Sygn. akt: KIO 431/20

WYROK

z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni,

przy udziale:

A. wykonawcy SMCE EUROPE Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 431/20 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 431/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych

EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz

Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A.

z siedzibą w Szczecinie oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Zamawiającego - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 4 058 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 431/20

Zamawiający - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - część I" (znak postępowania: ZP.371.46.2019.ASz).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2019 r. pod numerem 2019/S 194 - 471818.

W dniu 28 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Odwołujący"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) [dalej „uznk"] poprzez uznanie, że informacje złożone przez Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Sweco"] i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podczas gdy nie wypełniły się przesłanki niezbędne dla możliwości uznania informacji za taką tajemnicę;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sweco mimo tego że zawiera cenę rażąco niską (wykonawca Sweco nie wykazał, że oferta tej ceny nie zawiera);

3. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 uznk

w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Sweco, której cena oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zamierzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Sweco;

4. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Sweco;

5. powtórną ocenę ofert w kryteriach oceny bez uwzględniania oferty Sweco;

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podali, że w dniu 14 stycznia 2020 r. Zamawiający uznał za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa Sweco informacji zawartych w załącznikach do wyliczenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W piśmie z tej daty kierowanej do Sweco wskazał, że zastrzeżenie ma ogólnikowy i lakoniczny charakter i wykonawca nie wykazał by zastrzeżone informacje mogły być objęte ochroną jako tajemnica. Przywołał przy tym liczne orzecznictwo KIO potwierdzające, iż obowiązek prawidłowego wykazania, że informacja jest chroniona jako tajemnica obciąża wykonawcę. Na powyższe odwołanie złożył wykonawca Sweco. Zamawiający zarzut dotyczący zamiaru ujawnienia informacji zawartej w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej uwzględnił (a przed rozstrzygnięciem odwołania nie udostępnił informacji, które uznał pierwotnie za zastrzeżone bezskutecznie), zaś inna część zarzutów pozostała nieuwzględniona. Odwołujący - Konsorcjum EKO-INWEST S.A. i Transprojekt Gdański Sp. z o.o. był uczestnikiem tamtego postępowania odwoławczego i zamierzał złożyć sprzeciw wobec czynności Zamawiającego. Jednakże ówczesny Odwołujący Sweco cofnął odwołanie w całości, tj. także w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa (sprawa KIO 137/2020).

Odwołujący uzasadniał, iż cofnięcie odwołania niweczy (znosi) wszelkie jego skutki (tak np. postanowienie KIO z dnia 9 grudnia 2019 r. sygn. KIO 2390/19, tak również postanowienie w KIO w sprawie, w której doszło do cofnięcia odwołania SWECO, tj. KIO 137/18). Cofnięcie powoduje powrót do sytuacji, która miała miejsce przed wniesieniem odwołania. Tym samym niwecząc skutki odwołania, poprzez jego cofnięcie Odwołujący doprowadził do sytuacji, w której nieskuteczne stało się również uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego w jakiejkolwiek części. Nie sposób bowiem uznać za możliwe uwzględnienie odwołania, którego nie ma. W konsekwencji w mocy pozostaje decyzja Zamawiającego o odtajnieniu zastrzeżonej części wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Czynność cofnięcia odwołania potwierdza przy tym brak cech tajemnicy przedsiębiorstwa w informacjach zastrzeżonych w wyjaśnieniu ceny rażąco niskiej Sweco. Tajemnica przedsiębiorstwa to zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk taka informacja (poza wieloma wymaganymi cechami), wobec której podjęto przy zachowaniu należytej staranności wszystkie działania w celu utrzymania ich w poufności.

Cofając odwołanie w całości Sweco musiał się liczyć z faktem, że oświadczenie Zamawiającego o jego uwzględnieniu stanie się nieskuteczne, a tym samym musiał dopuszczać możliwość, że informacje, które uważa za tajemnice zostaną ujawnione. Nie zachował więc należytej staranności, a informacja zastrzeżona wobec jej braku - traci przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak tego przymiotu poprzez niestaranne zachowanie wobec tej tajemnicy, które cechuje Sweco zobowiązuje Zamawiającego do uznania, że informacja tajemnicą nie jest i podlega udostępnieniu.

Odwołujący wskazali, iż Sweco miał możliwość cofnięcia odwołania jedynie w części, tj. w zakresie nieuwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów. Cofając je w całości i nie licząc się z ryzykiem ujawnienia informacji przy braku podtrzymania odwołania, zachował się odmiennie od obowiązującego wzorca należytej staranności i naraził informacje uważane przez siebie za tajemnice na upublicznienie. W konsekwencji przyznał, że nie zależy mu na ich niejawnym charakterze, a zastrzeżenie tajemnicy miało na celu jedynie uniemożliwienie konkurentom zweryfikowanie rzetelności prezentowanych wyliczeń i uzasadnień obniżenia ceny.

Odmienne rozumienie skutków cofnięcia odwołania stałoby w rażącej sprzeczności z prawem wykonawcy przystępującego po stronie Zamawiającego do obrony własnego interesu. Cofnięcie odwołania uniemożliwia, bowiem (w odróżnieniu od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego) zgłoszenia sprzeciwu. Brak sprzeciwu z kolei uniemożliwia wniesienie odwołania wobec czynności wykonanych przez Zamawiającego zgodnie z uwzględnieniem odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Jedynie więc oczywiste przyjęcie, że cofnięte odwołanie skutkuje uznaniem za nieskuteczne także uwzględnienia odwołania jest zachowaniem nie godzącym w prawo wykonawców do skutecznej ochrony prawnej.

