Sygn. akt KIO 69/20

WYROK

z dnia 31 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2020 r. i w dniu 29 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawcę: MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JT S.A., IMP PROMONT d.o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie, i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie, tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od wykonawcy: MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie na rzecz zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.

   z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu

wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 69/20

UZASADNIENIE

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie powadzi Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie z siedzibą w Nieporęcie - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa mazowieckiego, podlaskiego i warmińsko -mazurskiego, tj. gazociąg Polska-Litwa odcinek północny"; cześć III; znak sprawy zamawiającego ZP/20 i 9/09/0111/PI (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 5 września 2019 r. ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod

numerem 2019/S 171-418536.

W dniu 13 stycznia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie (dalej „odwołujący"). Złożone odwołanie dotyczyło części III zamówienia.

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na: wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: JT S.A. oraz IMP PROMONT d.o.o. (dalej: Konsorcjum JT lub „przystępujący po stronie zamawiającego") w zakresie Części III; przyjęciu, że Konsorcjum JT w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegło, jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 4 grudnia 2019 r., co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia odwołującemu tych wyjaśnień w całości; zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum JT, mimo iż wykonawca ten nie wykazał w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia; zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum JT, mimo iż treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ w

zakresie,

w jakim wykonawca przewidział w ofercie „optymalizacje" przedmiotu zamówienia, względnie polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wyjaśnienia, jaki jest szczegółowy zakres optymalizacji objętych ofertą Konsorcjum JT.

Wskazując powyższe, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów:

1) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum JT, tj. część wyjaśnień złożonych zamawiającemu w dniu 4 grudnia 2019 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum JT,

a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Konsorcjum JT, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

ewentualnie:

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JT, mimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałyby, że jego cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej, bowiem wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę mają charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie zawierają wystarczających dowodów, co z kolei prowadzi do wniosku, że Konsorcjum JT nie udźwignęło spoczywającego na nim ciężaru dowodu w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej, świadczy przy tym o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców;

3) art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JT, mimo iż treść oferty wykonawcy pozostaje niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), w zakresie w

jakim wykonawca przewidział optymalizacje przedmiotu zamówienia, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum JT do wyjaśnienia treści oferty, tj. ustalenia, jaki dokładnie zakres „optymalizacji" wykonawca objął treścią swojej oferty.

Jednocześnie, odnośnie zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) powyżej odwołujący wyjaśnił, że zarzuty te zostały przedstawione na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej.

Natomiast w przypadku uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej, odwołujący wniósł o to, by zarzuty z pkt 2) i 3) zostały uznane za zarzuty przedwczesne (przy równoczesnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co z kolei umożliwi odwołującemu podniesienie tych zarzutów w przyszłości). Wskazał w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17, KIO 258/17, która uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny jest przedwczesny, jeśli odwołujący nie miał wglądu do dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez konkurencyjnego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, co ma miejsce w niniejszej sprawie. Trudno go bowiem poddać ocenie, skoro odwołujący w ogóle nie miał dostępu do wyjaśnień ceny konkurencyjnego wykonawcy, co nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez zamawiającego. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, biorą w istocie swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, złożonych przez Konsorcjum JT.

Odwołujący, w oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum JT oraz: przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum JT w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, lub

przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum JT, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i niezgodnej z SIWZ, względnie nakazanie zamawiającemu wezwanie Konsorcjum JT do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczpospolitej Polskiej i Republiki

Litewskiej wraz
z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa mazowieckiego, podlaskiego i warmińsko-mazurskiego, tj. gazociąg Polska-Litwa odcinek północny", dla części III zamówienia złożono pięć ofert z następującymi cenami: Konsorcjum JT -

124 514 254,50 zł.; SICIM S. pA. - 293 948 066,64 zł.; PORR S.A. - 226 994 832,12 zł.; BUDIMEX S.A., Mostostal Kraków S.A. - 216 984 268,02 zł. oraz odwołujący z ceną ofertową 176 336 960,84 zł. Zamawiający, na realizację przedmiotowego zamówienia, przeznaczył kwotę brutto:

132 217 960,21 zł. Jak wynika z powyższego zestawienia, cena zaoferowana przez Konsorcjum JT jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, ale przede wszystkim istotnie odbiega od cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez pozostałych wykonawców - cen, które wyznaczają rynkową wartość zamówienia. Średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych dla Części III wynosi 207 514 254,50 zł, co oznacza, że cena Konsorcjum JT stanowi zaledwie 60% średniej ceny zaoferowanej przez wykonawców dla tej części zamówienia i jest niższa od kolejnej ceny - ceny odwołującego - o ponad 51 000 000 zł.

W tej sytuacji zamawiający, pismem z 21 listopada 2019 r. wezwał Konsorcjum JT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (dalej: „Wezwanie"). Zamawiający w Wezwaniu w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazał, że oczekuje od wykonawcy złożenia wyjaśnień „w tym złożenia dowodów" (podkreślenie zamawiającego). Zamawiający wymagał przy tym (cyt.:) aby „wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny oferty, z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość zawierały również określenie wartości netto dla poszczególnych zagregowanych pozycji, zgodnie z poniższym zestawieniem. Zamawiający dopuszcza sytuację, w której wykonawca dokonana prezentaty wysokości ceny poprzez dodatkowe objaśnienia, tym samym wyraża zgodę na rozszerzenie poniższej tabeli (bez zmiany dotychczasowego jej układu) o dodatkowe wiersze lub kolumny". Warto przy tym zaznaczyć, że zawarta w Wezwaniu tabela, do której należało wpisać wartości netto dla poszczególnych zagregowanych pozycji, sama miała charakter otwarty, tj. ostatnia jej pozycja (poz. 52) miała opis: „Pozostałe - Wskazać, jakie (wypełnić tyle pozycji, ile potrzeba)". Jak wynika z powyższego, niezależnie od tego, jaką formułę przygotowania wyjaśnień ceny nie wybrałby wykonawca, jego dodatkowym obowiązkiem wynikającym

z Wezwania (określenie z Wezwania; „również") było uzupełnienie tabeli opracowanej przez zamawiającego, zawierającej miejsce na podanie wartości dla zagregowanych pozycji (przy czym wykonawca do tabeli tej mógł wprowadzić jeszcze dodatkowe własne pozycje).

W tym miejscu odwołujący sygnalizował, że oczekiwanie zamawiającego, by wykonawca, składając wyjaśnienia ceny, uzupełnił również tabelę opracowaną przez zamawiającego, zawierającą miejsce na wycenę zagregowanych pozycji, nie jest równoznaczne z przyzwoleniem, by wykonawca składający wyjaśnienia ceny poprzestał na złożeniu tylko tego dokumentu (być może jedynie nieznacznie uszczegółowionego). Sam zamawiający pisze bowiem w Wezwaniu w sposób wyraźny i jednoznaczny o konieczności złożenia dowodów, a tabelę traktuje jako materiał dodatkowy do wyjaśnień „sposobu wyliczenia ceny ofertowej" - wyjaśnień, które, jak wskazuje zamawiający, winny uwzględniać te elementy oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość. Już treść Wezwania przesądza więc, że treścią wyjaśnień wykonawcy muszą być wyjaśnienia odnoszące się do sposobu wyliczenia ceny ofertowej. Nadto odnotowania wymaga, że przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przesądzający, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, ma charakter bezwzględnie obowiązujący i zamawiający nie mógł treścią Wezwania zmienić czy ograniczyć zakresu obowiązku dowodowego spoczywającego na wykonawcy. To wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi wykazać, że jego cena nie nosi znamion rażąco niskiej, co oznacza, że dobór sposobu skonstruowania wyjaśnień i wybór środków dowodowych przedstawionych zamawiającemu, niezależnie od treści wezwania, leży po stronie wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji dobór niewłaściwych środków dowodowych i w ślad

za tym złożenie nieprzekonywujących wyjaśnień ceny, wyjaśnień lakonicznych czy ogólnych jest okolicznością, która obciąża wyłącznie wykonawcę i winna skutkować odrzuceniem jego oferty.

W odpowiedzi na Wezwanie, Konsorcjum JT pismem z dnia 4 grudnia 2019 r. (dalej: „Wyjaśnienia ceny") złożyło wyjaśnienia, których treść w istotnej części zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zamawiający uznał za dokonane w sposób skuteczny, a w ślad za tym udostępnił odwołującemu treść Wyjaśnień ceny z wyłączeniem fragmentów zawartych na str. 17 i 18 Wyjaśnień ceny oraz załączników 1, 2, 3, 4, 6, 7 i 9. Jednocześnie zamawiający uznał ofertę Konsorcjum JT za najkorzystniejszą, z czym odwołujący się nie zgadza.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił, nieskuteczne dokonanie przez Konsorcjum JT

zastrzeżenia części Wyjaśnień ceny.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowania należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Obecnie więc dla uznania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą wystąpić trzy przesłanki: (i) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą; (ii) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; (iii) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z kolei rolą zamawiającego w postępowaniu jest zbadanie, czy informacje zawarte w dokumentach przedstawianych przez wykonawców, w szczególności w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK, a zatem, czy mogą stanowić przedmiot skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Oceny, o której mowa, zamawiający dokonuje przede wszystkim przez pryzmat przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia. Zaznaczyć bowiem należy, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie przez niego, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, należy oczekiwać od wykonawcy wykazania, że względem danej informacji zachodzą wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK (wcześniej: art. 11 ust. 4 UZNK).

W niniejszej sprawie, zdaniem odwołującego, Konsorcjum JT nie wykazało w sposób poprawny, że zastrzegane przez nie informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. I tak: jak wynika z treści Wyjaśnień ceny, pkt I - Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, przedmiotem zastrzeżenia są przede wszystkim informacje odnoszące się do sposobu wyliczenia ceny ofertowej przez Konsorcjum JT, a to: (i) Załącznik nr 1 - tabela wyjaśniająca sposób wyliczenia ceny; (ii) Załącznik nr 2 - zawierający oferty handlowe, oferty techniczno - handlowe partnerów biznesowych (podwykonawców, potencjalnych podwykonawców); (iii) Załącznik nr 7- zawierający oferty handlowe na zakup materiałów; (iv) Załącznik nr 9 - porównanie ofert dostawców. Odnosząc się do poszczególnych, wskazanych powyżej dokumentów oraz przedstawionego przez wykonawcę w Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazać należy, co następuje:

1) Załącznik nr 1 do Wyjaśnień ceny.

