

Sygn. akt KIO 1358/18

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 lipca 2018 r. oraz na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez wykonawcę PORR S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale wykonawcy A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "HYDROBUD" A. D. w Ustroniu Morskim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy BUDIMEX S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Dyrektorowi Urzędu Morskiego w Gdyni uznanie za nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "HYDROBUD" A. D. w Ustroniu Morskim informacji zawartych w pismach z 19 czerwca 2018 r. oraz z 6 lipca 2018 r. wraz z załącznikami oraz unieważnienie czynności powtórnego wezwania A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "HYDROBUD" A. D. w Ustroniu Morskim do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty pismem z 27 czerwca 2018 r., pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone;
2. kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz wykonawcy PORR S.A. w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1759 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 Gdyni.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest ochrona brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 23.03.2017 r. pod numerem 2018/S 058-127416. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o odmowie udostępnienia wyjaśnień i dowodów A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "HYDROBUD" A. D. w Ustroniu Morskim zawartych w i przy piśmie z dnia 19.06.2018 r. oraz nie przekazaniem pozostałej korespondencji przetargowej prowadzonej po 8.06.2018 r. (w tym wezwania z dnia 11.06.2018 r. skierowanego do Hydrobud wykonawca PORR S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 9 lipca 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm., dalej jako: „UZNK”) przez bezzasadne uznanie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz dowodach złożonych dnia 19.06.2018 r. przez Hydrobud, a w szczególności uzasadnienie zastrzeżenia ich poufności, w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w z art. 96 ust. 3 Pzp przez bezzasadne uznanie, że wezwania skierowane do wykonawców uczestniczących w postępowaniu, nie podlegają udostępnieniu pozostałym wykonawcom;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty Hydrobud, pomimo że bezzasadne utajnienie w całości wyjaśnień i dowodów przedłożonych dnia 19.06.2018r. w zakresie wyliczenia ceny jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom weryfikacji rzetelności cen zaoferowanych przez Hydrobud, zgodności oferty z SIWZ oraz możliwości wykonania niniejszego zamówienia za zaoferowaną kwotę, a także weryfikację zasadności i prawidłowości objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa;

- art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez ponowne wezwanie Hydrobud do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Hydrobud, pomimo że wyjaśnienia i dowody złożone przez tego wykonawcę dnia 19.06.2018 r. nie zawierają wszystkich istotnych części składowych kosztów, a także treść udzielonych wyjaśnień jest niepełna, niewystarczająca i występują w niej nieścisłości, co powoduje, że sytuacja prawna Hydrobud wskutek złożenia wyjaśnień nieadekwatnych do wezwania zamawiającego i nie pozwalających na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle i powinna skutkować odrzuceniem oferty;

- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jawności i przejrzystości poprzez odmowę odtajnienia wyjaśnień i dowodów złożonych dnia 19.06.2018 r. przez Hydrobud, wezwań skierowanych do wykonawców po dniu 8.06.2018 r. oraz ponowne wezwanie dnia 27.06.2018 r. Hydrobud do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny pomimo, że wyjaśnienia i dowody złożone przez tego wykonawcę dnia 19.06.2018 r. nie zawierają wszystkich istotnych części składowych kosztów, a także treść udzielonych wyjaśnień jest niepełna, niewystarczająca i występują w niej nieścisłości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

odtajnienia w całości wyjaśnień i dowodów złożonych przez Hydrobud dnia 19.06.2018r.

oraz przekazania ich odwołującemu;

przekazania odwołującemu wezwań skierowanych do pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu po dniu 8.06.2018 r.;

unieważnienia czynności z dnia 27.06.2018 r. polegającej na wezwaniu Hydrobud do ponownego złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny;

odrzucenie oferty Hydrobud z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp;

odrzucenie oferty Hydrobud z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych w art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania na okoliczności w nim wskazane oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wykonawca A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "HYDROBUD" A. D. w Ustroniu Morskim przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca BUDIMEX S.A. w Warszawie

przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wnieśli odpowiednio o oddalenie i uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. W czasie rozprawy zamawiający oświadczył, że udostępnił odwołującemu treść wezwań kierowanych do Hydrobud i w tym zakresie uwzględnił odwołanie. Odwołujący cofnął zarzut dotyczący udostępnienia korespondencji kierowanej do innych wykonawców. W związku z tym zarzuty podniesione w odwołaniu objęte wskazanymi oświadczeniami stron nie podlegały rozpoznaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa Pzp. Według tego przepisu zamawiający najpierw dokonuje badania i oceny ofert, a następnie sprawdza, czy wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Do dnia wydania wyroku zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na 59.300.000 zł netto, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 65.661.667 zł brutto.