Zachowanie Sweco polegające na cofnięciu odwołania należy więc ocenić nie tylko jako przejaw braku staranności w ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale także jako rezygnację z ochrony tej tajemnicy, gdyż takie zachowanie ułatwiało pozycję procesową Sweco eliminując ryzyko sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania zgłaszanego przez nasze konsorcjum. Wybór dokonany przez Sweco i ochrona pozycji procesowej, a nie tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi kolejne potwierdzenie, że zastrzeżone informacje tajemnicą nie są, gdyż ich wartość została uznana za niższą od ryzyka ewentualnego sporu.

Wnioskując z faktu, iż w jawnej części wyjaśnień ceny rażąco niskiej nie ma jakichkolwiek informacji - np. o tym, czy Sweco odniosła się do wszystkich oczekiwań Zamawiającego, Odwołujący ma pewność, że w niejawnej części wyjaśnień utajniono także informacje, które bez wątpienia nie mogą być utajnione takie właśnie jak to, które z pytań Zamawiającego spotkały się z jakąkolwiek odpowiedzią, a które pominięto. Doszło więc do rozszerzającej wykładni wyjątku pozwalającego na nieujawnianie informacji, a takie stosowanie prawa jest niedopuszczalne. Ponadto sam Zamawiający w swej pierwszej decyzji z dnia 14 stycznia 2020 r. o odtajnieniu informacji wskazał, że wyjaśnienia są ogólnikowe i niekonkretne. Oznacza to, że w ich treści znajdują się informacje czy też rozważania o charakterze nieodnoszącym się wprost do danych finansowych technicznych czy organizacyjnych i nie stanowią tajemnicy, a mimo to ich nie ujawniono. Z danych tego rodzaju Odwołujący mógłby jednak wnioskować, czy wykonawca powołuje się raczej na kwestie organizacyjne, czy techniczne, czy handlowe, oraz czy nie są to okoliczności powszechne. Nie ujawniono także np. listy dowodów lub tytułów pism/oświadczeń/ dokumentów, które takie dowody stanowią. Uniemożliwia to powzięcie informacji o tym, czy wykonawca wezwany wykonał swój obowiązek przedstawienia dowodów, do których złożenia Zamawiający wezwał. Trudno przyjąć za wiarygodne twierdzenie, że lista dowodów lub tytuły pism, pozbawione ewentualnych oznaczeń identyfikujących wystawców i danych handlowych lub organizacyjnych może stanowić tajemnicę mając w takim kształcie wartość gospodarczą lub naruszając wskutek utajnienia jakikolwiek interes wykonawcy.

Brak rozważenia tych kwestii i utajnienie wyjaśnień w nadmiernym zakresie pozbawia innych wykonawców prawa do weryfikacji prawidłowości oceny wyjaśnień przez Zamawiającego.

W świetle powyższego wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej Sweco uznanych przez Zamawiającego pierwotnie za podlegające udostępnieniu powinny zostać udostępnione. Niestety Zamawiający nie ujawnił tych informacji, lecz przeciwnie - w dniu 18 lutego poinformował, że informacji tych nie przekaże. Jest to działanie niezgodne z prawem i odwołanie od takiej czynności stało się konieczne, a żądanie ujawnienia tych informacji jest zasadne.

Kolejno Odwołujący podał, że w postępowaniu złożono 4 oferty. Dwie z nich z cenami około 9,5 mln zł brutto, dwie, w tym oferta Odwołującego, ok. 6,6 mln zł brutto oraz ofertę Sweco z ceną ok 4.4 mln zł brutto. Zachodziła więc podstawa do wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, które Zamawiający do Sweco skierował. Takie wezwanie ustanawia domniemanie ceny rażąco niskiej, które wykonawca winien obalić zgodnie z obciążającym go ciężarem dowodu w wykazaniu, że oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Pogląd ten wynika wprost z przepisu prawa oraz niekwestionowanego wieloletniego orzecznictwa KIO - np. KIO wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r., o sygn. akt KIO/UZP 1443/08, czy też wyrok z 27 czerwca 2018 r. KIO 1148/18.

Wezwanie z dnia 31.12.2019 jest precyzyjne i szczegółowe. Zamawiający wezwał do wskazania kosztów w 8 grupach: 1) koszty Personelu, 2) koszty biur, 3) koszty transportu i łączności, 4) koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 5) koszty polisy OC, 6) koszty na nieprzewidziane wydatki, 7) marża na koszty ogólne oraz 8) zysk.

W sposób jednoznaczny Zamawiający zażądał by poza wyjaśnieniami wykonawca przedstawił „stosowne dowody". Szczegółowo także wskazał, jakie koszty w ww. ośmiu pozycjach trzeba uwzględnić w wyjaśnieniach. Przypomniał także, że wyjaśnienia mają obejmować zarówno koszty bezpośrednie jak i pośrednie, a także takie elementy uwzględniane w działalności gospodarczej w cenie świadczeń jak ryzyko, koszty związane z odpowiedzialnością materialną i inne.

Na podstawie informacji jawnych zawartych w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej wnioskować należy, że oferta Sweco powinna zostać odrzucona. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia ceny w wyżej wspomniany sposób nie przedstawił wyjaśnień w wymaganym zakresie, ani mimo wyraźnego żądania, żadnych dowodów na realność obliczenia ceny.

