



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.60.2024.II
dot. KU/60/24/DKZP

Warszawa, dnia 03.04.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Województwo Warmińsko Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie ul. Pstrowskiego 28b 10-602 Olsztyn
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	budowa drogi wojewódzkiej stanowiącej obejście miejscowości Kętrzyn
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	28.09.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023/S 190-593896
Wartość zamówienia:	397.219.380,35 zł, co stanowi równowartość 89.190.627,87 euro – całkowita łączna wartość zamówienia;

214.412.380,35 zł, co stanowi równowartość
48.143.609,73 euro – wartość zamówienia w części
będącej przedmiotem kontroli

Środki UE: Fundusz Europejski dla Polski Wschodniej 2021-2027
Priorytet FEPW.04 Spójna sieć transportowa Działanie
FEPW.04.01 Infrastruktura drogowa

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonych naruszeniach:

- 1) art. 133 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do części specyfikacji warunków zamówienia, tj. załącznika nr 8 – „Wykaz czynności w zakresie realizacji zamówienia, których dotyczy wymóg zatrudnienia wykonawcy lub podwykonawcy na podstawie stosunku pracy, o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 3.5. SWZ” oraz załącznika nr 9 – „Kosztorys ofertowy”;
- 2) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) poprzez uznanie przez zamawiającego wskazanych dokumentów złożonych przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. za skutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, brak dokonania ich odtajnienia;
- 3) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmiany zapisów treści SWZ, tj. w punktach 8.11.1. i 8.11.3. SWZ, zapisów od początku niespójnych z przepisami § 4 ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 3 rozporządzenia oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie odnoszącym się do żądanych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Unibep S.A. oraz STRABAG Sp. z o.o. w związku z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1. W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 23.12.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, kiedy załącznik nr 8 i nr 9 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) został pierwotnie udostępniony

potencjalnym wykonawcom, tj. Załącznik nr 8 – „Wykaz czynności w zakresie realizacji zamówienia, których dotyczy wymóg zatrudnienia wykonawcy lub podwykonawcy na podstawie stosunku pracy, o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 3.5. SWZ” oraz Załącznik nr 9 – „Kosztorys ofertowy”, który należało dołączyć do oferty.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 27.12.2024 r. zamawiający wyjaśnił, że „udostępnił wszystkich wykonawcom przedmiotowe załączniki do postępowania umieszczając je na platformie przetargowej w dniu 13.11.2023 r. Wraz z udostępnieniem Zamawiający przedłużył termin składania ofert do 08.01.2024 r”.

Zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

Ogłoszenie o kontrolowanym zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 28.09.2023 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 190- 593896 z dnia 03.10.2023 r.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 27.12.2024 r., zamawiający nie zapewnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do części tomu II specyfikacji warunków zamówienia, tj. załącznika nr 8 – „Wykaz czynności w zakresie realizacji zamówienia, których dotyczy wymóg zatrudnienia wykonawcy lub podwykonawcy na podstawie stosunku pracy, o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 3.5. SWZ” oraz załącznika nr 9 – „Kosztorys ofertowy”, które stanowiły pierwotne elementy SWZ.

Tym samym, brak dokonania powyższej czynności przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, pismem z dnia 27.03.2024 r. zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. sp.k. do wyjaśnienia treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie treści kosztorysu ofertowego branży drogowej zgodnie z następującą treścią: „W związku z tym, że w dołączonym przez Państwa do oferty kosztorysie ofertowym wypełnione zostały komórki „Cena” i „Wartość” w pozycjach nr 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. ROBOTY ZIEMNE Kosztorysu ofertowego branży drogowej oraz, że ze złożonych przez Państwa wyjaśnień dotyczących wyceny tych pozycji, Zamawiający nie jest

w stanie ocenić prawidłowości wyceny Państwa oferty, wzywamy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej poz. 2, 4, 8 kosztorysu ofertowego br. drogowej zawierająca wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów kosztów pośrednich i zysku”.

Wymagane wyjaśnienia należało złożyć w terminie do dnia 04.04.2024 r.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 04.04.2024 r. wykonawca TORHAMER Sp. z o.o. sp.k. udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oraz przedłożył tabelę ukazującą kalkulację ceny jednostkowej z wykazaniem kosztów bezpośrednich [KB], kosztów ogólnych - pośrednich [KO] oraz zysku [Z] i zastrzegł ww. dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 29.05.2024 r. działając w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poinformował, że odtajnia część złożonych przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. sp.k. wyjaśnień w przedmiocie wyjaśnień z dnia 04.04.2024 r. z klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 27.01.2025 r. poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, które dokumenty złożone przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przy piśmie z dnia 30.01.2025 r. zamawiający udzielił poniższych wyjaśnień: „Zamawiający informuje, że w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę w trakcie postępowania przetargowego, Zamawiający każdorazowo zwraca się z wnioskiem o wydanie opinii prawnej do kancelarii prawnej, która obsługuje jednostkę.

Po wydaniu opinii w której wskazane są dokumenty, które podlegają odtajnieniu Zamawiający pismem skierowanym do Wykonawcy, odtajnia wskazane w opinii dokumenty wraz z uzasadnieniem.

Zamawiający informuje, że odtajnił w zakresie wyjaśnień firmy TORHAMER Sp. z o.o. sp. k. poniższe informacje i załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

- wzory umów jakie mają być zawierane z pracownikami i kontrahentami – załączone wzory są powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym, jednocześnie Wykonawca nie wyjaśnił w uzasadnieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jakie środki i działania podjął by uniemożliwić zapoznanie się z przedmiotowymi wzorami osobom trzecim, Nazwy plików: 2024.04.04_Zał. nr 3_utajnienie, pełnomocnictwo_Joanna_Suszyńska_ZDW_OLSZTYN

Pozostałe załączniki i informacje Zamawiający utajnił jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Opinia prawna w tym zakresie stanowi załącznik do niniejszego pisma”.