W postępowaniu złożono 4 oferty z cenami odpowiednio:

- BUDIMEX S.A. w Warszawie – 62.230.590,02 zł;
- PORR S.A. w Warszawie – 43.792.250,86 zł;
- Strabag Sp. z o.o. w Warszawie – 62.907.283,04 zł;
- Hydrobud w Ustroniu Morskim – 32.789.096,74 zł.

Pismem z 11 czerwca 2018 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Hydrobud do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym złożenia dowodów, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

5) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający żądał, że dowody którymi winien wykazać się wykonawca dotyczyły następujących okoliczności:

- oferty na usługi nurkowe, niezbędne do usunięcia istniejących pali. W przypadku posiadania własnej ekipy nurków należy udokumentować posiadanie takiej ekipy, a następnie przedstawić koszty amortyzacji, pracy sprzętu, wynagrodzenia;

- oferty na wywóz i utylizację odpadów powstałych w trakcie inwestycji. W przypadku posiadania swojego sprzętu należy udokumentować posiadanie takiego sprzętu, a następnie przedstawić koszty amortyzacji, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników i jego mobilizacji;

- oferty na pale drewniane wraz z impregnacją, w przypadku posiadania własnych zasobów przedstawić dowody kosztów pozyskania materiału i jego impregnacji;

- oferty na wynajem i mobilizację sprzętu i brygad do robót kafarowych. W przypadku posiadania sprzętu należy udokumentować posiadanie takiego sprzętu, a następnie przedstawić koszty amortyzacji, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników i jego mobilizacji;

- technologii i kosztów przetransportowania materiałów na plac budowy. W przypadku posiadania sprzętu należy udokumentować posiadanie takiego sprzętu, a następnie przedstawić koszty amortyzacji, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników i jego mobilizacji;

- posiadania placów składowych wraz z kosztami wynajmu i jego utrzymania;

- kosztów prowadzenia monitoringu batymetrycznego przez 60 miesięcy po ukończeniu robót. W przypadku posiadania własnego sprzętu do monitoringu należy udokumentować posiada sprzętu, a następnie przedstawić koszty amortyzacji, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników i jego mobilizacji;

- kosztów wynagrodzenia kadry kierowniczej;

- kosztów obsługi geodezyjnej budowy.

Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że cena oferty złożonej przez Hydrobud jest niższa o około 55,06% zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (w przypadku zastosowania preferencyjnej stawki VAT 0% jest niższa o około 44%) oraz jest niższa o około 34,98% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z 19 czerwca 2018 r. Hydrobud udzielił wyjaśnień, które zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Po ocenie wyjaśnień zamawiający pismem z 27 czerwca 2018 r. ponownie zwrócił się do Hydrobud w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający stwierdził, że nie przedstawiono istotnych części składowych kosztów, zaś w treść udzielonych wyjaśnień jest niepełna, niewystarczająca i występują w niej nieścisłości. Oświadczył, że wzywa wykonawcę do doprecyzowania i uściślenia udzielonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz do przedstawienia dla całości zamówienia zbiorczego zestawienia kosztów składających się na cenę oferty, obejmujących: koszty bezpośrednie produkcji, w tym:

- robocizna wraz z ewentualnymi przestojami związanymi z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi;
- materiały wraz z dostawą i rozładunkami;
- usługi;
- sprzęt, w tym między innymi paliwo, serwis, bieżąca obsługa,
- ewentualni podwykonawcy.