W jawnej części wyjaśnień nie odniesiono się do żadnego z żądań Zamawiającego zawartych w wezwaniu. Stanowią one wyłącznie rozważania o prawnym charakterze takiego wezwania i polemikę z oczekiwanym przez Zamawiającego sposobem agregacji wynagrodzenia, jakie powinno się znaleźć w wyjaśnieniach. Odwołujący nie wskazuje przy tym jakiegokolwiek przepisu, który ustalałby jakieś ograniczenia co do sposobu prezentacji składników ceny jakiego może oczekiwać Zamawiający. Odwołujący zwracali uwagę, że art. 90 ust. 1 w ostatnim zdaniu wyraźnie przyznaje zamawiającemu prawo do zażądania informacji o sposobie „wyliczenia ceny". Zamawiający nie jest więc ograniczony do oczekiwania na dowolną treść wyjaśnień przez wykonawcę, lecz ma prawo żądać podania skonkretyzowanych informacji. Potwierdza to liczne orzecznictwo KIO np. wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. KIO 1/17, a także wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. KIO 70/17.

Odwołujący zwracali też uwagę, że jeśli spółka Sweco uznała, iż Zamawiający naruszył określony przepis prawa poprzez tak sformułowany zakres oczekiwań co do treści i układu wyjaśnień ceny rażąco niskiej - mogła skorzystać z prawa do wniesienia odwołania na tą czynność Zamawiającego. Nie czyniąc tego uznała zakres oczekiwań Zamawiającego za wiążący i powinna dostosować się do tych oczekiwań prezentując wyjaśnienia ceny.

Odwołujący wskazali także, że obowiązkiem wezwanego wykonawcy nie jest złożenie wyjaśnień jakichkolwiek, lecz wyjaśnień wiarygodnych. Wiarygodność tą zyskuje się poprzez złożenie dokumentów potwierdzających realność wyliczeń, zastosowanych stawek, ofert podwykonawczych, zawartych lub możliwych do zawarcia umów handlowych, gotowość osób dedykowanych do wykonania zamówienia do pracy za określoną stawkę, rozkładu kosztów ogólnych przedsiębiorstwa na poszczególne zadania ze wskazaniem, jaka część została przypisana do kontraktu, którego dotyczy badanie ceny itp. Zamawiający wezwał Sweco do złożenia dowodów wyjaśnień ceny rażąco niskiej. W jawnej części wyjaśnień nie wspomniano o załączeniu przez Sweco jakichkolwiek dowodów do wyjaśnień ceny. Odwołujący może domniemywać, że dowodów tych brak. Ich brak w ocenie Odwołujących może prowadzić do sytuacji, że wyjaśnienia zawarte w części niejawnej sprowadzają się de facto do prezentacji działań matematycznych polegających na rozbiciu ceny na poszczególne składniki. Jednakże celem wezwania do wyjaśnień nie jest nabranie przez

Zamawiającego przekonania, że wykonawca opanował sztukę dzielenia, mnożenia, dodawania i odejmowania, ale by wykazał, że zaoferowana cena oraz dokonana kalkulacja są realne i znajdują potwierdzenie w realiach rynkowych, a zaproponowane poziomy poszczególnych cen jednostkowych a w konsekwencji cena oferty są możliwe do osiągnięcia. Przedstawione wyjaśnienia muszą więc zawierać dowody, że dokonane wyliczenia nie są wyłącznie działaniem matematycznym lecz prezentują ceny faktycznie dostępne wykonawcy. Z istoty przepisu art. 90 ust. 2, który nakłada na wykonawcę składającego wyjaśnienia ciężar dowodu wynika bowiem, że nie może on ograniczać się do twierdzeń własnych, że cena jest realna, lecz przedstawić na poparcie tych twierdzeń dowody o które wzywał go Zamawiający - tak np. wyrok KIO sygn. KIO 106/18 czy też KIO 619/19.

Odwołujący wnieśli, by w przypadku stwierdzenia przez KIO, że w wyjaśnieniach brak jest wystarczających dowodów na realność ceny Izba nakazała odrzucenie oferty Sweco.

Odwołujący zwracali także uwagę, że niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że dowody takie Sweco może przedłożyć w toku rozprawy przed Izbą. Przedmiotem sporu nie jest bowiem ustalenie czy cena jest czy też nie jest rażąco niska, ale przede wszystkim czy Sweco wezwana do złożenia wyjaśnień wykazała w postępowaniu o udzielenie zamówienia, że cena nie jest zaniżona. Jeżeli bowiem tego nie wykazała - Zamawiający był obowiązany odrzucić taką ofertę (np. wyrok KIO z dnia z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 893/14). Złożenie w toku postępowania przed KIO dowodów nie może zastępować obowiązku ich złożenia na wezwanie Zamawiającego i Zamawiający oraz Sweco przed Izbą mogą wykazywać jedynie, czy w ich ocenie złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dowody były wystarczające. Tak np. KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2018 sygn. KIO 2740/17. To w ocenie Odwołujących powinno być przedmiotem badania przez Izbę.

