Sygn. akt: KIO 3671/21

WYROK

z dnia 13 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę CertusVia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 14, 00-050 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: CertusVia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3671/21

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. : "Budowa drugiego toru kolejowego wraz z przeprawą mostową na rzece Warcie na odcinku linii kolejowej nr 354 od posterunku odgałęźnego Oborniki Wlkp.

Most do stacji Oborniki Wlkp.", numer referencyjny: 9090/1REZA5/18227/05038/21/P. Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę przekraczającą progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 186-485112.

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o dokonaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy CertusVia Sp. z o.o. oraz odtajnienia informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca CertusVia Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący", „CertusVia" lub „Wykonawca") wniósł odwołanie wobec powyższych czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas gdy Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił wszystkie okoliczności uzasadniające wskazanie w ofercie ceny i jej istotnych części składowych oraz wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec czego Zamawiający nie był uprawiony do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta CertusVia zawiera rażąco niską cenę, co doprowadziło do jej odrzucenia, podczas gdy Odwołujący z należytą starannością wykazał wszystkie okoliczności uzasadniające wskazanie określonej w ofercie ceny oraz jej istotnych składników, tym samym udowadniając, że nie jest rażąco niska, wobec czego Zamawiający nie był uprawiony do odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty z rażąco niską ceną;

3) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia Wykonawcy nie są wyczerpujące, z tej przyczyny, iż nie przedstawił dowodów potwierdzających wskazane w treści wyjaśnień okoliczności wobec wezwania

Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sposób sprzeczny z cytowanym przepisem ustawy zastępując stwierdzenie ustawowe „do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów" spójnikiem „oraz", przez co skutkiem wezwania Zamawiającego o treści „do złożenia wyjaśnień oraz dowodów" Zamawiający wymagał od Odwołującego więcej, niż wynika to wprost z przepisów ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez Zamawiającego, iż CertusVia nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia oferty Odwołującego;

4) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający posiadał wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty przez Odwołującego, w której zostało wskazane, że Wykonawca zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców na zasobach których nie podlega, natomiast w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wskazano, iż Wykonawca będzie polegał na doświadczeniu oraz potencjale kadrowym podmiotu trzeciego, co uzasadniało wezwanie Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a wobec powyższego zaniechania Odwołujący został pozbawiony możliwości wyjaśnienia treści oferty;

5) art. 253 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i przekazanie Odwołującemu informacji o odrzuceniu oferty w odrębnym piśmie, podczas, gdy zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne, tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z wynikiem postępowania oraz ewentualne podniesienie zarzutów do wybranej oferty;

6) naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i odtajnienie informacji zawartych w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) i Odwołujący wraz z przekazaniem tych informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego ich odtajnienia.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;

3) unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

4) uwzględniania tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w wyjaśnieniach Odwołującego z 18.11.2021 r. i utajnienie informacji zawartych w zastrzeżonym dokumencie, ewentualnie nakazanie utajnienia Tabeli, stanowiącej załącznik do wyjaśnień, skutecznie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa;

5) dokonania ponownej oceny złożonych ofert;

6) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego; ewentualnie zobowiązanie Odwołującego do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący m.in. wskazał, że przesłanką do wezwania Odwołującego do wyjaśniania ceny oferty był fakt, iż zaoferowana przez niego cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług. Zdaniem Odwołującego z uwagi na to, że cena jego oferty jest niższa jedynie o 21,65% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co samo w sobie udowadnia rynkowość zaoferowanej ceny, oraz zawyżenia wartości szacunkowej zamówienia, Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania go do wyjaśnień. Zamawiający winien uznać, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nie odbiega znacząco od cen innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 2 737 833,33 zł netto / 3 367 535 brutto. Zamawiający natomiast, zgodnie z informacją o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z 8 listopada 2021 r., zamierza przeznaczyć kwotę 3 550 000,00 PLN netto / 4 366 500,00 PLN brutto. Oznacza to, że szacunek Zamawiającego jest w znaczny sposób zawyżony. Powołując się na przywołane orzecznictwo Izby Odwołujący podkreślił, iż wezwanie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp nie ma charakteru bezwzględnego i Zamawiający może zadecydować o odstąpieniu od obowiązku wzywania w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, złożone przez niego 18 listopada 2021 r. wyjaśnienia oraz dowody wykazały, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową pozwalającą na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W wyjaśnianiach wskazał na konkretne elementy pozwalające na obniżenie ceny w stosunku do konkurencji. Szczegółowa kalkulacja elementów ceny została przedstawiona w załączniku do wyjaśnień tj. Tabeli nr 1 (dalej: „Tabela"). Nieuzasadnione są zatem twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Wręcz przeciwnie CertusVia wykazał w sposób szczegółowy i konkretny wszystkie części składowe ceny, w wyjaśnieniach powoływał się na konkretne okoliczności determinujące cenę na zaoferowanym poziomie.

