

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 21 czerwca 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 czerwca 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 maja 2018 r. (znak sprawy KU/50/18/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 109 na odcinku Trzebiatów - Płoty*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Renata Tubisz

Katarzyna Brzeska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego Województwa Zachodniopomorskiego - Zachodniopomorskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 maja 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”) w związku z art 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez BUDIMEX S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wycenionych Przedmiarów Robót i zaniechanie odtajnienia tego dokumentu.

Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

W pierwszej kolejności Kontrolujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Budimex S.A. złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wycenione Przedmiary Robót. Następnie przywołał fragment oświadczenia Wykonawcy uzasadniającego objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ww. Wycenionych Przedmiarów Robót. I tak wskazał, że Wykonawca w przedmiotowym uzasadnieniu podniósł m.in., że *„Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę - kalkulacje ceny ofertowej (kosztorysy ofertowe) stanowią informacje o kosztach przypisanych przez Wykonawcę do określonego zakresu robót (zakresu opisanego nazwą danej pozycji oraz odpowiednim fragmentem dokumentacji przetargowej - SIWZ, dokumentacji technicznej, STWiOR), stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował na przestrzeni lat, świadcząc roboty budowlane na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Utajnione kalkulacje pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Każdy profesjonalnie działający na rynku robót budowlanych wykonawca, w oparciu o zapisy SIWZ, w tym dokumentacji przetargowej, może bowiem na podstawie danych zawartych w zastrzeganym kosztorysie - cen jednostkowych, odtworzyć zastosowany przez Wykonawcę mechanizm kalkulacji ceny. Być może mechanizm ten nie będzie pełny, bowiem nie wszystkie założenia można odtworzyć na podstawie tylko i wyłącznie danych finalnych w postaci ceny jednostkowej, niemniej będzie on na tyle*

szczegółowy, by określać tendencje, trendy wykorzystywane przez Wykonawcę oraz stałe elementy strategii budowania ceny. Okolicznością nie budzącą przy tym większych wątpliwości jest to, że informacje te mają dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą. Co prawda, zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia. Zasady kalkulacji, które zastosował w niniejszej sprawie Wykonawca, są bowiem wspólne dla wszystkich kalkulacji opracowywanych przez Wykonawcę, stanowią wynik jego doświadczeń, związanych z funkcjonowaniem na rynku i realizacją robót budowlanych, decydują o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Informacje te mają więc dla Wykonawcy charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których składa ofertę. Nadto, nie sposób nie dostrzec, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych robót powtarzalnych - robót, które są wykonywane także na innych podobnych kontraktach. Przy poziomie szczegółowości kalkulacji wymaganej w siwz niniejszego postępowania, można założyć, że pozycje o takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie będą wykonywane w ramach kolejnych kilku lub kilkunastu podobnych kontraktów. Wykonawca mógłby więc ceny jednostkowe zastosowane w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, czego nie będzie mógł uczynić, jeśli ceny te zostaną ujawnione konkurencji. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo wyceniać określony zakres robót, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka itd. Co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej, Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych, prowadzić będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie straty (utracone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień). Bez wątpienia, informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (tak wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). (...) Dodać przy tym należy, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar

w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14). Tak właśnie jest w niniejszej sprawie. Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie Wykonawcy szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania o zamówienia”

Kontrolujący ustalił, że w toku oceny oferty Budimex S.A. Zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę Wycenionych Przedmiarów Robót jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji powyższy dokument nie został ujawniony przez Zamawiającego.

Kontrolujący wskazał dalej na treść art. 8 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „ustawa Znk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.*

Kontrolujący powołał się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych (zawarte na stronie internetowej pod adresem: www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opiniedotyczące-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa), zgodnie z którym za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje)

takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

Następnie w informacji o wyniki kontroli wskazano, że w kontrolowanym postępowaniu formularz Wycenionych Przedmiarów Robót stanowił załącznik nr 3 do rozdz. B SIWZ. Zgodnie z działem XIV pkt 3 rozdz. A SIWZ, wykonawca obowiązany był złożyć wraz z ofertą Wycenione Przedmiary Robót uzupełnione o ceny poszczególnych pozycji. Dokument ten, wypełniony przez wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty (rozdz. A dział XVIII SIWZ). W postępowaniu Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wycenionych Przedmiarów Robót doprowadziła Kontrolującego do wniosku, że informacjom zawartym w tym dokumencie nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy BUDIMEX S.A., iż: *„Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how (...)”*, bowiem treść Wycenionych Przedmiarów Robót została sporządzona przez Zamawiającego na potrzeby tego konkretnego postępowania i była ona udostępniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym przedmiotowym zamówieniem. Wskazał to również sam Wykonawca stwierdzając, że: *„Co prawda, zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia (...)”*. W wyniku kontroli stwierdzono, że zawarte w Wycenionych Przedmiarach Robót ceny - w tym przypadku - nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Jednocześnie, Kontrolujący nie zgodził się ze stwierdzeniem, że: *„Utajnione kalkulacje pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany”*, bowiem samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez Zamawiającego kosztorysie (w tym przypadku w Wycenionych Przedmiarach Robót), nie wskazuje na sposób dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, czy sposobu budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii.

Ponadto Kontrolujący zauważył, żadne z przytoczonych w uzasadnieniu Wykonawcy BUDIMEX S.A. orzeczeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazuje na analogiczny do powyższego postępowania stan faktyczny, w którym to zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane sporządzał kosztorys (w tym przypadku Wyceniony Przedmiar Robót), a zadaniem wykonawcy było jedynie wypełnienie pól dotyczących cen w poszczególnych jego pozycjach.

W związku z tym w ocenie Kontrolującego, nie można było uznać, że informacje dotyczące cen wskazanych przez Wykonawcę Budimex S.A. w Wycenionych Przedmiarów

Robót, zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego.

Prezes UZP stwierdził, że zaniechanie Zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Prezes UZP stwierdził także, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 171a ustawy pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający przeprowadzonej kontroli zarzucił naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk, poprzez uznanie, iż zastrzeżenie przez BUDIMEX S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wycenionego Przedmiaru Robót było bezskuteczne, a Zamawiający zobowiązany pozostawał do odtajnienia dokumentu i wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń w całości.

W uzasadnieniu zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że w treści uzasadnienia do wyników kontroli uprzedniej Prezes UZP powołał się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje) takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny za roboty budowlane. Prezes UZP stwierdził również, iż samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez Zamawiającego kosztorysie (w tym przypadku Wycenionym Przedmiarze Robót - WPR) nie wskazuje na sposób dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, czy sposób budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii.

W ocenie Zamawiającego, powyżej przytoczone twierdzenia Prezesa nie mają bezpośredniego i automatycznego zastosowania do każdego kosztorysu (wycenianego przedmiaru robót), składanego przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem każdy przypadek dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega indywidualnej ocenie.

W pierwszej kolejności podkreślił, iż kwestia utajnienia informacji przedsiębiorstwa to nie kwestia rodzaju informacji, tylko jej znaczenia dla przedsiębiorstwa, w świetle możliwości realizacji jego celów (wyrok KIO z 29 lipca 2013r. KIO 1703/13). Jak wskazuje się w doktrynie rodzaj zastrzeganych informacji to rzecz całkowicie indywidualna i tworzenie jakiegokolwiek wykazu tego typu informacji jest bezcelowa, zaś każde zastrzeżenie tajemnicy winno być oceniane przez Zamawiającego in causa.

W przedmiotowej sprawie bezspornym pozostaje, iż Wykonawca dokonał skutecznego pod względem formalnym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dyskusyjne natomiast pozostają skutki zastrzeżenia na gruncie materialnoprawnym. Zamawiający zauważył, iż zgodnie z tezą wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2017r. użyte w art. 8 ust. 3 ustawy pzp pojęcie

„wykazał” należy rozumieć jako „rzeczowo uzasadnił”. W tym znaczeniu oświadczenie wykonawcy nabiera charakteru rzeczowego uzasadniania jeżeli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Taki charakter należy zdaniem Zamawiającego przypisać zastrzeżeniu dokonанemu przez Wykonawcę. Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca przedstawił szereg okoliczności uzasadniających potraktowanie wycenionego przedmiaru robót jako materiału objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, który to wywód potraktowany został przez Zamawiającego jako rzeczowo uzasadniony.