Konieczność odrzucenia oferty powstaje w przypadku, gdy w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (tak np. KIO w wyroku z dnia 15 kwietnia 2015 r. w sprawach połączonych KIO 592/15, KIO 598/15, KIO 602/15). Oznacza to bowiem, że wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (tak np. w wyroku z dnia 20 kwietnia 2015 r. w sprawach połączonych KIO 595/15 oraz 610/15). Także lakoniczność wyjaśnień potwierdza, że wykonawca nie podołał ciężarowi dowodu, iż cena jest realna (np. KIO w sprawach połączonych z 7 kwietnia 2015 r. KIO 552/15, KI0571/15, KIO 576/15).
W sprawie objętej odwołaniem wykonawca Sweco nie podołał ciężarowi dowodu, iż cena nie jest rażąco niska, złożone wyjaśnienia są niekonkretne i nie towarzyszą im jakiekolwiek dowody na realność cen. Tym samym konieczne jest odrzucenie jego oferty. Nie sposób także dopuścić kolejnego wezwania do wyjaśnienia ceny. Wezwanie takie może zgodnie z orzecznictwem KIO mieć miejsce, gdy pierwsze wezwanie jest nieprecyzyjne i zbyt ogólne, albo gdy w złożonych wyjaśnieniach brakuje tylko niewielu detalicznych informacji.
W sprawie objętej odwołaniem sytuacja jest zgoła odmienna. Wezwanie do wyjaśnień Zamawiający sformułował precyzyjnie wyszczególniając wszystkie aspekty, których wyjaśnienia oczekiwał. W złożonych wyjaśnieniach (jak wynika z ich jawnej części) nie przedstawiono wymaganych informacji, a w szczególności nie uwiarygodniono jakiejkolwiek informacji złożonymi dowodami. Tym samym doszło do nie wykonania przez Sweco obowiązku złożenia rzetelnych wyjaśnień i konsekwencją musi być odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Następnie Odwołujący wskazali, iż cena zaproponowana przez Sweco stanowi również podstawę zarzutu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołujących, Sweco zamierza

zrealizować umowę poniżej kosztów, a zatem niezgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk. Takie działania mają na celu jedynie wyrugowanie konkurencji, gdyż nie sposób racjonalnie założyć, że spółka, której celem, jest osiąganie zysku zamierza ponieść stratę z realizacji zamówienia z innych powodów niż przedłożenie ponad reguły uczciwej konkurencji zamiaru uzyskania zamówienia bez względu na konsekwencje finansowe. Odwołujący przywołał brzmienie art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk oraz tezę wyroku KIO z dnia 13 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 406/12. Odwołujący uzasadniał, iż zaniżenie ceny oferty przez Sweco już samo w sobie stanowi więc czyn nieuczciwej konkurencji. Na powyższe wskazuje również opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240)". Ponadto Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r., KIO 825/15. Cena w ofercie Sweco odbiega od reprezentatywnej próbki rynku, tj. cen wszystkich pozostałych wykonawców. Wykonawca Sweco nie potrafił racjonalnie i przekonująco wytłumaczyć takiego obniżenia, a tym samym nie sposób uznać, że kierował się w jej kształtowaniu rachunkiem ekonomicznym skoro nie potrafi zasad uczciwego obliczenia tej ceny obronić.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 marca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego wg rachunków, przedłożonych na rozprawie.

Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odnośnie zarzutu niezasadnego utrzymania w tajemnicy wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, iż po otrzymaniu odwołania ponownie przeanalizował zarówno wyjaśnienia Sweco w zakresie rażąco niskiej ceny, jak i czynność Sweco dokonaną w postępowaniu odwoławczym KIO 137/20 polegającą na cofnięciu w całości odwołania. Zamawiający w wyniku ww. analizy uznał, iż niezasadny jest pogląd Odwołującego o bezskuteczności dokonanego przez Sweco zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tylko z uwagi na pismo Sweco z dnia 4 lutego 2020 r., w którym Sweco pomimo uwzględnienia wyłącznie części zarzutów odwołania tego wykonawcy przez Zamawiającego, cofnął odwołanie nie w pozostałej części, lecz w całości. Istotnie w świetle wyroku KIO 1032/13 z dnia 20 maja 2013 roku „Odwołujący jest gospodarzem postępowania odwoławczego i złożenie przez niego oświadczenia o cofnięciu odwołania odnosi daleko idące skutki w postaci obowiązku zniesienia tego postępowania. Jest on bowiem dysponentem postępowania odwoławczego i skoro oświadczy, iż cofa odwołanie, Izba zobligowana jest na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie p.z.p. do umorzenia postępowania odwoławczego i wydania w tym przedmiocie postanowienia." Z kolei w orzeczeniu KIO z dnia 30 lipca 2013 roku (KIO 1782/13) uznano, iż „Cofnięcie odwołania nie powoduje żadnych skutków prawnych, jakie są związane z jego wniesieniem."

W świetle powyższego, istotnie, jak wskazuje Odwołujący oświadczenie Sweco z dnia 4 lutego 2020 r. o cofnięciu w całości odwołania w sprawie KIO 137/20 mogłoby być poczytywane jako rezygnacja z ochrony zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty. Zważyć jednak należy, iż w uzasadnieniu cofnięcia wykonawca Sweco podaje, iż w jego ocenie uwzględnienie odwołania właśnie w części dotyczącej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprawi, iż mimo cofnięcia odwołania w całości, Zamawiający nie dokona udostępnienia tych informacji, co jednak wskazuje, iż wykonawca ten nadal podtrzymywał wolę obrony własnego zastrzeżenia tajemnicy.

