że dla bezpośredniej weryfikacji ww. oświadczenia Odwołującego, Zamawiający zestawiał je z fragmentem dokumentacji projektowej dostępnej na stronie internetowej Zamawiającego:

„Projektuje się pale przemieszczeniowe, wkręcane, formowane w gruncie z pozostawionym orurowaniem i wypełnione zbrojną mieszanką betonową, wykonane w technologii bezwstrząsowej. W obliczeniach projektu budowlanego przyjęto pale typu „Tubex”. Dopuszcza się zastosowanie pali przemieszczeniowych wykonywanych bezwstrząsowo innych typów przy zachowaniu wymogów niniejszego projektu. Zastosowanie innego typu pali wymaga zgody Nadzoru Autorskiego i Inwestora.”

Podsumowując powyższe, Zamawiający zwrócił uwagę, że pale inne niż „Tubex” nie zostały zaprojektowane, lecz dopuszczone dokumentacją projektową, z określeniem warunków, w szczególności zgody Nadzoru autorskiego i Inwestora, co następnie zostało przez Zamawiającego potwierdzone w odpowiedzi na pytania.

Odwołujący następnie szczegółowo opisał proces wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i przytoczył odpowiednie fragmenty kierowanych zapytań wraz z odpowiedziami Odwołującego. Ponadto Zamawiający skomentował wyjaśnienia Odwołującego dotyczące innych elementów badania rażąco niskiej ceny wskazując, iż przynajmniej część tych wyjaśnień należy uznać za niewiarygodną. Ponadto Zamawiający wskazał na powody zakończenia procedury wyjaśniającej, tj. uznał, że każde kolejne pytanie będzie stanowić rażąco naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i że przekroczy w ten sposób

dopuszczalną granicę. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że posiadał pełną wiedzę w kluczowej dla niego kwestii, tj. sposobu wykonania pali przemieszczeniowych, tj. wykonania ich zgodnie z projektem. Zamawiający zawarł wyliczenie kosztu rur stalowych na kwotę 12.458.200,95 zł, której to kwoty w ofercie Odwołującego brakuje.

W zakresie decyzji o odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i wskazał, że decyzję Odwołującego o obejmowaniu kolejnych wyjaśnień i załączników tajemnicą przedsiębiorstwa cechował daleko posunięty automatyzm. Zastrzegane były m.in. dokumenty dotyczące innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są ogólnie dostępne u Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Spółkę Akcyjną z siedzibą w Sopocie oraz NDI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej: Przystępujący) przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści dokumentacji postępowania „Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych” Tom 02 Konstrukcje hydrotechniczne, str. H-9 pkt 2.3 Pale przemieszczeniowe: „Dokumentacja projektowa przewiduje zastosowanie pali przemieszczeniowych wykonywane w technologii bezwstrząsowej. W obliczeniach Projektu Budowlanego przyjęto pale stalowo – żalbetowe, przemieszczeniowe, wkręcane z iniekcją, 406/560 mm. (...) Dopuszcza się zastosowanie pali przemieszczeniowych wykonywanych bezwstrząsowo innych typów przy zachowaniu wymogów niniejszego projektu. Zastosowanie

innego typu pali wymaga zgody Nadzoru Autorskiego i Inwestora oraz sporządzenia zamiennego projektu palowania. Koszt wykonania tego planu oraz inne koszty związane z zamianą typu pala pokrywa wykonawca robót palowych.”

W Projekcie Wykonawczym zawarto następujące postanowienia w zakresie pali: „Projektuje się pale przemieszczeniowe, wkręcane, formowane w gruncie z pozostawionym orurowaniem i wypełnione zbrojną mieszanką betonową, wykonane w technologii bezwstrząsowej. W obliczeniach projektu Budowlanego przyjęto pale typu „Tubex”. Dopuszcza się zastosowanie pali przemieszczeniowych wykonywanych bezwstrząsowo innych typów przy zachowaniu wymogów niniejszego projektu. Zastosowanie innego typu pali wymaga zgodny nadzoru Autorskiego i Inwestora.” Postanowienia te są analogiczne dla Etapu I (pkt 7.9.2, str. E1-21), Etapu II (pkt 7.8.2, str. E2-22) oraz Etapu IV (pkt 7.9.2 str. E4-23).

Zamawiający wszczął wobec Odwołującego procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i kolejno pismami z dnia 15 marca 2018 r., 2 maja 2018 r., 30 maja 2018 r. i 2 lipca 2018 r. kierował do Odwołującego zapytania w tym zakresie darząc m.in. do ustalenia jakiego typu pale Odwołujący zaoferował w swojej ofercie.