Jak wynika z Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokument stanowiący załącznik nr 1 do Wyjaśnień ceny jest wyliczeniem opracowanym (cyt.:) „na potrzeby tego konkretnego postępowania, w oparciu o tabele przedstawioną przez zamawiającego, jednak treść dokumentu, w granicach dozwolonych przez zamawiającego, została przez wykonawcę rozbudowana i zmodyfikowana". W tym miejscu odnotowania wymaga, że tabela opracowana przez zamawiającego, a załączona do Wezwania miała następujący układ: kolumna 2 - „Wyszczególnienie" obejmowała nazwę grupy robót, dla

której należało podać wartość, przy czym opisy wskazywały na bardzo dużą agregację robót w ramach danej grupy. W kolumnie pn. „Zakres" z kolei zamawiający zawarł bardzo ogólne określenie robót składających się na dany zakres robót (np. według Umowy), nie określając podstawy wyceny, ani ilości robót podlegających wycenie. Lektura jawnej części Załącznika nr 1a do Wyjaśnień ceny prowadzi do wniosku, że

Konsorcjum JT tabelę pochodzącą z Wezwania przeniosło do swoich Wyjaśnień ceny - Załącznik nr 1 (nadając kolumnom tabeli stworzonej przez zamawiającego oznaczenia od „A" do „D", przy czym kolumna „D" zawiera „Wartości netto"), „poszerzając" ją o trzy kolejne podpozycje do poz. 52, oraz o dodatkową kolumnę (oznaczoną lit. „E") zatytułowaną; „Założenia z metodologii wyceny oferty". Dodane przez wykonawcę podpozycje mają przy tym również charakter zagregowany („Zasyp i zahumusowanie", „Melioracje wg opcji", „Archeolog wg opcji"). Zestawienie powyższych informacji prowadzi do wniosku, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z kalkulacją ceny ofertowej (rozumianą jako przedstawienie wyliczenia kosztów jednostkowych wykonania zamówienia), lecz jedynie z prostym rozbiciem przez Konsorcjum JT ceny ofertowej na składowe, tj. na wartości przypisane do zagregowanych grup robót.

W tej sytuacji treść przedstawionego przez Konsorcjum JT Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie koresponduje z rodzajem (treścią) zastrzeżonych informacji. Z Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika bowiem, że wykonawca zastrzega „kalkulacje cenowe, metodologie tworzenia ceny", charakteryzujące się bardzo dużą szczegółowością, gdy tymczasem Załącznik nr 1 nie zawiera takich informacji. Wskazanie przez wykonawcę w kolumnie „D" tabeli z załącznika nr 1 do Wyjaśnień ceny wartości przypisanej do zagregowanych pozycji, przy założonym przez zamawiającego bardzo dużym poziomie agregacji, nie ma obiektywnie żadnej wartości gospodarczej. Informacja taka charakteryzuje się bardzo dużym poziomem ogólności. Na podstawie informacji

o tym, jak wykonawca rozbił cenę na poszczególne, zagregowane, składowe nie sposób bowiem ustalić, jakie koszty w związku z wykonaniem danego zakresu robót ponosi w istocie wykonawca, w jaki sposób je ustala, wylicza i optymalizuje itd. Treść poszczególnych pozycji Tabeli z Załącznika nr 1, kolumny oznaczonej lit. „D", nie spełnia więc definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa".

Podobnie, w ocenie odwołującego, podejść należałoby do informacji zawartych w kolumnie oznaczonej lit. „E" tej Tabeli z Załącznika nr 1 do Wyjaśnień - „Założenia z metodologii wyceny oferty". Odwołujący nie ma wprawdzie wiedzy, jakie dokładnie informacje są w tym miejscu podawane przez Konsorcjum JT, niemniej uwzględniając rozmiar dokumentu i opis kolumny, z dużym prawdopodobieństwem można założyć, że wykonawca podał w tym miejscu tylko ogólne założenia przyjęte do wyceny danego,

zagregowanego zakresu robót opisanego pozycją, nie przedstawia zaś szczegółowych informacji o sposobie wyliczenia podawanej wartości netto dla danego zakresu robót. Tego typu informacje, znów z uwagi na ich ogólnikowość, trudno uznać za informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Ogólnie podane założenia do kalkulacji ceny ofertowej bez wskazania, w jaki konkretnie sposób założenia te przekładają się na wycenę konkretnych robót (pozycji), nie jest wystarczające, by - jak to podaje Konsorcjum JT

w Zastrzeżeniu tajemnicy - „odtworzyć zastosowany przez wykonawcę mechanizm kalkulacji ceny, na tyle szczegółowo, by określić tendencje, trendy wykorzystywane przez wykonawcę oraz stale elementy strategii budowania ceny", co ma stanowić o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. „Odtworzenie" zastosowanego przez wykonawcę mechanizmu kalkulacji ceny wymagałoby pełnej wiedzy o założeniach przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji ceny, a więc wiedzy o wszystkich ponoszonych przez wykonawcę kosztach (ich rodzajach i wysokości), elementach cenotwórczych

i optymalizacjach (oszczędnościach), o przyjętych przez niego normach pracy sprzętu, wydajnościach pracy personelu, organizacji pracy, rodzaju materiałów i sprzętu założonych do wykorzystania przy realizacji zamówienia itp. Każde z tych założeń winno przy tym mieć odzwierciedlenie w przedstawionych przez wykonawcę dowodach - dowodach, których w niniejszej sprawie brak.

Wykonawca, by odwołujący mógł pozyskać wskazane informacje obrazujące sposób kalkulacji ceny ofertowej, musiałby de facto sporządzić i przedstawić zamawiającemu szczegółowe kosztorysy do każdej zagregowanej pozycji Tabeli, tj. kosztorysy wskazujące na zakładaną do wykonania ilość robót (podaną w m^2, m^3 lub innej, odpowiedniej jednostce miary) oraz poszczególne nakłady konieczne do wykonania roboty w przyjętej jednostce miary (sprzęt, robocizna, materiał, inne narzuty), przy czym w pozycjach, które są mocno zagregowane, konieczne byłoby dodatkowe rozbicie zagregowanych robót na poszczególne grupy, czy rodzaje robót, które charakteryzują się zbliżonym sposobem wykonania, a co za tym idzie, mają zbliżone koszty jednostkowe wykonania. Uzupełnieniem tak skonstruowanego wyliczenia ceny musiałby być szczegółowy opis założeń do kalkulacji, odnoszący się do sposobu wyliczenia kosztów wykonania poszczególnych, rozbitych (nie zagregowanych) pozycji, wskazujący

na dokładną ilość sprzętu i ludzi przewidzianych do realizacji danego zakresu robót, ich zaangażowania czasowego w realizacje robót - ilość robót możliwych do wykonania w przyjętej jednostce czasu (roboczogodziny pracy). Tak opracowanego dokumentu, jak wskazują informacje posiadane przez odwołującego, Konsorcjum JT zamawiającemu nie przedłożyło. Wartość przypisana przez wykonawcę do całej grupy robót (wartość

zagregowana), bez szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca do wartości tej doszedł - jak ją wyliczył, nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przytaczał w tym miejscu wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r. (sygn. XXIII Ga 95/18, XXIII Ga 103/18), który odnosi się wprawdzie do podawania parametrów zaoferowanego urządzenia, niemniej analogicznie oceniać należy wyjaśnienia składane przez wykonawców, a odnoszące się do wyliczenia ceny ofertowej. Także w tym przypadku podanie wartości końcowej (tu: wartości grupy robót), bez wskazania, w jaki sposób do wartości tej wykonawca dochodzi, nie niesie ze sobą żadnej wartości gospodarczej dla konkurenta.

Jednocześnie odwołujący podkreślał, że nawet dysponując szczegółowymi danymi co do sposobu wyliczenia kosztów wykonania tego zamówienia, wskazanymi przykładowo powyżej, trudno byłoby odwołującemu ustalić - jak określa to wykonawca - „tendencje i trendy wykorzystywane przez wykonawcę" czy też „stałe elementy strategii budowania cen". By móc odtworzyć trendy czy stałe elementy strategii konkurenta odwołujący musiałby mieć pewność, że założenia kalkulacyjne właściwe dla tego zamówienia były stosowane przez tego wykonawcę w innych zamówieniach i będą zastosowane przez niego przy kolejnych. Uzyskanie takiej pewności nie wydaje się możliwe przy jednorazowym wglądzie w wycenę konkretnego zamówienia - wycena ta opiera się bowiem na specyfice danego zamówienia. Przykładowo, w niniejszej sprawie zadanie w Części III wykonywane jest w najtrudniejszych warunkach gruntowych z wszystkich trzech równolegle zlecanych do wykonania zadań, co wymusza zastosowanie dodatkowych rozwiązań technicznych czy sprzętowych. W tej sytuacji należałoby zadać pytanie, w jaki sposób odwołujący miałby ustalić na podstawie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum JT, czy założenia (np. normy pracy personelu) są właściwe dla każdego kontraktu Konsorcjum JT, czy dostosowane do zakładanych, trudnych warunków wykonywania tego właśnie kontraktu ? Ujawnienie Załącznika nr 1 do Wyjaśnień ceny nie utrudni więc Konsorcjum JT w przyszłości efektywnego konkurowania z odwołującym, nie wyklucza również możliwości zastosowania przez Konsorcjum JT tych samych „cen jednostkowych" lub „grup cen", o ile oczywiście możliwe będzie zastosowanie tych samych „grup cen" (jakkolwiek by tego pojęcia nie rozumieć) w kolejnym, odmiennym wszak od niniejszego zamówieniu.

W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby, za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14). W niniejszej sprawie, Konsorcjum JT,

poza ogólną

i gołosłowną deklaracją zawartą w Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało, by istotnie (wszystkie) zastrzegane informacje miały walor takiej stałości, co jest o tyle istotne, o ile Konsorcjum JT kilkukrotnie podkreślało w Zastrzeżeniu, że informacje podane w Wyjaśnieniach (cyt.:) „są wynikiem założeń i wyliczeń dokonanych na potrzeby tego konkretnego Zamówienia". W tej sytuacji przyjęcie, że całość zastrzeżonych przez Konsorcjum JT informacji zawartych w Załączniku nr 1 do Wyjaśnień ceny ma wartość gospodarczą z uwagi na to, że pozwala budować Wykonawcy jego przewagę konkurencyjną, nie jest możliwe, co z kolei prowadzi do wniosku, że Konsorcjum JT nie wykazało w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp, że zastrzegane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa (nie wykazało, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą).

W ocenie odwołującego zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum JT jest więc w dużej mierze gołosłowne, gdy tymczasem wykonawca powinien sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia załączonego do oferty, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiło by jego pozycję rynkową (tak między innymi w wyroku KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 466/19; wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16). To wykonawcy winni wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.