Co jednak istotniejsze, pismem z dnia 18 lutego 2020 r. Zamawiający, wykonał czynność unieważnienia odtajnienia i finalnie to właśnie ta czynność była podstawą do nieprzekazania żądanych dokumentów przez Zamawiającego. Do tej czynności natomiast nijak ma się dokonane przez Sweco w dniu 4 lutego 2020 r. cofnięcie odwołania w całości, albowiem czynność ta była samodzielną czynnością Zamawiającego dokonaną w terminie późniejszym, już po wydaniu przez KIO postanowienia o umorzeniu postępowania, a jednocześnie jeszcze przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej (czynności dokonano tego samego dnia).

Powyższe potwierdza niejako sam Odwołujący wskazując, iż czynność Zamawiającego z dnia 18 lutego 2020 r., a więc odmowa udostępnienia informacji z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, jest jedną z czynności skarżonych przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający przywołał brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk. Uzasadniał, iż żaden przepis ustawy, jak również orzecznictwo nie wyklucza, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogę się zawierać w wyjaśnieniach wykonawcy udzielonych w odpowiedzi na wezwanie do wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny. W orzecznictwie wskazuje się, iż „Gdyby ustawodawca chciał objąć zakazem zastrzeżenia także szczegółową kalkulację ceny, to w art. 8 ust. 3 p.z.p. wprowadziłby takie wyłączenie, podobnie jak to uczynił w stosunku do informacji określonych w art. 86 ust. 4 p.z.p.” (KIO 570/18, wyrok z dnia 10 kwietnia 2018 r.). Wskazał, że w orzecznictwie wskazuje się również definiując tajemnicę przedsiębiorstwa, iż „Informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna” (por. wyrok KIO z 12 kwietnia 2019 r., KIO 532/19). W ocenie Zamawiającego wykonawca Sweco w sposób obszerny uzasadnił i wykazał, iż wyszczególniona przez niego część informacji i dokumentów składających się na obszerne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty stanowi informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy. Początkowo po zapoznaniu się z nimi, Zamawiający istotnie uznał, iż uzasadnienie zastrzeżenia nie spełnia wymagań ustawowych, jednakże po lekturze odwołania wykonawcy Sweco w sprawie KIO 137/20 i zapoznaniu się z dodatkowymi argumentami tego wykonawcy, dokonał rewizji swojego stanowiska, co w żaden sposób nie naruszało przepisów ustawy. Zamawiający pragnie zapewnić Odwołującego, iż tak jak Odwołujący jest przekonany, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest fundamentalną zasadą całego systemu zamówień publicznych i nigdy nie było i nie będzie jego wolą, by ograniczać jakiemukolwiek wykonawcy dostępu do dokumentów składanych przez innych wykonawców. Jednocześnie jednak Zamawiający nie może zabronić wykonawcy Sweco korzystania z instrumentów prawnych, które gwarantuje mu ustawa PZP. Jednym z takich instrumentów jest możliwość skutecznego zastrzegania udzielanych Zamawiającemu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W sprawie przedmiotowej, dokonane zastrzeżenie spełnia w ocenie Zamawiającego wymogi ustawowe, a zatem udostępnienie informacji bez zgody podmiotu zastrzegającego naraża Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą. Jednocześnie Zamawiający mając na uwadze wywód, jak wyżej, deklaruje, iż jeśli tylko wykonawca Sweco zdecyduje się przed rozprawą lub w jej trakcie ujawnić informacje dotychczas skutecznie zastrzeżone jak tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający nie będzie czynił żadnych przeszkód w udostępnieniu Odwołującemu tych informacji. W interesie Zamawiającego jest zapewnienie pełnej transparentności prowadzonego postępowania, a utajnienie informacji to nie efekt własnej inicjatywy Zamawiającego, lecz działanie wymuszone dozwolonymi prawem czynnościami wykonawcy Sweco.

Odnośnie wykazania przez wykonawcę Sweco, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, iż w pełni podziela pogląd Odwołującego o tym, iż z uwagi na poziom zaoferowanej przez Sweco ceny ofertowej oraz wartość innych ofert, jak również wartość zamówienia, to na wykonawcy Sweco ciążył ciężar wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca ten otrzymał od Zamawiającego w tym zakresie szczegółowe wezwanie z dnia 31 grudnia 2019 r. W wezwaniu wskazano, iż konieczne jest złożenie wyjaśnień i złożenie dowodów dot. wyliczenia zaoferowanej ceny, przy czym winno ono uwzględniać wymagania SIWZ oraz obejmować koszty w grupach, takich, jak: koszty personelu, kosztu biur, koszty transportu i łączności, koszty zabezpieczenia należytego wykonania, koszty polisy OC, koszty rezerwowe, marża na koszty ogólne oraz zysk. W dalszej treści wezwania, Zamawiający dodatkowo je doprecyzował. Wykonawca Sweco w piśmie z dnia 10 stycznia 2020 r. złożył obszerne wyjaśnienia oraz załączył dowody wykazujące, iż cena jego oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Sweco odnoszą się do każdego z punktów wezwania Zamawiającego z dnia 31 grudnia 2019 r. oraz zawierają dokumenty na potwierdzenie zgłaszanych twierdzeń. Do wyjaśnień załączono tabelę ze szczegółową kalkulacją kosztów zgodnie z grupami kosztów oczekiwanymi przez Zamawiającego. Do wyjaśnień wykonawca Sweco załączył również faktury wykazujące koszty wynajmu biura wraz z kosztami mediów, potwierdzenia zapłaty tytułem umów ubezpieczenia, czy też opinie bankowe w przedmiocie posiadanych środków na rachunkach bankowych oraz wewnętrzne schematy organizacyjne przedsiębiorstwa wykonawcy. Treść wszystkich ww. dokumentów została zastrzeżona przez wykonawcę Sweco jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający zdaje sobie sprawę z trudności, jakie wiążą się z wywodzeniem odwołania w sytuacji, gdy informacje, które zamierza się podważać objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy konkurencyjnego, nie mniej jednak wskazać należy, iż taka sytuacja procesowa została wykreowana przez wykonawcę Sweco, który opiera się w tym zakresie na możliwościach nadanych mu przez ustawodawcę. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Sweco nie stanowią wyjaśnień teoretycznych, lecz odpowiadają szczegółowym kalkulacjom wraz z załączeniem dowodów i wyjaśnieniem specyficznych, dostępnych dla wykonawcy cech, które pozwalają mu zaoferować taką, a nie inną cenę. Na uwagę zasługuje również fakt, iż Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, iż oferta Sweco jest rażąco niska w aspekcie globalnym, choćby poprzez przedstawienie własnych