Odwołujący na powyższe zapytania udzielał odpowiedzi pismami z dnia 26 marca 2018 r., 11 maja 2018 r., 11 czerwca 2018 r. oraz 9 lipca 2018 r., których treść wraz z załącznikami została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

W wyniku oceny ww. wyjaśnień Zamawiający ustalił, że Odwołujący oferuje w swojej ofercie pale przemieszczeniowe typu tubex oraz że nie wycenił koniecznych do ich realizacji rur stalowych. W związku z powyższym w dniu 18 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie poinformował go w ofercie o zamiarze wykonania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem rozwiązań równoważnych, co Zamawiający dopuścił na podstawie SIWZ. Ponieważ z wyjaśnień złożonych do 30 maja nie można było wyciągnąć jednoznacznych wniosków, co do sposobu wykonania konstrukcji hydrotechnicznych, Zamawiający 30 maja wezwał Odwołującego do jednoznacznego potwierdzenia gotowości do wykonania zamówienia wg dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego, bez stosowania rozwiązań równoważnych dopuszczonych na podstawie SIWZ. Z uwagi na okoliczność, że również w odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący nie złożył jednoznacznej deklaracji w tym przedmiocie, Zamawiający zwrócił się ponownie pismem z dnia 2 lipca o dalsze wyjaśnienia. W ocenie Zamawiającego w odpowiedzi z dnia 9 lipca 2018 r. Odwołujący jednoznacznie potwierdził zamiar wykonania pali przemieszczeniowych zgodnie z dokumentacją projektową. Jednocześnie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał: „Dla wykonania pali w technologii zgodnej z określoną w dokumentacji projektowej niezbędnym i znaczącym kosztowo

materiałem są rury stalowe. W związku z dopuszczoną możliwością zastosowania pali przemieszczeniowych innych typów, potwierdzoną również w odpowiedziach na pytania Wykonawców, możliwe są rozwiązania nie wymagające zastosowania rur stalowych.”

W treści uzasadnienia znalazło się również stwierdzenie: Ponadto wyjaśnienia dotyczące pozostałych części składowych kosztów bezpośrednich nie wykazują spójności i kompletności, pomimo zwracania się Zamawiającego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień do poszczególnych pozycji wymagających wyjaśnień, wskazanych w wystąpieniu Zamawiającego z dnia 30 maja.”

Ponadto Zamawiający poinformował Odwołującego odtajnieniu wyjaśnień z dnia 26 marca 2018 r, części załączników do odwołania z dnia 16 kwietnia 2018 r., wyjaśnień z dnia 11 maja 2018 wraz z załącznikami 1 i 2, wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami 1, 2, 3, 4, 5, 6 oraz wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r. wraz z załącznikiem 1.

W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje spełniają wymagania konieczne do uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienia tajemnicy w kolejnych pismach Wykonawcy mają powtarzający się ogólnikowy charakter. Nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione i wykazanie że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą.

Powtarzające się w kolejnych wyjaśnieniach oświadczenie o istotności ofert podwykonawców i dostawców nie są w żaden sposób uzasadnione (tj. wykazane) szczególnym charakterze tych podmiotów lub oferowanych przez nich świadczeń. Zastrzeżenie zestawień kosztowych ze względu na wskazanie metod kosztorysowania i konstruowania oferty również nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca nie wskazał konkretnie jakie unikalne, zasługujące na ochronę metody stosuje. Zamawiający nie znajduje w tabelach żadnych specjalistycznych metod — budowanie ceny oferty z cen ofert podwykonawców, dostawców i wycen własnych jest typowym działaniem każdego Wykonawcy.

Podkreślana przez Wykonawcę teza o wystarczającej do uznania tajemnicy na podstawie woli przedsiębiorcy podlega w obszarze zamówień publicznych zasadniczemu ograniczeniu poprzez określoną w art. 8 ustawy PZP zasadę jawności zamówień i wynikające z niej konsekwencje.

Przywołane przez Wykonawcę wyroki KIO w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie są wystarczające dla jej uznania. Nie ma generalnej zasady o możliwości zastrzegania poszczególnych rodzajów informacji. Zasadą jest indywidualne rozpatrywanie każdego uzasadnienia zastrzeżenia i konieczność wykazania przez Wykonawcę (w możliwym i dostępnym zakresie) okoliczności, na które się powołuje.