Koszty ogólne, w szczególności: wynagrodzenie kadry technicznej i pomocniczej, nadzór saperski, organizacja i utrzymanie zaplecza budowy, obsługa geodezyjna, wykonanie atestów czystości dna, monitoringu batymetrycznego, delegacje, zakwaterowanie, dojazdy pracowników

Koszty pośrednie w szczególności ubezpieczeń, kosztów finansowania itp.;

Zysk

Ponadto zamawiający wezwał do złożenia uzupełnienia i doprecyzowania złożonych uprzednio wyjaśnień, dotyczących przedstawionych dowodów, o których mowa poniżej:

1. Zgodnie z Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót nr ST-01-01 Roboty rozbiórkowe punkt nr 5.2 pale - należy usunąć przez ucinanie, natomiast wykonawca przedstawił technologię usuwania pali niezgodną z dokumentacją techniczną. Poza tym nie przedstawił wyliczeń, jakie dokładnie koszty poniesie przy wykonywaniu przedmiotowych robót, na przykład zużycie paliwa, robocizna, mobilizacja. Wykonawca jedynie powołał się na cenę jednostkową usunięcia pojedynczego pala, co jest nie wystarczające do stwierdzenia, czy wykonawca jest w stanie wykonać ten zakres robót za wskazaną kwotę;
2. Wykonawca nie przedstawił dowodów i wyliczeń, jakie dokładnie koszty poniesie wykonywaniu wywożenia odpadów, na przykład: zużycie paliwa, robocizna, mobilizacji. Wykonawca jedynie powołał się na cenę jednostkową usunięcia pojedynczego pala, co jest wystarczające do stwierdzenia, czy jest w stanie wykonać ten zakres robót za wskazaną kwotę;
3. Wykonawca nie przedstawił dowodów i wyliczeń, jakie dokładnie koszty poniesie przy wbijaniu pali, na przykład: zużycie paliwa, łączny koszt robocizny, mobilizacje, koszty przestojów itp. Wykonawca jedynie powołał się na cenę jednostkową wbijania pojedynczego

pala, co niewystarczające do stwierdzenia czy, jest w stanie wykonać ten zakres robót za wskazaną kwotę;

4. Wykonawca nie przedstawił dowodów oraz wyliczeń, jakie dokładnie koszty poniesie przy transporcie pali po plaży, na przykład: zużycie paliwa, łączny koszt robocizny, mobilizacje, koszty przestojów itp. Ponadto, Wykonawca nie przedstawił wystarczającego opisu technologii w szczególności jakimi środkami i trasami planuje dostarczać materiały;

5. Wykonawca nie przedstawił dowodów oraz wyliczeń, jakie dokładnie koszty poniesie przy zatrudnianiu kadry kierowniczej, na przykład: wynagrodzenia, ilości pracowników, delegacji, dojazdy, zakwaterowanie.

6. Wykonawca nie przedstawił dowodów oraz wyliczeń, jakie dokładnie koszty poniesie przy zatrudnianiu geodetów, na przykład: wynagrodzenia ilości pracowników, delegacji, dojazdy, zakwaterowanie, kosztów zakupu tachimetru lub równoważnego sprzętu geodezyjnego niezbędnego do prowadzenia robót budowy i sporządzenia dokumentacji powykonawczej.

Zamawiający podkreślił, że celem udzielenia jest wykazanie, że oferowana cena nie jest rażąco niska i została skalkulowana w sposób, który zapewnia należyłą realizację przedmiotowego zamówienia. W związku z tym wykonawca powinien przedstawić pełną i jasną analizę kosztów, która uwzględni wskazane kwestie. Zgodnie z treścią wezwania z 11.06.2018 r. złożone wyjaśnienia winny zostać poparte stosownymi dowodami.

Hydrobud udzielił wyjaśnień pismem z 6 lipca 2018 r. Zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzuty odwołania są skierowane przeciw ofercie, złożonej przez wykonawcę konkurującego o udzielenie zamówienia z odwołującym, co wypełnia przesłankę szkody.

Odwołanie w przeważającej części okazało się zasadne.

Potwierdzenie znalazły zarzuty dotyczące zastrzeżenia przez Hydrobud wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty zawartych w pismach z 19 czerwca i 6 lipca 2018 r. oraz załączników do tych pism jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Art. 8 ust. 3 Pzp zawiera wyjątek od ustalonej w art. 8 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga zatem, aby dane informacje spełniały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 UZNK (aspekt materialny) i aby spełnianie tych przesłanek zostało wykazane przez wykonawcę, który złożył zastrzeżenie co do ich udostępniania (aspekt formalny).