Zamawiający przedstawił okoliczności, które legły u podstaw jego stanowiska:

Po pierwsze, cena ofertowa — podana w formularzu oferty, stanowi wynik sumy cen jednostkowych poszczególnych asortymentów robót wskazanych w WPR. O ile wartość łączna zamówienia (cena) nie może pozostawać objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, to już sposób „dojścia” do tej ceny na który składają się poszczególne ceny jednostkowe, taki charakter może posiadać. Podkreślił, iż informacje objęte zastrzeżeniem nie stanowią informacji podawanych przez Zamawiającego podczas otwierania ofert. Na otwarciu ofert Zamawiający podaje jedynie cenę ofertową, nie zaś kilkaset czy kilka tysięcy cen jednostkowych przyjętych przez Wykonawcę dla potrzeb wyliczenia ceny ofertowej.

Po drugie, WPR sporządzony jest z uwzględnieniem znacznego stopnia szczegółowości, co powoduje, iż można z niego odczytać, np. takie elementy jak wartość zakupu przez wykonawcę poszczególnych usług od podwykonawców, czy też wartość zakupu poszczególnych materiałów służących do realizacji zamówienia na roboty budowlane, co bez wątplenia, z punktu widzenia przedsiębiorstwa, ma charakter istotnej informacji gospodarczej.

Po trzecie, struktura cenowa poszczególnych pozycji kosztowych, daje podstawę do stworzenia algorytmu działania wykonawcy, na podstawie którego możliwym będzie odczytanie w jakich obszarach (w jakich grupach poszczególnych pozycji kosztorysowych), wykonawca uzyskuje mniejsze koszty realizacji robót, w stosunku do innych wykonawców.

Po czwarte, wyceniony przedmiar robót obrazuje rozwiązania dotyczące kalkulacji ceny, które to rozwiązania posiadają wartość handlową i gospodarczą, albowiem stanowią o sposobie budowania strategii cenowej i elementach składowych tej strategii (cenach poszczególnych asortymentów robót), tym samym WPR może być traktowany jako knowhow przedsiębiorcy (podobnie wyrok KIO z dnia 1 1 lutego 2013r. sygnatura akt KIO 175/13).

Wszystkie powyżej wskazane okoliczności potwierdzają w ocenie Zamawiającego fakt, iż wyceniony przedmiar robót może mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem zawiera w sobie informacje związane z organizacją przedsiębiorcy, w zakresie polityki kształtowania ceny realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że najlepszym przykładem obrazującym zależność pomiędzy wycenionym przedmiarem robót a tajemnicą przedsiębiorstwa jest realizacja poszczególnych asortymentów robót przez podwykonawców.

Łatwym do wyobrażenia i weryfikacji na skutek analizy oferty wykonawcy, jest fakt realizacji przez wykonawcę poszczególnych rodzajów robót przy wykorzystaniu podwykonawców, wówczas możliwym staje się odczytanie jakie ceny w relacjach na linii wykonawca — podwykonawca, przyjęte są dla kalkulacji ceny ofertowej. Kwestia zakupu materiałów, czy usług stanowi bezpośrednią tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem każdy przedsiębiorca — bez względu na to czy realizuje zamówienia publiczne, czy też nie działa w sektorze publicznym — ceny zakupu negocjuje samodzielnie, a ich wartość jako element organizacji przedsiębiorstwa ma prawo być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie wyceniony przedmiar robót zawiera szereg informacji, które przy analizie poszczególnych pozycji kosztorysowych umożliwiają odtworzenia mechanizmów mogących mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego też dopuszczalnym pozostaje, aby w poszczególnych przypadkach przedkładany wraz z ofertą WPR objęty został klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczył również, iż w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca szczegółowo uzasadnił podstawy uznania kosztorysu ofertowego za tajemnicę przedsiębiorstwa, powołując się m.in. na takie okoliczności jak: zobrazowanie na podstawie kalkulacji sposobu określenia kosztów wykonania poszczególnych robót, sposób kształtowania zysku i przypisanie zysku do poszczególnych elementów wyceny, sposób minimalizacji kosztów; sposób organizacji kosztów procesu budowy.

Pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, iż kwestia rodzaju informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie została pominięta w treści przepisów wyznaczających uprawnienie przedsiębiorców do zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedną z przesłanek uznania danej informacji za kwalifikującą się do zastrzeżenia jest więc ocena, iż dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy muszą ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy, tzn. których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. W toku oceny ofert zamawiający obowiązany jest do zbadania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym oceny, czy charakter zastrzeganych informacji kwalifikuje się do zakresu wyznaczonego treścią przepisu art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Wykonawca nie posiada zatem pełnej dowolności w wyznaczaniu informacji, które nie zostaną ujawnione innym podmiotom. Zastrzegane informacje muszą odpowiadać cechom określonym w powyższym przepisie, odnoszącym się do samego charakteru informacji dotyczących przedsiębiorstwa.

