



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ6.440.121.2024.MT
KU/117/24/DKZP

Warszawa, dnia 19.02.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie ul. T. Boya Żeleńskiego 19a 35-105 Rzeszów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	Rozbudowa i budowa DW nr 835 na odcinku Szklary - Dynów
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	09.04.2024 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	Dz. U. S: 7112024 210394-2024
Wartość zamówienia:	245 839 709,50 zł, (tj. 53 015 830,91 euro), w tym:

- w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - 56 049 757,02 zł, (tj. 12 087 243,54 euro)

Środki UE:

Fundusze Europejskie dla Podkarpacia 2021- 2027

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. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ponowne wezwanie wykonawcy Antex II sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 2) art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp oraz art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), poprzez zaniechanie żądania w dokumentacji postępowania podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ);
- 3) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania przez Zamawiającego czynności zmiany treści punktu XVII.15. rozdziału I. specyfikacji warunków zamówienia (IDW) w zakresie określonych przez Zamawiającego metod dokonywania poprawek oczywistych omyłek rachunkowych;
- 4) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak dokonania przez Zamawiającego czynności ujawnienia części pisma złożonego przez wykonawcę Antex II Sp. z o.o. pn.: „Załącznik nr 1 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, zaczynającego się od słów: „Jak wynika z powyższego” i kończącej się słowami: „(...) osób wskazanych w dokumentach zamówienia przez wykonawcę lub podwykonawcę.”, z uwagi na brak wykazania przez ww. wykonawcę zasadności zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający pismem z dnia 19.08.2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, ponownie wezwał wykonawcę Antex II sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty, ponieważ niektóre elementy przedłożonych wyjaśnień wymagają dodatkowego uzasadnienia, tj. m.in. w nw. zakresie: *„Przedłożenia przez Wykonawcę wartości kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, wartości założonego zysku oraz przyjętych ewentualnych rezerw dla całej oferty, a więc wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.”*

W odpowiedzi na wezwanie ww. wykonawca w dniu 30.08.2024 r. wyjaśnił: *„Wykonawca przygotowując kalkulację cenową do każdej pozycji ofertowej podchodził indywidualnie, średni zysk przyjęto na poziomie 3%. Wartości kosztów pośrednich, bezpośrednich oraz rezerwy były ustalane indywidualnie dla każdej pozycji na bazie dotychczas zrealizowanych inwestycji i wewnętrznej polityki firmy.”*

Zamawiający pismem z dnia 03.09.2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z weryfikacją wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, ponownie wezwał wykonawcę ANTEX II sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty. Zamawiający podkreślił, iż wyraźnie w swoim piśmie wezwał do *„przedłożenia przez wykonawcę wartości kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, wartości założonego zysku oraz przyjętych ewentualnych rezerw dla całej oferty, a więc wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”*, a odpowiedź wykonawcy była ogólnikowa i nie odpowiada na wezwanie Zamawiającego. Wezwano do przedstawienia przez wykonawcę wartości kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, wartości założonego zysku oraz przyjętych ewentualnych rezerw dla całej oferty.

Zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny, wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył pierwotnie nie były ogólnikowe i wymijające, lecz merytoryczne. W związku z powyższym, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 17.01.2025 r. Departament Kontroli zwrócił

się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego mimo złożenia przez wykonawcę ANTEX II sp. z o.o. ogólnego wyjaśnienia, po raz kolejny Zamawiający skierował pismo z wnioskiem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, w szczególności o wyjaśnienie, dlaczego Zamawiający nie odrzucił ww. oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 23.01.2025 r. zamawiający uzupełnił dokumentację oraz wyjaśnił: „Zamawiający wskazuje, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające wobec wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu po stwierdzeniu, iż złożone oferty noszą znamiona rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwał Wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu weryfikacji czy wyliczenie ceny, założenia kalkulacyjne Wykonawcy są uzasadnione w świetle okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach i czy złożone dowody potwierdzają przyjęty poziom cen.