wyliczeń wpisujących się w treści wymagań SIWZ i wezwania Zamawiającego z dnia 31 grudnia 2019 roku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba, po wysłuchaniu stanowisk Stron, oddaliła wniosek Przystępującego Sweco o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zachowania w poufności informacji zastrzeżonych przez Sweco na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. wniosek wykonawca Sweco uzasadniał tym, że podstawą wniesienia odwołania jest czynność utrzymania przez Zamawiającego w tajemnicy informacji zastrzeżonych przez Sweco w zakresie rażąco niskiej ceny. Sweco wskazał, iż informacja o ww. okoliczności dotarła do Odwołujących najpóźniej w dniu 4 lutego 2020 r. tj. z chwilą doręczenia Odwołującym odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 137/20. Tym samym zdaniem Przystępującego termin na wniesienie odwołania w zakresie okoliczności powodujących brak odtajnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Sweco upłynął w dniu 14 lutego 2020 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Izba wskazuje, iż Odwołujący wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w dniu 18 lutego 2020 r., tj. od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Sweco z dnia 10 stycznia 2020 r. Izba wskazuje, że na dzień 4 lutego 2020 r. Zamawiający, mimo że uwzględnił odwołanie w sprawie o sygn. KIO 137/20 w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Sweco, nie dokonał żadnej czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności nie uchylił decyzji z dnia 14 stycznia 2020 r. o zamiarze uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Sweco. Co więcej, jak przyznał sam Zamawiający w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników, nie udzielił odpowiedzi na wniosek Odwołujących z dnia 6 lutego 2020 r. o przekazanie zastrzeżonych przez Sweco informacji. Dopiero w dniu 18 lutego 2020 r. Zamawiający podjął ostateczną decyzję w przedmiocie uchylenia czynności dokonanej w dniu 14 stycznia 2020 r. czemu dał wyraz zawiadamiając wykonawców o powyższym w dniu 18 lutego 2020 r. Izba wskazuje, że cofnięcie odwołania w całości przez wykonawcę znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem. Tym samym nie można wykluczyć, że Zamawiający, nie będąc obowiązanym w świetle art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, do wykonania, powtórzenia lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Sweco w zakresie uwzględnionych zarzutów, utrzymałby w mocy podjętą uprzednio decyzję. Tym samym cofnięcie odwołania w całości obarcza ryzykiem odwołującego, który rezygnuje z „wejścia w spór", w przypadku wniesienia sprzeciwu przez konkurencyjnego wykonawcę.

Z uwagi na powyższe wniosek o odrzucenie odwołania w zakresie ww. zarzutu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba oddaliła.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 marca 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 4 marca 2020 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę SMCE EUROPE Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje

przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 4 marca 2020 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Sweco, wezwanie skierowanie do Sweco w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 31 grudnia 2019 r., wyjaśnienia Sweco dotyczące rażąco niskiej ceny z dnia 10 stycznia 2020 r., pismo Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2020 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz akta sprawy odwoławczej o sygn. KIO 137/20.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 marca 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 5 wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 6 605 100 zł, Sweco z ceną 4 415 700 zł, SMCE EUROPE Sp. z o.o. z ceną 6 626 408,52 zł, TPF Sp. z o.o. z ceną 9 533 042,92 zł oraz

MGGP S.A. z ceną 9 440 889,60 zł. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 6 260 686,41 zł brutto.

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert stanowiła kwotę 7 324 228,21 zł. Zatem oferta wykonawcy Sweco stanowiła ok. 70,53 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 60,29 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Pismem z dnia 31 grudnia 2019 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający wezwał wykonawcę Sweco do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia oferowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienie winno uwzględniać wymagania SIWZ i obejmować koszty w następujących grupach: 1) koszty Personelu Inżyniera Kontraktu, 2) koszty biur, 3) koszty transportu i łączności, 4) koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 5) koszty polisy OC, 6) koszty na inne nieprzewidziane wydatki (rezerwa), 7) marża na koszty ogólne oraz 8) zysk.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż wykonawca w szczególności ma wyjaśnić, w odniesieniu do ceny oferty i przedstawić stosowne dowody w zakresie:

1) kosztów związanych z utworzeniem Biura inżyniera kontraktu, zgodnie z wymaganiami pkt 6.1. ppkt 1 Załącznika nr 4 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia - dalej „OPZ"), w tym koszty najmu, umeblowania, wyposażenia i korzystania z biura przez cały okres realizacji zamówienia;

