

Sygn. akt: KIO 1630/22
KIO 1641/22

WYROK
z dnia 11 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 lipca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez:

- A) wykonawcę **ZABERD sp. z o.o. (ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław)** (KIO 1630/22);
- B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BUDiA - Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa (ul. Lwowska 31/101, 56-400 Oleśnica)** (KIO 1641/22);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BUDiA - Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa (ul. Lwowska 31/101, 56-400 Oleśnica)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1630/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala oba odwołania
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołujących: wykonawcę **ZABERD sp. z o.o. (ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław)** (KIO 1630/22) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BUDiA - Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa (ul. Lwowska 31/101, 56-400 Oleśnica)** (KIO 1641/22) i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty: 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **ZABERD sp. z o.o. (ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław)** tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 1630/22), 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BUDiA - Standard Sp. z o.o., T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa (ul. Lwowska 31/101, 56-400 Oleśnica)** tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 1641/22, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 1630/22 oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 1641/22,
- 2.2. zasądza od Odwołującego **ZABERD sp. z o.o. (ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław)** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika o sygnaturze akt KIO 1630/22,
- 2.3. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BUDiA - Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa (ul. Lwowska 31/101, 56-400 Oleśnica)** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika o sygnaturze akt KIO 1641/22,

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 2021 r. poz. 1129 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 1630/22
KIO 1641/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie w podziale na 2 części”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 14 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 051-133144.

Odwołujący ZABERD Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na uznaniu, że oferta ZABERD sp. z o.o. została złożona niezgodnie z SWZ, odrzuceniu oferty ZABERD sp. z o.o. w części 1, wyboru w części 1 zamówienia oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu, zaniechaniu wyboru oferty ZABERD sp. z o.o. w części 1 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie zaniechaniu unieważnienia postępowania, w ramach którego wskutek niejednoznacznej treści zmiany wprowadzonej w formularzu cenowym, nie da się porównać złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, alternatywnie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, alternatywnie art. 255 pkt 6 PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia odrzucenia oferty ZABERD sp. z o.o., unieważnienia czynności wyboru w części 1 zamówienia oferty Konsorcjum: BUDiA-Standard Sp. z o.o., „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B., powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ZABERD sp. z o.o., ewentualnie unieważnienia postępowania, które jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez Odwołującego, zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

W pkt 16 SWZ Zamawiający określił rozdział pn. Opis sposobu przygotowania oferty. W pkt 16.5. zdefiniował ofertę, do której zaliczył m.in. Formularz cenowy - Tabela elementów rozliczeniowych TER wraz ze Zbiorczym Zestawieniem Kosztów (ZZK), stanowiące TOM IV SWZ.

W pierwotnym brzmieniu formularza cenowego dla Grupy prac nr 10c „Zimowe utrzymanie dróg”, poz. 1.2 drogi serwisowe, jednostką miary wskazaną przez Zamawiającego w kolumnie „d” były metry bieżące, a w kolumnie „f” oraz „g” kilometry. Jednak Zamawiający

dokonał zmiany wzoru formularza cenowego wskutek pytań do SWZ o numerach 54 oraz 55. Pytanie nr 54 brzmiało:

Dotyczy części 1 TER GR 10c - Prosimy o dostosowanie formularza poprzez zmianę treści opisu kolumny „f” i „g” tj. „cena jedn. netto [km]” na treść: „cena jedn. netto [km] lub [m²]” - prosimy o zmianę opisu pozycji nr 1.2 w kolumnie „d” na „drogi serwisowe [km]”. Wskazana ilość jednostek w tej pozycji zgodnie z załącznikiem nr 1.5 do OPZ dla części 1 zamówienia odnosi się do kilometrów.

Z kolei odpowiedź Zamawiającego brzmiała:

Patrz zmiana SWZ nr 1. Zamawiający dokonuje zmian w TER grupa 10a (dokonano zmiany opisu jednostek)

Jak wskazał Odwołujący, w odpowiedzi na pytanie 54 Zamawiający omyłkowo odwołał się do TER grupa 10a, podczas gdy w rzeczywistości dokonał zmiany opisu jednostek TER grupa 10c, ustanawiając nowy formularz cenowy dla tej grupy.

Tożsame pytanie zostało zadane w odniesieniu do grupy 10c dla części 2 zamówienia (pytanie 55) oraz analogiczna zmiana formularza cenowego dla części 2 zamówienia została wprowadzona przez Zamawiającego do tego formularza dla części 2 zamówienia (Zamawiający dokonuje zmian w załączniku: "Formularz cenowy TER- y ZZK dla części 2") poprzez zmianę treści opisu kolumny „f” i „g” dopuszczono podanie ceny jednostkowe w kilometrach lub w metrach kwadratowych.

Odwołujący załączył do oferty formularz cenowy dla części 1 grupa prac 10c

Zamawiający wystąpił do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, które dotyczyły Formularza cenowego dot. Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 10c „Zimowe utrzymanie dróg” pozycja nr 1.2. Zamawiający postawił pytanie o treści: „W jaki sposób Wykonawca za oferowaną cenę jednostkową wynoszącą „0,10 zł netto za 1 km” dla kolumny „f” - usuwanie śliskości oraz 0,20 zł netto za 1 km” dla kolumny „g” odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości jest w stanie przeprowadzić odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach serwisowych i technologicznych. Proszę o wskazanie poszczególnych elementów składowych ceny tej pozycji”.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z treścią formularza cenowego zaoferował 0,10 zł netto za 1 m² dla kolumny „f” usuwanie śliskości oraz 0,20 zł netto za 1 m² dla kolumny „g” odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości. Zaoferowane ceny jednostkowe nie zostały zatem podane w odniesieniu do jednostki miary, jakim jest kilometr.

10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że w części 1 zamówienia dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: BUDiA - Standard Sp. z o.o. oraz „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B..

Zamawiający poinformował również, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, to jest wobec uznania, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność ta w odniesieniu do części 1 polega zaś na zaoferowaniu przez Odwołującego w Formularzu cenowym dot. Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej TER) w zakresie TER - Grupa prac nr 10c „Zimowe utrzymanie dróg”, w pozycji nr 1.2. drogi serwisowe, ceny dla jednostki miary „m²” zamiast „km”.

Jak wskazał Zamawiający, ustalenie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ nastąpiło w ramach procedury badania ceny.

Zamawiający uzasadnił, że pozostali wykonawcy właściwie zrozumieli dokonane zmiany SWZ i podali swoje ceny w kilometrach. Wskazał, że obowiązywała tylko jedna jednostka miary - kilometr. Zaznaczył, że wprowadzone przez niego zmiany formularza cenowego (dokonane w odpowiedzi na pytania 54 i 55) miały na celu skorelowanie postanowień dokumentów zamówienia tj. OPZ z załącznikami i Formularza cenowego (TER-y, ZZK), a nie danie możliwości alternatywnego wyboru wyliczenia ceny jednostkowej za m² lub km. Zamawiający uzasadnił, że przyjęcie stanowiska Odwołującego świadczyłoby o braku racjonalności działań Zamawiającego i przeczyłoby zasadom logicznego rozumowania. Podjęte bowiem przez niego działania porządkujące i precyzujące, w istocie wprowadziłyby stan niepewności interpretacyjnej wśród wykonawców.

W konsekwencji Zamawiający wskazał, że nie może samodzielnie przeliczyć jednostek miary metrów kwadratowych na kilometry, ponieważ jedyną podstawę do dokonywania poprawek stanowi dyspozycja art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem, w ocenie Zamawiającego, omyłka polegająca na zastosowaniu innej jednostki miary nie mieści się w żadnej z powyższych kategorii omyłek, stąd brak jest możliwości dokonania przez Zamawiającego przeliczeń jednostek miary w zakresie, jaki wynika z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

Zdaniem Odwołującego, podanie ceny jednostkowej za metr kwadratowy zostało dopuszczone w SWZ. Odwołujący wybrał i zastosował pierwszą z możliwych jednostek.

Zatem brak jest okoliczności uzasadniających stwierdzenie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ - Odwołujący miał prawo zastosować wybraną przez siebie jednostkę miary.

Odwołujący wyjaśnił, że o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ. W stanie faktycznym sprawy tak jednak nie jest. Interpretacja SWZ prowadzi do uznania, że jednostka jeden metr kwadratowy została zaoferowana przez Odwołującego zgodnie z SWZ. Czyli jego oferta niezasadnie została uznana za niezgodną z SWZ, a stawki jednostkowe w metrach kwadratowych należało przeliczyć na kilometry wyłącznie w celu porównania ofert.

Dalej Odwołujący stwierdził, że skoro Zamawiający utrzymuje, że zaoferowanie metrów kwadratowych było niezgodne z SWZ, to miał on obowiązek przeliczyć jednostki miary w celu usunięcia tej niezgodności. Wszelkie dane niezbędne do przeliczenia (jednostkę miary, cenę jednostkową i łączną długość dróg) miał podane w treści formularza. Nadto w SWZ znajdował się załącznik wskazujący średnią szerokość dróg serwisowych zarządzanych przez Zamawiającego. Zaoferowanie jednostki miary metr kwadratowy, jeśliby uznać, że było niezgodne z SWZ, było wynikiem omyłki Odwołującego, a nie jego świadomego działania.

Odwołujący wskazał także, że gdyby uznać, że - jak wywodzi Zamawiający - zgodnie z SWZ cenę za usuwanie śliskości oraz odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach serwisowych można było oferować tylko kilometrach, to oferta Odwołującego również nie mogła zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 SWZ, ponieważ taką niezgodność Zamawiający miał obowiązek usunąć w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Omyłka, jaka zaistniała w treści oferty Odwołującego wobec nieprawidłowego zrozumienia przez niego powodów modyfikacji formularza cenowego była inną omyłką podlegającą obowiązkowemu usunięciu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający z łatwością może samodzielnie dokonać przeliczenia cen wartości pozycji nr 1.2 w kolumnie wykorzystując dane w kolumnach „e”, „f” i „g” , poprzez wykonanie działania mnożenia powierzchni dróg serwisowych w jednostce metr kwadratowy (kol. „e”) przez kolumnę „f” lub „g” z ceną jednostkową za 1 metr kwadratowy. W wyjaśnieniach Odwołujący zawarł kalkulację, pokazującą sposób przeliczenia jednostki miary.

