Sygn. akt: KIO 917/17

WYROK
z dnia 23 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. GmbH & Co. KG B., (…) i S. Sp. z o.o., (…)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, (…)**
przy udziale:
wykonawcy: **M.-E. C. E. S.A., (…),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. GmbH & Co. KG B., (…) i S. Sp. z o.o., (…),** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. GmbH & Co. KG B., (…) i S. Sp. z o.o., (…),** tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. GmbH & Co. KG B., (…) i S. Sp. z o.o., (…)** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, (…)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

---

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 917/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych na odcinku M.-Granica IZ km 285,00 – D. w ramach zadania pn. Modernizacja Linii kolejowej nr (…) na odcinku G. - Z. – R. – D. wraz z łącznicami nr (…)”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lutego 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 026-046119.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:
1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty M.-E. C. E. S.A. z siedzibą w K. (dalej „M.-E.”, „Przystepujący”), jako najkorzystniejszej;
2) zaniechania czynności Zamawiającego, polegającej na uznaniu zastrzeżenia dokonanego przez M.-E. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jako

tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dalej „uznk" (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz zaniechania, odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty M.-E. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) zaniechania czynności wezwania M.-E., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez M.-E., E. e C. S.A. referencji Portów i Kolei M. z dnia 29 maja 2013 r.

Wskazując na powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności Zamawiającego, polegającej na uznaniu zastrzeżenia dokonanego przez M.-E. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo tego, że M.-E. nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk i Zamawiający miał obowiązek odtajnić tę część dokumentacji postępowania i udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty M.-E., pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 14 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „rozporządzenie") poprzez ich niezastosowanie i błędną wykładnie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania M.-E., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez M.-E. E. e C. S.A. referencji Portów i Kolei M. z dnia 29 maja 2013 r., w sytuacji, gdy referencja ta powinna zostać poświadczona za zgodność z oryginałem przez ten podmiot trzeci – M.-E. E. e C. S.A. i zaniechania stwierdzenia, że M.-E. wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty M.-E. jako najkorzystniejszej;
2. uznania czynności zastrzeżenia dokonanego przez M.-E. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 uznk oraz odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;
3. odrzucenia oferty M.-E. na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. ewentualnie wezwania M.-E., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez M.-E. E. e C. S.A. referencji;
5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów odwoławczego, w tym kosztów postępowania zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zaniechał

odrzucenia oferty M.-E. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a także uznania zastrzeżenia dokonanego przez M.-E. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 uznk oraz zaniechał odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu.

1. Nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa M.-E..

Odwołujący wyjaśnił, że po wyborze oferty M.-E. jako najkorzystniejszej, zwrócił się do Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2017 r. z wnioskiem o udostępnienie mu wszystkich wyjaśnień i uzupełnień do oferty M.-E. wraz z wezwaniami Zamawiającego. W dniu 2 maja 2017 r., jak podał Odwołujący, Zamawiający udostępnił te dokumenty Odwołującemu, za wyjątkiem zastrzeżonych przez M.-E. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uzasadniając to (ustnie) dokonanym przez M.-E. zastrzeżeniem zarówno samych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i wyjaśnień dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Zgodnie zaś z art. 11 ust. 4 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się:

a) nieujawnione do wiadomości publicznej informacje;
b) techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
c) o do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przy czym, jak podkreślił Odwołujący, do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wszystkie przesłanki wskazane w lit. a) do c) muszą wystąpić łącznie (wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 338/09). Aby więc dana część wyjaśnień M.-E. mogła być objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, musi ona spełniać, jak podkreślił Odwołujący, łącznie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk oraz jednocześnie, M.-E. musi wykazać wystąpienie tych przesłanek równocześnie ze złożeniem wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyroku KIO z dnia 15 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 275/16 wskazano, że *„jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Tym samym informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca* wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru". Z kolei, jak podał Odwołujący, w wyroku z dnia 27 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16 i KIO 929/16, KIO wskazała, że: *„Nie ulega wątpliwości, iż zasada jawności*

postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Owszem, ustawa Pzp *dopuszcza możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność.* W wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 108/15 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż: *„Należy wskazać, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia".*

Zdaniem Odwołującego, M.-E. nie wskazało w ogóle w wyjaśnieniach, które same

w sobie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jakiego rodzaju informacje zawarte są w zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa, części wyjaśnień, tj. czy są to informacje techniczne, czy też technologiczne, czy organizacyjne. Ponadto, w ocenie Odwołującego, M.-E. nie wskazało, czy informacje te stanowią jakąkolwiek wartość gospodarczą oraz tego nie uzasadniło.

W konsekwencji, w opinii Odwołującego, M.-E. nie wykazało w jakikolwiek sposób, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek ten, jak podkreślił Odwołujący, M.-E. winna była wykonać najpóźniej do dnia składania wyjaśnień, a ponieważ temu nie zadośćuczyniła, zastrzeżenie poczynione przez M.-E. jest nieskuteczne i nie podlega konwalidacji.