2) Oferty handlowe

Odnosząc się kolejno do Załącznika nr 2 i wskazanych powyżej załączników do Wyjaśnień ceny, przypomnieć w pierwszej kolejności należy, że obowiązkiem wykonawcy składającego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wskazanie „znanych" podwykonawców, przy czym, uwzględniając szeroką definicję umowy

o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9a Pzp), pod pojęciem podwykonawców należy rozumieć nie tylko podwykonawców, którzy wykonują roboty budowlane, ale także tych, którzy świadczą na rzecz wykonawcy usługi i wykonują dostawy. Obowiązek ten Konsorcjum JT zrealizowało, a co za tym idzie informacja o firmach, z jakimi współpracuje wykonawca, jest już powszechnie dostępna i w ślad za tym nie spełnia definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa". Jedynie na marginesie zaznaczyć należy, że sama możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych podwykonawcy budzi uzasadnione wątpliwości. Za wyrokiem Izby z 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 466/19,

wskazać bowiem należy, że „co do zasady nie ma wartości gospodarczej wybranie jednego spośród funkcjonujących na danym rynku przedsiębiorców jako podwykonawcy. Nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich nielojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać

z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność. Z powyższych względów nie ma podstaw ku temu, aby zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa nazwy podwykonawców, potencjalnych podwykonawców czy dostawców. Nadto odnotowania wymaga, że Konsorcjum JT nie wskazało, z jakich względów walor tajemnicy przedsiębiorstwa przypisać należałoby częściom „technicznym" ofert podwykonawców, skoro sposób wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia jest bardzo szczegółowo opisany w SIWZ i wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu nie mógł przyjąć rozwiązań od nich odmiennych, nie ryzykując odrzucenia swojej oferty jako niezgodnej z SIWZ. Skoro założenia techniczne wynikające z ofert podwykonawców są zgodne z SIWZ, to w tym zakresie nie ma miejsca na tajemnicę przedsiębiorstwa - nie są to informację, które nie byłby ujawnione do publicznej informacji.

Odwołujący wskazał ponadto, że przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie mają również pozostałe elementy ofert handlowych, zwłaszcza jeśli oferty te są dedykowane dla potrzeb tego konkretnego zamówienia lub mają ogólny charakter, tj. zawierają ogólną informację o cenie (nie prezentują zaś sposobu wyliczenia tej ceny - kalkulacji, nie stanowią

o specjalnych upustach na rzecz wykonawcy i dedykowanych tylko temu wykonawcy innych warunków handlowych). Okoliczność, iż konkurenci Konsorcjum JT powezmą informację o tym, iż wykonawca ten uzyskał od określonego podwykonawcy czy potencjalnego podwykonawcy określoną cenę na roboty, czy usługi składające się na przedmiot niniejszego zamówienia, w żaden sposób nie zmniejsza przewagi konkurencyjnej Konsorcjum JT w przyszłości. Nazwy kontrahentów Konsorcjum JT są bądź już ujawnione, bądź powszechnie znane przez profesjonalnych wykonawców, działających na rynku z uwagi na relatywnie niewielką skalę tego rynku (ilość działających na nim podmiotów). Oferty zaś są negocjowane - na co wskazuje sam wykonawca - indywidualnie a ewentualne upusty, rabaty czy inne preferencyjne warunki sprzedaży

są wynikiem relacji biznesowych istniejących pomiędzy firmami prowadzącymi negocjacje (np. efektem skali, dobrze układającej się wcześniej współpracy, ceny szans na dalszą współpracę itp.). Na podstawie pojedynczej oferty złożonej dla Konsorcjum JT odwołujący nie uzyskałby identycznej oferty dla siebie dla potrzeb kolejnego

zamówienia, jak również - nie znając okoliczności, w jakich prowadzone były negocjacje pomiędzy Konsorcjum JT a oferentem - nie ma pewności, że samo Konsorcjum JT dla potrzeb kolejnych zamówień uzyska taką samą ofertę od tego oferenta. Założenie, jakie czyni Konsorcjum JT

w Zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa, iż oferty handlowe zawsze stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na swoją wartość gospodarczą dla przedsiębiorców, jest więc chybione, sama zaś wartość gospodarcza informacji zawartych w poszczególnych ofertach, które zostały załączone do Wyjaśnień ceny, nie została wykazana przez Konsorcjum JT, które odnosząc się do tych dokumentów w Zastrzeżeniu poprzestało na kilku ogólnych stwierdzeniach i zapewnieniach.

Konsorcjum JT zastrzegło również jako tajemnicę przedsiębiorstwa „przykładowe" umowy o zachowaniu poufności z partnerami biznesowymi (Załącznik nr 3). W tym miejscu odnotowania wymaga, że zgodnie ze stanowiskiem Izby w przypadku ofert podwykonawcy mamy do czynienia w istocie z tajemnicą przedsiębiorstwa podmiotów trzecich względem wykonawcy - podwykonawców, dostawców itp,, a co za tym idzie obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że to te podmioty mają wolę zachowania informacji zawartych w ofertach handlowych w poufności. Skoro wykonawca przedstawił jedynie „przykładowe" umowy o zachowaniu poufności, nie zostało przez niego wykazane, że wszyscy podwykonawcy, dostawcy, partnerzy biznesowi, których oferty przedstawił, mają wolę zachowania w poufności informacji przekazywanych w tych dokumentach.

W tej sytuacji, udostępnieniu podlegają w całości wszystkie te oferty handlowe, względem których nie zostało wykazane, że ich autorzy oczekują zachowania ich w poufności przez Konsorcjum JT. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Izby z 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1185/15 i nast.).

3) Pozostałe dokumenty. Zastrzeżenie o charakterze ogólnym.

Odnosząc się z kolei do obowiązku wykazania, że wykonawca podjął odpowiednie kroki ku temu, by zachować w poufności informacje mające stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący zaznaczył, że w Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa mowa jest wyłącznie o środkach podjętych przez JT S.A., natomiast w postępowaniu oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie JT S.A. oraz IMP PROMONT d.o.o. Jeśli Konsorcjum JT nie wykazało, że IMP PROMONT d.o.o. podejmuje odpowiednie kroki ku temu, by zachować w poufności informacje objęte zastrzeżeniem, zastrzeżenie uznać należy za nieskuteczne.

Odwołujący tym samym kwestionuje skuteczność zastrzeżenia także pozostałych dokumentów załączonych do Wyjaśnień ceny oraz informacji zastrzeżonych jako tajemnica w ich treści, powołując się na powyższą argumentację. W przypadku informacji, które zostały zastrzeżone w treści samych Wyjaśnień ceny odwołujący wskazuje,

że sposób, w jaki zastrzeżenie to zostało dokonane, powoduje, iż odwołujący nie ma wiedzy nawet co do tego, jaki rodzaj informacji jest w tym miejscu zastrzegany, a co za tym idzie może jedynie założyć, że są to informacje odnoszące się do zasad kalkulacji ceny, które z uwagi na swoją ogólnikowość i ścisły związek z tym postępowaniem nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum JT. Odnośnie dokumentów zastrzeżonych, przedstawionych na potwierdzenie, iż wykonawca podejmuje odpowiednie kroki ku temu, by zachować informacje w poufności, odwołujący zaznacza, że w świetle Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum JT nie jest wiadome, w jaki sposób ujawnienie tych informacji mogłoby narazić tego wykonawcę na szkodę. Informacja o sposobie obiegu dokumentów poufnych w firmie odwołującego i zasadach ich ochrony, czy o stosowanych umowach o zachowaniu poufności nie ma dla odwołującego żadnej wartości gospodarczej - odwołujący stosuje w tym zakresie własne rozwiązania, nic zamierza kopiować rozwiązań Konsorcjum JT.

Podsumowując powyższe rozważania odwołujący wskazał, że „tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający, w każdym przypadku, powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. (tak wyrok KIO z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2263/19).

Odnosząc się do zarzutu braku wykazania przez Konsorcjum JT rynkowego charakteru

zaoferowanej ceny (brak dowodów).

Odwołujący podnosił, że przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień ceny spoczywa obowiązek wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego,

że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego przez ustawodawcę domniemania,

że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu zamawiającego wynika, jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 11 marca 2019 r., sygn. akt KIO 319/19).

Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z 17 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 992/19 wyjaśniając, że celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna

i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że Konsorcjum JT złożyło wyjaśnienia ceny, które spełniałby wskazane powyżej wymogi, co prowadzi do wniosku, że Konsorcjum JT nie zrealizowało spoczywającego na nim obowiązku dowodowego - nie wykazało, że jego cena ale nosi znamion rażąco niskiej. I tak: brak jest odpowiednich dowodów - brak właściwej kalkulacji. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót niezbędnych do budowy międzysystemowego gazociągu wysokiego ciśnienia DN 700 MOP 8,4 MPa, stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej na odcinku ZZUP Kuków - Granica Polska - Litwa wraz z infrastrukturą podziemną i nadziemną o długości ok. 47,440 km. Jak sygnalizowano powyżej, roboty budowlane będą wykonywane w trudnym terenie (w trudnych warunkach gruntowych), co wymusza m.in. konieczność wymiany gruntu pod gazociąg lub odpowiednio wykonania jego dodatkowych wzmocnień (palowania), wykonania ścianek szczelnych pogłębianych statycznie na odcinkach liniowych, zapewnienia odpowiedniego odwodnienia wykopów, a także korzystania z wysoce skomplikowanych technologii bezwykopowych (mikrotunele, horyzontalne wiercenie bezpośrednie, bezpośrednie układanie rur). Konieczność wykonania tych prac istotnie zwiększa koszt wykonania zamówienia

i stanowi, wraz z kosztami mechanicznego i ręcznego spawania gazociągu, najistotniejsze koszty wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówień na roboty budowalne i istniejącą praktykę rynkową wyceny takich robót, nie sposób przyjąć, że dla wykazania rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez wykonawcę za wykonania takiego zamówienia, wystarczające będzie przedstawienie przez wykonawcę wyłącznie prostego rozbicia ceny ofertowej na koszty wykonania poszczególnych, określonych w sposób zagregowany robót (stąd zapewne zamawiający w Wezwaniu oczekiwał „również" przedstawienia takiego zestawienia, nie zaś wyłącznie jego).