Zamawiający wskazuje dwa wyroki KIO z ugruntowanej linii orzeczniczej nakazującej Zamawiającym wnikliwe i zindywidualizowane badanie zasadności zastrzeżeń tajemnicy

przedsiębiorstwa — KIO 637/18 (stroną postępowania odwoławczego był Zamawiający) oraz KIO 451/18 (wyjaśnienia dot. RNC w zamówieniu Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni dot. konstrukcji hydrotechnicznych w Porcie Gdańsk).

Zarówno nazwy wykonawców i dostawców jak same oferty nie posiadają unikalnych walorów, w szczególności nie zawierają zastrzeżenia autorów pism o poufności (poza dwoma wyjątkami dla których Zamawiający uznaje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa). W treściach ofert Zamawiający nie znajduje cech wskazujących na cechy zindywidualizowane ze względu na adresata, a niedostępne dla innych Wykonawców. W części ofert zapisy o możliwych rabatach sformułowane są w sposób obiektywnie dostępny dla dowolnego Wykonawcy, np. rabaty w przypadku przedpłat. Typowymi zapisami ofert są też informacje o oparciu oferty na obowiązujących u dostawcy ogólnych warunkach świadczenia dostaw, wstępnym charakterze, możliwości i potrzebie negocjacji lub doprecyzowania. Wykonawca w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie dokonał żadnego zróżnicowania ofert.

Również brak zaznaczenia woli wystawcy dokumentów o zachowaniu ich w tajemnicy nie daje pewności, że spełniony jest warunek nie ujawnienia treści dokumentu.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść art. 191 ust. 2, art. 192 ust. 2 oraz 192 ust. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych i zasady, które musi uwzględniać z urzędu rozstrzygając w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z pierwszą regulacją „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Natomiast stosownie do treści drugiego z przepisów: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Trzeci z przywołanych przepisów stanowi, że „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

Kierując się powyższymi zasadami skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, podstawą tej czynności było uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący zaoferował wykonanie pali przemieszczeniowych w technologii określonej w projekcie udostępnionym przez Zamawiającego, tj. z zastosowaniem stalowej rury pozostawionej w gruncie. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wycenił tej rury w swojej ofercie ponieważ załączona przez

Odwołującego do wyjaśnień oferta firmy Keller zawiera informację, że nie obejmuje stalowych rur osłonowych. Innymi słowy, zdaniem Zamawiającego Odwołujący w treści wyjaśnień udzielonych w dniu 9 lipca 2018 r. potwierdził zaoferowanie pali przemieszczeniowych typu tubex, do których prawidłowego wykonania konieczne jest zastosowanie rur stalowych „traconych”. Jest to zarazem jedyna podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie jest prawidłowa. Całościowa analiza wyjaśnień składanych przez Odwołującego w toku procedury wyjaśniającej prowadzi do zupełnie odmiennego wniosku. Odwołujący nie potwierdził w toku składanych wyjaśnień, że oferuje pale typu tubex. W tym zakresie zwrócić należy uwagę Zamawiającego na wyjaśnienia z dnia 26 marca 2018 r., str. 4 drugi akapit, gdzie Odwołujący wyjaśnia w ramach robót dotyczących wykonania konstrukcji hydrotechnicznych, że: Zamawiający dopuszcza zastosowania różnych technologii wykonania, co niewątpliwie w sposób bezpośredni przekłada się na wycenę złożonej oferty oraz str. 5 ostatni akapit, gdzie Odwołujący wskazał że wykonawstwo konstrukcji hydrotechnicznych zamierza zrealizować za pomocą założonej przez niego technologii (dopuszczonej przez SIWZ). Zatem już z tych fragmentów wyjaśnień można wnioskować, że Odwołujący oferuje pale innego typu, czy też w innej technologii niż tubex. Natomiast wprost powyższe potwierdzone zostało wyjaśnieniami z dnia 11 maja 2018 r. str. 3 pkt Ad.3. gdzie Odwołujący wyjaśnił, że przytoczone sformułowanie o które zapytał Zamawiający dotyczy „wyłącznie zgodnej z ST.02.00.00 pkt 2.3 realizacji pali przemieszczeniowych wykonywanych metodą bezwstrząsową oraz dokumentacji projektowej na podstawie której wykonawca Keller przygotował ofertę na roboty palowe”. Do tych wyjaśnień załączona została oferta firmy Keller, której treść również powinna Zamawiającego utwierdzić w przekonaniu, że Odwołujący nie oferuje pali typu tubex, jakie zostały użyte w projekcie. Następnie analiza wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2018 r. w ocenie Izby nie pozostawia już żadnych wątpliwości co do tego, że Odwołujący nie oferuje pali typu tubex. Na str. 1 pkt Ad.1.1. Odwołujący wyjaśnił, że przyjęta przez ww. firmę technologia jest zgodna z wymaganiami SIWZ, czyli zakłada wykonanie pali przemieszczeniowych metodą bezwstrząsową. Z powyższego wprost wynika, że Odwołujący jako zgodną z wymogami SIWZ postrzega wykonanie pali przemieszczeniowych metodą bezwstrząsową. Następnie Odwołujący wprost przyznaje, że świadomość konieczności uzyskania akceptacji Inżyniera zgodnie z Warunkami FIDIC w zakresie technologii i materiałów do wykonania zamówienia. Powyższe zapewnienie o świadomości konieczności pozyskania ww. zgód potwierdza, że Odwołujący nie oferuje pali typu tubex – na te bowiem zgoda nie jest wymagana. Wreszcie powyższe zostało potwierdzone w przywoływanych przez Zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2018 r. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający oceniając te wyjaśnienia, a