Jak wskazała zaś KIO w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 568/15 i KIO 570/15), na co zwrócił uwagę Odwołujący, *„samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnica przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym „wykazaniem", o którym mowa w powołanym powyżej przepisie.* Wykazać *oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. Dla owego „wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art.*

11 ust. 4 UZNK. Aby spełnić przesłankę „wykazania" o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca winien zatem wykazać, że *zastrzeżone przez niego informacje stanowią* tajemnicę przedsiębiorstwa, *tj.* że *spełniają łącznie wszystkie przesłanki, określone w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp, a które zostały przytoczone powyżej".*

Potwierdza to także, jak podał Odwołujący, najnowsze orzecznictwo KIO, gdzie KIO w wyroku z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2293/16; KIO 2295/16, stwierdziła że: „Treść *przepisu art. 8 ust. 3 p.z.p., w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy,* że *jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać,* że *zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz,* że *wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji".*

Wobec braku tego rodzaju informacji w części jawnej dokumentacji, Odwołujący poddał w wątpliwość spełnienie przez wyjaśnienia M.-E. wymogów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie rażąco niskiej ceny i wnioskował, że zostały one dokonane z naruszeniem ww. przepisów prawa, jedynie w celu utrudnienia weryfikacji oferty M.-E. przez pozostałych wykonawców.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem KIO utajnieniu nie może podlegać całe pismo zawierające określone wyjaśnienia, lecz tylko ta część informacji, która faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak zauważył Odwołujący, KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2017 r, sygn. akt: KIO 2475/16 stwierdziła, że: „Jeśli *zamawiający uznał,* że *oznaczenie wyjaśnień "TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA" i ich treść obejmująca metody kalkulacji ceny i konkretne dane cenotwórcze jest wystarczającym wykazaniem,* że *zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, to należy podnieść,* że *zgodnie z art. 8 ust. 3 p.z.p. nie ujawnianiu podlegają wyłącznie informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, nie zaś pismo w całości złożone przez wykonawcę".*

W konsekwencji Zamawiający, jak podał Odwołujący, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, według której

„negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zakazu

ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji", winien uznać dokonane przez M.-E. zastrzeżenie części wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa za bezskuteczne i odtajnić tę część wyjaśnień i ujawnić Odwołującemu tę część wyjaśnień M.-E..

2. Rażąco niska cena i czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez Mota- Engil jest ceną rażąco niską. Odwołujący podniósł, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia nie tylko z ceną rażąco niską w odniesieniu do ceny wskazywanej jako wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w formularzu ofertowym.

Dla porządku Odwołujący podał, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy jest ona niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, jest to zatem cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie rażąco niskiej ceny, jak podkreślił Odwołujący, w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obowiązywało przed, jak i po 28 lipca 2017 r. Z taką właśnie ceną, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia w niniejszej sprawie. W opinii Odwołującego, cena zaoferowana przez M.-E. jest ceną rażącą niską, tj. nie umożliwia wykonania przedmiotu zamówienia należycie i z osiągnięciem zysku.

Jednocześnie, jak podkreślił Odwołujący, złożenie przez M.-E. oferty zawierającej rażąco niskie ceny jednostkowe stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, mamy w tej sprawie do czynienia właśnie z takimi praktykami, z uwagi na fakt, iż wykonawca M.-E. zaoferował ceny niepokrywające kosztów realizacji zamówienia. Nie budzi zatem wątpliwości, zdaniem Odwołującego, iż ich zaoferowanie było podyktowane wolą wygrania przetargu „za wszelką cenę", będącą wyrazem chęci wyeliminowania konkurencji, w tym właśnie Odwołującego. Odwołujący zapowiedział, że wykaże podczas rozprawy, iż ceny wskazane w pkt. 2.5 do 2.9 RCO M.-E. zostały zaoferowane poniżej kosztów ich wykonania, obejmujących m.in. koszty zakupu materiałów do wykonania tych pozycji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,

obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
1a. W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska, zgodnie z ust. 2 tego przepisu spoczywa, jak podkreślił Odwołujący, na M.-E., pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Szczególnego podkreślenia wymaga, zdaniem Odwołującego, iż zgodnie z orzecznictwem KIO, dozwolone jest badanie cen jednostkowych pod kątem ich rażąco niskiego charakteru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 11 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 852/15).

Odwołujący wskazał, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie niweczy obowiązku prawidłowej kalkulacji ceny. Co więcej, oferowane przez wykonawcę ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest bowiem

powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę.

Odwołujący, jak podał, nie twierdzi, że ceny w ramach wynagrodzenia muszą być każdorazowo identyczne lub nadmiernie zbliżone. Czasami różnica cen (zwłaszcza cen jednostkowych) związana jest z różnymi warunkami, jakie podmioty takie jak Odwołujący i M.-E. otrzymują na rynku. Nie może być jednak mowy, zdaniem Odwołującego, aby różniły się one na tyle drastycznie, że Odwołujący - jak w niniejszej sprawie - jest w stanie bez wątpliwości stwierdzić, iż są one nie tylko nierynkowe, ale także, nie jest możliwe, aby w ramach takiej ceny wykonać jakkolwiek zamówienie. Ponadto, w tym przypadku, w ocenie Odwołującego, nie zachodzą na rynku aż takie różnice cenowe pomiędzy oferowanymi pracami podwykonawców.

Co istotniejsze, jak podniósł Odwołujący, zaniżone ceny, podane w formularzu cenowym M.-E., dotyczą nie kosztów, które można byłoby uznać za poboczne, marginalne lub irrelewantne dla przedmiotu zamówienia, ale kosztów zasadniczych dla wykonania zamówienia.

W niniejszej sprawie, jak wyjaśnił Odwołujący, z uwagi na to, że zaoferowana przez M.-E. cena jest niższa od wartości wskazanych w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się do M.-E. o udzielenie w tym zakresie wyjaśnień. Konkretnie, jak podał Odwołujący, cena brutto zaoferowana przez M. E. stanowi 75,78 % średniej arytmetycznej cen wskazanych we wszystkich złożonych ofertach (a więc jest mniejsza o 24,22 %) oraz stanowi jedynie 64,28 % wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a więc niższa o 35,72 % od tej kwoty.

