

**WYROK**

**z dnia 27 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2018 r. przez **wykonawcę Zakład Robót Drogowych O. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Sikorskiego 5a, 41-922 Radzionków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice**

przy udziale **wykonawcy B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Daszyńskiego 449, 44-151 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu Zarządowi Dróg Miejskich w Gliwicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku ujawnienie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części wyjaśnień złożonych przez B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w dniu 26 października 2018 r. oraz odrzucenie oferty złożonej przez B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Robót Drogowych O. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Sikorskiego 5a, 41-922 Radzionków tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice na rzecz wykonawcy Zakład Robót Drogowych O. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Sikorskiego 5a, 41-922 Radzionków kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący : .....**

**Uzasadnienie**

Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg na terenie Miasta Gliwice w latach 2018 – 2020. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 lipca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 138-315509.

W dniu 12 listopada 2018 r. wykonawca Zakład Robót Drogowych O. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- wyboru w przedmiotowym postępowaniu w ramach Rejonu 1 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „wykonawca B.”), pomimo że dokonanie tego wyboru narusza przepisy ustawy Pzp,
- zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy B., pomimo iż wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, a złożone przez wykonawcę B. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na ich zawartość i formę, winny skutkować taką właśnie czynnością Zamawiającego,
- zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę B. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten przedkładając je Zamawiającemu nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w 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.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to z uwagi na wybór oferty wykonawcy B., co w konsekwencji prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

- art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na zaniechaniu odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż ten, wbrew obowiązkom ustawy, nie wykazał łącznego wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę B. za wystarczające i „obalające” podejrzenie „rażąco niskiej ceny” w ofercie wykonawcy B., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B.

w sytuacji, gdy wykonawca ten swoimi wyjaśnieniami nie pozbawił jej przymiotu „rażąco niskiej”.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

#### I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut, oparty o naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu, jest niewątpliwie zarzutem wynikowym. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż z naruszeniem zasad ogólnych z art. 7 ustawy Pzp będziemy mieć do czynienia w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu, a więc naruszenia konkretnych norm prawnych regulujących przedmiotowe postępowanie. Zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregośkolwiek z wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2011 r., zgodnie z którym „Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych” (sygn. akt KIO 1886/11).

Odwołujący zauważył również, że zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Tym samym, norma ta znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego podniesioną w odwołaniu, w szczególności treść kolejnych zarzutów, nie ulega wątpliwości, że zarzut ten powinien zostać uwzględniony, albowiem Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wybrał ofertę wykonawcy B. .

#### II. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący zwrócił uwagę na fundamentalny charakter zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący podał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nierozzerwalnie z nią związana zasada jawności umów stanowią w istocie gwarancję przejrzystości postępowań prowadzonych przez zamawiających, zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził ponadto, że to zasada jawności w zamówieniach publicznych pozwala na urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 277/12 oraz wyrok Izby z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 331/12, sygn. akt KIO 333/12. Odwołujący zaznaczył, że zasada jawności jest regułą traktowaną bardzo ściśle i restrykcyjnie, która tylko w określonych przypadkach doznaje ograniczenia. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP/528/10. Jak zauważył Odwołujący, wyjątkiem od zasady jawności postępowania jest obecnie przez wykonawcę „tajemnicą przedsiębiorstwa” pewnych elementów oferty i dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazał Odwołujący, zastrzeżenie „tajemnicą przedsiębiorstwa” części oferty lub dokumentów w trakcie postępowania stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zdaniem Odwołującego nabiera to szczególnego znaczenia w sytuacjach takich, jak zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, w którym Zamawiający zwrócił się do wykonawcy B. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących „rażąco niskiej ceny oferty”. Odwołujący zaznaczył, że bezkrytyczne utrzymanie takiego zastrzeżenia dla składanych wyjaśnień praktycznie uniemożliwia merytoryczne i skuteczne odnoszenie się do ich zawartości Odwołującemu, a w konsekwencji polemikę z nimi. Dlatego też, co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony (KIO 1529/14).

Odwołujący zauważył, że owo „wykazanie” winno polegać na działaniu bardziej zbliżonym do „udowodnienia”, niż tylko do składania głoślowych i „pustych” deklaracji. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił także uwagę, że Izba w swoim orzecznictwie za kluczową dla skuteczności zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uznaje kwestię wykazania wartości

gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Odnosząc się do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Odwołujący stwierdził, że analizie należy poddać następujące zagadnienia:

- 1) Czy wykonawca B. „wykazał” łączne wystąpienie wszystkich trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?,
- 2) Czy celem „wykazania” przesłanek, o których mowa w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wykonawca B. przedłożył stosowne dowody by „uwiarygodnić” skuteczność zastrzeżenia „tajemnicą przedsiębiorstwa” zawartych w wyjaśnieniu informacji?
- 3) Czy wskazana została wartość gospodarcza, które posiadają dla wykonawcy B. zastrzegane informacje i dlaczego wartość takową stanowią, a także czy przez ujawnienie informacji wykonawca B. poniósłby szkodę?