Następnie Odwołujący zauważył, że Zamawiający zarzucił Wykonawcy lakoniczność wyjaśnień, stwierdzając, że ograniczają się jedynie do dwóch stron oraz brak przedstawienia dowodów. Tymczasem zdaniem Odwołującego przedstawione przez niego wyjaśnienia są konkretne i rzeczowe. To nie obszerność wyjaśnień oraz liczba przedstawionych dowodów świadczą o braku wystąpienia rażąco niskiej ceny, a sama treść wyjaśnień oraz trafność i wiarygodność dowodów. Odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się do poszczególnych czynników kształtujących cenę, z uwzględnieniem art. 224 ust. 3 Pzp, w tym w szczególności pkt 4 i 6, czyniąc zadość wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień. Oświadczył w wyjaśnieniach, iż koszty pracy zostały skalkulowane o wyższe stawki, niż wynikające z minimalnego wynagrodzenia. Natomiast wypracowane konkretnie rozwiązania (o których mowa szczegółowo w wyjaśnieniach z dnia 18.11.2021 r.) pozwalają na spadek kosztów pracy bez uszczerbku dla wynagrodzeń. Zamawiający w wezwaniu wymagał wykazania, iż zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Wskazano, iż wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny netto, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz dowodami na jej poparcie. Zamawiający oczekiwał, iż Wykonawca w ramach wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na szacowanie ceny netto. Odwołujący odpowiadając na powyższe załączył do wyjaśnień Tabelę prezentującą szczegółowe kwoty składające się na cenę oferty. Wykonawca tym samym

wykazał, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Zamawiający jednakże zarzucił Wykonawcy, iż Tabela nie zawiera kalkulacji odnoszących się do zaangażowania personelu, z których to kalkulacji wynikałby średniomiesięczny koszt lub stawka godzinowa poszczególnych pracowników. Takiego wymogu Zamawiający jednak nie zawarł w wezwaniu do wyjaśnień. Zamawiający wymagał jedynie informacji na temat kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, nie wskazując konkretnej formy udzielenia powyższych przez Wykonawcę. Odwołujący nie znając zatem intencji Zamawiającego, do poszczególnych pozycji w Tabeli wliczył koszty wynagrodzenia za wykonanie danych prac. Natomiast konkretne oświadczenie w przedmiocie kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy zawarte zostały w samych wyjaśnieniach. Przy realizacji zamówień na opracowanie dokumentacji projektowej decydującym elementem kształtującym cenę jest czynnik ludzki i wysokość wynagrodzenia za pracę ekspertów branżowych. Dlatego też niemożliwym jest przedstawienie pojedynczych cen za poszczególne prace składające się na całość zamówienia, z wyłączeniem należnego za nie wynagrodzenia pracowników. Zamawiający podał również w uzasadnieniu faktycznym zawiadomienia o odrzuceniu oferty, iż Wykonawca nie wskazał kosztów prac wykonania elementów dokumentacji projektowej, składających się na zakres zamówienia zgodnie z pkt 2.2. OPZ, takich jak m.in.: prace geologiczne, geodezyjne, pośrednia certyfikacja podsystemów infrastrukturalnych na etapie projektowania oraz kosztów innych prac potrzebnych do ich sporządzenia, czyli: szacowanych kosztów biurowych, kosztów zarządu, wykonania wizualizacji, kosztów polisy ubezpieczeniowej oraz gwarancji. Tymczasem powyższe koszty zostały uwzględnione w ramach innych pozycji przedstawionych w Tabeli. Wykonawca odniósł się do tych kosztów szczegółowo w pkt 3 wyjaśnień z 18 listopada 2021 r. W kontekście wyceny prac projektowych ugruntowaną praktyką jest dopuszczalność wpisania w kosztorysie ofertowym pozycji „0". Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Jedną z częstych, stosowanych przez przedsiębiorców budowlanych praktyk jest także wycena określonych pozycji kosztorysu na poziomie 0,00 zł. W takich sytuacjach są to określone nieznaczne pozycje, mogące obejmować wykonanie drobnych prac, które bez szkody ujęte są w innych pozycjach kosztorysu łącznie z innymi zdaniami (tak: wyrok KIO z 10 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2344/11). Natomiast z uwagi na fakt, iż przedstawiona z wyjaśnianiami Tabela została opracowana przez Odwołującego, nie zostały w niej wykazane drobne prace, które zostały wkalkulowane w inne zadania, a przy których w innym wypadku (np. przy konieczności przedłożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego uwzględniającego pozycje) Wykonawca wpisałby wartość „0". Z uwagi jednak na fakt, iż Wykonawca odniósł się do powyższych kosztów, w tym kosztów utrzymania biura, wydruków, gwarancji, polisy w wyjaśnianiach, nie sposób uznać, że nie zostały one uwzględnione w cenie oferty. Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 marca 2016 r., sygn. akt KIO 271/16: „Zarzut rażąco niskiej ceny winien dotyczyć całej ceny, a nie jej poszczególnych składników. Oczywistym jest przy tym, iż ocena zarzutu nierzadko polega na badaniu wartości pojedynczych pozycji, ale badanie to nie powinno odbywa się w oderwaniu od ogólnej ceny oferty".

W dalszej kolejności Odwołujący podał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia podniósł także, iż Wykonawca w formularzu ofertowym podał, iż zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców, przy czym wskazał również, iż będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego - TORPROJEKT Sp. z o.o. Tymczasem zakres prac planowanych do wykonania przez podwykonawcę nie wynika z treści oferty oraz nie został wskazany w złożonych wyjaśnieniach ceny. Zdaniem Odwołującego powyższe zarzuty Zamawiającego nie powinny jednak determinować odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Skoro Zamawiający powziął wątpliwości, co do powyższych okoliczności, powinien on raczej wezwać Wykonawcę do stosownych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Zamawiający również nie podniósł powyższych niejasności w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wobec czego Wykonawca nie był zobowiązany na tym etapie do wytłumaczenia powyższych elementów oferty. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący wskazał, że dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień i zaznaczył, że złożone przez niego wyjaśnienia czynią zadość wszystkim wymaganiom Zamawiającego wskazanym w wezwaniu. W szczególności Wykonawca przedstawił Tabelę z wyliczeniem kalkulacji wszystkich elementów istotnych przy należytym wykonaniu zamówienia, przedstawił koszty wykonania poszczególnych prac w ramach realizacji zamówienia z należytą starannością, uwzględniając wszystkie elementy cenowe składające się na wskazane kwoty. Fakt, iż Odwołujący nie wyszczególnił pewnych pozycji, wynika z praktyki branżowej, kiedy to drobne prace bez szkody zostają ujęte w innych pozycjach, łącznie z innymi zadaniami. Odwołujący w wyjaśnianiach wskazał również elementy wpływające na wynagrodzenie pracowników z poszanowaniem przepisów dotyczących kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Natomiast zarzut, iż wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny oferty nie zawierają żadnej informacji na temat kosztów podwykonawstwa, ani wypełniania przez Wykonawcę obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, jest całkowicie chybiony. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazywał na konieczność

przedstawienia powyższych okoliczności. Dlatego też do wyjaśnień nie zostały dołączone oferty zebrane od potencjalnych podwykonawców, świadczące o rynkowości wskazanych w Tabeli kwot.

Następnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nieprawidłowo zastosował przepis art. 224 ust. 1 Pzp zawężając jego brzmienie. Zamawiający żądał od Odwołującego w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2021 r. złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zatem działania Zamawiającego wprost stoją w sprzeczności w wyżej cytowanym przepisem. Tym bardziej, iż Zamawiający wskazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, iż „złożone przez Wykonawcę Wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie zawierają żadnych dowodów, co jest sprzeczne z art. 224 ust. 1 Ustawy". W powyższym stwierdzeniu widać błąd logiczny we wnioskowaniu Zamawiającego. Sam fakt braku złożenia dowodów do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie powoduje naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp oraz nie stanowi o konieczności nieuznania wyjaśniań oraz odrzucenia oferty. W orzecznictwie również wskazuje się, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia. (tak: Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1311/21). Zatem nawet jeżeli Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego nie zawierają dowodów, nie powinien on z urzędu odrzucać oferty, a dokonać odpowiedniej oceny i badania samych wyjaśnień. Nie można zgodzić się jednak również z twierdzeniami Zamawiającego, iż Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie braku rażąco niskiej ceny. Taki dowód stanowi Tabela załączona do wyjaśnień. Co prawda zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą wyjaśnienia przedstawione na pierwsze wezwanie, powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać Zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny, jednakże Zamawiający jest uprawniony do ponownego skierowania wezwania w sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których Zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania. Ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Skoro zatem Zamawiający miał wątpliwości co do udzielonych wyjaśnień, zasadnym było ponowne wezwanie Odwołującego do wytłumaczenia niejasności.

Nadto zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego w postaci przekazania Odwołującemu informacji o odrzuceniu oferty w piśmie z dnia 10 grudnia 2021 r. stoi wprost w sprzeczności z art. 253 ust. 1 Pzp, Działania Zamawiającego uniemożliwiły Odwołującemu zapoznanie się z wynikiem postępowania oraz ewentualne podniesienie zarzutów do wybranej oferty, co jest niezgodne z ekonomiką postępowania.