Wezwanie sformułowane przez Zamawiającego wskazywało, jak zauważył Odwołujący, na konieczność udowodnienia realności zaoferowanej ceny globalnej, a także poszczególnych składników Rozbicia Ceny Ofertowej. Zamawiający wezwał do przedłożenia dowodów na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Wskazał na konieczność i i wykazania udowodnienia istnienia konkretnych uwarunkowań obiektywnych czynników towarzyszących realizacji zamówienia, które pozwoliły na obniżenie ceny przez M.-E. w porównaniu do wartości zamówienia oraz cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

M.-E., jak podał Odwołujący, udzieliło wyjaśnień, które usatysfakcjonowały Zamawiającego, ale zdaniem Odwołującego, mając na uwadze przedmiot zamówienia

objęty postępowaniem, w żadnej mierze nie mogą uzasadniać zaoferowania tak niskiej ceny, jaką przedstawiło w ofercie M.-E..

Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez M.-E. winna być wręcz wyższa niż innych wykonawców, którzy nie podzlecają części zamówienia do wykonania przez

podwykonawców. Każdy bowiem przypadek podzlecenia części zamówienia musi uwzględniać tak marżę wykonawcy, jak i podwykonawcy. W przypadku M.-E. całość zakresu RCO od pkt. 2.5 - 2.10 została podzlecona na rzecz M.-E. E. e C. S.A., zaś pozycje RCO 1.1. na rzecz podwykonawcy P. – l. f. P., T. und B. M. GmbH Sp. z o.o. Oddział w P. Pozostałe pozycje RCO zostały zadeklarowane do podzlecenia innym podwykonawcom. Okoliczności te winny powodować, zdaniem Odwołującego, wzrost ceny M.-E., a nie jej obniżenie. To samo dotyczy zadeklarowania przez M.-E. korzystania ze sprzętu technicznego M.-E. E. e C. S.A. zgodnie z wykazem znajdującym się w zobowiązaniu tego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego (strona 28 i 29 uzupełnień). Z pewnością niskiej ceny zaoferowanej przez M.-E. nie można uzasadniać, w ocenie Odwołującego, rażąco niskimi cenami zaoferowanymi przez M.-E. E. e C. S.A. lub drugiego z podwykonawców.

Oferowanie bowiem rażąco niskiej ceny przez podwykonawcę, jak podkreślił Odwołujący, nie uzasadnia oferowania takiej rażąco niskiej ceny przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Największe różnice, jak zauważył Odwołujący, pomiędzy cenami oferowanymi przez M.-E. a cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców w postępowaniu znajdują się w pozycjach od 2.5 do 2.19 RCO, które zostały podzlecone podmiotowi zagranicznemu.

Zdaniem Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia oraz sposób jego wykonania powodują, że większość kosztów związanych z jego wykonaniem wiąże się z kosztem materiałów budowlanych, które mają ustalone rynkowe ceny. M.-E., zdaniem Odwołującego, nie jest zaś wykonawcą na tyle aktywnym na polskim rynku kolejowym, aby mógł uzyskać tak znaczące rabaty uzasadniające zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie jest zatem możliwe, w opinii Odwołującego, w normalnych warunkach rynkowych, zaoferowanie tak niskiej jak M.-E. ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Jedyną potencjalną sytuacją, jak wskazał Odwołujący, uzasadniającą zaoferowanie tak niskiej ceny byłyby szczególne, ale niedostępne dla pozostałych wykonawców okoliczności i uwarunkowania, pozwalające w sposób obiektywny obniżyć zaoferowaną przez M.-E. cenę. Zdaniem Odwołującego, M.-E. takich okoliczności i uwarunkowań w swoich wyjaśnieniach nie wykazała. Skoro zaś M.-E. nie wyjaśniła i nie udowodniła okoliczności i uwarunkowań dostępnych jedynie M.-E., pozwalających na zaoferowanie ceny drastycznie niższej od wartości przedmiotu zamówienia oraz cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, to oferta M.-E. winna zostać, zdaniem Odwołującego, odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Nie można, w ocenie Odwołującego, uznać za wystarczające powoływanie się przez M.-E. na ceny zaoferowane przez podwykonawców z zerowym narzutem M.-E., które to ceny podwykonawców same w sobie są rażąco niskie. Rażące obniżenie ceny

oferowanej przez podwykonawcę musi być uzasadnione, jak podkreślił Odwołujący, w taki sam sposób, jak zaoferowanie rażąco niskiej ceny przez samego wykonawcę.

Zgodnie, jak podkreślił Odwołujący, z ustalonym orzecznictwem KIO - wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1506/1 - *„Jeżeli wykonawca powołuje się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać, w jaki sposób zostały one uwzględnione przy jej kalkulacji. W sytuacji, kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny danej oferty, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty”.*

Powyższe twierdzenia Odwołującego potwierdza także, jak podał, aktualne orzecznictwo KIO - wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16, w którym KIO stwierdziła, iż: *„Okoliczność, że ceny jednostkowe w postępowaniu mają charakter wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia wezwanego wykonawcy od*

przedstawienia kalkulacji ceny oferty, przynajmniej w zakresie głównych czynników cenotwórczych oraz przedstawienia bezpośrednich dowodów ich ponoszenia na wskazanym poziomie. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p.z.p. posiadała walor wystarczających wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - musi być w miarę szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę. Stopień ogólności podanych informacji przez wybranego wykonawcę i ich niekompletność powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien, bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych".

Mając na uwadze, że M.-E. nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wręcz udzielone wyjaśnienia potwierdzają, zdaniem Odwołującego, że oferta M.-E. zawiera rażąco niską cenę, tj. cenę nierealistyczną i niepozwalającą na należyte wykonanie zamówienia, Zamawiający winien odrzucić ofertę M.-E. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

3. Niewłaściwe poświadczenie referencji.

Odwołujący podał, że zgodnie z § 14 pkt 3 rozporządzenia poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego dokonuje podmiot trzeci. Sporna referencja została zaś poświadczona, jak podał Odwołujący, za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, a więc nie może stanowić, zdaniem Odwołującego,

referencji w rozumieniu § 2 pkt 4 ppkt 2 rozporządzenia.