Wykonawca Antex II sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z tym Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do wykonania dyspozycji art. 224 ust. 2 ustawy Pzp tj. badania czy złożona oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów składało się z kilku pytań, które wskazywały na istotne, zdaniem Zamawiającego, czynniki mające wpływ na wysokość ceny. Antex II sp. z o.o. pismem 223/UB/2024 z dnia 30.07.2024 r. przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami (Wyjaśnienia nr 1), odpowiadające wystosowanemu wezwaniu. Zamawiający dokonał oceny złożonych Wyjaśnień nr 1 i wezwał o dodatkowe wyjaśnienia, ponieważ niektóre elementy wymagały rozwinięcia i uzasadnienia. Antex II sp. z o.o. pismem 250/UB/2024 z dnia 30.08.2024 r. przedłożył wyjaśnienia w zakresie ceny (Wyjaśnienia nr 2). W świetle złożonych wyjaśnień należy wskazać, iż zawierają one merytoryczną odpowiedź na zadane pytanie. Wykonawca wyjaśnił, że „przygotowując kalkulację cenową do każdej pozycji ofertowej podchodził indywidualnie, średni zysk przyjęto na poziomie 3%. Wartości kosztów pośrednich, bezpośrednich oraz rezerwy były ustalane indywidualnie dla każdej pozycji na bazie dotychczas zrealizowanych inwestycji i wewnętrznej polityki firmy”.

Zamawiający dokonując badania oferty Antex II sp. z o.o. pod kątem podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny szczegółowo zweryfikował informacje i dowody przekazane przez Wykonawcę w Wyjaśnieniu nr 1 i Wyjaśnieniu nr 2 Antex II sp. z o.o. odniósł się do wszystkich pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, które budziły wątpliwości Zamawiającego wyszczególnione w pierwszym wezwaniu (Wyjaśnienie nr 1). Wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zostały poparte dowodami tj. ofertami od podwykonawców na wykonanie prac projektowych, obsługi geodezyjnej inwestycji, robót branży drogowej, geotechnicznej, mostowej i sanitarnej.

Załączone do wyjaśnień Antex II sp. z o.o. dowody potwierdzają, że Wykonawca dokonał rozeznania cen rynkowych pozyskując oferty od podwykonawców i na ich podstawie skalkulował swoją ofertę. Przedłożone przez Wykonawcę oferty w ilości 11 szt. potwierdzają wiarygodność cen kluczowego (głównego) asortymentu cenotwórczego dla przedmiotowego zadania. Dodatkowe wyjaśnienia (wyjaśnienia nr 2) stanowiły doprecyzowanie informacji zawartych w Wyjaśnieniach nr 1 i zawierały odpowiedź na wszystkie 9 pytań Zamawiającego, z tym, że jedna z odpowiedzi o większym stopniu ogólności wymagała doprecyzowania. Pomimo tego, że Wyjaśnienia wykonawcy były merytoryczne i ich treść wyjaśniała przyjęte przez Wykonawcę założenia, Zamawiający zdecydował się na ponowne (trzecie) skierowanie wezwania do Antex II.

Jego celem było wyłącznie uszczegółowienie wyjaśnień poprzez przekazanie danych ujednoliconych dla zapytań skierowanych do innych Wykonawców w taki sposób, aby umożliwić Zamawiającemu rzetelne dokonanie oceny złożonej oferty, w tym porównanie z ofertami innych Wykonawców. Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień Wykonawcy Antex II sp. z o.o. biorąc pod uwagę cały kontekst jego odpowiedzi i nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający swoje stanowisko oparł na Wyroku KIO z dnia 18 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1200/23, KIO 1224/23 w którym wskazano, że: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko o obowiązku udzielenia przez wykonawców składających wyjaśnienia dotyczące cen ofert adekwatnych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania. Oceniając wyjaśnienia należy jednak wziąć pod uwagę całą ich treść, a nie tylko poszczególne odpowiedzi.(...)”

Celem art. 224 ust. 6 Pzp nie jest usuwanie z postępowania oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia w jakiś sposób nie odpowiadały zadany mu przez zamawiającego pytaniom, a wprowadzenie sankcji za zlekceważenie obowiązku wykazania realności ceny złożonej oferty. Tym samym przepis też może być zastosowany w sytuacji, gdy zamawiający, mimo uruchomienia procedury wyjaśnienia cen oferty, nie uzyska od danego wykonawcy informacji pozwalających na ocenę możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia za określoną kwotę.”.

Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych.

W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”.

Jednocześnie należy mieć na uwadze, iż „prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy” (wyrok KIO z 25.04. 2014 r., sygn. akt: KIO 725/14).

Natomiast w wyroku z dnia 13 października 2014 r., KIO 2025/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) w przypadku, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień.

Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchylił się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.”.

Zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, ciężaru dowodu. Należy bowiem podkreślić, iż Zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny, tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył nie były ogólnikowe i wymijające, lecz merytoryczne. Ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione. Nie może stanowić próby „ratowania” oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W przypadku, gdy wykonawca pierwotnie składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień.

Przedstawione przez wykonawcę Antex II sp. z o.o. w piśmie z dnia 30.08.2024 r. wyjaśnienia zawierały ogólną informację, iż „przygotowując kalkulację cenową do każdej pozycji ofertowej podchodził indywidualnie, średni zysk przyjęto na poziomie 3%. Wartości kosztów pośrednich, bezpośrednich oraz rezerwy były ustalane indywidualnie dla każdej pozycji na bazie dotychczas zrealizowanych inwestycji i

wewnętrznej polityki firmy”. Zamawiający następnie sam stwierdził, iż powyższa odpowiedź wykonawcy jest ogólnikowa i nie odpowiada na wezwanie Zamawiającego. Tym samym, w przypadku, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, mało konkretne, Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień, nie zaś ponownie wzywać wykonawcę do wyjaśnienia kwestii, których wykonawca nie skonkretyzował w ramach wcześniej udzielonych wyjaśnień. Z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku kontroli przy piśmie z dnia 23.01.2025 r. wynika, iż przekazane przez Wykonawcę Antex II sp. z o.o. informacje i dowody zawarte w Wyjaśnieniach nr 1 z dnia 30.07.2024 r. i Wyjaśnieniach nr 2 z dnia 30.08.2024 r. były wystarczające do oceny, iż zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Tym samym należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez wezwanie przy piśmie z dnia 03.09.2024 r. wykonawcy Antex II sp. z o.o. do ponownego udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, naruszył treść art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, Zamawiający określił zakres podmiotowych środków dowodowych, żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w załączniku do SWZ pn. Podstawowe Informacje Dotyczące Postępowania, dalej: „PIDP”.

W PIDP (w zakresie pkt IX IDW) zostało wskazane, że *„Zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Zamawiający wymagać będzie tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.”* Ponadto, zamawiający poinformował, że *„Zgodnie z art. 126. ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) wraz z oświadczeniami dotyczącymi przepisów sankcyjnych związanych z wojną w Ukrainie.”*

W PIDP (dotyczy pkt IX.2 IDW) zamawiający wymienił podmiotowe środki dowodowe, o które zamawiający będzie wzywał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumenty, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a, b, pkt 2 i 3 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), dalej jako „rozporządzenie”.

W żadnym punkcie dokumentacji, zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 27.12.2024 r. Departament Kontroli zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie czy zamawiający zmienił treść SWZ w zakresie wymagania przedłożenia przez wykonawcę oraz podmiot trzeci udostępniający zasoby oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, a jeśli nie – o podanie powodu braku zawarcia tego zapisu.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 03.01.2025 r. Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający przewidział w Specyfikacji Warunków Zamówienia i w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość skorzystania z tzw. „procedury odwróconej” na podstawie art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), tzn. że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt. IX Instrukcji dla wykonawców (IDW) ROZDZIAŁ I – Podstawowe informacje dotyczące postępowania (PIDP) opisał podmiotowe środki dowodowe, których będzie wymagał na okoliczność potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia. W dokumentach postępowania wskazano, że zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający wymagać będzie tego