Jednocześnie, pismem z dnia 27.03.2024 r. zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę PORR S.A. do wyjaśnienia treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie treści kosztorysu ofertowego branży drogowej zgodnie z następującą treścią: „W związku z tym, że w dołączonym przez Państwa do oferty kosztorysie ofertowym wypełnione zostały komórki „Cena” i „Wartość” w pozycjach nr 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. ROBOTY ZIEMNE Kosztorysu ofertowego branży drogowej oraz, że ze złożonych przez Państwa wyjaśnień dotyczących wyceny tych pozycji, Zamawiający nie jest w stanie ocenić prawidłowości wyceny Państwa oferty, wzywamy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej poz. 2, 4, 8 kosztorysu ofertowego br. drogowej zawierająca wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów kosztów pośrednich i zysku”. Wymagane wyjaśnienia należało złożyć w terminie do dnia 04.04.2024 r.

Pismem z dnia 04.04.2024 r. wykonawca PORR S.A. udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27.03.2024 r. Wykonawca przekazał szczegółową kalkulację ceny jednostkowej pozycji 2, 4 i 8 Działu Roboty ziemne Kosztorysu ofertowego Branży drogowej zawierającą wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów, kosztów pośrednich i zysku (Załącznik nr 1) oraz kalkulację kosztów bezpośrednich wbudowania materiałów (robocizna i sprzęt) dla ww. pozycji kosztorysowych (Załącznik nr 2), które to dokumenty zastrzegł tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 30.10.2024 r. działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poinformował wykonawcę PORR S.A., iż odtajnia złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w przedmiocie wyjaśnień z dnia 14.03.2024 r. z klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”, tj. odtajnił informacje i załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu w wyroku z dnia 08.07.2024 r. wskazała, że cyt. „PORR nie zastrzegł skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa wszelkie składane dokumenty przez ten podmiot mogą być, udostępniane. Nie ma przy tym znaczenia to, że odwołanie gdzie zarzucano zaniechanie czynności odtajnienia zostało przez Izbę w tym zakresie oddalone skoro Izba jednoznacznie podała, że zastrzeżenie nie było skuteczne. Takim poglądem w niniejszym postępowaniu Zamawiający jest bez wątpienia związany. Mając na uwadze powyższe, zachodzą podstawy do odtajnienia części wyjaśnień w zastrzeżonym zakresie”.

Mając na uwadze powyższe, Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, które dokumenty złożone przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. zostały przez zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone

tajemnicą przedsiębiorstwa (biorąc pod uwagę czynności odtajnienia dokumentów w trakcie postępowania).

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 04.02.2025 r. zamawiający wyjaśnił, że „W zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez firmę TORHAMER S.A., Zamawiający informuje, że Wykonawca składając wyjaśnienia w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zastrzegł całość wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 29.05.2024 r. odtajnił część wyjaśnień tj. - wzory umów jakie mają być zawierane z pracownikami i kontrahentami, uznając że załączone wzory są powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym, a Wykonawca nie wyjaśnił w uzasadnieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jakie środki i działania podjął by uniemożliwić zapoznanie się z przedmiotowymi wzorami osobom trzecim. Pozostałe załączniki i informacje Zamawiający utajnił uznając, na podstawie opinii radcy prawnego, że zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z ww. opinią prawną radcy prawnego obsługującego jednostkę: „Wykonawca w ocenie sporządzającego opinię przedstawił przy tym przekonujące informacje jakie to przekładają się na to, że szczegółowa kalkulacja cenowa nie powinna być udostępniana podmiotom trzecim. Każda kalkulacja szczegółowa jaką zastosował Wykonawca zawiera składowe ceny jakie ten zaoferował za wykonanie poszczególnych prac i w tym wypadku poziom szczegółowości względem wymagań Zamawiającego jest znacznie większy”.

W związku z powyższym Zamawiający udostępnił następujące pliki:

- wzory umów jakie mają być zawierane z pracownikami i kontrahentami 2024.04.04_Zał. nr 3_utajnienie

- Pełnomocnictwo Pani Joanny Suszyńskiej
pełnomocnictwo_Joanna_Suszyńska_ZDW_OLSZTYN

Zamawiający pozostawił utajnione:

- szczegółową kalkulację wraz z wyjaśnieniami
2024.04.04_ZAL.1_TAJEMNICA_PRZEDSIĘBIORSTWA
- „2024-04-04_wyjasnienie_ceny.pdf”.

W zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez firmę PORR S.A. w swoich wyjaśnieniach z dnia 04.04.2024 r. wykonawca wskazał w piśmie dokumenty, które mają zostać utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa cyt.: „Wykonawca, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 ze zm.; „Pzp”) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.Dz.U.2022.1233 ze zm.; dalej: „uznk”), zastrzega jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i wnosi o nieujawnianie podmiotom trzecim, w tym w szczególności pozostałym uczestnikom niniejszego postępowania, następujących załączników do niniejszych wyjaśnień zawierających:

- szczegółową kalkulację ceny jednostkowej pozycji 2, 4 i 8 kosztorysu ofertowego Branży drogowej (Załącznik nr 1);

- kalkulację kosztów bezpośrednich wbudowania materiałów (robocizna i sprzęt) dla ww. pozycji kosztorysowych (Załącznik nr 2).”, i te załączniki zostały, zgodnie z opinią radcy prawnego skutecznie zastrzeżone.

Zgodnie z opinią radcy prawnego: PORR S.A. w Warszawie zastrzegając informacje przedsiębiorstwa wskazał na szereg okoliczności, które to miałyby przesądzać o tym, że załączniki do wyjaśnień nie będą udostępniane podmiotom trzecim. W ocenie sporządzającego opinię szczegółowa kalkulacja ceny nie powinna być podobnie jak w przypadku Torhamer udostępniana podmiotom trzecim bowiem w tym dokumencie wskazano na indywidualne ceny i sposób ich kalkulacji”.

Uwzględniając powyższe ustalenia należy podnieść, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2023 r. (sygn. akt: KIO 679/23), cyt.: „Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci. Zasadniczy wyjątek, jaki ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy

Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Podkreślenia wymaga, iż w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza więcej niż tylko wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji ochroną, o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy znk czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając to na uwadze, zasadne jest, aby przywołać pogląd przedstawiony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14.11.2017 r. (sygn. akt: KIO 2267/17, KIO 2290/17), cyt.: „Jednocześnie skład orzekający nie podziela poglądu przedstawionego przez zamawiającego, iż pojęcie użyte w art. 8 ustawy pzp tj. „wykazanie” jest równoznaczne z uprawdopodobnieniem. Bez wątpienia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił”, to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił””.