By ustalić, czy wykonawca należycie skalkulował wartość przypisaną do zagregowanej pozycji, konieczna jest co najmniej wiedza: jakie dokładnie roboty wykonawca wycenił

w danym zakresie i w jakiej ilości (do zaniżenia wartości robót może dojść wskutek pominięcia w wycenie pewnych robót lub wyceny zbyt małego zakresu robót, które w świetle SIWZ i sztuki budowlanej są konieczne do wykonania), oraz jak roboty te zostały wycenione, tj. jakie koszty wykonania robót i w jakiej wysokości zostały przez wykonawcę uwzględnione. Powyższe

z kolei prowadzi do wniosku, że specyfika robót budowlanych wymusza przedstawienie przez wykonawcę, dla wykazania rynkowego charakteru ceny ofertowej, kalkulacji - co najmniej wykonanej metodą uproszczoną w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, a w przypadku robót, których zakres ma największy wpływ na koszty wykonania zamówienia - wymagany byłby kosztorys szczegółowy, określający założone przez wykonawcę nakłady rzeczowe i koszty pośrednie wykonania danego zakresu robót. Tylko tak sporządzone kalkulacje pokazują bowiem, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę ofertową i pozwalają na ocenę, czy kalkulacja ta jest sporządzona prawidłowo. Tylko więc tak sporządzone kalkulacje mogą stanowić dowód, jakiego wymaga art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że w niniejszej sprawie zamawiający opracował i załączył do SIWZ przedmiary robót (dla Zadania 3 jest to załącznik nr 5 - gazociąg DN700 PL-LT Przedmiar robót dla Zadania 3 załączony do Wyjaśnień do SIWZ z dnia 07 listopada 2019 r.). Dokument ten liczy sobie 103 strony i zawiera rozbicie opisu przedmiotu zamówienia na wszystkie konieczne do wykonania roboty z wyliczeniem ilości robót i wskazaniem podstaw do ustalenia ich wartości. Dla przykładu wskazać można, na tylko jeden element poz. 25 Tabeli z Wezwania - Wzmocnienie gruntu - wykonania platformy roboczej dla wykonania palowania - w przedmiarze robót jest rozbity na kilkanaście podpozycji, w tym: wykopy i przekopy wykonywane koparkami, ławy fundamentowe żelbetowe, przygotowanie i montaż zbrojenia konstrukcji monolitycznych budowli, izolacje ławy żelbetowej, ułożenie geotkaniny separacyjnej pod platformą roboczą, podbudowana z kruszywa łamanego pod platformą roboczą, pompowanie wody, układania płyt szklano - epoksydowych. Autor przedmiaru do tych pozycji wskazał odpowiednio podstawę do wyceny,

którą w większości przypadków są tzw. KNR (Katalogi norm - wykazy nakładów rzeczowych), na podstawie których można ustalić, jakie nakłady rzeczowe winny być uwzględniane w wycenie (np. jaki sprzęt, w jakiej ilości

i z jaką normą wydajności jest uwzględniony w wycenie). Jak wynika z dostępnych odwołującemu informacji, Konsorcjum JT nie zdecydowało się na przedstawienie zamawiającemu wypełnionych przedmiarów robót (własnych bądź opracowanych przez zamawiającego) - kosztorysów, które zawierałyby wycenę każdej z robót koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia w ilości wynikającej z SIWZ, a poprzestało na przedstawieniu zamawiającemu prostego rozbicia ceny ofertowej na zagregowane pozycje, które to rozbicie zostało uzupełnione informacjami o podstawowych założeniach do zastosowanej kalkulacji - założeniach w zakresie metodologii (por. argumentację z pkt 2 powyżej uzasadnienia wskazującą na treść i charakter Załącznika nr 1 do Wyjaśnień ceny Konsorcjum JT). Zdaniem odwołującego, są to zbyt ogólne informacje, by na ich podstawie można było prześledzić proces kalkulacji ceny przez wykonawcę i dokonać oceny jego prawidłowości, a co za tym idzie nie stanowią one dowodu na rynkowy charakter zaoferowanej przez konsorcjum JT ceny (odwołujący przywołuje w tym miejscu argumentację wskazaną

w pkt 2 powyżej). W tej sytuacji przyjąć należy, że wykonawca nie przedstawił wiarygodnych i adekwatnych dla stanu faktycznego niniejszej sprawy dowodów, które wskazywałby na rynkowy charakter zaoferowanej przez niego ceny. Samo rozbicie ceny ofertowej nie może być bowiem dowodem na rynkowy charakter ceny ofertowej, skoro nie wskazuje, w jaki sposób cena ta została wyliczona, dla jakich ilości robót, z uwzględnieniem, jakich kosztów i wykazaniem, że koszty te zostały ustalone przez Wykonawcę na rynkowym i dostępnym dla niego poziomie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oceny w zakresie poprawności czy kompletności Wyjaśnień nie zmienia okoliczność, iż Konsorcjum JT załączyło do Wyjaśnień ceny oferty handlowe dostawców, czy podwykonawców (w tym jedynie możliwych podwykonawców).

I tak: po pierwsze, z oferty złożonej przez wykonawcę (pkt 11 Formularza oferty) wynika, że istotny zakres robót wykonawca wykona siłami własnymi, co koresponduje z Wyjaśnieniami ceny, w których wykonawca okoliczność tą dodatkowo potwierdza (por. np. str. 17 Wyjaśnień ceny akapit drugi: „z uwagi na posiadane zasoby, wykonawca szereg procesów zdolny jest prowadzić samodzielnie, używając w tym celu zasobów i sil własnych podobnie jak to zostało zaplanowane w niniejszym postępowaniu", a nadto posiadane przez siebie wiedzę, doświadczenie, personel i sprzęt traktuje jako istotny czynnik pozwalający na obniżenie kosztów - czynniki te nie miałyby znaczenia, gdyby ostatecznie wykonawca nie wykonywał zamówienia, a powierzył tego realizacje w przeważającej mierze podwykonawcom. W sytuacji, gdy wykonawca istotny zakres robót zamierza wykonać siłami

własnymi, wyjaśnienia ceny nie mogą opierać się wyłącznie na ofertach podwykonawców - oferty te pochodziłby bowiem

od podmiotów, które nie będą w rzeczywistości wykonywały danego zakresu robót (bez znaczenia dla oceny kosztów wykonania zamówienia przez wykonawcę jest zaś okoliczność, jaki jest koszt wykonania zamówienia przez inne działające na rynku podmioty - to, że podwykonawca specjalizujący się w wykonaniu danych robót jest w stanie wykonać je za kwotę x, nie oznacza, że za tą samą kwotę wykona je wykonawca). Innymi więc słowy, w zakresie, w jakim wykonawca nie zamierza bazować na pracy podwykonawców, dla wykazania rynkowego charakteru ceny ofertowej musi przedstawić inne dowody, np. szczegółowe wyliczenia (kalkulacje) kosztów wykonania zamówienia siłami własnymi - takie dowody nie zostały przedstawione przez Konsorcjum JT w niniejszej sprawie.

Ponadto, zdaniem odwołującego, należałoby także ocenić treść ofert podwykonawców załączonych przez wykonawcę do Wyjaśnień ceny. W sytuacji, gdy

podwykonawca poprzestaje na wskazaniu w swojej ofercie na całkowity koszt wykonania pewnego zakresu robót (podaje jedną cenę „ryczałtową", zwłaszcza, gdy cena ta odnoszona jest do ogólnie określonego, zagregowanego zakresu robót) mamy de facto do czynienia z kolejnym rozbiciem ceny ofertowej, które nic do sprawy nie wnosi. Zamawiający, otrzymując tak ogólne informacje o sposobie wyceny oferty przez podwykonawcę, nie jest w stanie zweryfikować, czy wycena ta jest poprawna, a co za tym idzie, czy wycena samego wykonawcy jest poprawna.

Dalej odwołujący podniósł, że konieczna jest również weryfikacja, czy oferty podwykonawców zakładają wykonanie całego zakresu robót wymaganych SIWZ i czy zakładają zastosowanie materiałów i technologii wymaganej SIWZ - weryfikacja w tym zakresie znów nie jest możliwa, jeśli oferta podwykonawcy jest ogólna. Sama więc okoliczność, iż wykonawca przedstawił oferty handlowe podwykonawców, możliwych podwykonawców i dostawców nie jest przesądzająca dla uznania, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są przekonywujące. Zamawiający winien ocenić, czy oferty te stanowią przydatny dla sprawy materiał dowodowy, przy czym ocena ta winna być negatywna, jeśli oferty te mają charakter ogólny, bądź odnoszą się do zakresów robót, których podwykonawcy nie będą wykonywali Takie oferty podwykonawców, czy dostawców nie stanowią dowodu

na rynkowy charakter ceny Konsorcjum JT.

W dalszej kolejności, zdaniem odwołującego, odnotowania wymaga, że Konsorcjum JT wielokrotnie w swoich Wyjaśnieniach ceny akcentuje fakt posiadania przez siebie (cyt.:) „wykwalifikowanego, doświadczonego zespołu specjalistów do realizacji projektów branżowych" (str. 15 Wyjaśnień). W orzecznictwie Izby akcentuje się, że w ramach wyjaśnień ceny wykonawca powinien nie tylko wskazać, jaki czynnik pozwolił mu na obniżenie ceny ofertowej, ale i wykazać, że obniżenie takie istotnie nastąpiło, że istnieje realny wpływ tego czynnika na cenę ofertową. Konsorcjum JT w zakresie kosztów osobowych (które są w tym zamówieniu jednym z najistotniejszych kosztów), w ocenie odwołującego, poprzestało na wypełnieniu poz. 1 Tabeli z Wyjaśnień, gdzie zamawiający wymagał wyłącznie podania stanowisk, na jakich wykonawca będzie zatrudniał personel oraz liczby niezbędnych jego zdaniem osób na danym stanowisku. Podanie takich informacji jest niewystarczające dla oceny, czy wykonawca poprawnie ustalił w ofercie koszty osobowe. Dla oceny, czy wykonawca skalkulował w ofercie wystarczające koszty personelu niezbędna jest wiedza, w jaki sposób wykonawca zamierza zorganizować prace tego personelu (co jest istotne także w kontekście zapewnień Konsorcjum JT o optymalizacji procesu wykonywania zamówienia), tj. jakie będzie zaangażowanie czasowe poszczególnych członków personelu wykonawcy

(co wymaga np. przedstawienia przykładowego harmonogramu pracy lub przypisania zakładanych roboczogodzin pracy personelu do poszczególnych zakresów robót) oraz wykazanie, jakie koszty wykonawca ponosi w związku z zatrudnieniem personelu. Ta ostatnia okoliczność wymaga zaś przedstawienia zakładanej stawki godzinowej (miesięcznej) pracowników na poszczególnych stanowiskach i wykazania, że stawki te są dla wykonawcy „osiągalne", np. poprzez przedstawienie zawartych już umów o pracę. W Wyjaśnieniach ceny Konsorcjum JT brak jest takich elementów, tj. w szczególności z Wyjaśnień tych nie wynika, by wykonawca przedstawił jakiekolwiek dowody na potwierdzenie prawidłowości przyjętych przez siebie kosztów pracy. Zwrócić należy uwagę, że koszty pracy, obok kosztów sprzętu, stanowią najistotniejsze koszty wykonania zamówienia - zamawiający nie wiedząc, w jaki sposób zostały ustalone przez wykonawcę koszty pracy, nie może więc zweryfikować, czy cena wykonawcy jest rynkowa. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający musi zweryfikować nie tylko to, czy wykonawca gwarantuje swoim pracownikom wynagrodzenie minimalne określone na podstawie odrębnych przepisów (a tylko taką deklarację Konsorcjum JT zawarło w Wyjaśnieniach ceny). Faktem notoryjnie znanym jest, że obecnie na rynku brakuje pracowników, a w ślad za tym wystąpił realny wzrost kosztów ich zatrudnienia

- obecnie w branży budowlanej trudno zatrudnić pracowników za wynagrodzenie minimalne, zwłaszcza gdy mowa o pracownikach z wyższymi kwalifikacjami (operatorzy sprzętu, spawacze). Zamawiający, na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, musi uzyskać pewność, że wykonawca ma zarezerwowaną odpowiednią pulę środków na zatrudnienie pracowników - na podstawie Wyjaśnień ceny Konsorcjum JT pewności takiej nie można uzyskać. Konsorcjum JT nie przedstawiło więc dowodu na to, że w ofercie uwzględniło koszty pracy na odpowiednim poziomie, tj. poziomie adekwatnym do zakresu wykonywanych robót i po dostępnym mu koszcie rynkowym.