w szczególności fragment znajdujący się na str. 1 w pkt Ad. 1 całą swoją uwagę skoncentrował właściwie na dwóch pierwszych zdaniach, gdzie rzeczywiście znajduje się zapewnienie o wykonaniu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Następnie jednak Odwołujący precyzuje, że ma świadomość wymogów SIWZ w zakresie uzyskania wymaganych zgód na zastosowanie technologii i materiałów, jakie mają być zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym w odniesieniu do robót palowych oraz że oczekuje od Zamawiającego racjonalnego zachowania w tym zakresie, a także ostatecznie potwierdził, że zamierza wykonać pale przy użyciu technologii pali przemieszczeniowych realizowanych metodą wymaganą w SIWZ.

Z powyżej przedstawionego stanowiska Odwołującego, w ocenie Izby jasno wynika, że Odwołujący za zgodną z treścią SIWZ uważa zaproponowanie wykonania pali przemieszczeniowych wykonanych metodą bezwstrząsową i stoi na stanowisku, że taką właśnie metodę proponuje, jednocześnie podtrzymując, że ma świadomość, iż będzie musiał uzyskać zgodę Nadzoru Autorskiego i Inwestora. Wobec tego nie sposób przypisać Odwołującemu oferowanie pali typu tubex.

Zamawiający dokonał więc niewłaściwego wnioskowania na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie, w jakim dotyczą one wykonania pali przemieszczeniowych. Wskazać również należy, że podjęta podczas rozprawy przez Zamawiającego próba dalszego uzasadnienia swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego musiała zostać oceniona na tym etapie jako nie zasługująca na uwzględnienie, gdyż nie jest dopuszczalna sytuacja, w której Odwołujący dowiaduje się o kolejnych podstawach faktycznych odrzucenia oferty dopiero podczas rozprawy.

Z tych względów w ocenie Izby wskazana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty Odwołującego okazała się chybiona, a zarzut podlegał uwzględnieniu i zasadnym było nakazanie Zamawiającemu unieważnienie dokonanej pismem z dnia 18 lipca 2018 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz nakazanie dalszego badania i oceny tej oferty. Zaznaczyć przy tym należy, że nie zamyka to Zamawiającemu drogi do podjęcia czynności jakie uzna za niezbędne, jednak w pierwszej kolejności Zamawiający powinien ponownie wnikliwie i rzetelnie ocenić dotychczas złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami. W tym miejscu wskazać należy, że w ocenie składu orzekającego zarzut przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej w sposób nierzetelny nie zasługuje na aprobatę. Odwołujący był wzywany do wyjaśnień czterokrotnie, a Zamawiający zadał mu szereg pytań.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się. Porównanie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pismach dotyczących zastrzeżonych informacji, co do których Zamawiający podjął decyzję o ich odtajnieniu wykazało, że są one tożsamej treści, mają identyczną konstrukcję, głównie składają się poglądów doktryny, orzecznictwa Izby, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, powoływane są w każdym z ww. pism te same wyroki. Odwołujący nawet nie podjął próby odniesienia uzasadnienia do danych wyjaśnień i załączników, których treść każdorazowo zastrzegwał jako tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz bazował za każdym razem na uzasadnieniu o identycznej treści. Wobec tego należy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Odwołującego ocenić jako ogólnikowe nie tylko ze względu na ich standardowy charakter, ale również ze względu na okoliczność, iż nie odnoszą się one do każdorazowo zastrzeganych wyjaśnień i dokumentów, a tym samym nie konkretyzują danych okoliczności faktycznych uzasadniających poczynione zastrzeżenie.