Konieczność wykazania, iż zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa można więc przyrównać do pojęcia udowodnienia. W takiej sytuacji koniecznym jest, aby wykonawca, przy zastrzeganiu określonych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, poparł swoje twierdzenia stosownymi dowodami. Jak bowiem podnosi się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. O konieczności przedstawienia konkretnych dowodów, które uzasadniałyby objęcie zastrzeganych informacji ochroną wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15.05.2023 r. (sygn. akt: KIO 1195/23), cyt.: „Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie

tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań w celu ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p)."

Odnosząc się zatem do powyższych wniosków, niezbędne jest podniesienie, iż to wykonawca musi udowodnić, że dane informacje, które zastrzega, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje, ze względu na ich charakter, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, każdorazowo należy badać skuteczność ich zastrzeżenia.

W myśl art. 11 ust. 2 ustawy znk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W związku z powyższym, w świetle art. 11 ust. 2 ustawy znk, aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać spełnione łącznie wszystkie ww. przesłanki, tj.:

- a) zastrzegane informacje muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,
- b) zastrzegane informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem z dnia 09.08.2022 r. (sygn. akt: KIO 1957/22, KIO 1958/22) „Zgodnie z art. 11 ust. 2 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest więc łączne spełnienie trzech następujących przesłanek:

- 1) informacje muszą być informacjami poufnymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w szczególności ze względu na swój techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe wskazuje, że zasadą jest jawność postępowania, zaś wyjątkiem od tej zasady jest możliwość utrzymania poufności określonych informacji, o ile wykonawca przy jej zastrzeganiu wykaże, że wypełnione są co do tych informacji wszystkie ww. przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Jak każdy wyjątek od zasady musi on być rozumiany ściśle”.

Przechodząc do analizy poszczególnych przesłanek, należy wskazać, iż pojęcie informacji posiadających wartość gospodarczą jest interpretowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w jednolity sposób. Przykładowo, w wyroku z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt: KIO 1626/19, KIO 1628/19), Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, cyt.: „Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18, „nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, 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”.

Rozważając, czy określona informacja posiada wartość gospodarczą, warto wziąć pod uwagę również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 07.01.2016 r. (sygn. akt: KIO

2743/15), cyt.: „Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14)”, czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.10.2020 r. (sygn. akt: KIO 2331/20), cyt.: „Pojęcie „wartości gospodarczej” informacji ma charakter nieostry, informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej.

Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Wartość gospodarczą informacji należy oceniać w sposób obiektywny. Aby uznać, czy dana informacja ma wartość gospodarczą należy ocenić czy jej posiadanie przez innego wykonawcę daje przewagę konkurencyjną oraz czy jej ewentualne pozyskanie przez konkurencję może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów (zakłócić konkurencję”).

Analizując zasadność zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest także rozważenie drugiej przesłanki, tj. czy informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i wynika z nieuprawnionego dostępu, przywłaszczenia, kopiowania dokumentów, przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących te informacje lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści (art. 11 ust. 3 ustawy znk), przy czym, jak czytamy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 05.09.2001 r. (sygn. akt: I CKN 1159/00), cyt.: „Nie ulega wątpliwości, że zakresem tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd, niewątpliwie zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc, zastrzeżona informacja traci ochronę prawną, o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, gdy

każdy przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć zwykłą i dozwoloną drogą, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub jest udostępniana za pośrednictwem stron internetowych. Informacje te są bowiem powszechnie dostępne, zostały ujawnione publicznie, mogą z łatwością zostać pozyskane przez jakiegokolwiek zainteresowanego.

Nadto, warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22.01.2020 r. (sygn. akt: II SA/Wa 1544/19), cyt.: „Ze stanem poufności będziemy mieli do czynienia zatem wtedy, gdy przedsiębiorca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do określonych informacji, czyli ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie działania winien podjąć przedsiębiorca, aby wolę tę uzewnętrznic. Wydaje się więc, że każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników (...)”. Natomiast, w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12.01.2021 r. (sygn. akt: VI SA/Wa 1347/20) czytamy, cyt.: „Wymóg podjęcia działań w celu zachowania poufności należy ponadto interpretować uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań można zatem mówić, gdy przedsiębiorca faktycznie skutecznie kontroluje dostęp do danej informacji, podejmując stosowne rozwiązania organizacyjne i techniczne, w celu utrzymania informacji w tajemnicy. Oceny spełnienia wymogu zabezpieczenia poufności należy przy tym dokonywać z uwzględnieniem sytuacji w konkretnym przedsiębiorstwie. Na pracodawcy bowiem spoczywa ciężar dowodu, że podjął on niezbędne kroki w celu określenia granic obowiązku zachowania tajemnicy przez pracowników. Pracodawca powinien zatem poinformować pracownika, jakie informacje należy traktować jako poufne, oraz podjąć odpowiednie działania organizacyjne w celu utrzymania ich w tajemnicy przed nieupoważnionymi osobami”. Reasumując, należy podnieść, iż przy badaniu spełnienia powyższej przesłanki warunkującej możliwość objęcia informacji zastrzeżeniem, jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest zważenie, czy uprawniony podjął odpowiednie działania mające na celu zachowanie określonych informacji przedsiębiorstwa w tajemnicy, w taki

sposób, aby objęte nią informacje nie były dostępne osobom trzecim w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Kolejnym natomiast aspektem jest kwestia zachowania równowagi między respektowaniem poufności zastrzeżonych informacji a prawem do informacji o złożonych ofertach. Co istotne, w orzecznictwie ukształtował się jednolity pogląd, zgodnie z którym nie podlega utajnieniu cały dokument, a jedynie informacje w nim zawarte spełniające definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, oczywiście przy założeniu, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, na ten problem zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15.05.2023 r. (sygn. akt: KIO 1210/23), w którym stwierdziła, cyt.: „(...) już sama praktyka zastrzegania wyjaśnień z załącznikami w całości, a nawet z uzasadnieniem samego zastrzeżenia, powinna być oceniana jako wyjątkowo wadliwa. Nic zazwyczaj nie stoi na przeszkodzie, aby utajnić tylko fragment pisma lub załącznika, w którym rzeczywiście zawarte są cenne gospodarczo informacje, oraz dać treściwe i przekonujące uzasadnienie, dlaczego te konkretne informacje nie mogą zostać upowszechnione – w czym konkretnie dany wykonawca upatruje zagrożenia swoich interesów majątkowych i możliwości poniesienia szkody w razie upublicznienia newralgicznych informacji. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21 taka praktyka jest nie tylko sprzeczna z przepisami ustawy PZP, ale również utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie”.