Kolejno Konsorcjum JT wskazało w Wyjaśnieniach ceny, jako czynnik obniżający koszty wykonania zamówienia, fakt posiadania własnego zaplecza technicznego, przedstawiając jednocześnie wykaz środków sprzętowo - transportowych (Załącznik nr 10). Odnosząc się do powyższego, zaznaczyć należy, że także w tym przypadku brak jest po

stronie Konsorcjum JT wykazania, w jaki sposób czynnik ten realnie przekłada się na cenę ofertową (jakie realne oszczędności wykonawca jest w stanie wygenerować dzięki temu czynnikowi). Samo oświadczenie, odnośnie posiadanego przez wykonawcę sprzętu, niewiele przy tym wnosi do sprawy, skoro oświadczenie to obejmuje wszystkie sprzęty posiadane przez wykonawcę, Z oświadczenia nie wynika więc, które z tych sprzętów będą skierowane do realizacji zamówienia i co ze tym idzie nie ma pewności, czy część z nich nie jest (nie będzie) wykorzystywana do realizacji przez wykonawcę innych zamówień. Zaznaczyć przy tym należy, że jednocześnie wykonawca w ofercie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, który ma stać się najemcą sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, oraz wskazał na dodatkowego podwykonawcę, który również ma świadczyć na jego rzecz usługi sprzętowe (pkt 11 Formularza oferty - zobowiązanie BMS Bojnansky s.r.o.). Chociaż więc treść Wyjaśnień ceny sugeruje, że w zasadzie cały sprzęt będzie sprzętem własnym wykonawcy,

to jednocześnie wykonawca w ofercie (i jak można się domyślać w załączonych do Wyjaśnień ceny ofertach handlowych) potwierdza konieczność skorzystania przez siebie ze sprzętów wynajmowanych od podmiotów trzecich. Argumentacja wykonawcy jest więc w tym zakresie niespójna, same zaś wyjaśnienia nie pozwalają na ustalenie, czy wykonawca na poziomie rynkowym uwzględnił koszt zapewnienia sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. Konsorcjum JT pomija także, że część posiadanego przez niego sprzętu, w tym samochodów ciężarowych to maszyny i urządzenia starsze, których eksploatacja będzie pociągała za sobą dodatkowe, poza kosztami eksploatacyjnymi, koszty np. koszty napraw. Fakt posiadania własnego „zaplecza technicznego" nie oznacza więc, że Konsorcjum JT nie ponosi żadnych kosztów związanych z zapewnieniem narzędzi i maszyn niezbędnych do realizacji zamówienia. Powyższe z kolei prowadzi do wniosku, że Konsorcjum JT nie przedstawiło

w swoich Wyjaśnieniach ceny odpowiednich dowodów w celu wykazania, że w swojej ofercie uwzględniło rynkowy koszty zapewnienia urządzeń, maszyn i sprzętów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Konsorcjum JT mocno akcentuje także okoliczność posiadania przez siebie dużego doświadczenia w realizacji podobnych projektów, także na rzecz tego samego zamawiającego i jej wpływu na koszty wykonania zamówienia. Jednakże także w przypadku tego czynnika, Konsorcjum JT poprzestaje w Wyjaśnieniach ceny na ogólnych informacjach i zapewnieniach co do możliwości

optymalizacji kosztów przygotowania procesu produkcyjnego i skrócenia czasu wykonywania zamówienia, nie wykazując, że okoliczności te w realny sposób wpłynęły na cenę ofertową. Jest to o tyle istotne, że każdy z wykonawców, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, ma duże doświadczenie w wykonywaniu robót budowalnych, także specjalistycznych związanych

z sieciami ciepłowniczymi i gazowymi, a co za idzie sam fakt posiadania doświadczenia nie mógł zadecydować o tak istotnych różnicach w wycenie zamówienia przez Konsorcjum JT i innych wykonawców. Okoliczność zaś, że wykonawca zrealizował uprzednio inne kontrakty, wycenione niżej niż szacunki zamawiającego, nie jest wystarczająca do przyjęcia, że także to zamówienie zostanie należycie wykonane, a wycena oferty wykonawcy jest poprawna. Realizując wcześniejsze kontrakty wykonawca niewątpliwie zdobył doświadczenie, jednak dopóki wykonawca nie pokazuje w Wyjaśnieniach ceny jak owo doświadczenie przekłada się na możliwość obniżenia kosztów realizacji niniejszego zamówienia, Wyjaśnienia takie pozostają ogólnikowe i lakoniczne, nie mogąc stanowić dowodu na rynkowy charakter zaoferowanej przez niego ceny. Sama bowiem okoliczność, iż wykonawca ma doświadczenia, nie oznacza, że wycenił on prawidłowo swoją ofertę. Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że choć Konsorcjum JT przedstawiło zamawiającemu wyjaśnienia ceny, do których załączyło pewne analizy i dodatkowe dokumenty, to jednak z uwagi na ich ogólność lub brak związku z merytoryczną analizą kosztów ponoszonych przez wykonawcę, przyjąć należy,

że wyjaśnienia te nie spełniają wypracowanych w orzecznictwie Izby standardów. Odwołujący zarzuca więc, że Wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum JT - z uwagi na brak w nich adekwatnych do stanu faktycznego niniejszej sprawy dowodów - są niewystarczające do tego, by przyjąć, iż cena wykonawcy jest rynkowa, wobec czego, z uwagi na wymóg wynikający

z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona. Na marginesie powyższego odwołujący zaznacza, że brak przedstawienia przez Konsorcjum JT szczegółowych i przekonywujących wyjaśnień ceny (w szczególności wyjaśnień, które zawierałby dowody na tynkowy charakter ceny wykonawcy) jest skutkiem tego, że cena Konsorcjum JT jest nierynkowa i została skalkulowana poniżej kosztów wykonania zamówienia.

W realiach niniejszego postępowania (brak wymogu w SIWZ, by wykonawcy przedstawili kosztorys ofertowy i poprzestanie przez zamawiającego na nałożeniu na wykonawców obowiązku rozbicia ceny ofertowej tylko na pięć składowych - cena za wykonanie podstawowego zakresu robót, naprawy urządzeń dekarskich, archeologia, prawo opcji) oraz z uwagi na niezasadne utajnienie przez wykonawcę w zasadzie całości złożonych przez niego Wyjaśnień ceny, odwołujący nic ma jednak obiektywnie możliwości wskazania w niniejszym odwołaniu, jaki zakres robót został przez wykonawcę zbyt nisko wyceniony. Z tego względu, Odwołujący wnosi w pierwszej kolejności o odtajnienie dokumentów niezasadnie w jego ocenie utajnionych przez Konsorcjum JT. Jednocześnie pod rozwagę Izby pozostawia to, czy w sytuacji potwierdzenia się obu podstawowych zarzutów odwołania (zarzut odnoszący się do tajemnicy przedsiębiorstwa i braku należytych wyjaśnień ceny), kierując się ekonomiką postępowania, nie nakazać zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum JT, bez konieczności ponownego badania i oceny ofert.
Uzasadniając zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

Odwołujący, tytułem wstępu zaznaczył, że treść wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje na treść oferty złożonej przez wykonawcę. Ujawnienie, na etapie analizy wskazanych wyjaśnień, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, skutkuje więc odrzuceniem oferty wykonawcy, nawet jeśli na podstawie ogólnych deklaracji wykonawcy zawartych w formularzu oferty można by przyjąć zgodność oferty z SIWZ. Stanowisko to potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach (tak np. KIO w wyroku z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2184/14, KIO 2185/14). W ślad za tym, zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp winien nie tylko zweryfikować, czy wyjaśnienia te w sposób prawidłowy wykazują rynkowy charakter ceny ofertowej, ale również winien zweryfikować, czy założenia, na jakich wykonawca oparł się wyceniając ofertę, są zgodne z wymogami SIWZ. Zdaniem odwołującego, w niniejszej sprawie zamawiający oceny takiej zaniechał.

Odwołujący zaznaczył, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w formule „buduj", a więc wykonawca ma wykonać zamówienie w oparciu o dostarczoną przez zamawiającego dokumentację. Co przy tym szczególnie istotne zamawiający, sporządzając SIWZ, w sposób bardzo szczegółowy opisał zakres wymaganych do wykonania robót i sposób ich wykonania, tym samym nie pozostawił on wykonawcom możliwości „optymalizacji" rozwiązań technicznych, jakie zastosują w celu wykonania zamówienia. Wykonawca nie może więc zmienić zakresu i sposobu wykonania robót opisanego w SIWZ, wprowadzając własne rozwiązania „optymalizujące". Tymczasem Konsorcjum JT w kilku miejscach Wyjaśnień ceny przyznaje, że zastosowało w niniejszej sprawie „optymalizacje", np. wnosząc o potraktowanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych

dla realizacji zamówienia (str. 4 Wyjaśnień ceny, akapit drugi). Zastosowanie przez Konsorcjum JT „optymalizacji", rozumianej jako zastosowanie rozwiązań technicznych, technologicznych bądź organizacyjnych odmiennych od przewidzianych SIWZ, nawet jeśli jej zastosowanie jest uzasadnione zmniejszeniem kosztów wykonania zamówienia powoduje, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tymczasem zamawiający nie tylko nie zdecydował się na odrzucenie oferty Konsorcjum JT na podstawie wskazanego przepisu, ale nawet nie podjął jakichkolwiek działań zmierzających do ustalenia, co wykonawca rozumie pod pojęciem „optymalizacji" i jakie ostatecznie rozwiązania techniczne są objęte jego ofertą. Takie zaniechanie stanowi nie tylko naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ale i podstawowych zasad prowadzenia postępowania wynikających z art. 7 ustawy Pzp. Skoro bowiem w świetle zapisów SIWZ niedopuszczalne było zastosowanie „optymalizacji" (w powyższym rozumieniu), a wykonawca, składając wyjaśnienia ceny, przyznał, że „optymalizacje" zastosował, okoliczność ta wymagała dodatkowego wyjaśnienia. Nie wyjaśniając, jaka jest rzeczywista treść złożonej przez Konsorcjum JT oferty, zamawiający nie mógł oferty tej uznać za zgodną z SIWZ.

Tym samym zamawiający, nie dokonując takich ustaleń, zaniechał tym samym przeprowadzenia rzetelnej oceny oferty Konsorcjum JT, naruszając zasady prowadzenia postępowania.