oświadczenia (wraz z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi) wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona – w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Konstrukcja oświadczenia w formie dokumentu JEDZ uwzględniała przesłanki wykluczenia regulowane art. 108 Pzp, które to oświadczenie było składane jako aktualne na dzień złożenia. Zamawiający działając w błędnym przeświadczeniu, że nie ma konieczności żądania w jednym czasie od Wykonawcy dwóch rodzajów oświadczeń, które odnoszą się do tych samych podstaw wykluczenia, nie wymagał w treści SWZ przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zmodyfikował również treści SWZ w tym zakresie. Zamawiający zapoznał się z informacją o wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej w postępowaniu pn. *Przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 878 na odcinku Tyczyn – Dylągówka* (pismo DKZP.WKZ5.440.64.2024.MM dot. KU/64/24/DKZP z dnia 16.09.2024 r.). W analogicznej sytuacji stwierdzono naruszenie. Zalecono jego usunięcie poprzez zweryfikowanie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia na podstawie dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy. W związku z tym Zamawiający pomimo braku takich zapisów w SWZ w przedmiotowym postępowaniu wezwał Wykonawcę do przedłożenia tego oświadczenia.”.

Zgodnie z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), zostało określone w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia jako jeden z podmiotowych środków dowodowych służący ocenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jeśli zatem Zamawiający nie wskazał w sposób pełny wszystkich dokumentów wymaganych

od wykonawcy, jakie należy przedłożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu należy przyjąć, że nie wypełnił prawidłowo wymogu, o którym mowa w art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy podkreślić, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert - jest to tzw. oświadczenie wstępne (art. 125 ust. 3 ustawy Pzp). Natomiast oświadczenie wskazane w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia potwierdza, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania Zamawiającego.

Powyższe oznacza, że zarówno wykonawca, jak i podmiot udostępniający zasoby, mają obowiązek złożyć zarówno oświadczenie w formie JEDZ, jak również oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym - JEDZ. Wynika to z faktu, że każde z tych dwóch oświadczeń potwierdza sytuację podmiotową na inny moment postępowania. W związku z tym, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż Zamawiający stosownie do treści art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, żądał oświadczenia JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona.

W konsekwencji, zaniechanie żądania w dokumentacji postępowania podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), stanowi naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp oraz art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie *podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze fakt, iż pismem z dnia 17.09.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 oraz art. 124 pkt 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę PORR S.A. do

złożenia oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a wykonawca w dniu 20.09.2024 r. przedłożył wymagane dokumenty, stwierdzone naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania. Z tego względu nie jest konieczne wydanie na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zalecenia w postaci wezwania wykonawcy PORR S.A. do przedłożenia ww. dokumentu.

3. Zamawiający, w punkcie XVII.15. rozdziału I. specyfikacji warunków zamówienia (IDW), poinformował, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe zgodnie z poniższymi zasadami, tj. m.in., jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe. Jednocześnie, zamawiający wskazał, iż przyjmuje się, że przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 17.01.2025 r. Departament Kontroli zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, w jaki sposób zamawiający interpretował zapisy IDW. Zamawiający, w punkcie XVII.15. rozdziału I. specyfikacji warunków zamówienia (IDW), poinformował, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe zgodnie z poniższymi zasadami, tj. m.in. jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe. Jednocześnie, zamawiający wskazał, iż przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 23.01.2025 r., zamawiający wyjaśnił, cyt. „Zamawiający w pkt. XVII. IDW opisał sposób obliczenia ceny oferty. Określił, że w zależności od rodzaju/przedmiotu postępowania Wykonawca winien obliczyć cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z załączonymi wzorami, tj.: Formularza cenowego (FC), Kosztorysu ofertowego (KO), Tabeli Opracowań Projektowych (TOP), Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), lub innego stosownego dokumentu. Cenę za realizację przedmiotu zamówienia należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych

pozycji wskazanych w w/w dokumencie. W pkt. XVII ppkt 15 przyjęto zapis: 15. W przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe zgodnie z poniższymi zasadami:

- przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia,
- jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie,
- jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe.