W okolicznościach sporu nie zostały spełnione zarówno przesłanki materialno – jak i formalnoprawne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Hydrobud.

Art. 11 ust. 4 UZNK stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba zważyła, że wyjaśnienia zawarte w piśmie z 19 czerwca 2018 r. mają charakter bardzo ogólny, pozbawiony konkretnych danych i wycień, które indywidualizowałyby sytuację Hydrobud. Jedynymi konkretami są ceny jednostkowe usunięcia oraz wbicia pala, lista posiadanego sprzętu i numery uprawnień zawodowych części personelu przewidzianego do wykonania zamówienia. W ocenie składu orzekającego mając na uwadze charakter danego zamówienia, informacje te nie mają godnego ochrony charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego. Z treści wyjaśnień nie wynika, żeby sprzęt posiadany przez Hydrobud, osoby, którymi dysponuje ten wykonawca, lub sposób wycienienia przez niego cen jednostkowych był unikalny, budujący jego przewagę konkurencyjną. Nie sposób również doszukać się w przekazanych informacjach jakiegokolwiek wartości gospodarczej.

Wyjaśnienia zawarte w piśmie z 6 lipca 2018 r. są bardziej konkretne, gdyż zawierają wycienienia, o które zwracał się zamawiający, jednak w ocenie Izby podane informacje również nie zasługują na zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powołując się na wiedzę uzyskaną przez Izbę *ex officio* stwierdzić należy, że charakter tych informacji oraz stopień ich szczegółowości nie odbiega w żadnym stopniu od danych jawnie podawanych przez wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Podobnie treść dokumentów załączonych do tych wyjaśnień stanowią typowe wycienienia, zestawienia i oferty składanych na jawnych rozprawach w charakterze dowodów. Brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że cena oferty Hydrobud wynika z możliwości dostępnych wyłącznie temu wykonawcy.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że opis ten jest na tyle skonkretyzowany, iż nie możemy mówić o pozostawieniu wykonawcom znaczącej swobody w wyborze sposobu wykonania zamówienia, co mogłoby mieć wpływ na znaczącą różnicę cen.

Przechodząc do oceny aspektu formalnego wymaganego przez art. 8 ust. 3 Pzp wskazać należy, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę w tym przepisie akcentujące obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się faktycznie do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 znku i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Podkreślenia wymaga również, że przesłanka „wartości gospodarczej” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie Hydrobud w żaden sposób nie opisał i nie wykazał zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną poufne. Hydrobud powinien wykazać zamawiającemu na czym polegała wykorzystywana strategia cenowa czy kosztowa, ewentualne unikalne warunki cenowe uzyskiwane od współpracujących podmiotów lub wynikające z organizacji pracy, a nie poprzestawać jedynie na ogólnych stwierdzeniach, że zastrzeżone informacje są informacjami organizacyjnymi oraz posiadają wartość gospodarczą.

Izba uznała, że Hydrobud nie wykazał również jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z art. 8 ust. 3 Pzp wynika, że nie jest wystarczające podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, a zatem działań skutecznych, gwarantujących poufność zastrzeganych informacji. Hydrobud tymczasem wykazując ziszczenie tej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania kilku ogólnych stwierdzeń. Zdaniem składu orzekającego wykonawca, który podejmuje określone działania, by chronić informacje w poufności, powinien wykazać wszystkie podjęte przez siebie środki i szczegółowo je opisać, tak aby były one godne wiary.

Na szczególny sprzeciw zasługuje zastrzeżenie przez Hydrobud uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie zaprezentowane powyżej oceny Izby zachowują aktualność. Podkreślić należy, że co do zasady wyjaśnienia dotyczące spełnienia przesłanek art. 11 ust. 4 UZNK i powinny być

całkowicie jawne. W przeciwnym razie możliwość oceny zastrzeżenia przez konkurujących wykonawców zostanie co najmniej poważnie ograniczona i nie zostanie osiągnięty cel art. 8 ust. 3 Pzp. *Ratio legis* tego uprawniającego wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było bowiem ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby z treści uzasadnienia złożonego przez Hydrobud należy wysnuć wniosek, że jedynym celem zastrzeżenia było ograniczenie konkurentom dostępu do informacji.