Zamawiający, w dniu 14 stycznia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili w dniu 15 stycznia 2020 r., zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A.,

Mostostal Kraków S.A. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej „Konsorcjum Budimex" lub „przystępujący po stronie odwołującego"). W dniu 16 stycznia 2020 r. do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: JT S.A., IMP PROMONT d.o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 24 stycznia 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Konsorcjum JT, w odpowiedzi na odwołanie, złożyło do akt sprawy w dniu 24 stycznia 2020 r. pismo procesowe, przedstawiając swoje stanowisko. Ponadto, w dniu 29 stycznia 2020 r. przystępujący po stronie zamawiającego, złożył do akt sprawy pismo procesowe, wraz z dowodami, wnosząc o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma
w postaci:

1. Informacji z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (dalej „Gaz-System") pn. „przyłączenie do sieci przesyłowej planowanych do wybudowania urządzeń i instalacji gazowych bloku parowo -gazowego w obiekcie elektrociepłowni Żerań" (dalej jako „EC Żerań");

2. Wezwania z dnia 11 lipca 2018 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, adresowanego do JT S.A., dotyczącego ceny zaoferowanej w EC Żerań;

3. Informacji z dnia 27 lipca 2018 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w EC Żerań;

4. Informacji prasowej zamawiającego o zakończeniu realizacji EC Żerań;

5. Wezwania z dnia 12 sierpnia 2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, adresowanego do JT S.A., dotyczącego ceny zaoferowanej w prowadzonym przez Gaz-System postępowaniu pn. „Budowa gazociągu Lwówek-Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego Etap I - gazociąg Lwówek - Krobia, Etap II - gazociąg Krobia - Odolanów" (dalej jako „zamówienie Lwówek");

6. Informacji z dnia 2 września 2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w zamówieniu Lwówek;

7. Informacji prasowej zamawiającego o przedterminowym zakończeniu realizacji przez JT S.A. inwestycji w postaci budowy gazociągu Zdzieszewice - Kędzierzyn Koźle;

na okoliczność ustalenia, że: (i) Gaz-System od wielu lat stosuje analogiczny, jak w niniejszej sprawie sposób wyjaśnienia ceny; (ii) Gaz-System od wielu lat akceptuje, uznając (co do zasady) za wystarczający do oceny realności ceny, analogiczny, jak w niniejszej sprawie sposób wyjaśnienia ceny; (iii) składane wyjaśnienia w sprawie ceny są wystarczające do dokonania przez Gaz-System prawidłowej analizy i oceny wyjaśnień składanych przez wybranych wykonawców, co potwierdzają informacje o należytym wykonaniu zamówień przez JT S.A. i jego konsorcjantów; (iv) ceny oferowane przez JT S.A. odbiegają niekiedy istotnie

od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, w szczególności tych o innej pozycji rynkowej (podmiotów zagranicznych, wielkich wielobranżowych korporacji budowlanych); (v) sytuacja rynkowa JT S.A. i jego wieloletnie doświadczenie branżowe (w budownictwie gazowym) ma szczególny wpływ na jego pozycję na tle innych wykonawców, w tym przede wszystkim na tle innych multibranżowych korporacji budowlanych; (vi) JT S.A. jest wykonawcą rzetelnym, a oferowane przez niego ceny zapewniają należyte wykonanie zamówienia.

Konsorcjum Budimex przedstawiło swoje stanowisko w sprawie, składając do akt sprawy w dniu 28 stycznia 2020 r. pismo procesowe.

Odwołujący, na rozprawie w dniu 24 stycznia 2020 r. oraz w dniu 29 stycznia 2020 r. wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

1. zestawienia własnego, prezentującego zakres niektórych prac do wykonania w postępowaniu, sporządzonego na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, celem pokazania które z elementów tego zamówienia należy uznać za kluczowe i najbardziej kosztochłonne, z uwagi na warunki gruntowe;

2. opracowania własnego (tabeli) prezentującej wyliczenie własne dla pozycji

„automatyczne spawanie linii głównej". w której przedstawiono zaangażowanie

personelu, wraz

z wyliczeniem roboczogodzin oraz zestawienie potrzebnego sprzętu i jego zaangażowanie na okoliczność ile różnych zmiennych ma wpływ na kalkulację ceny w danej pozycji;

3. kalkulacji szczegółowej dla pozycji „ścianki szczelne", celem zobrazowania ile zmiennych należy uwzględnić, aby w sposób rzetelny sporządzić kalkulację dla jednej tylko pozycji;

4. tabeli (opracowanie własne) pokazującej relację ofert z najniższą ceną do budżetu, który zaplanował zamawiający, na okoliczność wykazania, że w postępowaniach organizowanych w latach 2017 - 2019 większość ofert z najniższą ceną przekraczała szacunkową wartość zamówienia;

5. wyciągów z dokumentacji postępowania, celem zobrazowania przebiegu

projektowanego gazociągu, ilości ścianek szczelnych do wykonania w tym zadaniu, ilości miejsc

ze wzmocnieniem podłoża, celem wykazania, że w przypadku realizacji tej części zamówienia wykonawcy muszą wykonać roboty budowlane w trudnych warunkach gruntowych.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty Konsorcjum JT złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, treścią wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych 4 grudnia 2019 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia części informacji zawartych w Wyjaśnieniach ceny, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, pismami procesowymi składanymi do akt sprawy a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji, mając na uwadze ocenę dokonaną przez zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. Gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się, w szczególności gdyby potwierdził się zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum JT, miałby on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty Konsorcjum JT złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych 4 grudnia 2019 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia części informacji zawartych w Wyjaśnieniach ceny, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i uczestników postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum JT, tj. część wyjaśnień złożonych zamawiającemu w dniu 4 grudnia 2019 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum JT. Zarzut ten odwołujący podnosił jako kluczowy, pozostałe formułując na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła odwołania w powyższym zakresie.

Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, które ten formułuje na podstawie obowiązujących przepisów, że co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z treści art. 8 ust. 2 ustawy Pzp wynika jednak, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, a może to uczynić w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Dalej ustawodawca, w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp precyzuje, jakie informacje nie są ujawniane do wiadomości publicznej. W przepisie tym czytamy, 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z kolei w art. 11 ust. 2 UZNK wprowadza definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa precyzując, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu

utrzymania
w poufności.

Tym samym, choć wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad ich obowiązujących

w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, istnieją jednak wyjątki od tej zasady, wprowadzone w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Co istotne, po stronie wykonawcy, zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, materializuje się obowiązek polegający na wykazaniu, że zastrzegane informacje taką tajemnicę stanowią. W uzasadnieniu

do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: "Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.".

Jak wynika z powyższego, celem ustawodawcy było przede wszystkim wyeliminowanie takich przypadków, w których wykonawcy swoje uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji traktują wyłącznie jako narzędzie służące uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ich ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje nie powinny być przez wykonawców nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę

w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji oraz, ograniczać się do zastrzegania wyłącznie tych informacji, co do których spełnione zostały przesłanki opisane w UZNK. Dla zamawiającego z kolei oznacza to obowiązek leżący po jego stronie, a polegający na konieczności badania i analizy uzasadnienia dotyczącego składanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy.

A zatem, jak wskazano powyżej, z jednej strony na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, z drugiej zaś to rolą i obowiązkiem zamawiającego, w toku badania złożonych ofert (w tym przypadku wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny) jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Zamawiający musi zatem ocenić, czy zastrzeżenie informacji nastąpiło w sposób skuteczny, a zatem czy zostały spełnione (przy czym owe okoliczności muszą wystąpić łącznie) następujące przesłanki wynikające z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą; (ii) informacja w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; (iii) uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Z kolei elementy składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa zostały szerzej omówione w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. I CKN 304/00). Zdaniem Sądu Najwyższego „powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość), nie ujawniona do wiadomości publicznej, to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie tajemnicy, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą". W dalszej części wyroku czytamy również, że „informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano".

Przenosząc powyższe rozważania na realia niniejszej sprawy, dostrzec należy, że Konsorcjum JT nie zastrzegło w całości, jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa, Wyjaśnień ceny. Zastrzeżono jednak te części, co do których wykonawca uznał, że ich ujawnienie,

w zaprezentowanej konfiguracji, połączeniu i zestawieniu posiada dla wykonawcy wartość gospodarczą. Zastrzegając informacje dotyczące: (i) nazw podwykonawców i potencjalnych podwykonawców oraz zaoferowane przez nich ceny za realizację powierzonych im zakresów prac; (ii) kalkulacje cenowe, metodologie tworzenia ceny oraz metodologię budowania zespołu specjalistów; (iii) koncepcję rozwiązań technicznych i technologicznych dla realizacji zamówienia, pokazującą optymalizację kosztów wskazywał, że elementy te pozwalają mu na skuteczne konkurowanie na rynku z innymi podmiotami, zawierają wiedzę know-how wykonawcy o organizacji samego procesu budowlanego i jego strategii cenowej, dzięki której może on skutecznie konkurować na rynku i pozyskiwać zamówienia.

Izba, po zapoznaniu się z treścią przedmiotowych wyjaśnień zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, doszła do przekonania, że zastrzeżenie to należy uznać za skuteczne. Wykonawca wykazał bowiem ziszczenie się wszystkich wymaganych przesłanek, by dane treści uznać za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu opisano charakter zastrzeżonych informacji. Zaznaczono, że są one znane tylko ograniczonemu kręgowi osób i jakie czynności podjęto, by nie były one powszechnie znane. Wskazano także, jaką wartość gospodarczą posiadają te informacje dla wykonawcy i jaką szkodę może on ponieść w sytuacji ich ujawnienia. Co więcej, okoliczności, które wskazało Konsorcjum JT w treści pisma zostały poparte stosownymi dowodami.

Oceniając wartość gospodarczą informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba wzięła pod uwagę czy mamy do czynienia z sytuacją, że dana informacja może zostać wykorzystana w walce konkurencyjnej. Tym samym czy wykonawca wykazał, że dana informacja dotyczy prowadzonej przez niego działalności gospodarczej i może być wykorzystana przez inne podmioty działające na tym samym rynku, w tej samej branży. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa

muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Izba, w niniejszej sprawie, doszła do przekonania, że niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że choć wszyscy wykonawcy posiadają bogate doświadczenie w danej branży, realizowali wiele kontraktów w danej dziedzinie, to jeden z nich - być może z uwagi na wynegocjowane warunki szczególnie korzystnie wpływające na możliwość obniżenia ceny - złożył korzystniejszą ofertę. Tym samym więc, informacja o danym rynku podwykonawców i zasadach współpracy z tymi kontrahentami na zasadzie indywidualnych negocjacji, wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności tego wykonawcy.

Odnosząc się do poszczególnych dokumentów, których zastrzeżenie kwestionował odwołujący, jak też argumentacji w tym zakresie zawartej w treści odwołania, jak też prezentowanej na rozprawie, skład orzekający wskazuje jak poniżej.

Odwołujący stoi na stanowisku, że informacje zawarte w Załączniku nr 1 tj. tabeli wyjaśniającej sposób wyliczenia ceny, nie posiadają wartości gospodarczej, ponieważ nie obejmują szczegółowej wyceny zakresu prac (wyliczenia kosztów jednostkowych), ale stanowią pewne zagregowane wartości. Odwołujący wskazywał również, że na podstawie zbiorczych wartości prac zawartych w tabeli, nie jest w stanie wyliczyć jednostkowych kosztów, a co za tym idzie informacje zawarte w tym załączniku nie mają charakteru wyceny, a z uwagi na duży poziom swojej ogólności, nie posiadają wartości gospodarczej dla Konsorcjum JT.