2) zakładanych przez Wykonawcę kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w tym:

a) zestawienie stanowisk przewidzianych w ramach kompleksowej realizacji

przedmiotowej usługi oraz planowane zaangażowanie czasowe, z uwzględnieniem wymogów zatrudnienia zgodnie z SIWZ;

b) wyszczególnienie przyjętych przez Wykonawcę stawek wynagrodzeń dla każdego ze stanowisk, o których mowa w lit. a)

3) wyliczenia kosztów związanych z zakwaterowaniem personelu Inżyniera Kontraktu, transportem do pracy tych osób, należnymi im dietami, ubezpieczeniem i inne, zgodnie

z pkt 5.4 OPZ

4) elektronicznej bazy dokumentów budowy, która będzie udostępniona przez Inżyniera Zamawiającemu, zgodnie z pkt 9 ppkt 12 OPZ oraz związane z tym koszty ujęte w cenie

oferty.

Jednocześnie wykonawca powinien wyjaśnić czy oferowana przez niego cena obejmuje wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotowej usługi w zakresie określonym w SIWZ, OPZ i wzorze umowy, w oferowanym terminie, włączając w to: koszty bezpośrednie, koszty ogólne, opłaty, zobowiązania wynikające z charakteru i przepisów dotyczących usługi objętej zamówieniem, kalkulowany przez Wykonawcę zysk, ryzyko oraz wszelkie inne koszty i należności związane z wykonywaniem usługi, koszty związane z odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z charakteru usługi, warunków Umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania usługi objętej zamówieniem.

W piśmie z dnia 10 stycznia 2020 r. wykonawca Sweco udzielił wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego i część informacji z wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Część jawna wyjaśnień obejmowała 11 stron i zawierała uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Część zastrzeżona wyjaśnień liczyła 21 stron oraz 9 załączników.

Pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. Zamawiający uznał za bezskuteczne zastrzeżenie informacji wskazanych przez Sweco jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w załącznikach do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

W dniu 24 stycznia 2020 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego (Sweco) kopię odwołania skierowanego do Krajowej Izby Odwoławczej, którego istota sprowadza się do nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia zawartych w wyjaśnieniach informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, iż nie udostępnił mu kopii ofert innych wykonawców, jak również protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz, że nie dokonał oceny zastrzeżenia przez innych wykonawców zawartych w ofertach informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 3 lutego 2020 r. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania Sweco. Pismem z dnia 4 lutego 2020 r. wykonawca Sweco cofnął w całości odwołanie.

Postanowieniem z dnia 5 lutego 2020 r. KIO umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 137/20 z uwagi na cofnięcie odwołania w całości.

Pismem z dnia 18 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu swojej czynności z dnia 14 stycznia 2020 r. Zamawiający wyjaśnił, iż wobec uznania odwołania wywiedzionego w tym zakresie przez wykonawcę Sweco, konieczne jest zachowanie w tajemnicy złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zastrzeżonej części.

Pismem z dnia 18 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach. Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę Sweco Consulting Sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołujących.

Izba zważyła, co następuje:

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 uznk poprzez uznanie, że informacje złożone przez Sweco i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie wypełniły się przesłanki niezbędne dla możliwości uznania informacji za taką tajemnicę.

W tym miejscu w ocenie Izby należy przywołać uwagi natury ogólnej odnoszące się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp oraz aktem wykonawczym do tejże ustawy.

Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie

powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych

w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że treść zarzutu postawionego w petitum odwołania jest niespójna z jego uzasadnieniem zawartym w dalszej części odwołania. Izba podziela stanowisko Przystępującego Sweco, że uzasadnienie przedmiotowego zarzutu sprowadza się w istocie do rozważań odnośnie konsekwencji cofnięcia odwołania przez Sweco w sprawie o sygn. akt: KIO 137/20. Odwołujący w ocenie Izby winni natomiast przedstawić argumentację mającą uzasadniać treść postawionego w petitum odwołania zarzutu, tj. dlaczego złożonego przez Sweco uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można uznać za spełniającego przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Izba wskazuje, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, że odwołujący się Wykonawcy nie odnieśli się do żadnej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowanej w art. 11 ust. 2 uznk. W świetle powyższych rozważań prawnych Izba stwierdza, iż nie mogły zostać wzięte pod uwagę okoliczności podnoszone przez Odwołujących w toku rozprawy przed Izbą dotyczące poszczególnych aspektów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Sweco w zakresie ceny oferty, jako niespełniającego wymogów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Sweco w zakresie wyjaśnień ceny była znana Odwołującym, zatem okoliczności te winny zostać wyartykułowane w treści odwołania, nie zaś dopiero w toku rozprawy.

Izba nie podziela stanowiska Odwołujących jakoby cofnięcie odwołania przez Sweco w sprawie o sygn. akt: KIO 137/20 stanowiło rezygnację z ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny oferty. Izba wskazuje, iż wykonawca Sweco w piśmie z dnia 4 lutego 2020 r. zawierającym oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości uzasadnił swoją czynność. Wykonawca Sweco miał na względzie oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu odwołania w części dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkowało przekonaniem wykonawcy, iż Zamawiający nie dokona udostępnienia zastrzeżonych informacji. Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż powyższe wskazywało, że wykonawca Sweco podtrzymywał wolę obrony zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ceny rażąco niskiej.