W oparciu o dokonaną analizę skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. sp.k. informacji zawartych w poszczególnych, złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27.03.2024 r. dokumentach, działającego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ustalono jak poniżej.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający, skorzystał z dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie treści kosztorysu ofertowego branży drogowej w ofertach złożonych przez wykonawców PORR S.A. oraz TORHAMER Sp. z o.o. sp.k., tj.: *„o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej poz. 2, 4, 8 kosztorysu ofertowego br. drogowej zawierająca wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów kosztów pośrednich i zysku”*.

Pismem z dnia 04.04.2024 r. wykonawca TORHAMER Sp. z o.o. sp.k. udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27.03.2024 r. oraz przedłożył tabelę ukazującą kalkulację

ceny jednostkowej z wykazaniem kosztów bezpośrednich [KB], kosztów ogólnych - pośrednich [KO] oraz zysku [Z] i zastrzegł ww. dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 04.04.2024 r. wykonawca PORR S.A. udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27.03.2024 r. Wykonawca przekazał szczegółową kalkulację ceny jednostkowej pozycji 2, 4 i 8 Działu Roboty ziemne Kosztorysu ofertowego Branży drogowej zawierającą wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów, kosztów pośrednich i zysku (Załącznik nr 1) oraz kalkulację kosztów bezpośrednich wbudowania materiałów (robocizna i sprzęt) dla ww. pozycji kosztorysowych (Załącznik nr 2), które to dokumenty zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z dokumentacji postępowania wynika, że w odpowiedzi na wezwanie, ww. wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, zastrzegając tajemnicą przedsiębiorstwa informacje dotyczące tego samego zakresu oraz przedkładając podobne uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołanie w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez wykonawcę PORR S.A. zostało oddalone z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, jednakże Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 08.07.2024 r. o sygn. 2088/2024 jednoznacznie podała, że zastrzeżenie nie było skuteczne w następujący sposób, cyt.: „Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych jest niewystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne.

Wbrew logice byłoby uznanie, że na podstawie ujawnienia wysokości kosztów wchodzących w skład trzech pozycji kosztorysowych możliwe będzie odtworzenie strategii biznesowej PORR czy też stosowanych metod kalkulacji, w szczególności gdy metoda kalkulacji przy tego typu

postępowania jest jednakowa dla wszystkich. Nie ma nic nadzwyczajnego w metodzie polegającej na wskazaniu ceny za usługę i wysokości pozostałych kosztów. Zwykłe matematyczne obliczenia.

Za abstrakcyjne należało uznać twierdzenia PORR, że na podstawie trzech pozycji (z wielu innych) pozostali wykonawcy uzyskają możliwość kształtowania własnych cen na poziomie odpowiednio niższym w kolejnych postępowaniach oraz mogą wykorzystać schematy kalkulacji zastosowane przez Wykonawcę, bez ponoszenia żadnych, dodatkowych wydatków na modyfikację czy aktualizację własnych strategii cenowych. Jak wskazano wyżej, jest to czysto matematyczne działanie, jakie „schematy kalkulacji” PORR miał na myśli – tego już nie wyjaśnił.

Zdaniem Izby PORR nie wykazał również niezbędnych działań celem zachowania tychże informacji w poufności. PORR wskazał na ogólne środki organizacyjne spółki, w tym środki o charakterze fizycznym i prawnym. Przy czy działania te chronią wszystkie informacje oraz dokumenty wytworzone i posiadane przez PORR. PORR nie wyodrębnił w jaki sposób chroni informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Skoro PORR chroni tajemnicę przedsiębiorstwa tak jak pozostałe informacje, to nie sposób uznać, że wykazał niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności”.

Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał, iż „załączniki do niniejszych wyjaśnień zawierają wrażliwe informacje handlowe Wykonawcy, decydujące o jego pozycji rynkowej. Powyższe informacje dotyczą tajemnicy przedsiębiorstwa naszej spółki, jak również podmiotów, które stale z nami współpracują gospodarczo, w szczególności w zakresie polityki finansowej, sposobu kalkulacji ceny, zakresu współpracy z podwykonawcami, ofert, jakie podwykonawcy składają naszej spółce, rabatów, jakie udzielają Wykonawcy, możliwości wykonywania przez te podmioty określonych zadań, a tym samym potencjału organizacyjno – personalnego tych podmiotów, i innych zasobów kluczowych Wykonawcy i naszych podwykonawców, które decydują o naszej pozycji rynkowej i możliwości proponowania korzystnych cen oraz mogą być wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców do kalkulacji cen ofertowych w przyszłych przetargach oraz mogą osłabiać pozycje negocjacyjne naszych podwykonawców w kontaktach biznesowych z ich kontrahentami (w przypadku ujawnienia cen jakie proponują w tym postępowaniu). W kalkulacjach cenowych ujawnione są informacje o poszczególnych elementach ceny i sposobie ich osiągnięcia.”

Ponadto, wykonawca wskazał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty są istotnymi elementami polityki handlowej wykonawcy oraz złożył klauzule o poufności, stanowiące załączniki do umów z pracownikami wykonawcy i jego podwykonawcami.