Odnosząc się szczegółowo do poczynionego uzasadnienia zastrzeżenia, wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał łącznego spełniania przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, co widać wyraźnie w szczególności na przykładzie ostatniej z przesłanek mówiącej o podjęciu niezbędnych działań w celu zachowania danych informacji w poufności, które zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego zawartych zarówno w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa jak i podtrzymanych na rozprawie przybrały postać materialną w postaci odpowiednich postanowień w umowach o pracę, zobowiązaniach kontrahentów o poufności, regulaminie pracy, czy polityce bezpieczeństwa.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie linią orzecniczą dotychczas prezentowaną w orzecznictwie Izby pojęcie „wykazać” oznacza coś więcej aniżeli tylko oświadczyć. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., nakłada bowiem na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, tylko takie wyjaśnienia, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia, stanowią wypełnienie przesłanek, o których mowa w ww. przepisie ustawy.



Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania” skład orzekający w przedmiotowej sprawie postanowił odwołać się do zaprezentowanego w treści wyroku Izby o sygn. KIO 637/18 stanowiska, gdzie Izba przy interpretacji tego pojęcia za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wynika, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który m.in. nie wykazał tej okoliczności. Na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.

W kwestii „wykazania” zauważyć należy, że z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnieniu, a nadto – jeżeli Zamawiający żąda dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (por. przepis art. 26 ust. 1 i 2 Pzp) – również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126).

W związku z powyższym pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Przykładowo poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że Odwołujący nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Teoretyczne wywody znajdujące się w pismach zawierających uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią, w ocenie Izby, wykazania zasadności zastrzeżenia. Odwołujący ograniczył się do oświadczenia m.in., że stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji przez zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, w umowach o pracę w umowach o zakazie konkurencji oraz w umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, nie przedstawiając Zamawiającemu, mimo istnienia takiej

możliwości, dowodów na tą okoliczność. Odwołujący nawet nie podjął w tym zakresie choćby minimalnej próby wykazania chociażby przez podanie brzmienia stosownych klauzul umownych czy postanowień regulaminów, na które się powołuje. Ponadto Odwołujący oświadczył lakonicznie, że dostęp do tych informacji ograniczył wyłącznie do tych osób, dla których dostęp do tych informacji jest niezbędny oraz że podjął środki fizyczne jak kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring czy obieg dokumentów. Jednocześnie Odwołujący nie pokusił się o szczegółowe ich opisanie, a jedynie ograniczył się do ich wyliczenia. Powyższe oznacza, że dokonane zastrzeżenie, w braku skonkretyzowania okoliczności stanowiących jego podstawę i przedstawienia dowodów na ich potwierdzenie, stanowi jedynie teoretyczne wprowadzenie do problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie potwierdza, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę. Nie sposób bowiem uznać, że Odwołujący wykazał podejmowane przez niego środki w celu zachowania informacji jako poufnych. Powyższe uniemożliwiło tym samym również ustalenie, czy procedury stosowane przez Odwołującego są niezbędne, a tym wystarczające do skutecznego zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący nie wykazał, jakoby zastrzeżone informacje posiadały dla niego wartość gospodarczą. Odwołujący w tym zakresie ograniczył się do lakonicznych stwierdzeń, że informacje mają istotne znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej wykonawcy, gdyż ujawniają elementy mające wpływ na ceny oferowanych robót, tj. szczegółowe wyliczenia dotyczące oferty wykonawcy oraz zestawienia kosztowe wskazujące na metody kosztorysowania, a także, że zastrzeżenie informacji ma na celu ochronę interesów wykonawcy przez uniemożliwienie konkurencji poznania obszarów, sposobu działania i organizacji przedsiębiorcy. W ocenie składu orzekającego powyższe, wobec braku szczegółowego skonkretyzowania i odniesienia do sytuacji Odwołującego, nie może być uznane za wystarczające do uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto zwrócić uwagę należy, że nie może być skutecznie zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa informacja, która została podana do publicznej wiadomości, bądź której pozyskanie jest możliwe w normalnym toku czynności, czy też w trybie dostępu do informacji publicznej. Powyższe dotyczy m.in. sytuacji, gdy dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są dostępne u zamawiającego – odbiorcy zamówienia – na każde żądanie osób zainteresowanych.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący: .....**