Izba wskazuje, że nie sposób również odmówić Zamawiającemu prawa do rewizji uprzednio podjętych decyzji. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia uprawniony jest do samokontroli podejmowanych w toku postępowania czynności. Tym samym za niezasadne Izba znała stanowisko Odwołujących, którzy prezentowali pogląd, iż Zamawiający nie może uchylić pierwotnie podjętej decyzji o zamiarze odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Sweco.

Uwzględniając powyższe zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 uznk polegający na zaniechaniu odtajniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny

wykonawcy Sweco nie mógł zostać uznany za zasadny.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sweco, mimo tego że zawiera cenę rażąco niską.

W kontekście poczynionych wyżej uwag dotyczących wymogów formalnych

odwołania Izba zauważa, że Odwołujący w treści wniesionego odwołania postawili zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sweco jako zawierającej rażąco niską cenę, bowiem ww. wykonawca nie wykazał, iż oferta tej ceny nie zawiera. Odwołujący poza przywołaniem stanu faktycznego sprawy, tj. cen złożonych w postępowaniu ofert, wezwania Zamawiającego skierowanego do ww. wykonawcy pismem z dnia 31 grudnia 2019 r., jak również tez wynikających z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego problematyki ceny rażąco niskiej nie przedstawili w treści odwołania żadnej argumentacji potwierdzającej, że cena oferty wykonawcy Sweco jest rażąco niska.

Ponadto Odwołujący oparli się na błędnym założeniu, iż skoro z jawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Sweco nie wynika, że wykonawca przedstawił Zamawiającemu dowody potwierdzające realność obliczenia ceny oraz że brak jest odniesienia do żądań zawartych w wezwaniu Zamawiającego, to oferta wykonawcy Sweco winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Izba zdaje sobie sprawę z trudności, jakie wiążą się z wniesieniem odwołania w sytuacji, gdy informacje, które wykonawca zamierza podważać objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy konkurencyjnego, niemniej jednak wskazać należy, iż Odwołujący nie mogą poprzestać na sformułowaniu zarzutu prowadzącego do odrzucenia oferty w sposób lakoniczny, przerzucając jednocześnie na Izbę ciężar weryfikacji treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bez podania w treści odwołania punktu odniesienia stanowiącego prawidłowy - zdaniem Odwołujących - wzorzec wyliczeń odpowiadający wymogom specyfikacji oraz wezwania Zamawiającego skierowanego do wykonawcy.

W tym miejscu wskazać również należy, iż zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Podkreślić jednak należy, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą ww. zarzutu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania odwoławczego ciężar dowodowy (tak KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2540/17).

W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazali żadnej inicjatywy dowodowej w toku postępowania odwoławczego, poprzestając jedynie na gołosłownych twierdzeniach.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, iż nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie przeprowadzonej oceny wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty złożonych przez Sweco. Złożone przez wykonawcę Sweco wyjaśnienia zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i czyniły zadość wymaganiom wskazanym w treści konkretnego i szczegółowego wezwania Zamawiającego, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z dochowaniem należytej staranności. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez Sweco nie ograniczały się do jednozdaniowego przedstawienia poszczególnych elementów cenowych, których wyjaśnienia Zamawiający wymagał od wykonawcy, ale stanowiły szeroki wywód pozwalający w sposób pozytywny ocenić ich treść, jak również wywieść wniosek co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia zawierały konkretne wyliczenia poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę za realizację zamówienia. Ponadto złożone przez Sweco wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte licznymi dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień.

Podkreślić należy, iż wykonawca Sweco w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie obiektywne czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, wykazał, iż realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie mu straty, jak również przedstawił sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą wykonawcy polityką cenową.

Podsumowując, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Sweco składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodniło Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Przechodząc następnie do kwestii, jakoby złożenie przez wykonawcę Sweco oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wskazać należy, iż Odwołujący wywodzili zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 uznk w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp z uznania, że oferta ww. wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniuo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać inny przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazali, że wykonawca Sweco oferował sprzedaż usług i towarów będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia ani że działanie takie, które w ocenie Izby nie miało miejsca w okolicznościach tejże sprawy, prowadzone było w określonym przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu - tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący ograniczyli się jedynie do stwierdzenia, że złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a za taką uznali ofertę wykonawcy Sweco, „ma na celu jedynie wyrugowanie konkurencji, gdyż nie sposób racjonalnie założyć, że spółka, której celem jest osiąganie zysku zamierza ponieść stratę z realizacji zamówienia z innych powodów niż przedłożenie ponad reguły uczciwej konkurencji zamiaru uzyskania zamówienia bez względu na konsekwencji finansowe". W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali popełnienia przez wykonawcę Sweco czynu nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom Odwołujących takiego wniosku nie można wyprowadzić z treści obszernych wyjaśnień ceny złożonych przez Sweco, popartych dowodami. Wykonawca Sweco przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty z uwzględnieniem zysku, tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołujących, iż ww. wykonawca nie potrafił w sposób racjonalny wytłumaczyć wysokości zaoferowanej ceny oraz że jego zamiarem było uzyskanie zamówienia bez względu na konsekwencje finansowe.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 uznk w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Sweco.

W konsekwencji powyższego Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podniesiony w związku z ww. zarzutami poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba nie dopatrzyła się w czynnościach Zamawiającego naruszenia zasad zawartych we wskazanym przepisie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury oraz w wysokości 458 zł stanowiącej koszt dojazdu pełnomocnika na rozprawę na podstawie złożonych do akt faktur na zakup biletów PKP.

Przewodniczący: .....