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia zamieszczone w części jawnej wyjaśnień wykonawcy B. z dnia 26 października 2018 r. nie spełnia wymogów wskazywanych powyżej i w konsekwencji, wszystkie informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach winny zostać odtajnione przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na zaniechanie tej czynności Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, a to z kolei miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca B. w piśmie z dnia 26 października 2018 r. pominął całkowicie obligatoryjne aktualnie „wykazanie” łącznego wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak podał Odwołujący, wykonawca B. nie wskazał m.in. konkretnie, które z informacji zastrzega. Odwołujący wskazał na treść załącznika nr 9 do wyjaśnień, z którego, jak zauważył, wprost wynika, że „dokumenty załączone do niniejszej informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Powyższe potwierdza, w ocenie Odwołującego, że w „zastrzeżeniu” nie skonkretyzowano, które z informacji wskazanych m.in. w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i z jakiego powodu. Odwołujący podniósł ponadto, że wykonawca B. posługuje się pojęciem „dokumentów” jako przedmiotu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa w żaden sposób nie konkretyzując, które to informacje zawarte w tychże dokumentach, i na jakiej podstawie prawnej (w wyniku wystąpienia przesłanek ustawowych), zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a tym samym nie mogą zostać ujawnione do wiadomości pozostałych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Odwołujący zaznaczył przy tym, że utajnieniu nie powinny podlegać dokumenty w całości, a wyłącznie ich kluczowe elementy, takie jak np. ceny z ofert stanowiących dowody w zakresie wyjaśnień, których to dowodów wykonawca B. nie przedstawił.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca B. nie wykazał, iż informacje, które wykonawca ten zastrzegł „nie zostały wcześniej upublicznione”, choćby już przez możliwość legalnego do nich dostępu. Odwołujący zaznaczył, że nie mogą stanowić „tajemnicy przedsiębiorstwa” informacje, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. Tymczasem, jak podał Odwołujący, treść załącznika nr 9 do wyjaśnień wykonawcy B. wskazuje, że w ocenie tego wykonawcy, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje dotyczące rodzaju posiadanego sprzętu, podczas gdy w tym i innych postępowaniach o zamówienie publiczne wykonawca zobowiązany jest taki sprzęt wskazać, a więc upublicznic. Podobnie, w przekonaniu Odwołującego, realizacja poszczególnych zadań, na które powołuje się wykonawca B. i używanie sprzętu na ulicach i drogach sprawia, że może być on zidentyfikowany przez każdego, w tym Odwołującego i Zamawiającego.

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą także, zdaniem Odwołującego, stanowić parametry środków do zwalczania śliskości, tj. np. sól, chlorek sodu i piasek, a to nie tylko z uwagi na okoliczność, iż trudno uznać, że wypełniały pierwszą z przesłanek (wartość techniczna, gospodarcza), ale także z uwagi na fakt, że nie sposób przyjąć, iż „parametry” te są wyjątkowe, nie zostały upublicznione i nie są znane chociażby wszystkim podmiotom trudniącym się działalnością gospodarczą, jak ta objęta przedmiotowym zamówieniem publicznym. Co więcej, jak wynika z części „jawnej” wyjaśnień (str. 3), parametry tych środków są zgodne z SIWZ, rozporządzeniem Ministra Środowiska, normą, przez co ich parametry są znane.

W ocenie Odwołującego, także przywoływana kwestia „podwykonawstwa” czy „wiedzy i doświadczenia” wykonawcy B. nie mają przymiotu wiadomości „tajnych”, albowiem informacje te są dostępne w różnych trybach (np. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp lub w drodze dostępu do informacji publicznej) u Zamawiających, u których wykonawca B. wykonuje zamówienie. Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący, wykonawca B., działając wbrew swym twierdzeniom, ujawnia to „unikalne doświadczenie” np. na str. 2.4 wyjaśnień czy w „wykazie usług” (załącznik nr 7 do SIWZ) złożonym w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto, dane takie jak faktury spółki, kwoty wskazane w fakturach, kontrahenci z faktur, rodzaj posiadanego wyposażenia, są powszechnie dostępne u zamawiających w trybie dostępu do informacji publicznej. Niektórych partnerów handlowych wprost wykonawca B. wskazał w swych wyjaśnieniach - str. 6 (P., S. i B.(2)). Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, większość danych, o których ogólnie wspomina wykonawca B. w dokumencie „Informacje potwierdzające zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa” jest dostępna lub była „upubliczniona” przez samego wykonawcę, a w konsekwencji, nie spełnia przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził ponadto, że wykonawca B. nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części swych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jakie podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Zdaniem Odwołującego, o podjęciu tych działań nie świadczy Regulamin z dnia 1 czerwca 2017 r. złożony wraz z wyjaśnieniami, albowiem ten cechuje wysoki poziom ogółu uniemożliwiający weryfikację spełnienia przesłanek, a przede wszystkim skonkretyzowania informacji. Odwołujący podkreślił, że niewystarczająca jest, poza uzasadnieniem, czynność „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jedynym bowiem dokumentem, który ma uwiarygodniać owo „zastrzeżenie” jest ww. Regulamin, co skutecznie podaje w wątpliwość ziszczenie się wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał również, że sam wykonawca B. działa w sprzeczności z ustanowionym przez siebie regulaminem – zgodnie z treścią § 4 ust. 1 ww. Regulaminu, nośniki informacji zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa powinny zostać opatrzone klauzulą o treści: „tajemnica przedsiębiorstwa B. sp. z o.o. do dnia.....”, co w przypadku wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego nie miało miejsca.