W swoich rozważaniach odwołujący nie wziął jednak pod uwagę, że przedmiotowa tabela zawiera rozbicie całej ceny ofertowej na ponad 50 elementów, kluczowych dla realizacji zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zdecydował się na rozliczenie ryczałtowe z wykonawcą, narzucając zatem w treści Wezwania, sposób w jaki ten ma zaprezentować informacje dotyczące kalkulacji swojej ceny ofertowej. Konsorcjum JT dokonało podziału ceny na elementy, których wyliczenia zamawiający oczekiwał, w nieznacznym stopniu modyfikując treść tabeli (rozbudowując ją o dodatkowe elementy). Zamawiający przyjął taką formę Wezwania, aby udzielona przez przystępującego po stronie zamawiającego odpowiedź, pozwoliła mu w sposób kompleksowy ocenić, oraz w razie potrzeby porównać zarówno rynkowość wyceny poszczególnych zakresów robót, jak również strategię budowania i kalkulowania swojej ceny przez Konsorcjum JT.

Z wyjaśnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum JT wynika, między innymi, że „informacje w kalkulacji ceny 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". Nie ulega wątpliwości, że każdy podmiot, szczególnie działający w określonej branży (w tym przypadku specjalizujący się w budowie gazociągów) wypracowuje, na przestrzeni lat swoje metody kalkulacji ceny, aby móc skutecznie konkurować z innymi podmiotami czy to już działającymi w branży, czy też dopiero wchodzącymi na rynek. Treść tabeli zatem nie tylko pozwoliłaby innym wykonawcom poznać ceny za określone zakresy prac, ale też przypisać te zakresy do określonych podwykonawców, a tym samym umożliwiła konkurencji poznanie wartości prac

przez nich wykonywanych. Izba dostrzegła wprawdzie, że różne pozycje tabeli mają różny poziom szczegółowości, wiele z nich jednak, na co wskazywało Konsorcjum JT na rozprawie, opisuje określone kategorie prac (jak np. w poz. 17 - Spawanie liniowe i montażowe, poz. 20 i 21 - Ścianki szczelne). Z uwagi na to, że zamówienie polega na wykonaniu robót budowlanych opisanych w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, a ilości robót zostały określone przez zamawiającego w SIWZ, już tylko na podstawie informacji, które zawarte są w tabeli, inni wykonawcy będą mogli poznać ceny jednostkowe danych robót. Mając z kolei na uwadze fakt, że mamy do czynienia z rodzajem robót o charakterze powtarzalnym, z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że dane grupy robót będą wykonywane

w następnych kilku czy kilkunastu nowych projektach. Na tą okoliczność zwracało uwagę Konsorcjum JT, przywołując powyższe jako argumenty, dla których zastrzegło informacje zawarte w tabeli jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Izba uznała zatem, że kompleksowe zestawienie rozbicia cen dla 55 pozycji opisujących cały zakres zamówienia, nie tylko obrazuje sposób kalkulacji ceny w zakresie poszczególnych zakresów prac, ale również pokazuje strategię przyjętą przez Konsorcjum JT odnośnie sposobu budowania

i kalkulowani jego ceny ofertowej, która obejmuje ustalenie ilości robót i innych elementów składających się na to zamówienie, jak również pokazuje sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ceny oferty. Nie ulega wątpliwości, że stanowi to niewątpliwie know-how wykonawcy, które pozwala na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami rynku zwłaszcza, że mamy do czynienia z określonym rodzajem robót budowlanych, w wykonywaniu których specjalizuje się określona grupa wykonawców. Tym samym uwzględnienie odwołania i odtajnienie danych zawartych w Załączniku nr 1 mogłoby skutkować pogorszeniem sytuacji przystępującego po stronie zamawiającego, wobec jego konkurentów. Dotyczy to nie tylko tego konkretnego postępowania, ale również innych postępowań o podobnym charakterze i zakresie. Zważywszy, że wykonawca ten, co podkreślał wielokrotnie na rozprawie, specjalizuje się w realizacji prac analogicznych do objętych przedmiotem zamówienia, ujawnienie takich informacji mogłoby istotnie pogorszyć jego pozycję rynkową w przyszłości.

Odnosząc się z kolei do argumentacji odwołującego, dotyczącej zastrzeżenia ofert handlowych (Załącznik nr 2 do Wyjaśnień ceny) w pierwszej kolejności należy wskazać, że dane kontrahentów jak i warunki na których wykonywane jest świadczenie (podwykonawstwo, dostawy, usługi) posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, jako odnoszące się wprost informacji o charakterze finansowym i handlowym i z tego względu winny być traktowane są jako informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Izba uważa zatem za prawidłowe powyższe zastrzeżenie zwłaszcza, że załączone do oferty materiały zawierały informacje o stawkach, za które strony negocjują wykonanie poszczególnych prac czy ceny materiałów. Szczegółowość przedłożonych ofert, niejednokrotnie zawierających także pełne kalkulacje ceny za realizację danego zakresu robót, niewątpliwie niosą ze sobą pełną informację o podwykonawcach Konsorcjum JT. Ta z kolei, ujawniona szerokiemu kręgowi podmiotów, które realizują podobne zamówienia, niewątpliwie może w efekcie doprowadzić do sytuacji, że wykonawca ten zostanie pozbawiony możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami z branży. Na wszystkie te elementy zwrócił uwagę przystępujący po stronie zamawiającego, opisując w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie elementy zawierają oferty handlowe pozyskane od podwykonawców i z jakich powodów ich ujawnienie może doprowadzić do powstania szkody w majątku tego wykonawcy.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego, że skoro na etapie składania ofert Konsorcjum JT ujawniło nazwy (firmy) podmiotów trzecich w JEDZ lub formularzu oferty, zastrzeganie ich danych na obecnym etapie budzi wątpliwości. Do kwestii tej odniósł się wykonawca w składanych wyjaśnieniach stwierdzając, że ujawnienie nazw firm w kontekście cen i warunków technicznych, zawartych w ofertach, jest czym innym niż wskazanie samych nazw tych podmiotów. Ochronie w tym przypadku podlega informacja, stanowiąca pewien zbiór danych odnośnie tego jaki podmiot, w jakim zakresie i na jakich warunkach realizuje określone prace. To zaś podlega ochronie, jako informacja posiadająca wymierną wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, nie ma również racji odwołujący twierdząc, że Konsorcjum JT, przedstawiając jedynie część umów o zachowaniu poufności, zawartych ze swoimi partnerami biznesowymi, nie wykazało w sposób dostateczny, że podejmuje działania w celu ochrony poufności informacji. Konsorcjum JT powoływało się w swoich wyjaśnieniach na fakt zawierania takich umów, zaś przykładowe umowy miały potwierdzać okoliczność, iż jego i jego kontrahentów łączą umowy o poufności. Niezrozumiałe jest oczekiwanie odwołującego, że przystępujący po stronie zamawiającego, przedłoży takie umowy dla wszystkich podmiotów, które wskazał jako swoich partnerów handlowych i którzy będą jego podwykonawcami. Celem przedłożenia tych umów było jedynie potwierdzenie, że praktyka zawierania takich umów jest powszechna. Zauważyć należy, że obowiązkiem wykonawcy, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest wykazanie danych okoliczności. Mówiąc o wykazaniu ustawodawca nie miał na myśli obowiązku udowodnienia danej okoliczności, co w tym przypadku wiązałoby się faktycznie z koniecznością przedłożenia takich umów i zachowaniu poufności dla wszystkich kooperujących z wykonawcą podmiotów.

Dalej podkreślić również należy, iż przystępujący po stronie zamawiającego wskazywał również na wewnętrzne regulacje przyjęte w firmie stosownymi regulaminami, przywołał postanowienia umowne obowiązujące pracowników, którzy przestrzegać muszą zasady poufności. Konsorcjum JT opisało również w jaki sposób dane informacje są w jego jednostce chronione, przy użyciu jakich systemów, kto i na jakich zasadach ma dostęp do tych elementów. Co więcej, powyższe okoliczności również wykazał za pomocą środków dowodowych w postaci: przykładowych umów o pracę zawartych z osobami, które zostały zobowiązane do zachowania poufności, Instrukcji zawierającej opis wewnętrznych mechanizmów ochrony informacji poufnych, sposoby (środki) techniczne i organizacyjne ochrony takich informacji. Zasadnie również te dokumenty Konsorcjum JT zastrzegło jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy.

W dalszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp

i w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JT, mimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałyby, że jego cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego nie potwierdziły się. Odwołujący podnosił bowiem, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum JT mają charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie zawierają wystarczających dowodów, co z kolei prowadzi do wniosku, że nie udźwignęło ono spoczywającego na nim ciężaru dowodu w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Twierdził również, że przyjęcie przez zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej, świadczy przy o tym,

że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

W kontekście podnoszonych zarzutów konieczne jest, na wstępie, zdefiniowanie pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być cena "rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno - organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nie ulega również wątpliwości, że przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. Od tego zatem w jaki sposób zamawiający sformułuje swoje wezwanie, na ile sprecyzuje jakie elementy winien zawrzeć wykonawca w swoich wyjaśnieniach, na tyle oczekiwać może określonego sposobu prezentacji przekazanych informacji czy stopnia szczegółowości wyliczeń. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedynie, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę

w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 90 ust. 2 nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek

wykazania, czy możliwe i reale jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z

racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny

i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Co wymaga zauważenia w okolicznościach niniejszej sprawy, w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Mając na uwadze powyższe należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na budowie gazociągu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przyjął, że wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy, a co za tym idzie to wykonawca ponosi ryzyko wyceny wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, skalkulowanie odpowiedniego do zakresu zamówienia i stopnia skomplikowania robót - ryzyka. Charakterystyczne dla tej formy wynagrodzenia jest to, że zamawiający nie wymaga załączenia do oferty szczegółowych kalkulacji w postaci kosztorysów. Tak też zrobił zamawiający w tym przypadku. Nie żądał on przedłożenia kosztorysów wraz ze złożoną ofertą i nie oczekiwał, że Konsorcjum JT takie kalkulacje przedstawi w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Co podkreślał również zamawiający okolicznością, która uzasadniała wystąpienie z wezwaniem o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny oferty była dyspozycja art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający obligatoryjnie wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odnosząc jednakże całkowitą cenę oferty Konsorcjum JT wynoszącą 124.514.254,50 zł. brutto uznać należy, że jest ona zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należy podatek VAT i ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania w sierpniu 2019 r. tj. 132.217.960,20 zł. Zdaniem zamawiającego, co podkreślał wielokrotnie na rozprawie, to oferty innych wykonawców znacząco odbiegały od budżetu zamawiającego ale też realnej kwoty za którą można takie zamówienie wykonać, zaś oferta Konsorcjum JT jedynie nieznacznie odbiegała od przygotowanych przez niego szacunków.