Z uwagi na to, jak stwierdził Odwołujący, że bez referencji, a więc i w konsekwencji bez wykazania się przez M.-E. udostępnionego przez M.-E. E. e C. S.A., w trybie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, doświadczenia wynikającego z wykonania przez ten podmiot robót budowlanych objętych referencją, M.-E. nie wykazałoby spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.5.1. lit. b) SIWZ, Zamawiający winien wezwać M.-E., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia właściwie poświadczonego za zgodność z oryginałem dokumentu referencji. Z braku uzupełnienia przez M.-E. właściwie poświadczonej referencji, M.-E. winno zostać, jak wskazał Odwołujący, wykluczone z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 17 marca 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego *„z wnioskiem o udzielenie umotywowanych wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty (w tym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny), w szczególności w zakresie wskazanym odpowiednio w art. 90 ust 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - w celu wykazania przez Wykonawcę, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*

Wykonawca winien wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie cen jednostkowych przedstawionych w „Rozbiciu Ceny Ofertowej" tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie. Zamawiający oczekuje, iż Wykonawca w ramach ww. wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji wyszczególnionej w przedłożonym, przez Wykonawcę w „Rozbiciu Ceny Ofertowej" (tj. odpowiednio nr: 1.1, 2.1 - 2.33), w szczególności tych odnoszących się do: kosztów występujących zarówno na etapie opracowywania dokumentacji projektowej jak i na etapie realizacji robót budowlanych, a także zysk i wkalkulowane ryzyko inwestycyjne. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Oceniając wyjaśnienia Zamawiający weźmie pod uwagę tylko obiektywne czynniki bezpośrednio wskazujące na zdolność wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie (tym samym nie jest wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień).

13

Zamawiający zwraca uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i udowodnienia Zamawiającemu poprawność oszacowania oferty, którą przedłożył w niniejszym postępowaniu. Co oznacza również, że wykonawca samodzielnie decyduje o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów. Jednakże, wskazuje się, że przedstawione wyjaśnienia będą następnie stanowiły podstawę do dokonania przez zamawiającego oceny czy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na zastosowanie rażąco niskiej ceny."

W odpowiedzi (pismo z dnia 23 marca 2017 r.) Przystępujący przedstawił główne założenia, na podstawie których została zbudowana i skalkulowana jego oferta oraz wskazał czynniki cenotwórcze w podziale na koszty bezpośrednie i pośrednie, uwzględniając kalkulację własną i oferty podwykonawców. Jednocześnie Przystępujący przedłożył szereg ofert na usługi, roboty i materiały od kontrahentów, z którymi zamierza podjąć współpracę w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Przedmiotowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały objęte poufnością ze względu na to, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 uznk. Uzasadnienie objęcia rzeczonych wyjaśnień również zostało utajnione z tożsamych powodów.

W toku rozprawy Przystępujący odtajnił część przedmiotowych wyjaśnień oraz uzasadnienie zastrzeżenia ich poufności. W rzeczonym uzasadnieniu Przystępujący wskazał, że wyjaśnienia zawierają informacje na temat podwykonawców i dostawców kooperujących z Przystępującym, a zatem obrazują szczegółowo źródła zaopatrzenia Wykonawcy, które to informacje mają wartość gospodarczą. Nadto, Przystępujący wskazał, że *„dane na temat wartości robót wraz z podziałem na Robociznę, Materiał, Sprzęt poszczególnych elementów robót są jednymi z bardziej wrażliwych informacji handlowych dotyczących naszego przedsiębiorstwa. Mając na uwadze ograniczony charakter rynku dostawców kluczowych materiałów, informacja ta stanowi jedną z najcenniejszych elementów wiedzy na temat naszej firmy, a jej ujawnienie może nas w przyszłości pozbawić szeregu przewag komparatywnych na rynku robót budowlanych, wydatnie utrudniając nam efektywne konkurowanie z innymi podmiotami".*

Przystępujący oświadczył, że informacje oraz dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz wskazał, że podjął szereg czynności faktycznych i prawnych (opisując je i przedkładając odpowiednie dokumenty) w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, w celu weryfikacji przedmiotowych wyjaśnień, powołał w tym postępowaniu biegłego (pismo z dnia 17 marca 2017 r.).

14

Pismem z dnia 27 marca 2017 r. biegły wyraził następującą opinię: *„Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłał wyjaśnienia w piśmie z dnia 23.03.2017 r. w którym przedstawia wyliczenia pozycji RCO jak i całościową kalkulację, w której są wyszczególnione wszelkie koszty jak i zysk. Wykonawca w wyjaśnieniach oprócz szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń przedstawił również oferty cenowe na kluczowe materiały niezbędne do wykonania zadania. Wykonawca również przedstawił oferty swoich podwykonawców na zakres robót, które również zostały skalkulowane. W związku z niejasnościami i nasuwającymi pytaniami rekomenduję ponowne wezwanie Wykonawcy w celu uszczegółowienia swoich wyjaśnień w następujących kwestiach: Zamawiający w szczególności prosi o szczegółowe rozbicie wraz z przypisaniem kwot do kosztów pośrednich jak i wykazania konkretnych kwot oszacowania zysku jak i kwoty na ryzyko. Zamawiający prosi również o przedstawienie szczegółowych kalkulacji o których mowa w piśmie znak 20008/NPr/23.03.2016 w pkt. 6.1 a).*

Zamawiający zwraca się również z zapytaniem i uszczegółowieniem przez Wykonawcę pozycji dotyczących budowy toru zgodnie z wymogami wskazanymi w pkt. 7.1

PFU wraz z przedłożeniem oferty na sprzęt niezbędny do wykonywania tego rodzaju prac.