Odnosząc się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy TORHAMER Sp. z o.o. sp.k., jak słusznie, stwierdziła KIO w wyroku o sygn. 2088/24, w analogicznym stanie faktycznym, ponieważ odnoszącym się do wyjaśnień w zakresie treści kosztorysu ofertowego

branży drogowej oraz złożonych szczegółowych kalkulacji ceny jednostkowej poz. 2, 4, 8 kosztorysu ofertowego br. drogowej zawierających wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów kosztów pośrednich i zysku, „Wbrew logice byłoby uznanie, że na podstawie ujawnienia wysokości kosztów wchodzących w skład trzech pozycji kosztorysowych możliwe będzie odtworzenie strategii biznesowej (...) czy też stosowanych metod kalkulacji, w szczególności gdy metoda kalkulacji przy tego typu postępowania jest jednakowa dla wszystkich. Nie ma nic nadzwyczajnego w metodzie polegającej na wskazaniu ceny za usługę i wysokości pozostałych kosztów. Zwykłe matematyczne obliczenia.

Za abstrakcyjne należało uznać twierdzenia PORR, że na podstawie trzech pozycji (z wielu innych) pozostali wykonawcy uzyskają możliwość kształtowania własnych cen na poziomie odpowiednio niższym w kolejnych postępowaniach oraz mogą wykorzystać schematy kalkulacji zastosowane przez Wykonawcę, bez ponoszenia żadnych, dodatkowych wydatków na modyfikację czy aktualizację własnych strategii cenowych”.

Ponadto, wykonawca nie wykazał niezbędnych działań celem zachowania tychże informacji w poufności. Wykonawca TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. wskazał na ogólne środki organizacyjne spółki, w tym środki o charakterze fizycznym i prawnym. Przy czym, działania te chronią wszystkie informacje oraz dokumenty wytworzone i posiadane przez TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. oraz nie wyodrębnił w jaki sposób chroni informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Podsumowując, zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. szczegółowej kalkulacji wraz z wyjaśnieniami 2024.04.04_ZAL.1_TAJEMNICA_PRZEDSIĘBIORSTWA, oraz dokumentu „2024-0404_wyjasnienie_ceny.pdf”, stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty z dnia 27.03.2024 r.

Jednocześnie należy dodać, iż zamawiający w wyniku wydania wyroku KIO o sygn. 2088/24 zweryfikował swoje stanowisko, co do prawidłowości zastrzeżenia utajnionych wcześniej plików i w dniu 30.10.2024 r. odtajnił całość wyjaśnień wykonawcy PORR S.A i udostępnił je wykonawcom, którzy składali wcześniej wnioski o udostępnienie dokumentacji po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Tym samym, zamawiający powinien był zweryfikować swoje stanowisko co do analogicznych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k. w odpowiedzi na wezwanie dotyczące treści kosztorysu ofertowego branży drogowej oraz złożonych szczegółowych kalkulacji ceny jednostkowej poz. 2, 4, 8 kosztorysu ofertowego br. drogowej zawierających wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz narzutów kosztów pośrednich i zysku.

Podsumowując, zamawiający bezpodstawnie uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k., jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazanych wyżej informacji.

W związku z powyższym, uznanie przez zamawiającego wymienionych wyżej informacji, zawartych we wskazanych dokumentach złożonych przez wykonawcę TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k., za skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym, brak dokonania ich odtajnienia, stanowi naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy znk.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zamawiający prowadząc postępowanie będące przedmiotem niniejszej kontroli określił:

a) Zgodnie z punktem 8.11.1. specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), cyt.: „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w pkt. 8.10.1) SWZ – składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie, o którym mowa w pkt. 8.10.1) SWZ”.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.), dalej jako: „rozporządzenie”, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

b) Zamawiający, w punkcie 8.11.3. SWZ wskazał, cyt.: „8.11.3 Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt. 8.10.1) i 8.10.4), lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem

zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć. Zapis pkt. 8.11.2 stosuje się”.

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć, natomiast, w oparciu o zapisy SWZ, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 3 rozporządzenia, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć.

Z uwagi na powyższe, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 07.03.2025 r., poproszono zamawiającego o wyjaśnienie, czy zmieniał ww. zapisy SWZ w zakresie informacji wskazanych w punkcie a) i b) powyżej oraz, w razie odpowiedzi twierdzącej, uzupełnienie dokumentacji

postępowania we wskazanym zakresie. Jednocześnie, zwrócono się o udzielenie wyjaśnień wskazujących, jak zamawiający interpretował ww. postanowienia SWZ.

Zamawiający, w piśmie z dnia 07.03.2025 r., wyjaśnił, w zakresie informacji wskazanych w punkcie a) powyżej, cyt.: „W odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający wyjaśnia, że omyłkowo wprowadził do SWZ rozszerzony zapis „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: (...)” wskazując, że dotyczy on również osób, które mają miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Kontrolujący słusznie zauważył, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, w przypadku gdy wykonawca ma siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a członek jego organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca winien złożyć KRK dotyczące tej osoby wydane w kraju siedziby wykonawcy, a nie w miejscu zamieszkania danej osoby.

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał podstawy wykluczenia wraz ze szczegółowym opisem dokumentów jakie muszą złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania, gdzie powyższy zapis jest zgodny z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zamawiający podkreśla, że przedmiotowa niespójność zapisów SWZ i ogłoszenia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz nie miała wpływu ani na krąg potencjalnych wykonawców, którzy wzięli lub mogliby wziąć udział w postępowaniu, ani na wynik postępowania, ponieważ zarówno SWZ jak i ogłoszenie o wszczęciu postępowania zawierają te same podstawy wykluczenia z postępowania, które dotyczą wszystkich wykonawców biorących w nim udział.

Należy wziąć pod uwagę to, że ogłoszenie o zamówieniu jest dokumentem wiodącym prym w postępowaniu, z racji tego, że zgodnie z art. 130 ust. 1 p.z.p. jego przesłanie do Dziennika Urzędowego UE stanowi wszczęcie postępowania, a dokumenty zamówienia winny być z nim zgodne. Jednak wskazana wyżej niespójność SWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że potencjalni wykonawcy mogliby zrezygnować z wzięcia udziału w postępowaniu z powodu tego rodzaju rozbieżności w zapisie ogłoszenia i SWZ.