Dalej Prezes Urzędu powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 98/15, 146/15 zauważył, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym kosztorys składany przez wykonawcę stanowi podstawę kalkulacji ceny całkowitej oferty. Poszczególne wycenione pozycje kosztorysu obrazują zatem cenę całkowitą oferty wykonawcy. Przedmiot wyceny, tj. poszczególne pozycje kosztorysu, nie jest określany przez wykonawcę, lecz przez zamawiającego, który przygotowuje i udostępnia wykonawcom przedmiar robót. Ze względu na ścisły związek między cenami cząstkowymi, a ceną całkowitą oferty, ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych należy uznać za informacje dotyczące ceny, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy pzp, które nie podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie Prezes Urzędu podkreślił, że wykonawcy składali wraz z ofertą Wycenione Przedmiary Robót, stanowiące załącznik nr 3 do rozdz. B SIWZ, uzupełnione o ceny poszczególnych pozycji. Dokument ten, wypełniony przez Wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty. Wycenione Przedmiary Robót stanowiły zatem wykaz prac określonych i opisanych przez Zamawiającego, składających się na przedmiot zamówienia, które wykonawcy wyceniali na potrzeby kalkulacji ceny całkowitej oferty. Dokument ten, wypełniony przez Wykonawcę, nie zawiera żadnych szczegółowych informacji na temat przyjętego przez Wykonawcę sposobu budowania i kalkulacji ceny. Nie zawiera informacji, które mogłyby stanowić źródło wiedzy o kwestiach i okolicznościach kosztotwórczych, czy też dostarczających wiedzy co do strategii budowania ceny, w tym na temat kosztów pracy, wysokości zysku lub innych elementów mających wpływ na kalkulację. Pozycje zawarte w formularzu Wycenionych Przedmiarów Robót zostały przygotowane przez Zamawiającego, który we własnym zakresie wyznaczył zakres robót i opis poszczególnych pozycji. Wykonawcy nie podawali w tym dokumencie żadnych dodatkowych informacji i nie modyfikowali struktury przedmiaru według własnego uznania. Nie ulega wątpliwości, że na cenę wskazywaną przez wykonawcę ma wpływ szereg czynników związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą. Kosztorys, jako ogólna kalkulacja wykonawcy, nie obrazuje tych czynników, ani metody kalkulacji poszczególnych cen i przyczyn określenia jej na danym poziomie. Z tego względu nie można zgodzić się z twierdzeniem, że kosztorys cenowy ujawnia strategię cenową Wykonawcy, czy też schemat ustalania cen.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia wskazano również, że wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych nie przekazuje sprecyzowanych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny. Bez dodatkowej wiedzy o kanałach dystrybucyjnych, podwykonawcach, dostawcach, czy też zasobach kadrowych Wykonawcy nie ma możliwości odtworzenia konkretnych, stałych uwarunkowań polityki cenowej wykonawcy. W związku z tym, Wyceniony Przedmiar Robót przedstawia warunki cenowe realizacji tylko tego konkretnego postępowania, do którego się odnosi. Nie sposób wywieść z pojedynczego kosztorysu informacji na temat stałych kosztów robót w poszczególnych obszarach.

W podobnym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „*Poza tym trzeba podkreślić, że gdyby poszczególne ceny jednostkowe czy częściowe, którymi wykonawcy posługują się w danym postępowaniu miały tak uniwersalny wymiar dla ich sytuacji na rynku, to w każdym postępowaniu kolejność wykonawców w rankingu ofert byłaby taka sama - a tak nie jest. Dowodzi to więc raczej faktu, że poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys szczegółowy), konkurenci ci nie są - tylko na tej podstawie — w stanie wygrać kolejnego przetargu*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17).