Nie zasługuje na aprobatę działanie zamawiającego, który oceniając zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Hydrobud bezrefleksyjnie oparł się wyłącznie na samym fakcie zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę. Zamawiający natomiast powinien odnieść tezy uzasadnienia do zastrzeżonych informacji. Dopiero wtedy możliwa jest ocena, czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, czy też nie zasługują na tego rodzaju ochronę i podlegają udostępnieniu innym wykonawcom stosownie do zasady jawności postępowania. Obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie.

W odniesieniu do badania przez zamawiającego ceny oferty Hydrobud Izba zważyła, że istota sporu nie leży w tym, czy zamawiający może ponownie zastosować art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do wykonawcy, który już udzielił wyjaśnień. Sporna jest natomiast kwestia, czy w okolicznościach sporu zamawiający jest uprawniony do ponawiania wezwania. Nie ma bowiem przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, jednakże wyłącznie w przypadku, kiedy pierwotnie udzielone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia. W przeciwnym razie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień skutkowałoby przywróceniem wykonawcy terminu na dokonanie czynności złożenia wyjaśnień i dowodów. W sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, postępuje wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp. Miara należytej staranności oczekiwanej od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakłada, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty.

Ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, w sytuacji gdy wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Taka sytuacja zaistniała w badanym postępowaniu, gdyż Hydrobud wezwany w sposób szczegółowy i konkretny przez zamawiającego podał jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żdanymi przez zamawiającego, wskazującymi na sposób obliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Pismo z 19 czerwca 2018 r. nie zawiera żadnych konkretnych informacji na temat zastosowanej przez Hydrobud wyceny oferty i poziomu zastosowanych przez niego cen jednostkowych za poszczególne elementy realizacji przedmiotu zamówienia, jak choćby kosztów robocizny czy materiałów. Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp nie odnosi się jedynie do przedstawienia zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie wykonawcy.

Pismo Hydrobud w widoczny sposób takich informacji nie zawiera, zatem pomimo tego, że zostało ono złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp W żadnym zaś razie złożonego pisma nie można uznać za złożenie wyjaśnień co do poziomu ceny ze względu na brak w nim jakiegokolwiek kalkulacji, nawet w najbardziej ograniczonym zakresie, czy też wskazania, w jaki sposób wskazane okoliczności wpłynęły na cenę oferty.

Trafność tej oceny potwierdza treść drugiego wezwania zamawiającego dokonanego pismem z 27 czerwca 2018 r., gdzie stwierdzono, że nie przedstawiono istotnych części składowych kosztów, zaś w treść udzielonych przez Hydrobud wyjaśnień jest niepełna, niewystarczająca i występują w niej nieścisłości. Tego rodzaju stwierdzenia w myśli poglądu wyrażanego w orzecznictwie Izby stanowią uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył rzetelnych wyjaśnień. W konsekwencji nie mogą stanowić uzasadnienia dla kierowania ponownego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 do wykonawcy, który zlekceważył pierwsze wezwanie. Izba stwierdziła, iż w ustalonym stanie rzeczy nie spełnione pozostały przesłanki, które mogłyby skutkować ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez Hydrobud.

Potwierdzenie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 - 3 Pzp nie mogło jednak przynieść skutku w postaci nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Hydrobud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp Izba rozpoznaje odwołania wobec czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wobec zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Czynnością wadliwie dokonaną przez zamawiającego było ponowienie wezwania Hydrobud do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty i Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie tej czynności.

Nie można natomiast uznać, że zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty Hydrobud, z racji wskazania w ofercie ceny rażąco niskiej. Zamawiający, co potwierdził na rozprawie, nie zakończył jeszcze badania tej oferty, zatem nie znajduje się w stanie zaniechania. Przepisy ustawy nie nakazują zamawiającemu odrębnego odrzucania poszczególnych ofert. Nawet prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem art. 24aa Pzp, zamawiający może poinformować łącznie o odrzuceniu niektórych ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty.

W okolicznościach sprawy zamawiający zobligowany będzie natomiast do dokończenia oceny oferty Hydrobud z pominięciem wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę w wyniku drugiego wezwania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK. Sankcją stosowaną w przypadku niezgodnego z prawem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest uznanie zastrzeżenia za nieskuteczne („odtajnienie informacji”), nie zaś odrzucenie oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: