

**WYROK**

**z dnia 15 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółka Akcyjna w Łodzi, „G.-Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego Spółka Akcyjna w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawierciu, Trakcja PRKiK Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółka Akcyjna w Łodzi, „G.-Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego Spółka Akcyjna w Toruniu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót**

**Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółka Akcyjna w Łodzi, „G.-Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego Spółka Akcyjna w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na projekt i budowę drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 sierpnia 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółka Akcyjna w Łodzi, „G.-Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego Spółka Akcyjna w Toruniu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany na podstawie ustawy, w zakresie części 1 – Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Aleksandrowo” (z węzłem) do węzła „Tryszczyn” (z węzłem) o długości około 14,7 km.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. oraz TRAKCJA PRKil S.A. (dalej: przystępujący), pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 90 ust. 1 w brzmieniu przed nowelizacją, która weszła w życie dnia 19 października 2014 r., oraz ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez przystępujących, prowadzącą do uznania, że oferta tych wykonawców nie zawiera rażąco niskiej ceny,
3. art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (alej: „uznk) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości przez przystępujących oraz zaniechanie ich

odtajnienia, pomimo iż informacje te lub ich część nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk,

4. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępujących, w sytuacji, gdy przy poprawnej ocenie oferty oraz wyjaśnień tego wykonawcy, powinna zostać ona odrzucona, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołujących.

W świetle powyższych naruszeń i zarzutów odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia jego czynności polegającej na wyborze oferty przystępujących.;
2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych wyjaśnień złożonych przez przystępujących w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru ofert, w tym nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępujących jako rażąco niskiej oraz dokonanie wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej postępowaniu;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych właściwymi przepisami,

ewentualnie,

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępujących jako najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny oferty tego wykonawcy w zakresie wskazanych w niniejszym odwołaniu elementów tej oferty potwierdzających w ocenie odwołujących złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa.

Odwołujący podnieśli, iż posiadają interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ poprzez naruszenie przez zamawiającego powołanych w zarzutach przepisów Prawa zamówień publicznych oferta odwołujących została sklasyfikowana na drugim miejscu w ramach rankingu ofert i utracili oni szansę na uzyskanie zamówienia. Uszczerbek w interesie prawnym odwołujących polega na poniesieniu kosztów opracowania oferty oraz udziału w postępowaniu jak i na utracie zysków, na których osiągnięcie mógłby liczyć, gdyby uzyskał zamówienie publiczne.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, iż w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępujących, którzy zaoferowali cenę ofertową brutto w wysokości 369 000 000,00 zł. Druga w kolejności pod względem kryterium ceny była oferta odwołujących w wysokości 401 999 395,28 zł oraz zbliżona cenowo oferta konsorcjum Budimex S.A. w wysokości 405 075 900,00 zł. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto w wysokości 563 419 144,52 zł. Ponieważ cena oferty przystępujących jest niższa o 30% od wartości zamówienia, zamawiający zobowiązany był do wszczęcia procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) (tom I - Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami) „wykonawca powinien przestudiować wszystko, co zostało zawarte w s.i.w.z., aby przygotować swoją propozycję Ceny Oferty (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej), będąc w pełni świadomym, że nie będzie ona podlegać zmianom w czasie trwania Kontraktu, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w Kontrakcie. Cena Oferty określa całkowitą cenę za którą Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki z godnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy. Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych (...).

Odwołujący stwierdzili, że cena z oferty przystępujących jest niższa od wartości zamówienia (kosztorysu zamawiającego) o 34,51%. Zamawiający pismami z dnia 29.07.2015 r. oraz 14.08.2015 r. zwrócił się do przystępujących z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. W ocenie zamawiającego oferta przystępujących „mogła nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SIWZ lub mogła zostać zaniżona poniżej kosztów wytworzenia tego zamówienia”. Wątpliwości zamawiającego wzbudziła zarówno łączna cena oferty tego wykonawcy, jak i poszczególne wymienione w wezwaniu elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wraz z wyjaśnieniami wezwał do przedłożenia przez przystępujących „szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych n/w elementów przedmiotu zamówienia, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej”, co miało umożliwić

zamawiającemu zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny oferty przystępujących. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący bezprawnie, w ocenie odwołujących, dokonali zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa prawie całości swoich wyjaśnień zawartych w pismach z 10.08.2015 r. i 18.08.2015 r. Odwołujący wskazali, że zamawiający sformułował w wezwaniu kilkadziesiąt szczegółowych pytań odnoszących się do kalkulacji ceny oferty przystępujących. Wyjaśnienia przystępujących zawarte w pismach z 10.08.2015 r. i 18.08.2015 r. zostały uznane przez zamawiającego za prawidłowe, a nadto uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołujących, oferta przystępujących oceniana całościowo jako cena ryczałtowa, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 Pzp). Ponadto odwołujący podnieśli, iż cena ta nie obejmuje kosztów wykonania wszystkich rezultatów rzeczowych określonych w Programie Funkcjonalno- Użytkowym (PFU) oraz kosztów ponoszonych w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, co prowadzi do jej rażącego zaniżenia w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdzili, że dokonanie szczegółowej analizy PFU oraz wszelkich wymagań zamawiającego, nawet przy uwzględnieniu najbardziej optymalnego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, wskazuje, że minimalną (graniczą) ceną, za którą w sposób należyty można wykonać objęte niniejszym postępowaniem zamówienie, jest ok. 401-405 mln zł brutto. Zaniżenie tej kwoty o kolejne 30 mln zł, wskazuje na rażące zaniżenie ceny oferty przystępujących i w sposób wysoce prawdopodobny uzasadnia nieobjęcie zaoferowaną ceną wszystkich wymaganych przez PFU rezultatów rzeczowych przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołujących jest wysoce prawdopodobne, iż nie wszystkie pozycje kosztorysowe wskazane w wezwaniu zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 29.07.2015 r. (w szczególności dotyczące zryczałtowanej poz. III „Roboty”) zostały skalkulowane, przedstawione i w pełni uzasadnione przez przystępujących w wyjaśnieniach złożonych w dniach 10.08.2015 r. i 18.08.2015 r. Brak istotnych pozycji kosztorysowych w ofercie przystępujących uzasadnia uznanie, iż cena ryczałtowa za roboty budowlane jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przykładowo odwołujący wskazał, że w celu poprawnej kalkulacji ceny oferty, zgodnie z powyższymi wytycznymi z s.i.w.z., w cenie kontraktowej należało ująć także następujące elementy robót budowlanych, których z dużym prawdopodobieństwem przystępujący nie uwzględnili ani w kalkulacjach, ani w wyjaśnieniach z dnia 10.08.2015 r. i 18.08.2015 r.:

- usunięcie drzew i krzewów (minimalny koszt około 0,5 mln zł), rozbiórki budynków (minimalny koszt ok. 250.000 zł),

- rozbiórki nawierzchni, ogrodzeń, barier, znaków (minimalny koszt ok. 0,5 mln zł),
- odwóz humusu (minimalny koszt ok. 2,5 mln zł),
- nasyp z wykopu (minimalny koszt ok. 2,2 mln zł),
- doziemienie górnej warstwy nasypu (minimalny koszt ok. 3 mln zł),
- stabilizacja wysokich nasypów (minimalny koszt ok. 2,4 mln zł),
- podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem (minimalny koszt ok. 8,5 mln zł),
- oczyszczenie i skropienie (minimalny koszt ok. 650 tys. zł),
- naw. dróg serwisowych z kruszywa i geokraty (minimalny koszt ok. 3,4 mln zł),
- nawierzchnia z kostki kamiennej (minimalny koszt ok. 220 tys. zł),
- drenaż (minimalny koszt 1,5 mln zł),
- zbiorniki retencyjne i pośrednie (minimalny koszt ok. 6,1 mln zł),
- umocnienie rowów (minimalny koszt ok. 1,4 mln zł),
- umocnienie skarp (minimalny koszt ok. 1,4 mln zł),
- umocnienie poboczy (minimalny koszt 0,6 mln zł),
- ogrodzenia zabezpieczające ruch pieszych (minimalny koszt ok. 0,4 mln zł),
- remont DK5 (bez masy bitum) - minimalny koszt ok. 200 tys. zł,
- bieżąca naprawa dróg (minimalny koszt ok. 400 tys. zł),
- utrzymanie zimowe (minimalny koszt ok. 100 tys. zł),
- drogi technologiczne (minimalny koszt ok. 100 tys. zł);
- koszty transportu (przykładowo na odległość ok. 55km z wytwórni mas bitumicznych powinny wynosić min. 100 zł/h; minimalne koszty piasku na nasyp to 3 zł/t plus załadunek 1 zł/t i transport na 7 km to 6 zł/t co daje minimalną kwotę za m<sup>3</sup> materiału na nasyp 18 zł/m<sup>3</sup>);
- minimalna kwota za wykonanie nawierzchni betonowej 49 mln zł, ale do tego należy doliczyć min 1,2 mln zł za warstwę poślizgową.

W ocenie odwołujących oferta przystępujących podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., a dokonując zaniechania odrzucenia tej oferty, w

szczegółności pomimo niepełnych i niewiarygodnych wyjaśnień przystępujących, zamawiający naruszył wspomnianą normę.

Odwołujący powołali się na orzecznictwo KIO, z którego wynika, iż za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia (wyrok KIO z 14.02.2008 r., KIO/UZP 73/08; wyrok KIO z 27.09.2013 r., KIO 2181/13; wyrok KIO z 20.05.2013 r., KIO 1018/13; wyrok KIO z 4.06.2013 r., KIO 1187/13). Ponadto przywołali wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, gdzie Sąd stwierdził, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

W zakresie zarzutu nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępujących odwołujący podnieśli, iż nie wszystkie udzielone w wyniku wezwania wyjaśnienia, kwalifikują się jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Przykładowo ujęcie (wyszczególnienie) wszystkich składających się na realizację zamówienia elementów robót budowlanych, uzasadniających ich skalkulowanie w cenie ofertowej, jakie przykładowo wymieniono w pkt. 1.4 powyżej, nie może stanowić o szczególnym charakterze tych informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Informacje tylko dotyczące samej ilości i zakresu zastosowanych rozwiązań (bez wskazania sposobów ich kalkulacji, gdyż to może po-zostawać w zakresie informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa) nie może podlegać utajnieniu. Zgodnie bowiem z s.i.w.z., „w Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki z godnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy”. Oznacza to, że takie informacje jak wkalkulowana w dany element robót ilość potrzebnego materiału, czy wkalkulowanie w cenę danego elementu transportu, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam fakt ujawnienia tych informacji pozwala bowiem podmiotom konkurencyjnym na dokonanie weryfikacji, czy wszystkie składające się na przedmiot zamówienia elementy, wymagane PFU, zostały uwzględnione w cenie ofertowej. W ocenie odwołujących tylko sam sposób kalkulacji ceny tych elementów, przy uwzględnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, mógłby podlegać zastrzeżeniu. Z tych też powodów zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujących. Powinien był odtajnić te elementy



wyjaśnień przystępujących, które odnoszą się do objętych wymaganiami PFU robót, niezbędnych do prawidłowego wykonania tych elementów.

Odwołujący na rozprawie złożyli, jako dowód w sprawie, „Niezależną opinię prywatną biegłego” dotyczącą oceny oferty złożonej przez przystępującego, na okoliczność wykazania, że minimalna cena brutto, za którą możliwa jest realizacja badanego zamówienia (bez zysku) wynosi 391.836.190,00 PLN.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów,
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie,

Zamawiający podniósł, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte zostało w dniu 1 października 2014 r. W związku z tym jest ono prowadzone na podstawie przepisów w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U, 7 dnia 18 września 2014 r., poz. 1232) - dalej jako „nowelizacja”. Powyższe należy mieć na uwadze w trakcie oceny zasadności twierdzeń i zarzutów postawionych w odwołaniu. Przykładowo odwołujący w pkt 1.1. uzasadnienia wskazuje: „Ponieważ cena oferty (...) jest niższa o 30% od wartości zamówienia, zamawiający zobowiązany był do wszczęcia procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,” Twierdzenie to oparte jest na biednym założeniu, że zamawiający zobligowany jest do stosowania przywołanej regulacji w

W ocenie zamawiającego zarzut podniesiony w pkt. 1 i 2 odwołania jest bezpodstawny i powinien zostać oddalony.

W toku badania ofert zamawiający przeprowadził m.in. szczegółowe badanie wstępne mające ustalić czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. W wyniku przeprowadzonej analizy (w zakresie Części 1 zamówienia) uznano, iż oferta przystępujących, wymaga wyjaśnienia w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w s.i.w.z. W konsekwencji przystępujący zostali wezwani pismem z dnia 29 lipca 2015 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Skierowane do przystępujących wezwanie było bardzo szczegółowe i wskazywało elementy zaoferowanej ceny wymagające wyjaśnienia.

W związku z tym, że informacje złożone przez przystępujących w odpowiedzi na ww. wezwanie nie wyjaśniały w pełni wątpliwości zamawiającego i nie pozwalały na ustalenie czy oferta zawiera bądź nie zawiera rażąco niskiej ceny., zamawiający w dniu 14 sierpnia 2015 r. wezwał przystępujących do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie tego wymagającym. Zakończenie procedury wyjaśniającej nastąpiło po uzyskaniu wszystkich informacji niezbędnych do oceny podnoszonej oferty. Podkreślenia wymaga również, że zarówno liczba jak i rodzaj zadawanych pytań, a także obszerność zgromadzonych w tej sprawie materiałów wskazuje na dokładne i rzetelne badanie oferty przystępujących, co do którego zamawiający podjął wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny. Otrzymane ostatecznie wyjaśnienia są wyczerpujące, obiektywne i zawierają dowody potwierdzające zarówno realną możliwość wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę jak i zgodność oferty z s.i.w.z. W szczególności zamawiający stwierdził, że zadał łącznie 69 szczegółowych pytań, dotyczących zarówno kosztów związanych ze spełnieniem wymagań Warunków Ogólnych, kosztów wytworzenia Dokumentów Wykonawcy a także etapu realizacji Robót, na które uzyskał wg swojej oceny wyczerpujące odpowiedzi. Przystępujący dodatkowo do wyjaśnień załączyli kosztorys ofertowy (stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa), wskazujący poszczególne ceny jednostkowe.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w swoim odwołaniu podnoszą również prawdopodobieństwo nieuwzględnienia przez przystępujących szeregu asortymentu robót wraz z określeniem ich kosztu, którego w systemie Projektuj i Buduj, nie znając rozwiązań zaplanowanych przez poszczególnych wykonawców, nie można dokładnie określić.

Zamawiający zaznaczył, że w ocenie omawianego zagadnienia kluczowe znaczenie musi mieć fakt, iż do realizacji zamówienia przyjęto formułę „zaprojektuj i wybuduj”. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1199/15), z którego wynika, że przyjęcie takiej formuły powoduje, iż pojęcie rażąco niskiej ceny nabiera szczególnego charakteru.

Zamawiający zaprzeczył jakoby „w orzecznictwie KIO dominował pogląd, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień ustanawia domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny, które obalić winien wykonawca.” Istnieje grupa orzeczeń, w której nie podzielono powyższego poglądu i stwierdzono, iż „z przepisu art. 90 ust. 3 P.z.p. nie wynika, że wezwany wykonawca ma obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, gdyż przepis ust 1 art. 90 P.z.p. nie wskazuje na żadne domniemanie. Przepis wskazuje wyłącznie uprawnienie zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, którego podstawę stanowią wyłącznie wątpliwości zamawiającego.” (tak np. wyrok KIO 1121/14, KIO 1166/14, KIO 1680/14),

Zamawiający stwierdził, iż zarzut podniesiony w pkt. 3 odwołania jest bezpodstawny i powinien zostać oddalony.

Zamawiający podniósł, że zwrócił się do przystępujących z prośbą o wyjaśnienie przyczyn, podstaw i zakresu zastrzeżenia danych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a także o odtajnienie tych Informacji. Przystępujący w odpowiedzi potwierdzili zasadność zastrzeżenia części szczegółowej wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odmówili ich odtajnienia.

Zamawiający, po wnikliwej analizie wyjaśnień w zakresie podstaw i przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uznał je za zasadne i nie dające podstaw do kwestionowania. Zamawiający przywołał wyroki KIO z dnia 11 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 180/13 oraz z dnia 14 maja 2013 r. sygn. akt KIO 908/13. Przywołał również orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59) i inne.

W ocenie zamawiającego zarzut podniesiony w pkt. 4 odwołania jest bezpodstawny i powinien zostać oddalony. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 12.1. SIWZ, tj. ceny (C) - waga 90%, terminu realizacji (T) ~ waga 5% oraz okresu gwarancji jakości (G) - waga 5%, co czyni zadość wymogom zawartym w przywołanym przepisie. Zamawiający podkreślił, że zarzut ten nie został przez odwołujących w jakikolwiek sposób uzasadniony.

Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania. Stwierdzili, iż oferta odwołujących jest o 29% niższa od kosztorysu zamawiającego. Zauważyli, iż z 11 ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, oferta najdroższa zawierała cenę 491.442.750,96 zł, czyli o 71.976.393,56 zł (około 15%) mniej od kosztorysu Zamawiającego. Aż 5 ofert zawierały ceny poniżej 425 mln złotych (tj. około 140 mln - 25%) poniżej kosztorysu zamawiającego. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi zaś 444.230.023,00 zł, a cena oferty przystępujących stanowi 83% tej wartości, czyli jest jedynie 17% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wskazuje to jednoznacznie, że cena zaoferowana przez przystępujących nie odbiega wcale znacząco od cen oferowanych przez innych wykonawców.

W ocenie przystępujących większa różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez przystępujących a kosztorysem zamawiającego wynika jedynie z tego, iż zamawiający znacznie przeszacował przedmiot zamówienia - co jest częstym zjawiskiem, jeżeli chodzi o wyceny robót budowlanych, a w szczególności w projektach prowadzonych wg formuły

„projektuj i buduj”. W ramach tej formuły zamawiający zazwyczaj przyjmuje najbardziej zachowawczy sposób oszacowania przedmiotu zamówienia, który dopiero wykonawcy wyceniają z uwzględnieniem dopuszczalnych w ramach PFU rozwiązań umożliwiających optymalne kosztowo wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wszelkimi wymaganiami zamawiającego określonymi w s.i.w.z.. We wszystkich 4 częściach zamówienia, najkorzystniejsze oferty zawierały ceny znacznie niższe od szacunków zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia - a także różnice pomiędzy zaoferowanymi przez wykonawców cenami - wynikają z opisanego przez zamawiającego Opisu Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p., za pomocą Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej „PFU”).

Przystępujący stwierdzili, iż wycenili wszystkie elementy określone i wchodzące w ramy PFU i nie ma podstawy, aby zapewnieniu przystępującym nie dać wiary. Taką samą deklarację, jak i przystępujący, złożyli odwołujący - nie wykazując szczegółowo ile i jakie pozycje. Przystępujący przedłożyli zamawiającemu szczegółowe rozbieżności ceny ofertowej uwzględniające wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego w PFU.

W zakresie zarzutu nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący podnieśli, iż wyjaśnienia złożone przez przystępujących stanowią ich *know-how* i jako całość spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zupełnie pomijają tę okoliczność, że przedmiot zamówienia został opisany poprzez Program Funkcjonalno-Użytkowy, a więc każdy z wykonawców stanął przed zadaniem oceny jakie roboty - poza wymienionymi w PFU - mogą wchodzić w zakres przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu ich projektowania przez wykonawcę oraz jak je wycenić. Konsekwentnie, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie tylko informacje dotyczące skalkulowanych przez wykonawcę stawek za określoną pozycję robót oraz ceny łącznej, ale także informacje o tym, ile jednostek danej pozycji przewiduje wykonawca do wykonania oraz sposobu określenia i skonstruowania takiej pozycji przez wykonawcę. Informacje te stanowią informację organizacyjną i techniczną wykonawcy, mającą wartość gospodarczą, bowiem stanowią wypracowany przez niego *know-how* w zakresie wyceny robót budowlanych. W przeciwieństwie do projektów wycenianych na podstawie przygotowanych przez zamawiającego kosztorysów ofertowych, w przypadku projektów prowadzonych według formuły „zaprojektuj i wybuduj”, każdy wykonawca wycenia przedmiot zamówienia według własnej metody - z uwzględnieniem wszystkich elementów wymaganych w PFU i s.i.w.z. - oraz własnego nazewnictwa i podziału robót. Stąd też ujawnienie przygotowanego przez przystępujących szczegółowego rozbieżności ceny stanowiłoby ujawnienie jego tajemnicy przedsiębiorstwa, tak w zakresie podziału i

grupowania robót budowlanych (nazewnictwa pozycji robót, elementów robót), oszacowanej ilości tych robót (jednostek) oraz ich wyceny. To właśnie umiejętność przystępujących w wycenie przedmiotu zamówienia opisanego w PFU, pozwala im na oferowanie realnych i jednocześnie optymalnych kosztowo cen za roboty budowlane, a ujawnienie sposobu wyceny tych robót pozbawiłoby przystępujących zbudowanej na przestrzeni wielu lat przewagi konkurencyjnej, wynikającej właśnie z posiadanego *know-how* w tym zakresie. W konsekwencji ujawnienia takich informacji, odwołujący weszliby w posiadanie danych pozwalających przewidywać sposób konstruowania cen przez przystępujących w przyszłych przetargach oraz wykonywania robót budowlanych w najbardziej optymalny sposób.

Przystępujący, jako dowód w sprawie, złożyli „Dokumentację projektową” na okoliczność wykazania, iż przyjęta przez nich koncepcja i dokonana na jej podstawie kalkulacja ceny, obejmuje elementy wskazane w odwołaniu.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z s.i.w.z. tom I - Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami „wykonawca powinien przestudiować wszystko, co zostało zawarte w s.i.w.z., aby przygotować swoją propozycję Ceny Oferty (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej), będąc w pełni świadomym, że nie będzie ona podlegać zmianom w czasie trwania Kontraktu, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w Kontrakcie. Cena Oferty określa całkowitą cenę za którą Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednio (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki z godnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy. Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych (...).

Za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępujących, którzy zaoferowali cenę ofertową brutto w wysokości 369 000 000,00 zł. Druga w kolejności pod względem kryterium ceny była oferta odwołujących w wysokości 401 999 395,28 zł, trzecia - oferta konsorcjum Budimex S.A. w wysokości 405 075 900,00 zł. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto w wysokości 563 419 144,52 zł.

Przystępujący zostali wezwani przez zamawiającego pismem z dnia 29 lipca 2015 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Skierowane do przystępujących wezwanie było bardzo szczegółowe i wskazywało elementy zaoferowanej ceny wymagające wyjaśnienia. W dniu 14 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał przystępujących do udzielenia dodatkowych wyjaśnień.

Przystępujący udzielili wyjaśnień w pismach z 10.08.2015 r. i 18.08.2015 r. Wraz z wyjaśnieniami przedłożyli zamawiającemu szczegółowe rozbitcie ceny ofertowej uwzględniające elementy wymagane przez zamawiającego w PFU. Przystępujący zastrzegli, że wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2015 roku zamawiający zwrócił się do przystępujących o wyjaśnienie, w jakim zakresie ujawnienie informacji zawartych w piśmie z dnia 10 sierpnia 2015 roku zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy (art. 11 ust. 1 uznk) oraz na jakiej podstawie zostały one zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W piśmie z dnia 18 sierpnia 2015 roku przystępujący stwierdzili, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie byli zobowiązani do wskazywania na etapie składania ofert sposobu skalkulowania ceny ofertowej. Wykonawca, przedstawiając w wyjaśnieniach taką kalkulację, wykracza poza wymagane przez zamawiającego informacje i przedstawia zamawiającemu dane, które nie są znane innym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie. W przypadku kontraktów typu „zaprojektuj i wybuduj” mamy do czynienia z możliwością przyjęcia przez wykonawców ubiegających się o to zamówienie rozwiązań optymalizujących sposób wykonania przedmiotu zamówienia. Ich wycena, jak i wycena ryzyka wiążącego się z realizacją zamówienia w takiej formule, jest kluczowa dla konkurowania pomiędzy wykonawcami. Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest więc pochodną przyjęcia określonej koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia, przyjętych przez wykonawcę sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc tego „pakietu informacji praktycznych”, który wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej i nie udostępnia osobom trzecim.

Przystępujący wyjaśnili, iż charakter zastrzeżonych przez nich informacji oraz poziom ich szczegółowości, w powiązaniu z faktem, że informacje te w sposób oczywisty nie są powszechnie znane, a wykonawca wykazał, że podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności, przesądza, że wskazane informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący w wyjaśnieniach opisali bowiem, w sposób szczegółowy, strategię realizacji zamówienia, w tym przyjęte założenia projektowe, procedury organizacyjne panujące na kontrakcie, liczbę personelu oraz zakres wykonywanych przez niego prac, z wyszczególnieniem zakresu prac wykonywanych przez biura projektowe, sposobu

finansowania zamówienia i płatności, technologie, metody oraz rozwiązania wykorzystywane w celu zwiększenia jakości prac, a zarazem wygenerowania większego zysku po stronie Konsorcjum. Wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą – samodzielnie lub w sposób pośredni, poprzez fakt, iż mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa. Przystępujący „zdradza” bowiem przemyślaną i sprawdzoną, właściwą wyłącznie jemu strategię kalkulacji ceny, zależną od konkretnych postanowień s.i.w.z.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień przystępujących prowadzącą do uznania, że oferta przystępujących nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Izba wyjaśnia, że przy rozstrzygnięciu zarzutów, oceniła złożoną przez odwołujących opinię prywatną, traktując ją jako stanowisko strony odwołującej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 LexPolonica nr 322007. stwierdził, że: „Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron przed wszczęciem procesu, czy w jego toku są wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska”.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz cen innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do

przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Izba zbadała zatem przesłanki konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny i skonstatowała, iż w przypadku oferty przystępujących istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Izba przeprowadziła dowód z wyjaśnień przystępującego zawartych w pismach z 10.08.2015 r. i 18.08.2015 r. wraz z rozbiciem ceny ofertowej oraz złożonej na rozprawie „Dokumentacji projektowej”. Po analizie wskazanych dokumentów Izba skonstatowała, że informacje w nich zawarte są wyczerpujące i potwierdzają, iż cena zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska. W szczególności podkreślenia wymaga, że przystępujący uwzględnili w złożonym rozbiciu cenowym w sposób literalny znaczną większość elementów, które odwołujący wskazał w odwołaniu. Elementy, które nie zostały wskazane literalnie, to koszty transportu, które – zgodnie z oświadczeniem przystępujących – zostały uwzględnione w poszczególnych cenach jednostkowych tych robót, przy okazji których będą wykonywane. Oświadczenie przystępujących w tym zakresie nie budzi wątpliwości Izby.

Nie bez znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia jest również okoliczność, iż niniejsze zamówienie realizowane jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że



zamawiający pozostawił wykonawcom pewną swobodę w rozwiązaniu określonych kwestii technicznych i technologicznych. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 10 lipca 2015 roku (sygn. akt KIO 1199/15), iż ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Przyjęcie formuły „projektuj i buduj” nie oznacza zupełnej dowolności w kalkulowaniu kosztów realizacji zamówienia, w oderwaniu od realiów rynkowych, ale uprawnia ich do przyjęcia mniej lub bardziej oszczędnych rozwiązań koncepcyjnych, obarczonych mniejszym lub większym ryzykiem, którego wycena jest w dużej mierze zależna od doświadczenia wykonawcy.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 uznk oraz w zw. z art. 7 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości przez przystępujących oraz zaniechanie ich odtajnienia, pomimo iż informacje te lub ich część nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

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

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Podniesiony w odwołaniu zarzut opierał się na argumentacji, iż nie wszystkie udzielone w wyniku wezwania wyjaśnienia kwalifikują się jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo ujęcie (wyszczególnienie) wszystkich składających się na realizację zamówienia elementów robót budowlanych, uzasadniających ich skalkulowanie w cenie ofertowej, jakie wskazano w odwołaniu, nie może stanowić o szczególnym charakterze tych informacji, o których mowa w art. 11 uznk.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego. Zważyć należy, że przyjęta przez zamawiającego formuła realizacji przedmiotu zamówienia (zaprojektuj i wybuduj) oznacza, że wykonawca sporządza dokumentację projektową i realizuje roboty budowlane na podstawie własnej koncepcji, przyjętej przez siebie metody oraz innych elementów istotnych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca jest uprawniony przy tym do stosowania rozwiązań mających na celu optymalizowanie własnych kosztów. Wszystkie te elementy należy uznać za informacje posiadające wartość gospodarczą, co może oznaczać, iż wykorzystanie ich przez innego przedsiębiorcę może zminimalizować jego koszty lub spowodować wzrost jego zysków. Wyjaśnienia te, jako że dotyczą jednego konkretnego przedmiotu zamówienia, należy traktować jako całość. Z tego też względu analiza poszczególnych pozycji z wyjaśnień przystępujących pod względem ich ewentualnego zaklasyfikowania lub zanegowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wydaje się być nieuprawniona.

Izba podkreśla, że nie badała, czy złożone przez przystępującego wyjaśnienia spełniają pozostałe kryteria pozwalające na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. czy nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej oraz czy podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Podniesiony zarzut opierał się bowiem o zakwestionowanie charakteru zastrzeżonych wyjaśnień, pozwalającego uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, badanie pozostałych warunków wskazanych w art. 11 ust. 4 uznk, wykraczałoby poza zakres postawionego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

.....