Niezwykle istotny jest również, w ocenie Odwołującego, brak w treści uzasadnienia jakiegokolwiek wykazania czy podjęcia nawet takiej próby, jaką wartość gospodarczą mają informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę B.. Okoliczność ta jest jednak, zdaniem Odwołującego, m.in. konsekwencją braku wskazania przez wykonawcę B. w treści zastrzeżenia konkretnych informacji, które miałyby podlegać ochronie. Wykonawca bowiem zastrzega dokumenty lub całe grupy informacji. Odwołujący stwierdził, że sposób uzasadnienia zastrzeżenia, który można odczytać z pisma wykonawcy B., uznany został w wielu wyrokach Izby za błędny i niedopuszczalny, bowiem samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji nie zawsze będzie owym „wykazaniem”, o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Odwołujący podkreślił, że „wykazać” oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. (wyrok Izby z 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15.) Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, jeśli Zamawiający nie zbadał słuszności dokonanego utajnienia lub też błędnie ocenił jego skuteczność nie odtajnając składanych wyjaśnień, naruszył tym art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także na dwie inne kwestie. Pierwszą z nich ilustruje orzeczenie Izby z 30 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 371/16), w którym Izba stwierdziła: „W ocenie składu orzekającego art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie (uzasadnienia „zastrzeżenia” - przyp. Odwołujący) należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji”. Druga kwestia to fakt, iż zastrzeżenie „tajemnicą przedsiębiorstwa” elementu z uwagi na jego charakter taką ochroną nieobjętego lub zastrzeżonego nieskutecznie, niweczy samą czynność zastrzeżenia i nakłada na Zamawiającego obowiązek odtajnienia całych złożonych wyjaśnień.

### III. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że stosownie do utrwalonej linii orzeczniczej oraz stanowiska doktryny, jako „nieudzielenie wyjaśnień”, o którym mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć także sytuacje, gdy wyjaśnienia są m.in. ogólne, wymijające, nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego. Odwołujący za stanowiskiem wyrażonym w doktrynie podał, że w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale muszą to być wyjaśnienia, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym.

W omawianym kontekście Odwołujący zauważył też, że hipotezą normy prawnej zawartej w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne albo niedostateczne. Ponadto, jak podał Odwołujący, wyjaśnienia wymagają dowodów dla potwierdzenia okoliczności zawartych w wyjaśnieniach, co wynika wprost z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca użył bowiem zwrotu „w tym złożenie dowodów”. Odwołujący wskazał ponadto na kwestię podnoszoną w orzecnictwie Izby, że proces wyjaśnienia ceny oferty będący następstwem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do „do sumowania składników cenotwórczych tak by na końcu Wykonawca wychodził na cenę wskazaną w ofercie”, ale winien wykazywać oszczędności, elementy stanowiące „obiektywne czynniki”, które pozwoliły na znaczną redukcję ceny oferty tak, jak w omawianym przypadku.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca B., prócz wyjaśnienia ceny oferty, winien był wyjaśnić także i przedłożyć na poparcie wyjaśnień stosowne dowody w zakresie dwóch czynników cenotwórczych, na które w piśmie z dnia 22 października 2018 r. zwrócił uwagę Zamawiający (cena doby Akcji Zima oraz cena za przejazd jednorazowy - poz. 1 i 2 formularza ofertowego).

Zdaniem Odwołującego, lektura wyjaśnień wykonawcy B. z dnia 26 października 2018 r. ze str. 1 - 9 oraz „nieutajnionych” załączników pozwala na stwierdzenie, iż wykonawca ten, wbrew obowiązкови zawartemu w wezwaniu z dnia 22 października 2018 r., nie wskazał żadnych obiektywnych czynników, które pozwoliłyby na redukcję ceny jego oferty w taki sposób, by obniżyć ją do poziomu 1.033.600 złotych brutto, a więc 40.85% (zaniżenie o 59.15%) wartości zamówienia. Odwołujący stwierdził też, że żaden z wymienianych obiektywnych czynników, na które uwagę zwraca wykonawca B., nie jest dostępny tylko i wyłącznie temu wykonawcy przesądzając o jemu tylko dostępnej możliwości obniżenia ceny oferty. W treści wyjaśnień nie wskazano także, w jaki sposób czynniki te spowodowały obniżenie ceny oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie kosztów pracy (str. 5) przyjęto wartości prawem dozwolone, ale dostępne innym wykonawcom. Bez znaczenia, w ocenie Odwołującego, pozostaje wywód o wielobranżowym charakterze prowadzonej działalności przez wykonawcę B. . Okoliczność ta, jak wskazał Odwołujący, nie została rozwinięta i nie wskazano, w jaki sposób ten charakter działalności przełożył się na aż tak niską cenę oferty. Ponadto, biorąc nawet pod uwagę dalszą treść wyjaśnień, charakter działalności nie stanowi rozwiązania wyjątkowego, bowiem każdy z wykonawców, w tym Odwołujący, może wykorzystać pracowników dedykowanych do Akcji Zima do innych prac, gdy działalność ta nie jest prowadzona. Również samodzielne przejęcie na siebie obowiązków administracyjnych i dyspozytorskich przez Prezesa firmy nie jest rozwiązaniem unikalnym, dostępnym tylko wykonawcy B., choć z uwagi na brak wskazania odpowiednich wyliczeń (oszczędności) pozostaje, jak zaznaczył Odwołujący, li tylko pustą deklaracją wyjaśniającego. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że z uwagi na postanowienia SIWZ oraz regulacje stosownych aktów prawnych, relokowanie pracowników do innych prac, na które wskazuje wykonawca B., jest rozwiązaniem w przypadku tego postępowania niemożliwym.