Podobnie tyczy się to również prac związanych z budową rozjazdów, których wytyczne są ujęte w instrukcji id-114.

Zamawiający również prosi o podanie zakładanego czasu realizacji poszczególnych odcinków zadania".

W związku z powyższym, pismem z dnia 3 kwietnia 2017 r. Zmawiający *„na podstawie art. 90 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych, zwraca się z wnioskiem o udzielenie umotywowanych uszczegółowieniem wyjaśnień z dnia 23.03.2017 znak 20008/NPr/23.03.2016 wraz ze złożeniem dowodów, w szczególności w zakresie wskazanym odpowiednio w art. 90 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - w celu wykazania przez Wykonawcę, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*

Zamawiający w szczególności prosi o szczegółowe rozbicie wraz z przypisaniem kwot do kosztów pośrednich, jak i wykazania konkretnych kwot oszacowania zysku, jak i kwoty na ryzyko.

Zamawiający prosi również o przedstawienie szczegółowych kalkulacji o których mowa w piśmie znak 20008/NPr/23.03.2016 w pkt. 6.1 a).

Zamawiający zwraca się również z zapytaniem o uszczegółowienie przez Wykonawcę pozycji dotyczących technologii budowy toru zgodnie z wymogami wskazanymi w pkt. 7.1 PFU (wskazane jest przedłożenie oferty na sprzęt niezbędny do wykonywania tego rodzaju prac) zgodnie z Wytycznymi technicznymi wykonania i odbioru robót nawierzchniowo – podtorzowych ld-114.

Podobnie tyczy się to (ld-114) również prac związanych z transportem i zabudową nowych rozjazdów gdzie Wykonawca określił technologię wykonania odnosząc się do pkt 7.1 .f) PFU, który nie dotyczy rozjazdów lecz budowy toru bezstykowego.

Zamawiający również prosi o podanie zakładanego czasu pracy maszyn do wymiany nawierzchni i rozjazdów w ramach realizacji wymiany poszczególnych odcinków torów.

Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Oceniając wyjaśnienia Zamawiający weźmie pod uwagę tylko obiektywne czynniki bezpośrednio wskazujące na zdolność wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie (tym samym nie jest wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień).

Zamawiający zwraca uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i udowodnienia Zamawiającemu poprawność oszacowania oferty, którą przedłożył w niniejszym postępowaniu. Co oznacza również, że wykonawca samodzielnie decyduje o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów. Jednakże, wskazuje się, że przedstawione wyjaśnienia będą następnie stanowiły - podstawę do dokonania przez Zamawiającego oceny czy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na zastosowanie rażąco niskiej ceny".

Pismem z dnia 5 kwietnia 2017 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego wskazanych w piśmie z dnia 3 kwietnia br. Przedmiotowe wyjaśnienia Przystępujący objął poufnością ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp. Analogiczne zastrzeżenie poufności dotyczy również uzasadnienia utajnienia przedmiotowych wyjaśnień z powołaniem również na tajemnicę przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy Przystępujący odtajnił część przedmiotowych wyjaśnień oraz uzasadnienie zastrzeżenia ich poufności. W rzeczonym uzasadnieniu Przystępujący wskazał w istocie analogiczne powody, jak w piśmie z dnia 23 marca 2017 r., które świadczą, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2017 r. biegły wyraził następującą opinię: *„Zamawiający dnia 17 marca 2017 roku wezwał Wykonawcę do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty dla zadania jak wyżej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłał wyjaśnienia w piśmie z dnia 23.03.2017 r., w którym przedstawia wyliczenia pozycji RCO jak i całościową kalkulację, w której są wyszczególnione wszelkie koszty jak i zysk. Wykonawca w wyjaśnieniach oprócz szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń przedstawił również oferty cenowe na kluczowe materiały niezbędne do wykonania zadania. Wykonawca również przedstawił oferty swoich podwykonawców na zakres robót, które*

również zostały skalkulowane. Należy również zwrócić uwagę, iż wszystkie oferty na

materiały jak i na podwykonawstwo zostały pozyskane przed terminem składania ofert, co może świadczyć *o rzetelnie wykonanej kalkulacji. W celu wyjaśnienia niejasności Zamawiający w dniu 03.04.2017 r. wezwał ponownie Wykonawcę w celu uszczegółowienia wcześniejszych wyjaśnień. Wykonawca odpowiedział pismem z dnia 05.04.2017 r. przedstawiając szczegółowe informacje dotyczące skalkulowania ceny, jaki i założenia technologiczne spełniające przez Zamawiającego ilości wykonania robót. Wyjaśnienia zostały poparte również ofertami wynajmu sprzętu. W wyjaśnieniach Wykonawca wykazał wartość kosztów pośrednich jak i zysk i kwotę na ryzyko. Zważając na powyższe stwierdzam, iż oferta nie ma przesłanek rażąco niskiej ceny".*

Przedłożone przez Odwołującego opracowania: „Porównanie cen oferentów", „Analiza wyceny materiałów", „Kosztorys ofertowy" dla przedmiotowego zadania należy uznać, zdaniem Izby, za stanowisko strony w postępowaniu.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z ofert na materiały i ofert podwykonawców z tych przyczyn, że okolicznościom, które mają być przedmiotem ustalenia nie sposób przypisać istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Po pierwsze, należy zauważyć, że za pomocą tych dowodów można ustalić jedynie, co oferuje określony wykonawca, ale nie sposób na tej podstawie ustalić ani trendu cenowego w jakimś asortymencie czy też cen minimalnych, bowiem mamy do czynienia z pojedynczymi ofertami dla danego przedmiotu. Po drugie, nie jest uprawnione, w opozycji do wyjaśnień Przystępującego, popartych dowodami i obrazujących sposób budowania i kalkulacji ceny oferty, przyjmowanie okoliczności przeciwnych. To bowiem wyjaśnienia podlegają ocenie w kontekście ceny rażąco niskiej i w sytuacji, gdy zgodność treści oferty z treścią SIWZ, jeśli idzie o zakres świadczenia, nie jest kwestionowana, a takiego zarzutu nie podniesiono, to nie sposób przyjąć, ale nie jest też to możliwe na podstawie zaofiarowanych dowodów, innej strategii kalkulacji ceny oferty i kosztów elementów cenotwórczych.

Izba oddaliła wniosek dowodowy sformułowany przez Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego na okoliczność kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia uznając, iż dowód ten nie jest niezbędny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, bowiem opinię w tym przedmiocie wydał biegły powołany w niniejszym postępowaniu. Nadto, wyjaśnienia Przystępującego poddają się weryfikacji Izby, również w zakresie, który kwestionował Odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo,* nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tę tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.). Z przytoczonych przepisów należy odkodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma

węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących.

Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie sprawdzenia, czy wraz ze złożeniem oferty wykonawca wykazał, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W obecnym stanie prawnym, Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie, czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na

określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności, czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców niż tylko w ofercie, czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.

Obowiązek sporządzenia przedmiotowego uzasadnienia ma wielorakie znaczenie. Z jednej strony, daje zamawiającemu substrat do oceny, bez konieczności podejmowania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wzywania do wyjaśnień, co wpływa też na szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony, wprowadzone rozwiązanie powinno dawać również możliwość wykonawcom zapoznania się z tym uzasadnieniem, a więc powzięcia wiedzy o powodach zaliczenia określonych informacji do tych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji zapewnić wykonawcom możliwość weryfikacji oceny dokonanej przez zamawiającego.

Powszechne było bowiem zastrzeganie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przy braku uzasadnienia powyższego, w istocie wykonawcy byli pozbawieni możliwości podnoszenia zarzutów, opartych na realnych podstawach faktycznych, wobec oceny dokonywanej przez zamawiającego. Zdaniem Izby, po to ustawodawca zobowiązał wykonawców do wykazania, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aby inni wykonawcy, choć bez dostępu do poufnych informacji, mieli kontrolę co do powodów uczynionego zastrzeżenia. W rzeczonym uzasadnieniu należy bowiem wykazać, że zaktualizowały się przesłanki do zastosowania przepisu art. 11 ust. 4

u.z.n.k. wobec określonych informacji. W istocie więc wykonawca, który zamierza sprawdzić poprawność takiego zastrzeżenia powinien to czynić przez pryzmat owego uzasadnienia i ewentualnie podnosić zarzuty i zgłaszać wątpliwości co do braku wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i w przypadku potwierdzenia tej okoliczności, żądać odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Legalna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W świetle powyższego przepisu można powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie art. 11 u.z.n.k., musi spełniać następujące warunki: a) poufności, b) braku ujawnienia, c) zabezpieczenia informacji.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. z poufnością informacji mamy do czynienia wówczas, gdy informacja ta nie jest ujawniona do wiadomości publicznej, a więc nie przynależy do domeny publicznej. I odwrotnie: od strony pozytywnej można powiedzieć, że informacja nie jest poufna, gdy jest ujawniona do wiadomości publicznej, tj. przynależy do domeny publicznej. Na uwagę zasługuje natomiast fakt, że „ujawnienie do wiadomości publicznej" jest interpretowane szeroko. Z ujawnieniem informacji będziemy mieli do czynienia nie tylko wtedy, gdy informacja jest znana przez niemal każdego obywatela, ale także wtedy, gdy taka informacja nie jest znana, ale jest dla każdego łatwo dostępna (np. gdy została opublikowana na stronie www lub w prasie).

Elementem współkształtującym stan poufności jest podjęcie pewnych działań zabezpieczających informację. Artykuł 11 ust. 4 u.z.n.k. wymaga od przedsiębiorcy podjęcia „niezbędnych działań w celu zachowania poufności". Podjęcie takich działań jest z jednej strony konieczne do zapewnienia stanu poufności informacji, z drugiej zaś manifestuje wolę przedsiębiorcy objęcia ochroną danej informacji.

Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 u.z.n.k. musi mieć przynajmniej minimalną wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa" muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Godny podkreślenia jest fakt, że pojęcie wartości gospodarczej informacji należy oceniać w sposób obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Z drugiej strony należy raczej opowiedzieć się za liberalną wykładnią pojęcia wartości gospodarczej, która zakłada, iż chodzi o minimalną aktualną lub potencjalną wartość gospodarczą informacji.

Przepis art. 11 ust. 1 i 4 u.z.n.k. wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. w spr. I CKN 1159/00, OSNC, z. 5 z 2002 r., poz. 67).

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem

produkcyjnym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt: II SA/Wa 1328/12).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Przystępujący wykazał, iż informacje zastrzeżone ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk (wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny) w istocie stanowią tego rodzaju informacje. W ocenie Izby, strategia budowania ceny oferty, szczegółowe kalkulacje tej ceny, a także informacje, dotyczące kontrahentów i warunków współpracy, z pewnością mają wartość gospodarczą, której ujawnienie mogłoby wywołać negatywne konsekwencje dla Wykonawcy, w szczególności na gruncie konkurowania z innymi wykonawcami w określonym segmencie rynku.

Informacje te, według oświadczenia Przystępującego, nie zostały ujawnione, a Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Podjęte również zostały działania mające na celu zachowanie ich w poufności. Przystępujący szczegółowo bowiem opisał politykę bezpieczeństwa obowiązującą u niego, sposób dostępu do tych informacji oraz przedstawił dowody, które powyższe okoliczności potwierdzają.