Ww. zapisy odnoszą się do różnych sposobów wyliczenia wynagrodzenia. Tiret 1 i 2 odnosi się do sytuacji, kiedy cena za wykonanie przedmiotu zamówienia podana jest wyłącznie jedną kwotą, bez rozbicia na poszczególne elementy składowe. W przedmiotowym postępowaniu wymagano wycenienia oferty zgodnie ze wzorem Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), do którego ma zastosowanie zapis w Tiret 3: „jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe”. Zatem Zamawiający przyjął, iż Wykonawca w złożonej ofercie w Tabeli Elementów Rozliczeniowych podał poszczególne ceny ryczałtowe. Mając powyższe na uwadze poprawiono omyłki rachunkowe w sumowaniu poszczególnych pozycji ryczałtowych.”.

Mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż jak wynika z załącznika do IDW pn.: „Podstawowe Informacje Dotyczące Postępowania”, dalej: „PIDP”, w kontrolowanym postępowaniu wykonawcy, wraz z ofertą, zobowiązani byli do przedłożenia tabeli elementów rozliczeniowych (TER). Zgodnie z przygotowanym przez zamawiającego wzorem ww. dokument (TER) zawierał m.in. wyszczególnienie elementów rozliczeniowych oraz pozycję: „RAZEM (Faza Projektowania + Faza Robót Budowlanych) brutto”, będącą sumą cen ryczałtowych wszystkich elementów rozliczeniowych wraz z podatkiem VAT, stanowiącą cenę brutto oferty.

Zgodnie z punktem XVII.2. IDW wykonawcy, w formularzu ofertowym zobligowani byli do podania ceny za realizację przedmiotu zamówienia, którą należało obliczyć, jako sumę wartości poszczególnych pozycji wskazanych w TER.

W tym miejscu, zauważyć warto, iż w przedmiotowym postępowaniu, w oparciu o TER, zamawiający dokonywał, w ofercie, poprawek, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Jednocześnie, ani sformułowane przez zamawiającego, w punkcie XVII.15. IDW postanowienia odnoszące się do sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, ani inne zapisy zawarte w dokumentach zamówienia, nie wskazywały która z ww. metod dotyczących poprawek oczywistych omyłek rachunkowych znajdzie zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Przeciwnie, z przedłożonej dokumentacji wynika, iż określone w punkcie XVII.15. IDW ww. postanowienia mogły być na równi stosowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Konieczne jest przy tym wyjaśnienie, iż ww. zapisy stanowią postanowienia rozbieżne, sprzeczne ze sobą, a zatem, co do zasady, pozostawiające nieuzasadnioną dowolność wyboru przez zamawiającego sposobu dokonywania poprawek oczywistych omyłek rachunkowych postanowienia.

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 uzasadnionych 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, etc., które powinny zostać usunięte np. w celu umożliwienia wykonawcom ustalenia, w sposób niebudzący wątpliwości, stosowanych w postępowaniu zasad określonych przez zamawiającego lub dokonywania innych 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. Opisywana sprzeczność postanowień zawartych w punkcie XVII.15. IDW, w zakresie określonych przez zamawiającego

metod dokonywania poprawek oczywistych omyłek rachunkowych, wymagała zmiany SWZ.

Skoro bowiem Zamawiający, w piśmie z dnia 23.01.2025 r. wyjaśnił, iż w przedmiotowym postępowaniu, jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe, powinien tak zmodyfikować treść SWZ, aby jej zapisy odzwierciedlały, zgodne z intencjami Zamawiającego, zasady dotyczące, mających zastosowanie, metod dokonywania poprawek oczywistych omyłek rachunkowych. Zasada przejrzystości wyrażona w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby treść dokumentów zamówienia była spójna i transparentna, a ewentualne błędy czy nieścisłości niezwłocznie korygowane.

W konsekwencji, brak dokonania przez Zamawiającego czynności zmiany treści punktu XVII.15. IDW w opisanym powyżej zakresie stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zamawiający, pismami z dnia 11.07.2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Antex II sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Pismem z dnia 30.07.2024 r. wykonawca Antex II Sp. z o.o. udzielił wyjaśnień, w tym złożył dowody, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11.07.2024 r. Jednocześnie, ww. wykonawca w piśmie pn.: „(...) Odpowiedź dot. w zakresie wyliczeń” przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wymienionych w „Załączniku nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 30.08.2024 r. Zamawiający dokonał częściowego odtajnienia fragmentów pisma pn.: Załącznik nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa” złożonego przez wykonawcę Antex II Sp. z o.o.