Wprawdzie odwołujący, przedstawiając dowody w postaci tabeli zawierającej ceny ofertowe dla podobnych inwestycji (w latach 2017 - 2019) podejmował próby wykazania, że zazwyczaj budżet przewidziany przez zamawiającego jest niższy niż zaproponowane przez wykonawców ceny ofertowe (dla ofert z ceną najniższą) Izba uznała, że rozbieżności te w ostatnim okresie nie są znaczne (informacje za rok 2019) i nie mogą świadczyć o niewłaściwym szacowaniu wartości zamówienia przez zamawiającego. Tam, gdzie ta rozbieżność jest znaczna i dotyczy ubiegłego roku tj. gazociągu Polska - Słowacja, jak zauważył przystępujący po stronie zamawiającego, kalkulując cenę swoich ofert wykonawcy wzięli pod uwagę ryzyka w postaci trudnych warunków gruntowych (teren górzysty). Stąd także wyższe były w tym przypadku ceny ofertowe.

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, oczekując aby przedstawił on wyliczenia dotyczące sposobu wyliczenia ceny, prezentując wartości netto dla poszczególnych zagregowanych pozycji, zgodnie z załączoną tabelą. Z treści wezwania nie sposób jednak wywieść, jak chciał tego odwołujący, że wyjaśnienia te miały przybrać jakąś szczególną formę a już z pewnością, że Konsorcjum JT winno przedstawić szczegółowe kosztorysy ofertowe dla całego zakresu robót.

Izba zgadza się z odwołującym który twierdzi, że ponieważ celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie można jednak oczekiwać od wykonawcy, żeby prezentował w wyjaśnieniach informację o określonym stopniu szczegółowości, w sposób w jaki oczekuje tego inny wykonawca lub też w sposób, który w jego ocenie byłby dostateczny. Sąd Okręgowy w swoich wyrokach zwracał uwagę, że nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego, mogły zostać uznane za wystarczające. Ocena, w każdym konkretnym przypadku, dokonywana jest przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być

postrzegana przez pryzmat zapytania (tak w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r.; sygn. akt XXIII Ga 1072/15).

Istotna zatem, dla oceny zarzutów w tej konkretnej sprawie, jest treść wezwania skierowanego przez zamawiającego do przystępującego. Nie narzucił on wykonawcy, że ma zaprezentować określone dane, przedstawić kalkulację określonych elementów składających się na koszty zamówienia. Z pewnością nie sposób jest z treści wezwania wywieść, że winien skalkulować koszty dla określonych elementów czy przedstawić szczegółowy kosztorys, jak tego oczekiwał odwołujący. Zamawiający ograniczył się bowiem w piśmie do sformułowania, że ma przedstawić sposób kalkulacji ceny oferty, posiłkując się tabelą składającą się z 52 pozycji, które odzwierciedlały cały zakres zamówienia.

Jak podkreślał przystępujący po stronie zamawiającego, co wykazał za pomocą dowodów w postaci wezwań kierowanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, adresowanych do JT S.A.: z dnia 11 lipca 2018 r. dotyczącego ceny zaoferowanej w EC Żerań oraz z dnia 12 sierpnia 2016 r. dotyczącego ceny zaoferowanej w zamówieniu Lwówek, zamawiający we wszystkich postępowaniach, w analogiczny sposób, formułuje wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tj. w taki, który pozwoli mu ocenić realność cen, a który choć posiada wprawdzie pewien poziom ogólności, prezentuje wyliczenie ceny dla zamawianych robót budowlanych.

Co istotne dla oceny przedmiotowych zarzutów Konsorcjum JT odpowiedziało na wezwanie i przedstawiło, zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego, pełną wycenę dla robót, poszerzoną również o dodatkowe elementy. To z kolei, jak stwierdził zamawiający, pozwoliło mu na ocenę, że zaproponowana cena oferty nie odbiega od szacunków zamawiającego, ani też, na podstawie przedłożonych do wyjaśnień dowodów, ofert i wycen, nie odbiega

od warunków rynkowych. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, który twierdził, że jako inwestor ma wiedzę niezbędną, aby ocenić czy cena za dany zakres zamówienia (zgodnie z rozbiciem tabelarycznym) jest ceną rynkową i pozwala na wykonanie zamówienia. Zamawiający dysponuje wieloma ofertami, ma wgląd do umów zawieranych z podwykonawcami, zatem z łatwością byłby w stanie stwierdzić, że cena za jakiś element odbiega od ceny rynkowej. Jeśli zatem żaden z elementów kalkulacji nie wzbudził takich wątpliwości zamawiającego - uznać należy, że nie zaistniała konieczność wzywania Konsorcjum JT do bardziej szczegółowych wyjaśnień czy żądania od niego wyliczeń o większym stopniu szczegółowości. Tym samym uznać należy, że działanie zamawiającego nie naruszało obowiązujących przepisów.

Co też istotne, przystępujący po stronie zamawiającego w sposób zwięzły i kompleksowy przedstawił w wyjaśnieniach okoliczności i czynniki, które pozwalają mu na wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponadto przedłożył szereg dowodów potwierdzających rynkowość wyceny w postaci ofert podwykonawców, dostawców czy usługodawców. Oferty te, co już zostało omówione wcześniej, charakteryzowały się dużym stopniem szczegółowości, prezentując niejednokrotnie pełne wyliczenia. W wielu przypadkach zatem zbiorcza cena zawarta w tabeli została również zaprezentowana w sposób szczegółowy. Z kolei w przypadku wykonywania danego zakresu robót siłami własnymi również przedłożył oferty od podmiotów trzecich i przedstawił w tabeli cenę łączną za określony zakres, co przy ryczałtowym sposobie rozliczenia pomiędzy wykonawcą a zamawiającym należy uznać za wystarczające.

Wprawdzie odwołujący dowodził, że niektóre zakresy prac są bardziej kosztochłonne czy kluczowe dla tego zamówienia oraz, że dla ustalenia ceny niezbędne jest ustalenie szeregu elementów składających się na dany element ceny. Przedstawiał na tą okoliczność dowody w postaci szczegółowych kalkulacji dla wybranych pozycji. Nie ma to jednak znaczenia dla oceny przedłożonych przez Konsorcjum JT wyjaśnień, albowiem taki sposób prezentacji danych, jak to uczynił w swoich Wyjaśnieniach ceny, odpowiadał na wezwanie zamawiającego.

Co warte również dostrzeżenia, na co zwracał uwagę zamawiający i Konsorcjum JT, odwołujący pomimo, iż wskazywał, że niektóre z prac generują znaczące koszty i w tym zakresie zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, sam nie przedstawił ani własnych wyliczeń ani też dowodów wskazujących, że wyliczenia w danej pozycji mogą być uznane za nieprawidłowe, a poziom zaproponowanych cen zaniżony, przy czym zaniżony w takim stopniu, że zamówienia tego nie da się za zaproponowaną cenę zrealizować. Także oprócz twierdzeń, że w tym konkretnym zamówieniu mamy do czynienia ze szczególnie trudnymi warunkami gruntowymi, co przekłada się na sposób kalkulacji ceny

w postaci wliczenia dodatkowych ryzyk, nie podjął jednak próby wykazania jak te warunki i w jakim stopniu przekładają się na cenę ofertową. Z kolei zamawiający i przystępujący po

stronie zamawiającego stali na stanowisku, że jest to może odcinek o nieco większym stopniu trudności, niż pozostałe dwa odcinki, ale to z kolei znalazło odzwierciedlenie przy szacowaniu wartości zamówienia i przełożyło się na uzyskanie średniej ceny za kilometr gazociągu

na poziomie o 20% wyższym niż dla pozostałych odcinków.

Nie potwierdził się, w ocenie Izby, również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JT, mimo

iż treść oferty wykonawcy pozostaje niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca przewidział optymalizacje przedmiotu zamówienia.

Odwołujący upatrywał niezgodności oferty Konsorcjum JT z SIWZ z użytego w Wyjaśnieniach ceny sformułowania: „optymalizacje", przy czym twierdził, że owe „optymalizacje" mają dotyczyć rozwiązań technicznych i technologicznych opisanych w SIWZ, a w konsekwencji są one sprzeczne z wymaganiami zamawiającego. Z treści odwołania nie sposób jednak wywieść na czym miałaby polegać sprzeczność pomiędzy treścią oferty Konsorcjum JT, a treścią SIWZ. W szczególności nie sprecyzowano, które z zaproponowanych rozwiązań nie spełnia wymagań zamawiającego co do sposobu wykonania zamówienia.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przewidziane w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp odrzucenie oferty, skutkuje tym, że oferta ta zostaje wyeliminowana z postępowania co przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania.

Tym samym, jeśli odwołujący żąda odrzucenia oferty Konsorcjum JT, winien wskazać i opisać w sposób szczegółowy na czym miała polegać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Podkreślić należy, że nie jest rolą Izby analizowanie gdzie owa niezgodność występuje. Izba często zwraca uwagę w swoich orzeczeniach, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są uzasadnić swoje twierdzenia oraz przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu. Tym samym przedmiotowy zarzut, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Z kolei w zakresie, w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum JT do wyjaśnienia treści oferty, tj. ustalenia, jaki dokładnie zakres „optymalizacji" wykonawca objął treścią swojej oferty, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że użyte przez Konsorcjum JT w Wyjaśnieniach ceny słowo „optymalizacja" nie może być interpretowane inaczej, niż jako podejmowanie przez niego działań, które pozwalają uzyskać najlepszy z możliwych rezultat w określonych warunkach i z zastosowaniem czynników opisanych w Wyjaśnieniach ceny, co w konsekwencji pozwala wykonawcy na obniżenie kosztów realizacji inwestycji i zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Fragment Wyjaśnień ceny, na który odwołujący wskazał na rozprawie wywodząc, że słowo „optymalizacja" użyte zostało w znaczeniu zmiany koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych ma następujące brzmienie: „Utajnione przez wykonawcę informacje zawierają: (...) (iii) koncepcję rozwiązań technicznych i technologicznych dla realizacji zamówienia, w tym pokazują optymalizację kosztów - stanowią informacje handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa, know-how wykonawcy w zakresie wykonawstwa robót i optymalizacji (grupowania) kosztów w branży gazowniczej". (str. 4 Wyjaśnień ceny). Nie ulega zatem wątpliwości, że fragment ten odnosi się do „optymalizacji kosztów", a nie został użyty w kontekście „optymalizacji", rozumianej jako zastosowanie rozwiązań dotyczących przedmiotu zamówienia, które są sprzeczne z SIWZ.

Podobnie, w innych fragmentach Wyjaśnień ceny słowo to nie zostało w żadnym miejscu użyte w kontekście, który mógłby sugerować zamawiającemu, że Konsorcjum JT przewiduje wykonać przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w SIWZ. Jak stwierdził zamawiający dokonał on również analizy wszystkich ofert podwykonawców, załączonych do Wyjaśnień ceny, nie stwierdzając, że jakikolwiek zakres zamówienia opisany w tych ofertach odbiega od wymagań zamawiającego.

Tym samym, skoro z treści Wyjaśnień ceny nie wynika w żaden sposób, że oferta Konsorcjum JT jest lub nawet potencjalnie może być niezgodna z SIWZ, za nieuzasadnione należy uznać wymaganie odwołującego, dotyczące prowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniania treści oferty. Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, należało uznać za bezzasadny.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: .....