W ocenie Odwołującego, brak dowodów dla potwierdzenia obiektywnych czynników oraz unikalności i wyjątkowości tych rozwiązań jest szczególnie widoczny w treści wyjaśnień obejmującej wybrane rozwiązania

techniczne. Wykonawca wskazuje np., że istotnym czynnikiem, który pozwolił oszacować cenę na konkurencyjnym poziomie jest okoliczność dysponowania własnym rozbudowanym i nowoczesnym zapleczem maszynowo - sprzętowym. Odwołujący oprócz kwestii braku wykazania posiadania tego nowoczesnego sprzętu m.in. poprzez złożenie odpowiednich dowodów zwrócił uwagę na okoliczność, że ponownie nie wskazano, jak konkretnie wpłynęło to na wysokość ceny zaoferowanej oferty, a także pominięto, iż okoliczność taką może przypisać sobie każdy z wykonawców, m.in. Odwołujący, który zamierza ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Odnosząc się do twierdzeń wykonawcy B., że „niskie stawki amortyzacji i koszty eksploatacji” (bez wskazania jakie), „niskie koszty pracy sprzętu” (bez określenia jakie ro koszty) „zapewniają wysoką wydajność i niską awaryjność” Odwołujący wskazał, że wykonawca B. nie podał jakichkolwiek konkretnych wyliczeń. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca B. stwierdzając, że „posiada wszystkie wymagane pojazdy niezbędne do realizacji zamówienia” nie wziął pod uwagę, że podobną okolicznością może wykazać się choćby Odwołujący, ale także każdy, kto w przedmiotowym postępowaniu chciał uczestniczyć i realizować usługę. Okoliczność powyższą potwierdza m.in. załącznik nr 6 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, w którym na str. 6 opisuje „Potencjał techniczny” konieczny dla realizacji postępowania m.in. w zakresie Rejonu 1. Odwołujący wskazał też, że dalszy wywód wykonawcy B. o dysponowaniu nowoczesnym sprzętem marek P., S. i B.(2) nie został poparty żadnym dowodem, co podaje w wątpliwość deklaracje (również nie zawierające żadnych danych liczbowych i kwotowych) o „możliwości płynnego doboru ilości i proporcji soli drogowej do solanki w zależności od sposobu prowadzenia akcji”. Odwołujący stwierdził, że nie pomagają w ustaleniu „oszczędności” przy kalkulacji ceny wykonawcy B. używane przez niego, a niewnoszące nic do wyjaśnień, określenia takie jak „optymalny dobór pługów”, „dodatkowe oszczędności związane z prowadzeniem prac”, czy deklaracje, że „posiadany sprzęt wykorzystywany jest przez cały rok także do innych zadań w okresie letnim, co korzystnie wpływa na obniżenie kosztów utrzymania pojazdów”.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że wśród „wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia” wykonawca B. wymienia m.in. swoją bazę położoną w odległości „6 km od miejsca rozpoczynania prac”. Odwołujący wskazując na brak wykazania się przez wykonawcę B. tytułem do wykazywanej bazy (np. umową najmu, wypisem z księgi wieczystej, itp.), stwierdził też, że wykonawca ten nie wskazał dokładnej jej lokalizacji (adresu), nie wskazał też, w jaki sposób dysponowanie bazą wpłynęło na kalkulację ceny i możliwość jej obniżenia. Co za tym idzie, w opinii Odwołującego, stwierdzenia, że „minimalizuje ona koszty związane z dojazdem”, „obniża koszty paliwa oraz czas pracy pracowników” są gołosłowne, nie poparte żadnymi kalkulacjami i dowodami. Odwołujący podał również, że każdy z wykonawców, którzy złożyli ofertę dla Rejonu 1 taką bazę posiada, a stosownie do zapisów SIWZ: „Zamawiający wymaga, żeby lokalizacja baz sprzętowo-materiałowych (z których pługo - posypywarki będą wyjeżdżały do akcji i gdzie gromadzony będzie materiał), zlokalizowana była w lokalizacji zapewniającej dojazd do miejsca rozpoczęcia pracy w rejonie w czasie zadeklarowanym przez Wykonawcę”). Odwołujący zaznaczył, że oba podmioty - wykonawca B. i Odwołujący - zadeklarowały ten sam czas - 20 min „rozpoczęcia akcji” w swej ofercie.

Odwołujący wskazał ponadto, że ostatni z przywoływanych w wyjaśnieniach „obiektywnych czynników”, tj. „pomoc publiczna” sprowadzony został do ogólnego stwierdzenia zamykającego się w jednym zdaniu: „Możliwość korzystania z jednorazowej amortyzacji miała wpływ na oszczędność w kalkulacji kosztów pośrednich”.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że żaden ze wskazanych czynników nie jest wyjątkowy, dostępny tylko wykonawcy B. tak, by w konsekwencji mógł on wpłynąć na obniżenie tylko i wyłącznie jego oferty. Co więcej, w ocenie Odwołującego, poziom ogółu całych wyjaśnień nie pozwala na ustalenie, w jaki sposób i o ile cena oferty mogła być w oparciu o te czynniki obniżona, albowiem w żadnym miejscu wyjaśnień wykonawcy B. nie przeprowadził takiego działania czy kalkulacji. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreśliła, że „wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść” (sygn. akt KIO 1375/15, KIO 1391/15).

Odwołujący zwrócił także uwagę, że twierdzenia wykonawcy B. o szacowaniu stawek na podstawie analizy kosztów poniesionych w ciągu ostatnich lat podczas prowadzenia Akcji Zima na ww. Rejonie pozostają w oczywistej sprzeczności z dokumentem pozyskanym od Zamawiającego, który stanowił podstawę sporządzenia „szacunku zamówienia”. Zgodnie z treścią tego dokumentu z czerwca 2018 r., dla Rejonu 1 łączna wartość wynosi 2.530.000 zł i, jak stwierdza Zamawiający w uwadze pod tabelą, „Cena ustalono na podstawie szacunków opartych na stawkach z lat poprzednich powiększonych o ok. 20 procent z uwagi na wzrost kosztów paliw oraz kosztów utrzymania pracownika”.

Wskazując na kolejne twierdzenia wykonawcy B.: „wieloletnie doświadczenie w zimowym utrzymaniu DTS pozwoliło spółce realnie oszacować koszty” (str. 2), „Na podstawie wiedzy i doświadczenia oraz analizy ostatnich 3 sezonów wykonywania usługi zimowego utrzymania dróg, dokonano ustalenia potencjalnej średniorocznej liczby Dób Prowadzenia Akcji Zima i Przejazdów Jednorazowych oraz ilości materiałów użytych do zapobiegania śliskości” (str. 2) Odwołujący stwierdził, że brak jest wskazania ilości materiałów, wyliczeń, ilości dni z akcją, wskazania oszczędności. Co do twierdzenia, że „cenę skalkulowano przy uwzględnieniu zróżnicowanych warunków pogodowych występujących na przestrzeni analizowanych 3 lat” (str. 2), brak jest, jak stwierdził Odwołujący, dowodów, np. wydruków potwierdzających „zróżnicowane warunki pogodowe”/trzech ostatnich lat. Zdaniem Odwołującego, nie zawiera niezbędnych informacji, charakterystycznych dla wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzenie, że „Technika odśnieżania dróg przyjęta przez firmę zależy od wielu czynników m.in. szerokości jezdni, przyjętej na niej organizacji ruchu, geometrii, przekroju poprzecznego drogi, nawierzchni, rodzaju użytych do odśnieżania pługów i pojazdów” (str. 3). Nie jest wiadome, jak zauważył Odwołujący, jak wszystkie te czynniki wpłynęły na obniżenie ceny oferty wykonawcy B., ponieważ wykonawca ten okoliczności tych nie wykazał. Ponadto, jak podał Odwołujący, „technika odśnieżania”, na którą wskazuje wykonawca B., nie może kłócić się wymogami określonymi w załączniku nr 6 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”. Podobnie, „użycie przez firmę większych i wydajniejszych pojazdów”, czy też wykonywanie pracy przez pracowników wykonawcy „ustalonymi przez spółkę wytycznymi” w żaden sposób nie pozwala na stwierdzenie, w jaki sposób okoliczności te (i o ile) wpłynęły na redukcję ceny oferty do

poziomu 1.033.600 złotych brutto, a więc 40.85 % (zaniżenie o 59.15%) „wartości zamówienia”. Twierdzenie, iż czynniki te „optymalizują koszty i zapewniają wykonanie usługi zgodnie z oczekiwaniami” nie wnosi, w ocenie Odwołującego, żadnych konkretnych informacji pozwalających na przesądzenie, że wykonawca B. uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązкови, o którym mowa w art. 90 ust 2 ustawy Pzp, tj. wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jak stwierdził Odwołujący, nie przesadzają o prawidłowości złożonych wyjaśnień także przywoływane akty prawne odnoszące się do „środków które mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach” wraz ze wskazaniem, jakie środki spółka stosuje, przywoływanie norm i ich stężenia, czynniki te odnoszą się bowiem do metodologii wykonania usługi, a nie kalkulacji ceny złożonej oferty. Odwołujący zwrócił też uwagę, że brak jest ofert na zakup soli, chlorku sodu, które wskazywałyby np. na szczególne możliwości wykonawcy B. w zakresie ich pozyskania po niskich cenach, niższych niż konkurencyjnych wykonawców. Odwołujący podniósł dodatkowo, że wykonawca B. nie odnosi się w swych wyjaśnieniach do kolejnego z elementów kluczowych dla tej usługi, tj. paliwa, nie przedstawia żadnych wyliczeń i kosztów, nie składa także dowodów, iż w przeciwieństwie do innych wykonawców posiada szczególne możliwości jego zakupu po niskich cenach, zwłaszcza, gdy, co również jest faktem notoryjnym, paliwo to drożeje (przede wszystkim olej napędowy, którym napędzane są nośniki do plugów). Wszystko to, w ocenie Odwołującego, przesądza o wadliwości składanych wyjaśnień.