W dniu 30.01.2025 r. Departament Kontroli zwrócił się do zamawiającego z prośbą o złożenie wyjaśnień. Wraz z wyjaśnieniami w sprawie rażąco niskiej

ceny z dnia 30.07.2024 r. wykonawca Antex II przekazał Załącznik nr 1 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, w którym przedstawił zestawienie tabelaryczne ofert podwykonawców w odniesieniu do cen w ofercie wykonawcy wraz z załącznikami. W związku z powyższym, poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż zastrzeżonym informacjom przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, poproszono o wyjaśnienie, dlaczego Zamawiający nie odtajnił w całości wyjaśnień wykonawcy wskazanych w ww. załączniku.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 05.02.2025 r. zamawiający wyjaśnił:
„po dokonanej analizie katalogu ustawowych przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa i dostępnego orzecznictwa był świadomy, że utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności (art. 18 ustawy Pzp) i nie może być interpretowane rozszerzająco.

Zamawiający dokonując weryfikacji wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Antex II sp. z o.o. pismem 223/UB/2024 z 30.07.2024 r. wraz z załącznikami, ocenił zasadność zastrzeżenia przez tego Wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zakwalifikował niektóre z zastrzeżonych informacji jako posiadające walor tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, że przedstawione uzasadnienie jest wystarczające do wyłączenia przez Zamawiającego w tym zakresie jawności postępowania. Szczegółowe stanowisko Zamawiającego zostało przekazane Wykonawcy pismem o sygn. PZDW/WZP/3052/243/WI/3/2024 z 30.08.2024r. Zamawiający, zapoznając się z treścią uzasadnienia oraz treścią informacji zawartej w części niejawnej wyjaśnień Antex II przyjął, że informacje zawarte w Załączniku nr 1 do wyjaśnień (kalkulacja szczegółowa) oraz dowody załączone do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ponieważ, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 149/16), tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (źródła dostaw, ceny materiałów, uzyskane rabaty), informacja o podwykonawcach, z którymi współpracuje wykonawca, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych w zakresie zamówienia, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków. Stanowią one zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą,

ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży. Analizując treść uzasadnienia oraz treść informacji zawartej w części niejawnej wyjaśnień Antex II Zamawiający miał na uwadze, że opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone kopie ofert podwykonawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią orzeczenia KIO z 28 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 245/22) Zamawiający przyjął, że nawet fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia też wymaga, że zgodnie z ostatnim orzecznictwem TSUE stwierdzenie, że dane zastrzeżenie nie spełnia wymagań definicyjnych tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk nie stanowi o braku możliwości skuteczności zastrzeżenia takich informacji. W szeroko komentowanym wyroku TSUE wydanym w dniu 17.11.2022 r. w sprawie o sygnaturze C-54/21 wyraźnie podkreśla się, że polskie przepisy Pzp niesłusznie zawężają ochronę poufności informacji przekazywanych przez oferentów jedynie do „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu nadanym ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trybunał uznał przy tym, że wymogiem poufności mogą być objęte również dane, które prawnie w ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa się nie wpisują. W przywołanym wyroku TSUE stwierdziło, że „(...) Prawdą jest, że pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” zdefiniowane w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 lub w odpowiednim przepisie prawa krajowego jedynie częściowo pokrywa się z określeniem „informacje przekazanej...” jako poufne” zawartym w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego ostatniego przepisu informacje, o których w nim mowa, obejmują „między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert”, co wskazuje na to, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 34 i 35 opinii, że ochrona poufności przewidziana w dyrektywie 2014/24 jest szersza niż ochrona rozciągająca się wyłącznie na tajemnice przedsiębiorstwa. (...)