Zgodnie z art. 135 ust. 1 p.z.p. każdy wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, jednakże w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców takiego wniosku nie złożył, a co za tym idzie można przyjąć, że kwestia ta nie wzbudzała u wykonawców żadnych wątpliwości, szczególnie biorąc pod uwagę to, że ogłoszenie jest, szczególnie w postępowaniach prowadzonych w progach unijnych, dokumentem o szerszym zasięgu od SWZ, jak również z uwagi na to, że jest to w tych postępowaniach pierwszy dokument,

z którym wykonawcy się zapoznają i na jego podstawie podejmują decyzję o ewentualnym zapoznaniu się z pozostałymi dokumentami w zakresie danego postępowania.

Brak jest więc podstaw do przyjęcia stanowiska, że niespójność między treścią ogłoszenia a SWZ, w zakresie miejsca pozyskania dokumentu na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania, bo do tego ogranicza się przedmiotowa niespójność, miałyby wpłynąć na decyzję potencjalnych wykonawców o przystąpieniu bądź nie do udziału w postępowaniu, szczególnie biorąc pod uwagę to, że wykonawcy czynnie uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza na tym poziomie wielkości zamówień, dysponują tego rodzaju dokumentami ustawicznie.

Jak wskazuje wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 16.09.2020 sygn. akt. I SA/Sz 439/20 W pierwszej kolejności odnosząc się do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5a p.z.p. poprzez rozbieżność zapisów polegającą na braku opisanego w SIWZ podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1- 8 p.z.p., wskazać należy, że w ocenie Sądu nie każda rozbieżność pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem będzie prowadziła do ograniczenia naruszenia nakazu z art. 7 ust. 1 p.z.p. wskazującego, że przetarg prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie każda rozbieżność ogranicza konkurencję, a skoro tak nie każda prowadzi do powstania potencjalnej szkody. Z pewnością konkurencyjność będzie ograniczona w sytuacji, gdy ogólnie dostępne informacje o przetargu i jego warunkach (dostępne w BZP, który stanowi podstawowe źródło pozyskiwania przez potencjalnych wykonawców wiedzy na temat przetargów, do których mogliby przystąpić ze swoją ofertą) będą trudniejsze do spełnienia dla ewentualnych oferentów, niż te które obowiązują w rzeczywistości. W takim bowiem przypadku można wykazać, że doszło do ograniczenia konkurencji, gdyż strona na danych (trudnych) warunkach nie przystąpiła do przetargu, a w przypadku łatwiejszych warunków, które w rzeczywistości obowiązywały do niego by przystąpiła. Na odwrót można by stwierdzić, że opublikowanie łatwiejszych do spełnienia warunków nie ogranicza konkurencji (w aspekcie uprawdopodobnienia szkody) bowiem podmiot nie przystępując do przetargu na łatwiejszych warunkach nie przystąpiłby do niego gdyby znał warunki rzeczywiste - trudniejsze. Odnosząc ten model oceny pozwalający na dokonanie wnioskowania polegającego na uprawdopodobnieniu możliwości wystąpienia szkody na skutek naruszenia przepisów informacyjnych Sąd uznał, że organ naruszył prawo materialne przyjmując, że powstaniem potencjalnej szkody groziły wskazane w decyzji naruszenia obowiązków informacyjnych.

Przyjmując stwierdzenie WSA, zgodnie z którym można by stwierdzić, że opublikowanie łatwiejszych do spełnienia warunków nie ogranicza konkurencji (w aspekcie uprawdopodobnienia szkody) bowiem podmiot nie przystępując do przetargu na łatwiejszych warunkach nie przystąpiłby do niego gdyby znał warunki rzeczywiste - trudniejsze oraz, że nie każda rozbieżność pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem będzie prowadziła do ograniczenia naruszenia nakazu z art. 7 ust. 1 p.z.p. wskazującego, że przetarg prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, należy podkreślić, że niespójność między treścią ogłoszenia a SWZ w kontrolowanym postępowaniu nie wykazuje w jakikolwiek sposób zróżnicowania trudności spełnienia przez wykonawców wymogów co do podstaw wykluczenia z postępowania, jak i nie wykazuje zróżnicowania w poziomie trudności uzyskania podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykluczenia z postępowania.

Poza tym, że rzeczona niespójność, jak wykazano powyżej, nie mogła mieć wpływu na decyzję potencjalnych wykonawców o przystąpieniu do udziału w postępowaniu, podkreślenia wymaga fakt, że nie miała ona również wpływu na wynik postępowania, ponieważ przedmiotowy zapis SWZ nie miał zastosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej gdyż, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, ma siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz, na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu w postępowaniu, przedłożył zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego właściwego dla miejsca siedziby wykonawcy tj. z rejestru polskiego, a co za tym idzie zaświadczenia te zostały złożone zgodnie z wymogiem ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, pomimo zastosowania przez Zamawiającego w SWZ zapisów w zmienionej treści w stosunku do treści Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń (...), brak jest podstaw do stwierdzenia, że działanie to miało wpływ na krąg potencjalnych wykonawców lub naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie miało ono wpływu na wynik postępowania", oraz, w odniesieniu do informacji, o których mowa w punkcie b) powyżej, cyt.: „W odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający wyjaśnia, że omyłkowo w treści SWZ odniósł się w pkt. 8.11.3 do dokumentów wskazanych w pkt. 8.10.1 i 8.10.4 SWZ zamiast do dokumentów wskazanych w pkt. 8.11.1 ppkt 1) i 2) SWZ.

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał podstawy wykluczenia wraz ze szczegółowym opisem dokumentów jakie muszą złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania, gdzie powyższy zapis jest zgodny z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zamawiający podkreśla, że przedmiotowa niespójność zapisów SWZ i ogłoszenia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz nie miała wpływu ani na krąg potencjalnych wykonawców, którzy wzięli lub mogliby wziąć udział w postępowaniu, ani na wynik postępowania, ponieważ zarówno SWZ jak i ogłoszenie o wszczęciu postępowania zawierają te same podstawy wykluczenia z postępowania, które dotyczą wszystkich wykonawców biorących w nim udział.