O tym, że wykonawca B. składa wyjaśnienia wadliwe, niezgodne z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale i wezwaniem Zamawiającego, świadczy w przekonaniu Odwołującego także „podsumowanie” ze str. 8. Odwołujący zwrócił uwagę, że pomimo padających tam deklaracji, że wykonawca B. dysponuje umowami z dostawcami materiałów, wykonawca nie przedkłada ich Zamawiającemu i nie wskazuje ich cen. Z kolei powołując się na rabaty i korzystne warunki płatności wykonawca B. ogranicza się tylko do tej zdawkowej informacji, bez rozwinięcia, jak wysokie są te rabaty, na czym polegają owe korzystne warunki płatności i wreszcie, w jaki sposób, oraz o ile pozwoliły obniżyć mu cenę jego oferty. Odwołujący zauważył także, iż wykonawca B. składając wyjaśnienia pomija pewne obowiązki nałożone na niego przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” i nie wyjaśnia kalkulacji ceny oferty w tym zakresie. Dotyczy to chociażby obowiązków: x) Wykonawcy rejonów zapewnić wystarczającą ilość zasłon przeciwbieżnych minimum po 200 metrów bieżących na rejon, zmagazynowanych na terenie bazy Wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek na wezwanie Zamawiającego rozstawić zasłony w wskazanej lokalizacji do 3 godzin od zgłoszenia, y) Wykonawca rejonów drogowych zmagazynuje na terenie bazy znaczniki drogowe z odbłaskiem na tyczce o długości minimum 130 cm. w ilości minimum 50 sztuk na dany rejon. Wykonawca ma obowiązek na wezwanie Zamawiającego rozstawić znaczniki w wskazanej lokalizacji do 3 godzin od zgłoszenia, z) Wykonawca w trakcie wykonywania prac ma obowiązek szczególnie chronić infrastrukturę drogową (punktowe elementy odbłaskowe, sygnalizatory, znaki drogowe itp.) w przypadku jej uszkodzenia zobowiązany jest do jej naprawienia. Powyższe, w opinii Odwołującego, świadczy albo o tym, iż wykonawca B. pominął elementy te w swych wyjaśnieniach, co skutkowało winno zastosowaniem przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, albo w przypadku, gdy w ogóle nie zakładał świadczenia takich usług, świadczy o złożeniu oferty niezgodnej z SIWZ. Podobnie, jak zauważył Odwołujący, brak jest w wyjaśnieniach kalkulacji dla czynności następujących po „Akcji Zima”, a polegających na usuwaniu z powierzchni obiektów zabrudzeń powstałych po okresie zimowym (zamiatanie ręczno-mechaniczne rejonu - obejmujące całą szerokość jezdni wraz z wysepkami azyłami i inną infrastrukturą na jezdni, chodniku, przystanku). Do kosztów wskazanych w wyjaśnieniach nie wliczono także kosztów utylizacji odpadów wytworzonych w trakcie realizacji usługi m.in. wywożenia śniegu i podczas zamiatania zanieczyszczeń oraz kosztów energii potrzebnej do obsługi zamiatarki. Odwołujący podał ponadto, że wykonawca B. wskazuje w wyjaśnieniach (str. 5), że „Pracownicy etatowi - kierowcy i operatorzy sprzętu, zatrudnieni do realizacji zadania w sytuacji nie występowania konieczności prowadzenia Akcji Zima, wykonują inne prace zlecone, co powoduje ograniczenie kosztów do osoby dyspozytora”, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z deklaracją wykonawcy zawartą w ofercie, stosownie do której, „deklarowany czas dojazdu do Rejonu (miejsce rozpoczęcia prac określone w załączniku nr 6) - 20 min”. Odwołujący stwierdził, że jeśli pracownicy będą oddelegowani do innych czynności, np. w innym miejscu, wykonawca nie sprostą postawionym wymogom i nie rozpocznie akcji w czasie zadeklarowanym. Trudno także, zdaniem Odwołującego, uznać za wiarygodne - zwłaszcza w świetle zapisów SIWZ oraz załącznika nr 6 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” - by „obsługa administracyjną i dyspozytorską zadania wykonywał prezes firmy samodzielnie” (str. 5) albowiem „Wykonawca w ramach realizacji zamówienia zapewni całodobowy punkt dyspozytorski i zagwarantuje całodobową łączność telefoniczną z Zamawiającym. Wykonawca zapewni łączność radiową lub telefoniczną pomiędzy poszczególnymi jednostkami odśnieżającymi. Wykonawca wyraża gotowość do pracy 24 godziny na dobę we wszystkie dni trwania umowy”. W świetle tak złożonych wyjaśnień jedna osoba (a w szczególności prezes zarządu, którego zadaniem jest kierowanie całością przedsiębiorstwa) miałaby pełnić 24 godzinny dyżur „przez cały czas trwania kontraktu”, co oczywiście jest nierealne.

Odwołujący zwrócił uwagę także na okoliczność, że wykonawca B. w wielu momentach składanych wyjaśnień powołuje się na swe doświadczenie nabyte podczas utrzymywania Drogowej Trasy Średnicowej od roku 2014 (np. str. 2). Tymczasem, zamówienie to realizował inny wykonawca, a mianowicie FHPU A. A. B., na co wskazuje sam wykonawca B.. Odwołujący stwierdził, że FHPU A. A. B. to nie, jak twierdzi wykonawca B. „obecnie B. sp. z o.o.”, gdyż to zupełnie niezależnie istniejące byty prawne. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, doświadczenie zdobyte przez FHPU A. A. B. nie „przechodzi” na B. sp. z o.o. tylko przez sam fakt, iż Prezesem Zarządu B. sp. z o.o. jest pani A. B., a więc osoba prowadząca działalność FHPU A. A. B. W opinii Odwołującego, zaprezentowana przez wykonawcę B. argumentacja nie posiada waloru obiektywizmu, jest w rzeczywistości nieco bardziej rozbudowanym oświadczeniem tego wykonawcy, że wykona przedmiot zamówienia za zaoferowaną kwotę.

Odwołujący stwierdził, że skoro utajniona (w sposób nieuprawniony) część wyjaśnień wykonawcy B. zawiera wyłącznie kalkulację zaoferowanej ceny (a więc co do zasady działania arytmetyczne polegające na sumowaniu składników cenotwórczych), to nie sposób uznać za właściwe działania Zamawiającego, który w oparciu o enigmatyczne, chaotyczne i pozbawione jakiegokolwiek oparcia w przedstawionych dowodach wyjaśnienia, podejmuje decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B.. Nie dołączenie do złożonych wyjaśnień jakichkolwiek dowodów świadczy, w przekonaniu Odwołującego, o tym, że wykonawca B. nie dokonał rzetelnej i prawidłowej kalkulacji swojej propozycji cenowej, w oparciu o okoliczności faktycznie dające mu możliwość tak znacznego obniżenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Skutkiem tego, zdaniem Odwołującego, zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do oferty rynkowej, jak i ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia.