W tej sytuacji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, należało przyjąć, że Przystępujący wykazał, iż zaktualizowały się przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk w niniejszej

sprawie, co uprawniało Przystępującego do objęcia poufnością wyjaśnień złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Przystępujący, zdaniem Izby, udźwignął ciężar dowodu w tej sprawie. Wskazał, z jakiego rodzaju informacjami mamy do czynienia, czy były dotychczas chronione i nieujawnione do wiadomości publicznej i w jaki sposób zapewnia zachowanie ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, że sporne wyjaśnienia jako całość mogły być objęte poufnością ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowią bowiem pewien obraz podejścia do opracowania oferty i jej skalkulowania, co ma wymierną wartość gospodarczą. Odrębnego omówienia wymaga również zasadność zastrzeżenia przez Przystępującego samego uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Co prawda, Izba stoi na stanowisku, że lektura odwołania nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że taki zarzut został postawiony, a więc już z tego względu podlega oddaleniu. Niemniej jednak Izba do powyższego się odniesienie, niejako na marginesie.

W tym zakresie Izba popiera pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 542/17: „Jakkolwiek *nie można a limine wykluczyć okoliczności,* że *takie uzasadnienie może być nierozerwalnie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym*

niemniej praktyka zastrzegania takich uzasadnień jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest przedmiotowa sprawa".

Zastrzeżone uzasadnienie nie zawiera żadnych elementów mogących chociażby potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i ani Zamawiający, ani sam Przystępujący nie odnieśli się w żaden sposób do zasadności zastrzeżenia tego dokumentu w toku rozprawy. Uznanie poprawności odmowy udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny prowadzić musiałoby do uznania, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest chociażby wyliczenie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk, czy wskazane w jego treści orzeczenie SN, z czym nie sposób się zgodzić.

Stwierdzone powyżej naruszenie nie mogło jednak, *ad casum,* stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 542/17: *„Zgodnie z jego treścią odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W razie stwierdzenia takich okoliczności Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 Pzp, zobligowana jest podjąć określone w tym przepisie, adekwatne do danego stanu faktycznego, decyzje, zmierzające zasadniczo (z wyjątkiem wynikającym z przepisu art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp) do usunięcia stwierdzonych naruszeń. Co istotne, komentowane regulacje należy odczytywać łącznie, tj. przepis art. 192 ust. 3 Pzp znajdzie zastosowanie tylko do takich naruszeń Pzp, które spełniają warunki określone w art. 192 ust. 2 Pzp. Ergo, w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które nie wywarło, ani nie może wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba oddala oparty na nich zarzut, w konsekwencji czego pozbawiona jest możliwości nakazania zamawiającemu uczynienia zadość* żądaniu *związanemu z takim zarzutem (argument z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp a contrario)".*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem składu orzekającego, naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór oferty Przystępującego, wobec czego odwołanie w tej części podlegało oddaleniu. Stało się tak dlatego, że obok zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego zastrzeżenia informacji niezbędnych do oceny, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, Odwołujący postawił zarzut, który uznać należało za dalej idący, a to zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W konsekwencji Izba zobligowana była go rozpoznać, ponieważ żaden przepis Pzp nie umożliwia zaniechanie odniesienia się do postawionego w odwołaniu i podtrzymywanego w toku postępowania odwoławczego zarzutu, w następstwie czego uznała go za nieuzasadniony oddalając odwołanie w tym zakresie (patrz poniżej).

Skutkiem oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę było uznanie, że niezasadne zastrzeżenie złożonych przez niego w tym zakresie wyjaśnień nie wywierało wpływu na wynik postępowania, bowiem Odwołujący nie zdołał podważyć prawidłowości oceny oferty Przystępującego w kontekście jej ceny.

W ocenie Izby, okoliczność, że Przystępujący w toku rozprawy odtajnił część wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz rzeczone uzasadnienie, nie może mieć wpływu na ocenę rozpoznawanego zarzutu odwołania. Izba bowiem ocenia czynność Zamawiającego (art. 180 ustawy Pzp), polegającą na zaniechaniu odtajnienia określonych informacji w świetle przepisu art. 11 ust. 4 uznk, a nie przez pryzmat czynności dyspozytywnych podjętych przez Przystępującego w tym przedmiocie.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny okazał się nietrafny, zaś w zakresie zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia poufności wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, choć okazał się słuszny, to pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępownia.

2. Zarzut rażąco niskiej ceny i czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak uprzednio wskazano, Izba zobowiązana była rozpoznać zarzuty związane z rażąco niską ceną oferty Przystępującego i procedurą zmierzającą do wyjaśnienia tej kwestii, jako że zostały sformułowane w odwołaniu i były podtrzymywane w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Ponownie podkreślić należy, że żaden z przepisów Pzp dotyczących postępowania odwoławczego nie upoważnia Izby do pominięcia jakiegokolwiek zarzutu odwołania. W szczególności nie sposób uzasadniać nierozpoznanie zarzutu odwołania jego przedwczesnością, która w przedmiotowej sprawie nie zachodzi. Przedwczesność zarzutu dotyczyć może bowiem takich czynności, do których wykonania zamawiający w ogóle jeszcze nie przystąpił, bądź sytuacji, gdy Zamawiający jest w trakcie wykonywania czynności, ale jeszcze jej nie zakończył. Wspomniana przedwczesność nie zachodzi natomiast w sytuacji, w której czynność została przez zamawiającego podjęta i uzewnętrzniona wobec wykonawców i nie należy jej mylić z niedysponowaniem wszystkimi informacjami, które mogłyby być wykonawcy przydatne przy formułowaniu zarzutu odwołania dotyczącego konkretnej czynności zamawiającego.