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że w treści SIWZ rozdz. A dział V Podwykonawstwo pkt 2 Zamawiający wymagał wskazania informacji dotyczących podwykonawstwa w odpowiednim punkcie JEDZ. Budimex S.A. złożył JEDZ, w którym w części II.D poinformował, że zamierza zlecić podwykonawstwo robót oraz dodał informację, iż „*nazwy podwykonawców nie są wiadome*”. W przedmiotowej części JEDZ nie wskazano żadnych informacji na temat zakresu robót, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Formularz ofertowy oraz inne dokumenty złożone przez Budimex S.A. również nie zawierają informacji w tym zakresie. W związku z powyższym, znajomość oferty oraz pozostałych dokumentów złożonych przez Budimex S.A. nie dawały możliwości identyfikacji robót wyszczególnionych w Wycenionych Przedmiarach Robót, które Wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcom. Powyższy dokument przedstawiał wycenę robót, jednak nie pozwalał na stwierdzenie, które pozycje zawierają ceny oferowane przez podwykonawców. Ujawnienie Wycenionych Przedmiarów Robót Budimex S.A. nie dawało zatem innym podmiotom możliwości poznania warunków finansowych wiążących Budimex S.A. z podwykonawcami. Z treści złożonych dokumentów oraz Wycenionych Przedmiarów Robót Budimex S.A. nie można również wywieść jakichkolwiek informacji dotyczących kosztów nabycia materiałów i usług, z uwagi na fakt, że kosztorys nie informuje o poziomie zysku, bądź cenach zakupu w jakimkolwiek zakresie. Powyższe okoliczności, podniesione przez Zamawiającego, nie mogą stanowić zatem uzasadnienia uznania Wycenionych Przedmiarów Robót Budimex S.A. za zawierające informacje odpowiadające definicji z art. 11 ust. 4 ustawy ZnK.

W konsekwencji Prezes Urzędu stwierdził, że okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń do Informacji o wyniku kontroli nie dają podstaw do uznania, iż Wyceniony Przedmiar Robót Wykonawcy Budimex S.A. zawierał informacje kwalifikujące się jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ocena powyższego dokumentu, jak również wyjaśnień złożonych przez Budimex S.A. wraz z ofertą nie pozwala na uznanie, że zawiera on informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Treść Wycenionych Przedmiarów Robót w niniejszej sprawie nie pozwala na odtworzenie stałych uwarunkowań wykonawcy dotyczących kalkulacji

robót budowlanych, ani też stałych i niezmiennych w różnych postępowaniach kosztów działalności wykonawcy. Ponadto, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Wycenione Przedmiary Robót nie dostarczają informacji na temat warunków handlowych współpracy wykonawcy z podwykonawcami i dostawcami. Z tych względów ujawnienie powyższego dokumentu nie może w sposób obiektywny wpłynąć negatywnie na pozycję przedsiębiorcy na rynku, w związku z czym nie można stwierdzić, że tego typu informacje posiadają wymierną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analogicznej oceny dokumentu o tożsamym charakterze w wyroku z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt 1141/17, KIO 1202/17, zgodnie z którym, „Co do zastrzeżenia dotyczącego tabeli elementów rozliczeniowych (TER), to wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy pzp, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny składowej, nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Podnoszenie natomiast przez konsorcjum (...) twierdzeń, jakoby jawność ceny nie obejmowała jej elementów składowych jest bezzasadne. Takie rozumienie tej normy jest sprzeczne z wykładnią funkcjonalną tego przepisu. Poza tym, zestawienie cen zawiera informację o cenach, jakie przedsiębiorca chce zaoferować w ramach danego, konkretnego postępowania zamawiającemu, co nie jest informacją o cenie, jaką musi on ponieść za poszczególne elementy czy prace. Stanowi to jedynie konsekwencję strategii cenowej przyjętej przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, która nie jest niezmienna oraz jednakowa w każdym przetargu, wobec czego nie ma charakteru informacji prawnie chronionej (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2022/16). W ocenie Izby, poszczególne ceny jednostkowe, wykazane w TER, stanowią jedynie egzemplifikację wartości zestawienia kosztów i zysku za realizację zadania w danej pozycji zamówienia. Nie przenoszą one informacji, co do sposobu jej (ceny jednostkowej) kalkulowania, wskazania uzyskania określonych rabatów, nie podają również informacji o firmach współpracujących z konsorcjum (...). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, po ujawnieniu TER niemożliwym będzie ustalenie polityki cenowej konsorcjum (...), albowiem wykonawca ten, może bądź narzucić jedną marżę na całe zamówienie, bądź ustanowić różne poziomy marży dla poszczególnych składowych kosztotwórczych, w zależności od posiadanych przez niego cen wyjściowych. W różny sposób może też rozłożyć koszty ogólne, bądź rozkładając je równomiernie między wszystkie pozycje, bądź proporcjonalnie do poszczególnych kosztów/obiektów. Nie ma więc jednego klucza, który można by zastosować, by uzyskać pewność co do elementów kosztotwórczych i stosowanej marży”.