Należy wziąć pod uwagę to, że ogłoszenie o zamówieniu jest dokumentem wiodącym prym w postępowaniu, z racji tego, że zgodnie z art. 130 ust. 1 p.z.p. jego przesłanie do Dziennika Urzędowego UE stanowi wszczęcie postępowania, a dokumenty zamówienia winny być z nim zgodne. Jednak wskazana wyżej niespójność SWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że potencjalni wykonawcy mogliby zrezygnować z wzięcia udziału w postępowaniu z powodu tego rodzaju rozbieżności w zapisie ogłoszenia i SWZ.

Zgodnie z art. 135 ust. 1 p.z.p. każdy wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, jednakże w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców takiego wniosku nie złożył, a co za tym idzie można przyjąć, że kwestia ta nie wzbudzała u wykonawców żadnych wątpliwości, szczególnie biorąc pod uwagę to, że ogłoszenie jest, szczególnie w postępowaniach prowadzonych w progach unijnych, dokumentem o szerszym zasięgu od SWZ, jak również z uwagi na to, że jest to w tych postępowaniach pierwszy dokument, z którym wykonawcy się zapoznają i na jego podstawie podejmują decyzję o ewentualnym zapoznaniu się z pozostałymi dokumentami w zakresie danego postępowania.

Brak jest więc podstaw do przyjęcia stanowiska, że niespójność między treścią ogłoszenia a SWZ, w zakresie rodzaju dokumentu na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania, bo do tego ogranicza się przedmiotowa niespójność, miałyby wpłynąć na decyzję potencjalnych wykonawców o przystąpieniu bądź nie do udziału w postępowaniu, szczególnie biorąc pod uwagę to, że wykonawcy czynnie uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza na tym poziomie wielkości zamówień, dysponują tego rodzaju dokumentami ustawicznie. Jak wskazuje wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 16.09.2020 sygn. akt. I SA/Sz 439/20 W pierwszej kolejności odnosząc się do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5a p.z.p. poprzez rozbieżność zapisów polegającą na braku opisanego w SIWZ podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1- 8 p.z.p., wskazać należy, że w ocenie Sądu nie każda rozbieżność pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem będzie prowadziła do ograniczenia naruszenia nakazu z art. 7 ust. 1 p.z.p. wskazującego, że przetarg prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie każda rozbieżność ogranicza konkurencję, a skoro tak nie każda prowadzi do powstania potencjalnej szkody. Z pewnością konkurencyjność będzie ograniczona w sytuacji, gdy ogólnie dostępne informacje o przetargu i jego warunkach (dostępne w BZP, który stanowi podstawowe źródło pozyskiwania przez potencjalnych wykonawców wiedzy na temat przetargów, do których mogliby przystąpić ze swoją ofertą) będą trudniejsze do spełnienia dla ewentualnych oferentów, niż te które obowiązują w rzeczywistości. W takim bowiem przypadku można wykazać, że doszło do ograniczenia konkurencji, gdyż strona na danych (trudnych) warunkach nie przystąpiła do przetargu, a w przypadku łatwiejszych warunków, które w rzeczywistości obowiązywały do niego by przystąpiła. Na odwrót można by stwierdzić, że opublikowanie łatwiejszych do spełnienia warunków nie ogranicza konkurencji (w aspekcie uprawdopodobnienia szkody) bowiem podmiot nie przystępując do przetargu na łatwiejszych warunkach nie przystąpiłby do niego gdyby znał

warunki rzeczywiste - trudniejsze. Odnosząc ten model oceny pozwalający na dokonanie wnioskowania polegającego na uprawdopodobnieniu możliwości wystąpienia szkody na skutek naruszenia przepisów informacyjnych Sąd uznał, że organ naruszył prawo materialne przyjmując, że powstaniem potencjalnej szkody groziły wskazane w decyzji naruszenia obowiązków informacyjnych.

Przyjmując stwierdzenie WSA, zgodnie z którym można by stwierdzić, że opublikowanie łatwiejszych do spełnienia warunków nie ogranicza konkurencji (w aspekcie uprawdopodobnienia szkody) bowiem podmiot nie przystępując do przetargu na łatwiejszych warunkach nie przystąpiłby do niego gdyby znał warunki rzeczywiste – trudniejsze oraz, że nie każda rozbieżność pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem będzie prowadziła do ograniczenia naruszenia nakazu z art. 7 ust. 1 p.z.p. wskazującego, że przetarg prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, należy podkreślić, że niespójność między treścią ogłoszenia a SWZ w kontrolowanym postępowaniu nie wykazuje w jakikolwiek sposób zróżnicowania trudności spełnienia przez wykonawców wymogów co do podstaw wykluczenia z postępowania, jak i nie wykazuje zróżnicowania w poziomie trudności uzyskania podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykluczenia z postępowania.

Poza tym, że rzeczona niespójność, jak wykazano powyżej, nie mogła mieć wpływu na decyzję potencjalnych wykonawców o przystąpieniu do udziału w postępowaniu, podkreślenia wymaga fakt, że nie miała ona również wpływu na wynik postępowania, ponieważ przedmiotowy zapis SWZ nie miał zastosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej gdyż, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, ma siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz, na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu w postępowaniu, przedłożył zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego właściwego dla miejsca siedziby wykonawcy tj. z rejestru polskiego, a co za tym idzie zaświadczenia te zostały złożone zgodnie z wymogiem ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a w zakresie informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych złożył oświadczenie, że jako spółka publiczna w rozumieniu m.in. art. 4 pkt 20) ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, jest spółką notowana na Giełdzie Papierów Wartościowych, której akcje są częściowo w wolnym obrocie, tym samym wykonawca nie jest zobowiązany do zgłoszenia, przy tym do przedstawiania informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, zgodnie z art. 58 pkt 5) ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. 2023 r., poz. 1124 t.j.), zgodnie z którym: „Do zgłaszania informacji o beneficjentach rzeczywistych i ich aktualizacji są obowiązane: (...) spółki akcyjne, z wyjątkiem spółek publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach

wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 2554)".