Odwołujący wskazywał także, że cenę odniesioną przez Odwołującego do metrów kwadratowych należało przeliczyć wyłącznie na potrzeby porównania ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że przeliczenie jednostek miary polegające za zachowaniu ceny jednostkowej i tylko zmianie jej „krotności”, jest w świetle art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP dopuszczalne, nawet jeśli prowadzi do zmiany ceny.

Odwołujący postawił zarzuty odwołania w sposób alternatywny. Uznanie, że Odwołujący popełnił błąd w ofercie prowadzi do wniosku, że Zamawiający zaniechał zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Uznanie zaś, że omyłki Odwołującego nie można poprawić, musiałoby prowadzić do uznania, że Zamawiający naruszył art. 255 pkt 6 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, które jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim wypadku należałoby bowiem uznać, że poprzez niejednoznaczne sformułowanie treści formularza cenowego Zamawiający nie jest w stanie porównać ofert, sprowadzając je do jednej jednostki miary.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Odwołującego jego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a podanie ceny jednostkowej za metr kwadratowy zostało dopuszczone w SWZ. Odwołujący wybrał i zastosował pierwszą z możliwych jednostek, tj. m², a nie km.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, brak było podstaw do wyboru jednostki miary w kolumnie f i g. Jednostki miary (powierzchni lub długości) podane w kolumnach „f” i „g” dla grupy prac nr 10c - Zimowe utrzymanie dróg, należało odczytywać zgodnie z jednostkami wskazanymi w wierszu 1.1 i 1.2. W wierszu 1.1 Zamawiający wskazał: Elementy pasa drogowego - chodniki, ścieżki rowerowe, ciągi pieszo-rowerowe i jako jednostkę miary oznaczył metry kwadratowe [m²]. Zatem wpisując poszczególne wartości należało do wyceny przyjąć jednostkę, jaką jest m². W wierszu 1.2 Zamawiający wskazał: Elementy pasa drogowego - drogi serwisowe i jako jednostkę miary oznaczył kilometry [km]. Zatem wpisując poszczególne wartości należało do wyceny przyjąć jednostkę, jaką jest km. Treść formularza była zatem przygotowana w sposób czytelny i logiczny. Należy zakładać, że formularz cenowy jest wypełniany przez podmioty profesjonalne. Okoliczność, że jeden z wykonawców nie odczytał formularza cenowego w sposób prawidłowy, nie może stanowić podstawy dla zmiany decyzji Zamawiającego.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają dokumenty w postaci formularzy cenowych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, złożone przez Odwołującego jako dowód na okoliczność, że Zamawiający każdorazowo

przygotowywał formularz cenowy nie pozostawiając wykonawcom wyboru. Dla rozstrzygnięcia postępowania istotna jest treść formularza w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Zdaniem Odwołującego, jego formularz ofertowy został wypełniony w sposób prawidłowy, zaś Zamawiający mógł ewentualnie dokonać przeliczenia m² na km.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wypełnił formularza w sposób zgodny z wymaganiami (o czym powyżej). Nie jest także wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający miałby przeprowadzić przeliczenie. Zamawiający nie wskazał danych pozwalających przeliczyć długość dróg serwisowych podanych w kilometrach na ich powierzchnię liczoną w metrach kwadratowych.

Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień przyjął założenie 3 m średniej szerokości pasa drogi. Takie dane nie wynikały jednak z SWZ. Dane zostały ustalone w oparciu o doświadczenie Odwołującego. Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron stwierdził również, że w części II zamówienia, w dokumentacji przetargowej szerokość pasa jezdni została określona jako 3 m. Należy zauważyć, że część II zamówienia dotyczy innych dróg niż część I. Dokumenty części II nie dotyczą części I. Zamawiający w treści dokumentacji SWZ dla części I nie określił szerokości pasa drogowego.

Co więcej, Odwołujący w treści wyjaśnień przedstawił inne obliczenia, natomiast w treści odwołania inne. Zaś w trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący wskazywał szerokość pasa drogi, który powinien zostać odśnieżony na zarówno 3 m, jak również, że z uwagi na warunki techniczne urządzeń do odśnieżania można przyjąć wartość 2,5 m. Z powyższego wynika, że również Odwołujący nie jest w stanie określić, w jaki sposób powinno nastąpić ewentualne przeliczenie, a więc nie jest jasne, jaka w takiej sytuacji powinna być w takim przypadku treść jego oferty.

Odwołujący nie wypełnił formularza zgodnie z treścią SWZ, co oznacza, że w tym zakresie oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SWZ. Obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie jej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zamawiający może dokonać poprawienia omyłki, gdy sposób, w jaki ma zostać dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Zatem omyłka powinna mieć taki charakter, aby jej poprawienia mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału w tej czynności wykonawcy. Tym samym, także omyłka Odwołującego powinna mieć taki charakter, by Zamawiający mógł dokonać przedmiotowej czynności samodzielnie bez udziału w tej czynności Odwołującego.

Oferta Odwołującego nie zawierała omyłki podlegającej poprawieniu, bowiem dopiero wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny określiły błędne działanie Odwołującego. Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia omyłki poczynionej przez Odwołującego, ponieważ nie było możliwe na podstawie SWZ przeliczenie m² na km lub km na m². Takiego przeliczenia dokonał sam Odwołujący w swoim piśmie na podstawie własnych ustaleń, a nie na podstawie SWZ. Ponadto skoro (jak wskazano powyżej) również Odwołujący nie wskazał jednoznacznego sposobu poprawienia omyłki, to oznacza, że poprawienie omyłki nie było możliwe.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie wykazał istnienia żadnej wady postępowania. Okoliczność, że w sposób nieprawidłowy wypełnił formularz cenowy oraz okoliczność, że nie jest możliwe poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego nie oznacza, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

KIO 1641/22

Odwołujący Konsorcjum firm: BUDiA - Standard Spółka z o.o., „B.” Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 r. informacji zastrzeżonych jako „tajemnica

przedsiębiorstwa" w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach treści oferty z dnia 25 maja 2022 r., tj. następujących informacji i dokumentów:

- 1) Szczegółowe wyliczenia zawarte na str. od 12 do 34 pliku wyjaśnienia-zastrzeżenie do treści pisma 25.05.2022 wersja zastrzeżona;
- 2) Załączniki wymienione w pliku o nazwie załącznik nr 1 do wyjaśnień całoroczne utrzymanie Lublin 25 05 2022, tj. Regulamin kontraktowania - tajemnica przedsiębiorstwa, Regulaminu Pracy - tajemnica przedsiębiorstwa, Polityka bezpieczeństwa Spółki - tajemnica przedsiębiorstwa, Umowa o zachowaniu poufności - wzór obowiązujący w Spółce - tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. poprzez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy Odwołujący, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: zastrzegł wprost jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” określone informacje - szczegółowo je wskazując - podając, że nie mogą być one udostępniane, jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje - w szczególności szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce (wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze, wyliczenia co do zakładanego zysku; założenia) oraz informacje pozwalające na identyfikację podmiotów trzecich udostępniających potencjał (a przez to umożliwiające przesłanie kontaktów biznesowych) - wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i w sytuacji, gdy dane informacje zostaną odtajnione, dojdzie do naruszenia jego relacji z podmiotami konkurencyjnymi.

- art. 11 ust. 2 p.z.p. poprzez: - bezpodstawne przyjęcie, by zastrzeżone przed Odwołującego informacje w postaci kosztorysów i kalkulacji (w szczególności poszczególne ceny jednostkowe, założenia, metodologia, sposób organizacji pracy), nie miały wartości gospodarczej, a przez to nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na to, że „zostały sporządzone dla konkretnego kontraktu, dlatego nie można uznać ich za informacje o stałym charakterze rzutujące na działalność przedsiębiorstwa” - podczas gdy wskazane informacje obrazują sposób przygotowywania oferty przez Odwołującego nie tylko danego zamówienia, ale również ukazują całokształt metodologii i know-how Odwołującego przy analogicznych zamówieniach, bowiem na ich podstawie można w łatwy sposób wywnioskować jakie prawdopodobne założenia Odwołujący przyjmie w ofertach przy podobnych zamówieniach, a zatem odnosi się do stałego waloru wykonawcy - co stanowi o ich wartości gospodarczej; bezpodstawne przyjęcie, by zastrzeżone informacje zawarte w załącznikach o charakterze

organizacyjnym nie miały wartości gospodarczej, podczas gdy takie dokumenty jak Regulamin kontraktowania, Regulamin Pracy, Polityka bezpieczeństwa Spółki, Umowa o zachowaniu poufności (wzór obowiązujący w Spółce), Polityka wynagrodzeń w przedsiębiorstwie - stanowi obszar działalności przedsiębiorstwa, który może być objęty ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, obowiązujące przepisy nie stanowią żadnych wyłączeń w tym zakresie, a zastrzeżone załączniki zawierają informacje stanowiące stały element funkcjonowania przedsiębiorstwa, świadczące o sposobie jego organizacji i nie są powszechnie znane.

- art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 p.z.p. poprzez: bezpodstawne przyjęcie, by Odwołujący nie wykazał - w rozumieniu Zamawiającego - nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to podlegały ujawnieniu, podczas gdy Odwołujący w treści uzasadnienia wyjaśnień w szczegółowy sposób opisał procedurę sporządzania oferty - wykazując spełnienie przesłanek „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jak również przedłożył stosowne dowody w postaci dokumentów obowiązujących w Spółce, tj.:

- (1) Regulamin kontraktowania;
- (2) Regulamin Pracy;
- (3) Polityka bezpieczeństwa Spółki;
- (4) Umowa o zachowaniu poufności - wzór obowiązujący w Spółce;
- (5) Polityka wynagrodzeń w przedsiębiorstwie,

przez co Odwołujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując w sposób rzeczowy, wiarygodny, spójny na ich wartość gospodarczą w szczególności poprzez wskazanie poczynionych nakładów, podkreślenie doświadczenia i wskazał na konkretne zagrożenia finansowe w związku z ich ujawnieniem oraz możliwość powiększenia szkody i trudne do przewidzenia dalsze skutki finansowe ujawnienia.

- art. 16 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 u.z.n.k. poprzez: pominięcie zasady proporcjonalności przy odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartych w dokumentach przekazanych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień - a przez to nieuwzględnienie ewentualnych skutków podjętych działań z punktu widzenia Odwołującego, jego pozycji na rynku i konieczności ochrony posiadanego know-how, podczas gdy urzeczywistnienie zasady proporcjonalności, stanowiącej gwarancję prawidłowego przygotowania i przebiegu postępowania, powinno przejawiać się w odpowiednim przeprowadzeniu tego postępowania - w tym poszczególnych czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego, w sposób pozwalający na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; nieuwzględnienie podstawowej

zasady prawa zamówień publicznych w postaci nakazu przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w ten sposób, że Zamawiający nakazując odtajnienie dokumentacji nie uwzględnił konsekwencji podjętego działania w postaci zaburzenia pozycji Odwołującego na rynku, poznania przez inne podmioty szeroko pojętego know-how - co będzie miało znaczenie nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale też w innych, analogicznych przetargach - jak również umożliwienie przewidywania przez konkurentów poziomu cen w innych przetargach przez kalkulowanie w oparciu o przedmiotowe informacje; przedwczesne ujawnienie całości informacji bez uprzedniego zbadania treści dokumentów, a przez to niezbadanie uprzednio zawartych w nich danych przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający w przypadku, gdy miałby wątpliwości, co do których w ocenie Odwołującego nie było podstaw, winien uprzednio zbadać, czy informacje podlegają ochronie, a co powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze, treści zawartych w tych dokumentach, po drugie, okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, a brak dokonania tych czynności stanowi podstawę do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 223 ust. 1 p.z.p. przez Zamawiającego;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu utajnienia dokumentów i informacji przekazanych w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 25 maja 2022 r., które Odwołujący zastrzegł jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na wezwanie wystosowane do Wykonawcy przez Zamawiającego, Odwołujący złożył wyjaśnienia co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w szczególności Opisie Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami i projektowanymi postanowieniami umowy. W treści wyjaśnień Odwołujący zastrzegł określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- Szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce - w szczególności w zakresie poszczególnych grup prac ujętych w treści przedmiotowych Wyjaśnień (Grupa prac nr 1 Nawierzchnia; Grupa prac nr 4 Odwodnienia; Grupa prac nr 6 Oznakowanie; Grupa prac nr 7 „Urządzenia BRD”; Grupa prac nr 8 „Estetyka”), w tym:

- a) wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze - w tym ceny jednostkowe, stosowane marże, narzuty i założenia (m.in. ilościowe, powierzchniowe) - dotyczące w szczególności robocizny, materiałów, sprzętu, paliwa;
- b) wyliczenia co do zakładanego zysku;

c) poszczególne elementy założeń;

- Informacje opisowe dotyczące kosztów ponoszonych przez Spółkę - według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce;
- Umowy z kontrahentami (załączniki do pisma) - według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce;
- Oferty podwykonawców (załączniki do pisma) - według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce.

Jednocześnie wskazano, że nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa następujące informacje:

- przywołane stanowiska doktryny i judykatury;
- stanowisko Spółki w zakresie braku podstaw do oceny rzetelności ceny ofertowej zaproponowanej przez Spółkę;
- stanowisko Spółki w zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący do złożonych wyjaśnień załączył dodatkowo dokument „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”, w którym przedstawił uzasadnienie objęcia zaznaczonych informacji jako „tajemnica przedsiębiorstwa”. Wykonawca przedstawił wraz z zastrzeżeniem Regulamin kontraktowania, Regulamin Pracy, Politykę bezpieczeństwa Spółki, Umowę o zachowaniu poufności - wzór obowiązujący w Spółce.

Zamawiający powiadomił Odwołującego, że postanawia odtajnić informacje i dokumenty. Zamawiający wskazał, że zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa przestanie być tajna we wskazanym zakresie w dniu 21 czerwca 2022 r. i od tego momentu Zamawiający będzie mógł ją udostępnić wszystkim zainteresowanym.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Wskazał, że informacje zastrzeżone zawierają szczegółowy, nieznanym innym wykonawcom opis sposobu kalkulacji ceny oferty, wskazujący na przyjętą indywidualną metodologię, a także sposób jej wyliczenia. Przy czym, poszczególne założenia i elementy brane pod uwagę przy kalkulacjach - pozwalają także z uwagi na doświadczenie wykonawcy na wykonywanie zamówienia za pośrednictwem znanej jemu tylko organizacji pracy i przy wykorzystaniu zasobów technicznych, co stanowi o konkurencyjności Wykonawcy na rynku. Dane pozwalające na identyfikację podmiotów trzecich udostępniających potencjał umożliwiają prześledzenie kontaktów biznesowych i stanowią strategię działania Odwołującego. Ich ujawnienie może wpłynąć nie tylko na sytuację Odwołującego na rynku, poprzez naruszenie jego relacji z podmiotami konkurencyjnymi, ale również prowadzić do rzeczywistego

zagrożenia chronionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

Dalej Odwołujący wskazał, że zastrzeżone informacje obejmują szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym wskazujący na przyjętą przez potencjalnego wykonawcę metodologię jej wyliczenia, sposób wykonania zamówienia, organizację, założenia i szeroko pojęty know-how - stanowiący o konkurencyjności Odwołującego na danym rynku. Ujawnienie informacji dotyczących złożonych wyjaśnień i załączonych dokumentów, a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysowych, umożliwiłoby nie tylko poznanie metodologii i sposobu działania przez pozostałych przystępujących w niniejszym postępowaniu, ale również ułatwiłoby przewidywanie przez konkurencyjne podmioty poziomu cen Odwołującego w przyszłych przetargach - poprzez ich kalkulowanie na odpowiednio niższym poziomie w celu uzyskania zamówienia, prowadząc do zaburzenia pozycji Odwołującego na rynku - a na co wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, a co zdaje się całkowicie pomijać Zamawiający.

Odwołujący argumentował także, że przedmiotowe informacje obejmują również dane składające się na strategię Odwołującego i podejmowanych działań w ramach współpracy z innymi podmiotami, w szczególności takie jak sposób współpracy, plany czy informacje dotyczące podmiotów trzecich udostępniających potencjał pozwalających na ich identyfikację, a co umożliwia przesłedzenie kontaktów biznesowych Odwołującego. Wskazał, że zawarł w przedstawionych wyjaśnieniach informacje składające się na strategię Odwołującego w ramach współpracy z innymi podmiotami, takie jak plany, oferty i inne informacje dotyczące podmiotów trzecich udostępniających potencjał pozwalających na ich identyfikację (uwzględnienie poszczególnych rodzajów prac i przyjętych cen jednostkowych do kalkulacji).

Zastrzeżone przez Odwołującego ujęte zostały również w przedłożonych załącznikach. Ujawnienie ww. informacji pozwoli podmiotom konkurencyjnym poznać całość metodologii stosowanej przez Odwołującego zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i przy realizacji innych zadań publicznych. Będzie to miało kluczowe znaczenie w przypadku zamówień publicznych o tożsamym przedmiocie wykonywanych usług.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego, że „informacje te pozbawione są wartości gospodarczej, tj. przydatności dla konkurencji, która dawałaby jej przewagę nad Wykonawcą i nie spełniają warunków objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa”. Wyjaśnił, że zastrzeżone informacje obrazują sposób przygotowywania oferty nie tylko w ramach niniejszego zamówienia, ale również ukazują całokształt know-how Odwołującego przy zamówieniach o podobnym przedmiocie, ponieważ na ich podstawie można w łatwy sposób wywnioskować jakie prawdopodobne dane do kalkulacji Odwołujący przyjmie w

ofertach przy podobnych zamówieniach - co stanowi o stałym walorze gospodarczym zastrzeżonych informacji, a co zdaje się kwestionować Zamawiający. To z kolei rodzi niebezpieczeństwo dla pozycji Odwołującego na rynku, co dodatkowo potwierdza wartość gospodarczą informacji. Sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych - tak również na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego - stanowią indywidualny dorobek handlowy Spółki. Wskazał, że opiera się na wieloletnim doświadczeniu Spółki i zaangażowania specjalistów (pracowników Spółki, odpowiednio w tym w tym zakresie - co wynika z Regulaminu kontraktowania - wynagradzanych). Posiadana przez Spółkę wiedza i doświadczenie, pozwala na czynienie stosownych założeń, w tym elementy podlegające uwzględnieniu przy konkretnej analizie kosztu, tj. zastosowane ilości, ceny, roboczogodziny.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wewnątrz jej działalności funkcjonuje określony model dotyczący współpracy z innymi podmiotami, określający w szczególności zasady prowadzenia negocjacji, składania i przyjmowania ofert - co reguluje przedłożony Zamawiającemu do wyjaśnień Regulamin kontraktowania. Jego treść określa zasady prowadzenia negocjacji przez osoby występujące w imieniu Spółki oraz zawierania umów z kontrahentami - ukazując sposób współpracy, metody wyboru kontrahentów czy same nakłady przeznaczane na prowadzenie negocjacji. Został on opracowany na podstawie wieloletniego doświadczenia Spółki i znalazł również zastosowanie przy opracowywaniu kalkulacji czy poszukiwaniu kontrahentów na potrzeby opracowania oferty w niniejszym postępowaniu. W ten sposób ukazano model funkcjonowania Odwołującego w ramach przygotowywania ofert - nie tylko na potrzeby niniejszego zamówienia, a co dodatkowo wykazało wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że ujawnienie informacji dotyczących wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny (w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysowych) spowodowałoby zaburzenie konkurencji na rynku, ułatwiłoby przewidywanie przez konkurencyjne firmy poziomu cen Wykonawcy w przyszłych przetargach poprzez ich kalkulowanie na odpowiednio niższym poziomie w celu uzyskania zamówienia.

Odwołujący zauważył także, że nie są możliwe do przewidzenia wszystkie skutki, jakie może ze sobą nieść ich ujawnienie podmiotom konkurencyjnym i trudno jest wskazać konkretną wartość (a co za tym idzie rozmiar szkody), jaką przedstawiają dla Wykonawcy informacje zastrzeżone. Odwołujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia wskazywał szacunkową wartość nakładów w związku z przygotowaniem kalkulacji, nazewnictwa, opracowaniem metodologii do danego zamówienia - podkreślając przy tym wartość doświadczenia, którego w istocie nie sposób jest wycenić.

Odwołujący wskazał także, że przedstawione przez niego informacje mają stały walor jako wykonawcy zamówienia publicznego, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Informacje te należą do Odwołującego - stanowiąc efekt jego długoletniej praktyki i doświadczenia. Ujawnienie takich informacji prowadzi do powstania takiej potencjalnej szkody dla Odwołującego, która to w szczególności polegać będzie na poznaniu przez konkurentów strategii, podmiotów współpracujących czy też szeroko pojętego know-how i metodologii - co będzie miało znaczenie nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale też w innych, analogicznych przetargach, jak również umożliwienie przewidywania przez konkurentów poziomu cen w innych przetargach przez kalkulowanie w oparciu o przedmiotowe informacje.

Odwołujący wyjaśnił także, że nie upublicznił zastrzeżonych informacji na żadnej stronie internetowej, w materiałach promocyjnych czy w toku innego postępowania - dążąc do zachowania ich w tajemnicy, a o czym świadczą również podjęte działania zmierzające do zachowania informacji, a Odwołujący podjął działania zmierzające do zachowania informacji w poufności. Przedłożył również dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności informacji zastrzeżonych w danym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że stosowany jest monitoring oraz ograniczony jest zakres pracowników mających dostęp do takich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne w jakichkolwiek źródłach dostępnych publicznie, a opisane wyżej działania potwierdzają podejmowanie stosownych działań zmierzających do zachowania informacji w poufności.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający odtajniasjąc całość dokumentów, nie wziął pod uwagę zasady proporcjonalności ujętej w art. 16 ust. 3 p.z.p. - w szczególności poprzez brak uwzględniania interesów Odwołującego i jego dóbr chronionych w stosunku do konsekwencji, jakie wynikają z takiego odtajnienia informacji.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność. Zasada ta została wyrażona w art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy może nastąpić tylko wyjątkowo i tylko w sytuacji, gdy wykonawca

wykaże, że spełnione zostały przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym artykułem, o tajemnicy przedsiębiorstwa możemy mówić, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki: 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Trafne jest stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w ww. artykule, a zatem odtajnienie dokumentów było zasadne.

Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia dokumentów Odwołującego wskazał, że:

„Obowiązek i ciężar wykazania spoczywa na wykonawcy zastrzegającym informację, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Tym samym informację przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Za niewystarczające należy uznać stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że zostanie poufna. Wartość ta może wyrażać się poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość lub posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów i straciłby przez to monopol na dysponowanie wartościami na danym rynku informacjami. Istotne jest również, że za informację posiadającą dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do Wykonawcy.

Wykonawca nie wykazał w niniejszym przypadku w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie udźwignął ciężaru wykazania wartości gospodarczej w odniesieniu do zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 1 i 2 informacji zawartych w wyjaśnieniach i dołączonych w

formie załączników dokumentów. W wyroku KIO z dnia 28.01.2021 (sygn. akt KIO 3483/20) Izba stwierdziła, że: „(...) ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (...).”

Szczegółowe wyliczenia zawarte na str. od 12 do 34 z całkowitą pewnością nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jako kosztorysy określające ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny ofertowej. Kalkulacje zostały sporządzone dla konkretnego kontraktu, dlatego nie można uznać ich za informacje o stałym charakterze rzutu na działalność przedsiębiorstwa. Wskazane przez Wykonawcę uzasadnienie poniesienia przez niego negatywnych konsekwencji, w przypadku zastosowania standardowej zasady jawności co do w/w informacji i wpływu na działalność jego przedsiębiorstwa, nie jest obiektywnie realne. Wskazane w kalkulacjach cenowych elementy składowe (cenotwórcze) są różne, zmienna jest także ich wartość za wyjątkiem pozycja zysk nie zawierają wielkości wyrażonej w roboczogodzinach, motogodzinach, procentach lub innych jednostkach. W konsekwencji informacje te pozbawione są wartości gospodarczej, tj. przydatności dla konkurencji, która dawałaby jej przewagę nad Wykonawcą i nie spełniają warunków objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zastrzeżonych załączników wymienionych powyżej w pkt 2 stwierdzić należy, że informacje te mają one charakter informacji organizacyjnych, jednak nie można wskazać na ich wartość gospodarczą i z tego powodu nie zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

Stanowisko Zamawiającego jest zasadne.

Odwołujący w argumentacji prezentowanej w trakcie rozprawy z udziałem stron powoływał się na wyrok KIO o sygnaturze akt KIO 18/22. Z treści wyroku wywodził stanowisko Izby, zgodnie z którym nie jest rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W niniejszym postępowaniu ocena wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający jednoznacznie wskazał na ogólnikowy charakter wyjaśnień Odwołującego. Brak wykazania wartości gospodarczej w zakresie konkretnych obliczeń stanowi podstawę dla uzasadnienia odtajnienia dokumentów wykonawcy. Co więcej,

Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień (jak również w uzasadnieniu odwołania) sam zauważa, że trudno jest wskazać konkretną wartość, jaką przedstawiają dla Odwołującego informacje zastrzeżone, a zatem Odwołujący nie jest w stanie oszacować wartości gospodarczej i nie wie, jaka szkoda mogłaby go spotkać w sytuacji ujawnienia informacji w postaci złożonych wyjaśnień. Skoro tak, to Odwołujący nie wykazał, że informacje przez niego zastrzegane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający trafnie w uzasadnieniu odtajnienia dokumentów zauważył, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżenie określonych kalkulacji, stworzonych na potrzeby tylko niniejszego postępowania, zostały dokonane przez Odwołującego wyłącznie w celu uniemożliwienia ich weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców, w tym uniemożliwienia weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny w postępowaniu.

Na proceder zastrzegania przez wykonawców dokumentów celem uniemożliwienia zapoznania się z ich treścią przez innych wykonawców, zwróciła Izba uwagę właśnie we wskazywanym przez Odwołującego wyroku o sygnaturze akt KIO 18/22. Izba wskazała m.in. na uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653), w którym wskazano, że: *„(...) słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne”*.

Tym bardziej w obecnym stanie prawnym kładzie się nacisk na badanie złożonych przez wykonawcę dokumentów i ustalenie, czy wykonawca podołał obowiązkowi udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazywał, że wartość gospodarczą ma dla niego m. in. kalkulacja kosztów sporządzona przez niego w niniejszym postępowaniu na potrzeby wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Kalkulacja ta została zatem dokonana na potrzeby tego konkretnego postępowania. Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki dokładnie sposób mogłaby być w przyszłości wykorzystana przez innych wykonawców w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej, jaki jest szczególny unikatowy charakter tej kalkulacji. Odwołujący nie tylko nie wykazał szczególnego charakteru tej kalkulacji, ale również przedstawił w niej poszczególne ceny w powszechnie stosowanych

pozycjach, takich jak m. in. robocizna, sprzęt, materiały, koszty paliwa, zysk, rezerwa finansowa. Zatem twierdzenia Odwołującego o wyjątkowym charakterze kalkulacji należy uznać za gołosłowne. Za gołosłowne i pozbawione uzasadnienia należy także uznać twierdzenia Odwołującego o tym, że wiedza o sposobie skonstruowania oferty złożonej w tym postępowaniu, utrudniłaby mu w przyszłości uzyskanie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wyjawiał, jaka to szczególna wiedza i doświadczenie było potrzebne do sporządzenia oferty, czy kalkulacji.

Sam fakt, że pracownicy Odwołującego przez 16 godzin przygotowywali ofertę oraz że bazują na dotychczasowych doświadczeniach nie stanowi żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywistym jest fakt, że przygotowanie ofert i sporządzenie kalkulacji może zająć pracownikom jakiś czas, a pracownicy korzystają z nabytych doświadczeń.

Izba podziela stanowisko, że bezzasadne zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wypaczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia i stanowi jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań.

Jak stwierdzono właśnie we wskazywanym przez Odwołującego wyroku KIO o sygnaturze akt 18/22: „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”.

Wykonawca, który nie jest w stanie określić, jaką wartość ma dla niego informacja, nie wykazał spełnienia przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Trafne jest także stanowisko Zamawiającego - w odniesieniu do zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień - że informacje te mają charakter informacji organizacyjnych, jednak nie można wskazać na ich wartość gospodarczą i z tego powodu nie zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Co istotne, Odwołujący w swoim piśmie w ogóle nie odniósł się do poszczególnych załączników, w tym także nie wskazał ich wartości gospodarczej (każdego z nich). Stanowią one dowody formalne mające potwierdzać okoliczność skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast nie wykazano tajemnicy przedsiębiorstwa dla tych dokumentów. W konsekwencji należało uznać, że Zamawiający był uprawniony do dokonania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy ponownie wskazać, że przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia ma charakter ogólny, brak jest jakichkolwiek konkretnych informacji.

W konsekwencji, trudno przypisać Zamawiającemu naruszenie któregokolwiek ze wskazywanych przez Odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....