W tym miejscu należy wskazać, że mocą przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, o tym, czy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę przesądza treść wyjaśnień. Zamawiający nie ma więc uprawienia do dokonania oceny, jak chciałby tego Odwołujący, w oparciu o inne okoliczności niż te, wynikające ze złożonych wyjaśnień.

Zauważyć należy, że Odwołujący, dostrzega, bowiem w treści odwołania to wskazuje,

że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień winien wykazać, że cena ma charakter realny. Zdaje sobie więc sprawę, jakie znaczenie mają rzeczone wyjaśnienia, ale jednocześnie domaga się oceny w oparciu również o inne okoliczności, co w świetle przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jest nieuzasadnione.

Argumentacja Odwołującego, dotycząca przewidywanych kosztów realizacji zamówienia zmierzała do twierdzenia o istnieniu nieprzekraczalnej granicy, poniżej której realizacja zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jest niemożliwa lub po prostu nieopłacalna. W odniesieniu do tego należy stwierdzić, że powyższe można co najwyżej odnosić do samego Odwołującego, natomiast nie wiadomo jak mają się one do oceny sytuacji innego wykonawcy (tu – Przystępującego). Jakkolwiek porównanie cen złożonych ofert może (a wręcz, w określonych sytuacjach, musi) stanowić podstawę wszczęcia procedury z art. 90 ustawy Pzp, to jednak nie stanowi *per se* argumentu przemawiającego za stwierdzeniem rażąco niskiej ceny w badanej pod tym kątem ofercie.

Dodać również należy, że nie istnieje jeden wyłącznie poprawny (uniwersalny) sposób kalkulowania ceny oferty, co – wobec braku znajomości treści wyjaśnień Przystępującego – wspiera dodatkowo wniosek, że przedstawione przez Odwołującego założenia oderwane były od wyliczeń przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach.

Odnosząc się na zakończenie, w kontekście pozostałych tez stawianych w

odwołaniu, do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego należy zauważyć, że zostały one należycie umotywowane i poparte nie tylko własnymi kalkulacjami ale również ofertami Przystępującego, jego kontrahentów. Wbrew zapatrywaniom Odwołującego, Przystępujący zawarł w nich informacje chociażby o wysokości założonego zysku, czy rezerwy na pokrycie skutków finansowych ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Szczegółowo omówił główne założenia, na podstawie których została zbudowana i skalkulowana jego oferta, wskazując na czynniki cenotwórcze i określając ich wysokość z podziałem na koszty pośrednie i bezpośrednie. Co więcej, Izba stwierdziła, że te koszty, w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie, zostały skalkulowane w ofercie Przystępującego na bardzo zbliżonym poziomie, co tylko przesądza o nietrafności twierdzeń Odwołującego, że wskazane ceny jednostkowe również mają charakter rażąco niskich. Niezależnie od tego Izba stoi na stanowisku, że na podstawie pojedynczych ofert w określonym przedmiocie nie sposób przyjąć, że tylko ceny z ofert przedłożonych przez Odwołującego, czy też przez niego przyjętych, są właściwie skalkulowane.

Nie sposób więc twierdzić – jak wskazywał na to Odwołujący – że wyjaśnienia są lakoniczne, czy że mają jedynie ogólnikowy charakter, wobec powyższego nie ma podstaw do stawiania tezy, iż Zamawiający wyłącznie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej z

przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Przystępujący udźwignął ciężar dowodzenia w przedmiotowej sprawie.

Dodatkowo podkreślić należy, że poprawność kalkulacji ceny oferty Przystępującego potwierdził biegły powołany w przedmiotowym postępowaniu, co wzmacnia stwierdzenie, iż cena zaoferowana przez Przystępującego ma charakter realny.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia, że ceny wskazane w pkt 2.5 do 2.9 RCO zostały zaoferowane poniżej kosztów świadczenia wymienionych tam usług. Zdaniem Izby, Przystępujący wykazał, że tego rodzaju usługi mogą być skalkulowane na poziomie, jaki zaproponował, a przyjęcie, że jest inaczej, na podstawie jednostkowych ofert przedłożonych przez Odwołującego nie jest możliwe, gdyż to wyjaśnienia stanowią substrat do oceny i w sytuacji, w której nie budzą one wątpliwości, a w świetle materiału zaprezentowanego przez Odwołującego, rzeczonych wątpliwości nie powodują, to brak podstaw do ich odrzucenia.

W tych okolicznościach zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

3. Zarzut niewłaściwego poświadczenia referencji.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że kwestionowana referencja nie została poświadczona za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci, a więc użyczający potencjału, ale przez Przystępującego.

Niemniej jednak Izba stoi na stanowisku, że powyższe nie może prowadzić do stwierdzenia tak daleko idących konsekwencji, na które wskazywał Odwołujący, a mianowicie, iż Przystępujący nie wykazał z tej przyczyny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Powyższe jest nie do przyjęcia w sytuacji, w której sam fakt wykonania referencyjnych robót nie jest kwestionowany, podobnie jak ich należyte wykonanie.

W tych okolicznościach należało przyjąć, że jakkolwiek Przystępujący, wbrew dyspozycji normy, wynikającej z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), nie przedstawił spornej referencji potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez podmiot, na którego zdolnościach polega Wykonawca, to powyższe naruszenie, zdaniem Izby, nie może prowadzić uwzględnienia odwołania, bowiem nie ma i nie będzie miało istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ustawy Pzp), mając na uwadze fakt, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie nie jest kwestionowane.

Niezależnie od tego należy zauważyć, że Przystępujący przedłożył

pełnomocnictwa z dnia 17 lutego 2017 r. podchodzące od pomiotu, na którego zdolnościach polega Przystępujący, upoważniające osoby, które potwierdziły za zgodność z oryginałem sporny dokument, do dokonania przedmiotowej czynności. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 3 powołanego rozporządzenia okazał się nieuzasadniony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……