Biorąc pod uwagę powyższe, pomimo zastosowania przez Zamawiającego w SWZ zapisów w zmienionej treści w stosunku do treści Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń (...), brak jest podstaw do stwierdzenia, że działanie to miało wpływ na krąg potencjalnych wykonawców lub naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie miało ono wpływu na wynik postępowania".

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu możliwość zmiany specyfikacji warunków zamówienia. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w określonych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp czynność zmiany SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ, niezgodności zapisów zawartych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, etc., które powinny zostać usunięte np. w celu umożliwienia wykonawcom ustalenia, w sposób niebudzący wątpliwości, określonych przez zamawiającego zasad, czy dokonywania czynności, zgodnych z rzeczywistymi wymaganiami zamawiającego. Warto podnieść, iż przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych powinny być interpretowane w sposób zapewniający zachowanie podstawowych zasad systemu zamówień, w tym przejrzystości postępowania. Zasada przejrzystości wyrażona w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby treść dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu była spójna i transparentna, a ewentualne błędy czy nieścisłości niezwłocznie korygowane.

Zamawiający, w punktach 8.11.1. i 8.11.3. SWZ, zawarł ww. zapisy niezgodne z przepisami, odpowiednio, § 4 ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 3 rozporządzenia oraz treścią opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu w zakresie odnoszącym się do żądanych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych. Podkreślenia zatem wymaga, iż zamawiający powinien zachować spójność pomiędzy zapisami zawartymi w dokumentach zamówienia, ogłoszeniem o zamówieniu, a także przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym § 4 ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 3 rozporządzenia i, w razie ich rozbieżności, dokonać stosownej korekty, w tym, tak zmodyfikować treść SWZ, aby jej zapisy odzwierciedlały rzeczywiste intencje zamawiającego. Wykazane powyżej niezgodności pomiędzy postanowieniami w obrębie SWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz przepisami § 4 ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 3 rozporządzenia istniały od wszczęcia niniejszego postępowania i nie zostały skorygowane przed upływem terminu składania ofert. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści SWZ, tj. w punktach 8.11.1. i 8.11.3. SWZ,

zapisy od początku niespójne z przepisami § 4 ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 3 rozporządzenia oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie odnoszącym się do żądanych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych, bez następcej ich zmiany, naruszył art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik kontrolowanego postępowania.

4. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, pismem z dnia 07.06.2024 r., przesłanym wykonawcom oraz zamieszczonym na platformie elektronicznej tego samego dnia, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę PORR S.A.

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena (pkt)	Okres gwarancji (pkt)	Razem (pkt)
1.	Polbud-Pomorze Sp. z o.o.	Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	---	---
2.	Unibep S.A.	52,10 pkt	40 pkt	92,10
3.	STRABAG Sp. z o.o.	50,31 pkt	40 pkt	90,31
4.	PORR S.A.	60 pkt	40 pkt	100
5.	Budimex S.A.	58,25 pkt	40 pkt	98,25
6.	TORHAMER Sp. z o.o. sp.k.	Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	-----	-----
7.	P.H.U.B. PIOTR PAWLICA	59,42 pkt	40 pkt	99,42

Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert Polbud-Pomorze sp. z o.o. oraz TORHAMER Sp. z o.o. sp.k., podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla powyższej czynności.

Pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 21.06.2024 r. W związku z powyższym, zamawiający pismem z dnia 07.06.2024 r., działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się jednocześnie do wszystkich wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, tj. do dnia 19.08.2024 r.

Powyższe dokumenty należało złożyć w terminie do dnia 21.06.2024 r.

W odpowiedzi na powyższe, pismami z dnia:

- 11.06.2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. oświadczył, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 12.06.2024 r. wykonawca TORHAMER Sp. z o.o. sp.k. oświadczył, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 14.06.2024 r. wykonawca BUDIMEX S.A. oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednocześnie składając aneks do gwarancji wadialnej;
- 14.06.2024 r. wykonawca P.H.U.B. PIOTR PAWLICA oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednocześnie składając aneks do gwarancji wadialnej;
- 18.06.2024 r. wykonawca PORR S.A. oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednocześnie składając aneks do gwarancji wadialnej.

Pismami z dnia 28.06.2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z upływem pierwotnego terminu związania ofertą, zwolnił wadła wniesione w postaci gwarancji wadialnych przez wykonawców TORHAMER Sp. z o.o. sp.k., STRABAG Sp. z o.o., Polbud-Pomorze sp. z o.o. oraz Unibep S.A.

Pismem z dnia 06.08.2024 r. zamawiający poinformował na stronie prowadzonego postępowania, że w wyniku wyroku KIO 2088/24 z dnia 08.07.2024 r., unieważnia dokonaną w dniu 07.06.2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownie przeprowadzi czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 20.11.2024 r., przesłanym wykonawcom oraz zamieszczonym na platformie elektronicznej tego samego dnia, na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poinformował o dokonaniu ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę PORR S.A., podając jednocześnie punktację przyznaną pozostałym wykonawcom.

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena (pkt)	Okres gwarancji (pkt)	Razem (pkt)
1.	Polbud-Pomorze Sp. z o.o.	Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	-----	-----
2.	Unibep S.A.	52,10 pkt	40 pkt	92,10
3.	STRABAG Sp. z o.o.	50,31 pkt	40 pkt	90,31

4.	PORR S.A.	60 pkt	40 pkt	100
5.	Budimex S.A.	58,25 pkt	40 pkt	98,25
6.	TORHAMER Sp. z o.o. sp.k.	Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	----	----
7.	P.H.U.B. PIOTR PAWLICA	59,42 pkt	40 pkt	99,42

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Jednocześnie, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20.11.2024 r. wynika, iż zamawiający zaniechał czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Unibep S.A. oraz STRABAG Sp. z o.o. z uwagi na brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Unibep S.A. oraz STRABAG Sp. z o.o. w związku z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą naruszył art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt ustawy Pzp.

Jednocześnie zważywszy na fakt, iż żadna z ww. nie ofert nie została wybrana jako najkorzystniejsza, wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.