Odwolujący zaznaczył, że ustawodawca w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiających obowiązek eliminowania w procesie udzielania zamówień publicznych ofert zakładających realizację danego przedmiotu poniżej stawek rynkowych. Dokonując oceny działań podejmowanych przez Zamawiającego Odwołujący uznał, że Zamawiający nie przeprowadził faktycznie żadnej analizy złożonych wyjaśnień. Nawet pobieżna ocena, dokonana zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, w oparciu o znajomość tematyki związanej z przedmiotem zamówienia musi, zdaniem Odwołującego, prowadzić do wniosku, że takie wyjaśnienia, nie zawierające żadnych konkretnych danych wsadowych dokonanej wyceny, pozbawione jakiegokolwiek oparcia w dowodach potwierdzających prawdziwość twierdzeń, nie mogą zostać uznane za miarodajne i przesądzające o braku znamion rażąco niskiej ceny.

Odwolujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej w ramach Rejonu 1 oferty spółki B.,
- nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych przez wykonawcę B. w dniu 26 października 2018 r. wyjaśnień,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy B. z uwagi na fakt, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest rażąco niska, w sytuacji, gdy poprawnie dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny powinna skutkować dokonaniem takiej czynności.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 15 listopada 2018 r. wykonawca B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, treść wyjaśnień B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 26 października 2018 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, że wykonawca B. nie wykazał łącznego wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na wstępie wskazać należy, że jawność postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się ona w szeregu czynności, do których zobowiązany jest zamawiający prowadzący postępowanie i oznacza obowiązek zapewnienia wszystkim zainteresowanym podmiotom dostępu do informacji związanych

z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 art. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że 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. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Zauważenia przy tym wymaga, że *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stoi na stanowisku, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli jedynie wyjaśnienie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie, czy co najmniej uprawdopodobnienie, ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie wskazać należy, że to od charakteru i rodzaju informacji zależy czy wystarczającym będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze, zasady działania na danym rynku, czy też niezbędne będzie przedstawienie dowodów. Jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Do obowiązków Zamawiającego należy zbadanie, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (uchwała SN z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wykonawca B. nie sprostował ciężarowi wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, w ocenie Izby, wykonawca B. nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone przez tego wykonawcę w piśmie z dnia 26 października 2018 r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca B. poprzestał jedynie na oświadczeniu złożonym w piśmie z dnia 26 października 2018 r., że zastrzega treść stron od 10 do 19 wyjaśnień, jak też na dołączeniu do pisma oświadczenia zatytułowanego „Informacje potwierdzające zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz Regulaminu określającego zasady klasyfikacji, ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa B. Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. Informacja to nic innego, jak oświadczenie, że załączone do niej dokumenty, bez wskazania na te dokumenty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca B. w oświadczeniu tym jedynie wymienił przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie podejmując próby wykazania rzeczywistego ich zaistnienia choćby przez złożenie stosownego wyjaśnienia. Dodatkowo, wykonawca B. w przedmiotowej sprawie w żaden sposób nie opisał i nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną poufne. Podkreślić przy tym należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „inne”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Za niewystarczające należy uznać zatem stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać wykonawcy na zaoszczędzenie określonych kosztów. Okoliczności te powinny być jednak Zamawiającemu wykazane. Podobnie, w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączenia do pisma z dnia 26 października 2018 r. ww. Regulaminu. Regulamin ten stanowi dokument określający metody działania wykonawcy B., jednak nie odnosi się do konkretnych informacji, zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie wskazuje na wypełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec prymatu zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba stwierdziła, że zaniedbanie wykonawcy B. przejawiające się w braku wykazania istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia części wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, obciąża tego wykonawcę i zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Co za tym idzie, brak jest podstaw do zatajenia takich informacji np. przed innymi podmiotami ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienie.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez uznanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp za wystarczające i obalające podejrzenie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę B. wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a także w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawca opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, składając wyjaśnienia wykonawca powinien rozważyć przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, bowiem o ocenie dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B., Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca B. rzetelnie oszacował ofertę, a wysokość zaoferowanej ceny pozwala na prawidłową realizację zamówienia. Izba miała na uwadze okoliczność, że przedmiot zamówienia w ramach rejonu 1 został oszacowany przez Zamawiającego na kwotę 2 342 592,59 zł. Na realizację przedmiotowego zakresu zamówienia Zamawiający przeznaczył 2 530 000 zł.

O część postępowania obejmującą rejon 1 ubiegało się trzech wykonawców:

- B. Sp. z o.o. - 1 033 600 zł,

- ZUDiK DROMAR M. K. – 557 074 zł,

- Zakład Robót Drogowych O. – 1 706 711,50 zł (Protokół postępowania, pkt 12).

Oferta ZUDiK DROMAR M. K. została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (pkt 1 Protokołu postępowania).

W ocenie Izby, zaoferowanie ceny stanowiącej mniej niż połowę szacunkowej wartości zamówienia powinno zostać uzasadnione przez wykonawcę nie budzącymi wątpliwości okolicznościami. Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp daje wytyczną, że wątpliwości zamawiającego powinna wzbudzić cena niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Tym bardziej, w ocenie Izby, poddana rzetelnej analizie powinna zostać cena skalkulowana poniżej połowy szacunków zamawiającego. Zaznaczyć przy tym należy, że prawidłowość oszacowania zamówienia przez Zamawiającego nie została przez wykonawców zakwestionowana.