W konsekwencji art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w związku z jej art. 50 i 55 z jednej strony nie stoi na przeszkodzie ustanowieniu przez państwo członkowskie zasad wyznaczających zakres obowiązku zachowania poufności w oparciu o pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiadające co do istoty pojęciu zawartemu w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943. Z drugiej strony stoi on takim zasadom na przeszkodzie, jeżeli nie obejmują one odpowiednich przepisów pozostawiających instytucjom zamawiającym – w okolicznościach, w których owe art. 50 i 55 mają zastosowanie – możliwość odmówienia w drodze wyjątku ujawnienia informacji, które mimo że nie wchodzą w zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, powinny pozostać niedostępne ze względu na interes lub cel, o których mowa we wspomnianych art. 50 i 55. Z kolei wskazany art. 55 ust 5 dyrektywy 2014/24 mówi o tym, że „Z publikacji można wyłączyć pewne informacje dotyczące udzielenia zamówienia (...) jeżeli ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego, bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami”. Trybunał potwierdził, że jako informacje poufne można zastrzegać nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz również inne, które m.in. „mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy”. Podniósł, że wielokrotnie powoływał się na „wartość handlową” informacji, a według jego ustaleń polskie przepisy są nadmiernie restrykcyjne. Zdaniem TSUE jako poufne mogą być zastrzeżone dowolne informacje, mające „wartość handlową” dla wykonawcy, a tym samym mają one szerszy zakres niż dotychczas dopuszczany w krajowym orzecznictwie.

Zamawiający uznał, że zanonimizowane dane nie są ujawnione do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie są one znane ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt: 539/20). Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa” kiedy przedsiębiorca ma wolę by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Mając powyższe na uwadze Zamawiający, kierując się ostrożnością uznał, że wyjaśnienia zawierają na tyle dużą ilość danych liczbowych, kalkulacji robót i zindywidualizowanych wycen podwykonawców, że w

przypadku nieuwzględnienia skuteczności zastrzeżenia istniało duże ryzyko naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy Antex II sp. z o.o.”.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp 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), dalej: „ustawa znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

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 (art. 11 ust. 2 ustawy znk).

Podniesienia w tym miejscu wymaga, iż wskazane w treści pisma zawartego w pliku pn. Załącznik nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa” informacje zaczynającej się od słów: „Jak wynika z powyższego” i kończącej się słowami: „(...) osób wskazanych w dokumentach zamówienia przez wykonawcę lub podwykonawcę.” nie stanowią zastrzeżonych informacji, o których mowa w piśmie zawartym w pliku pn. „(...) Odpowiedź dot. w zakresie wyliczeń”, stanowiącym uzasadnienie zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Antex II Sp. z o.o. w piśmie zawartym w pliku pn. „(...) Odpowiedź dot. w zakresie wyliczeń”, zastrzegł, informacje wskazane w Załączniku nr 1 do wyjaśnień (kalkulacja szczegółowa) oraz dowody załączone do pisma, na które składały się oferty podwykonawców. W związku z powyższym, same ogólne informacje, które zostały wskazane w piśmie „Załącznik nr 1 Tajemnica przedsiębiorstwa” bezpośrednio po przedstawieniu kalkulacji szczegółowej, nie zostały objęte zastrzeżeniem, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż próba objęcia ww. informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w ocenie Prezesa Urzędu byłaby nieskuteczna.

Trudno bowiem uznać je za spełniające warunki pozwalające na zastrzeżenie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym ww. informacje jako bardzo ogólne, niezawierające żadnych szczegółowych danych winny być dostępne wszystkim zainteresowanym podmiotom w pełnym zakresie, nie zaś tylko w częściowo odtajnionym przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 30.08.2024 r.

Uwzględniając powyższe, w pierwszej kolejności należy wskazać, że to wykonawca musi udowodnić, że dane informacje, które zastrzega, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie, nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ze względu na wartość gospodarczą, jaką posiadają dla wykonawcy, należy badać skuteczność ich zastrzeżenia. 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”*. Tym samym, należy wskazać, iż w stanie faktycznym przedmiotowej

sprawy, brak ujawnienia części pisma złożonego przez wykonawcę Antex II Sp. z o.o. w pliku pn. „Załącznik nr 1 Tajemnica Przedsiębiorstwa”, zaczynającej się od słów: „Jak wynika z powyższego” i kończącej się słowami: „(...) osób wskazanych w dokumentach zamówienia przez wykonawcę lub podwykonawcę.”, z uwagi na brak wykazania przez ww. wykonawcę zasadności zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdzone 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.