Prezes Urzędu ponownie wskazał, iż Wykonawca Budimex S.A. nie wykazał, że informacje zawarte w Wycenianych Przedmiarach Robót stanowią informacje o charakterze

technicznym, organizacyjnym, bądź też handlowym, posiadające wartość gospodarczą. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż informacje zawarte w powyższym dokumencie posiadają znaczenie na tyle istotne, że uzasadniają ograniczenie ustawowej zasady jawności postępowania. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma za zadanie zapewnić wykonawcom ochronę informacji ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy Znk i nie może podlegać nieuprawnionej wykładni rozszerzającej. Tym samym zaniechanie Zamawiającego ujawnienia Wycenionych Przedmiarów Robót Wykonawcy Budimex S.A. stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu – na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje – zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z art 11 ust. 4 ustawy Znk, poprzez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez BUDIMEX S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wycenionych Przedmiarów Robót i zaniechanie odtajnienia tego dokumentu.

Izba za własną przyjęła argumentację prezentowaną przez Prezesa Urzędu, uznając ją za kompleksową i wyczerpującą, a w konsekwencji nie widząc potrzeby jej powielania.

Wskazania wymaga, że zasada jawności postępowania wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy pzp jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zapewnić transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. Zasada ta może doznać ograniczenia jedynie w wyjątkowych przypadkach, szczególnie uzasadnionych i wykazanych, a to dotyczących informacji przedstawionych przez wykonawcę stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy Znk.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Prezesa Urzędu, iż takie ograniczenie zasady jawności nie mogło być skuteczne względem informacji wskazanych w dokumencie: Wycena Przedmiarów Robót przedłożonym w postępowaniu przez Wykonawcę BUDIMEX S.A.. Jakkolwiek przedłożone przez Wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa należy uznać za szczegółowe i skrupulatne to jednak pozostaje ono w całkowitym oderwaniu od charakteru i rodzaju zastrzeżonego dokumentu na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie dokument ten w zakresie poszczególnych pozycji wycenianych obszarów robót został w całości przygotowany przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania, a jedynym działaniem leżącym po stronie Wykonawcy było uzupełnienie przedmiarów o ceny jednostkowe. Brak jest zatem informacji na jakie powołuje się Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, a to dotyczących współpracy z podwykonawcami, rabatów na poszczególne materiały i usługi, zasobów kadrowych Wykonawcy czy ustalonego zysku. Biorąc pod uwagę treść złożonej oferty nie istniało zagrożenie, aby na podstawie uzupełnionych danych - cen jednostkowych - możliwe było odtworzenie strategii biznesowej i poznanie elementów kosztotwórczych przyjętych przez Wykonawcę, co mogłoby spowodować zachwianie jego pozycji na rynku w obszarze wykonawcy robót budowlanych i obniżyłoby jego konkurencyjność. Ujawnienie zatem Wyceny Robót Budowlanych nie niosło za sobą żadnych negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Taki rodzaj dokumentu, jak w przedmiotowym postępowaniu Wycena Robót Budowlanych, nie zasługuje na ochronę, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, gdyż nie spełnia przesłanek ustawowych tajemnicy przedsiębiorstwa - w szczególności informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą.

Co więcej, jak słusznie zauważono w informacji o wynikach kontroli, zgodnie z projektem umowy to na podstawie cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę miało nastąpić rozliczenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający przewidział bowiem wynagrodzenie kosztorysowe. A zatem poszczególne wycenione pozycje przedmiaru wskazują na cenę całkowitą oferty Wykonawcy i pozostają z nią w ścisłym związku.

Skład orzekający w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt 1141/17, KIO 1202/17 oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17, iż ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w takiej formie jak w przedmiotowym postępowaniu stanowią wyłącznie „informacje dotyczące ceny”, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy pzp, a więc informacje nie podlegające zastrzeżeniu (art. 8 ust. 3 zdanie 2 ustawy pzp).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy
Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....