W przedmiotowym stanie faktycznym, na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez wykonawcę Zakład Robót Drogowych O. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w dniu 5 października 2018 r., Zamawiający pismem z dnia 22 października 2018 r. wezwał wykonawcę B. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, że wątpliwości Zamawiającego budzą przede wszystkim ceny usług za dobę prowadzenia Akcji Zima (poz. 1 Formularza cenowego), oraz za przejazd jednorazowy (poz. 2 Formularza cenowego).

Odpowiadając na ww. wezwanie wykonawca B. złożył pismem z dnia 26 października 2018 r. wyjaśnienia wskazując na okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Izba stwierdziła, że wykonawca B. nie podał okoliczności wyjątkowych, właściwych tylko temu wykonawcy, pozwalających na tak znaczne obniżenie ceny. Z treści złożonych wyjaśnień wynika co najwyżej, iż wskazane okoliczności występują po stronie wykonawcy B., jednakże nie wynika, iż stanowią one cechy charakterystyczne wyłącznie temu wykonawcy.

W szczególności, cechy przynależnej wyłącznie wykonawcy B. nie może stanowić doświadczenie tego wykonawcy, bowiem wieloletnie doświadczenie, w tym

w realizacji usług na rzecz Zamawiającego, posiada także Odwołujący. O podstawie do skalkulowania ceny na tak obniżonym poziomie nie mogą świadczyć wyjaśnienia dotyczące sposobu realizacji usługi przedstawione na stronach 2-4 pisma z dnia 26 października

2018 r. Argumenty w postaci wzięcia pod uwagę zróżnicowanych warunków pogodowych, przyjęcia techniki odśnieżania zależnej od takich czynników, jak np. szerokość jezdni, organizacja ruchu, nawierzchnia, rodzaj użytych do odśnieżania pługów i pojazdów, nie stanowią o wyjątkowej sytuacji wykonawcy B., a są dostępne dla każdego doświadczonego, profesjonalnego wykonawcy działającego na rynku tego typu usług. Ponadto, okolicznością dostępną tylko wykonawcy B. nie jest stosowanie wymienionych w wyjaśnieniach materiałów o parametrach zgodnych z przepisami prawa, takie materiały stosują bowiem także inni wykonawcy. Wyjątkowej okoliczności nie może także stanowić podany przez wykonawcę B. fakt, że spółka ta posiada zapasy soli z zeszłej zimy, tym bardziej, że wykonawca nie wskazał jakiego rzędu są to wielkości. Odwołujący z kolei złożył na rozprawie oświadczenie, że także posiada zapasy soli w postaci 3,5 tysiąca ton. Podobnie, wyjątkowej okoliczności nie stanowi skalkulowanie wynagrodzeń na poziomie zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa czy dysponowanie własnym rozbudowanym i nowoczesnym zapleczem maszynowo-sprzętowym. Izba miała na uwadze, że jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy B. wykonawca ten wskazał bliską odległość bazy magazynowo-sprzętowej od miejsca prowadzenia prac. Argument ten nie pozwala jednak na stwierdzenie, że okoliczność ta stanowi wystarczające uzasadnienie dla skalkulowania ceny na tak niskim poziomie. Izba miała bowiem na względzie fakt, że wykonawca B. oraz Odwołujący zaoferowali taki sam, minimalny dojazd do miejsca świadczenia usługi. Przekonującego argumentu nie może także stanowić porównanie stawek zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców dla zamówienia obejmującego inne rejon – bez wątpienia drogi objęte poszczególnymi rejonami nie są identyczne, zatem sposób realizacji usługi na poszczególnych odcinkach dróg będzie różny. Ponadto, o rzetelnej kalkulacji nie mogą świadczyć obliczenia dokonane przez wykonawcę B. w utajnionej części wyjaśnień, bowiem zostały oparte na innych liczbach wyjazdów niż wymagał tego Zamawiający. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że liczba wyjazdów podana przez Zamawiającego była jedynie szacunkowa, jednak to właśnie na tych liczbach wykonawcy zobowiązani byli oprzeć swoją kalkulację. Jedynie zastosowanie tych samych danych wyjściowych określonych przez Zamawiającego pozwoli na złożenie w postępowaniu porównywalnych ofert.

Jak wskazano powyżej, Izba stwierdziła, że okoliczności, które przywołał wykonawca B. w złożonych wyjaśnieniach nie stanowią wyjątkowych, dostępnych tylko temu wykonawcy podstaw do kalkulowania ceny na wyjątkowo niskim poziomie. Okoliczności te nie mają takiego charakteru, aby samo ich wystąpienie uznać za cechę przynależną wyłącznie temu wykonawcy, wyróżniającą go od konkurentów. Analizując złożone przez wykonawcę B. wyjaśnienia Izba stwierdziła również, że wykonawca ten nie wykazał, w jaki sposób wymienione przez niego czynniki wpływają na obniżenie ceny, nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami. Izba stwierdziła także, że z uwagi na doświadczenie wykonawcy B., w tym m.in. w realizacji usługi na rzecz Zamawiającego w rejonie 1, wykonawca ten miał możliwość wykazania realności stawek przyjętych do kalkulacji stosownymi dowodami. Dowodów jednak wykonawca B. nie przedstawił.

Wobec powyższego, potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B..

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący :.....**