Na koniec Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności fakt zawyżenia szacunkowej kwoty zamówienia w stosunku do cen złożonych ofert, odrzucenie oferty Odwołującego na tym etapie postępowania było co najmniej przedwczesne. Zamawiający pozbawił się obecnie możliwości udzielenia zamówienia po cenie korzystniejszej, niż przewidywana, ale jednocześnie rynkowej, dającej gwarancję należytego wykonania zamówienia. Działanie Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty jest zatem przejawem jego niegospodarności i braku oszczędności. Tymczasem jednymi z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych są zasady: proporcjonalności (art. 16 Pzp) oraz efektywności ekonomicznej (art. 17 Pzp). Działania Zamawiającego stoją zatem w sprzeczności z przepisami Pzp.

Uzasadniając zarzut odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący przywołał w art. 18 ust. 3 Pzp i stwierdził, że spełnił wszystkie wymienione w nim przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. CertusVia wraz z przekazaniem wyjaśnień zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nieuzasadniona jest zatem decyzja Zamawiającego o odtajnieniu informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach. Odwołujący podał, że Zamawiający w uzasadnieniu

swojej decyzji wskazał przede wszystkim, iż Wykonawca nie udowodnił, iż zastrzeżone

informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem CertusVia dokładnie i z należytą starannością wskazał, iż zastrzeżone informacje: są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa, posiadającymi wartość gospodarczą dla Wykonawcy; jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie są

powszechnie i znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; w odniesieniu do których Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Udowodnił, iż przedstawione w wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób. Już na początku uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, iż dane zawarte w wyjaśnieniach zostały opracowane specjalnie na potrzeby zamówienia i nigdy nie zostały podane do wiadomości publicznej. Informacje ujawnione w ww. dokumencie stanowią dane poufne, które nigdy nie zostały upublicznione przez Wykonawcę, co oznacza, że w szczególności nie zostały opublikowane na stronie internetowej Wykonawcy, bądź w jakichkolwiek broszurach, biuletynach czy katalogach, a także nie ujawniono ich na targach, szkoleniach i innych spotkaniach branżowych. Odwołujący również wskazał, iż podjął działania niezbędne do zachowania poufności informacji zawartych w wyjaśnianiach poprzez wprowadzenie wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania. Ponadto CertusVia przedstawił konkretne wprowadzone przez niego postanowienia dotyczące zasad ochrony informacji w spółce, które znane są wszystkim pracownikom i konsekwentnie egzekwowane. CertusVia zatem wywiązał się z ciężaru wykazania niejawnego charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach. Dlatego też całkowicie nieuzasadnienie są twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, w tym nie przedstawił konkretnych klauzul poufności, które stosuje w ramach prowadzonej działalności, czy postanowień praktyk bezpieczeństwa. Wykonawca tymczasem wprost przytoczył w ostatniej części uzasadnienia brzmienie konkretnych klauzul bezpieczeństwa oraz zachowania tajemnicy informacji, wprowadzone i stosowane w Spółce. Zatem twierdzenia Zamawiającego nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy. Ponadto Zamawiający nie powinien przy ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bazować jedynie na przedstawionych dowodach, ale zbadać całość wyjaśnień Wykonawcy, w tym również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma prawa żądać, aby każda przedstawiona w wyjaśnieniach argumentacja zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poparta była dowodem. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, gdzie z należytą starannością wskazał, iż spełniły się wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 18 ust. 3 Pzp. CertusVia w szczególności wskazał, iż zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy, w szczególności informacje zawarte w załączonej do wyjaśnień Tabeli, które również mają charakter organizacyjny. Wykonawca udowodnił również, iż przedstawione w wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane, ani łatwo dostępne, jak również on sam podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tymczasem Zamawiający nie zbadał wyjaśnień Odwołującego, wskazując w uzasadnieniu odtajnienia informacji, iż Wykonawca nie wskazał przesłanek z art. 18 ust. 3 Pzp, jak również nie wskazał, iż informacje zawarte w zestawieniu stanowiły dla niego wartość gospodarczą, by nie były łatwo dostępne dla osób zajmujących się tym rodzajem informacji, jak również by podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Biorąc od uwagę przedstawioną wyżej argumentację, jak również samą treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie można się zgodzić w twierdzeniami Zamawiającego, które nie mają oparcia w rzeczywistym stanie rzeczy. Zamawiający podejmując decyzję o odtajnieniu informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach naraził Odwołującego na szkodę poprzez udostępnienie konkurencji charakterystyki sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę, która decyduje o przewadze konkurencyjnej CertusVia Sp. z o.o. Działania Zamawiającego stanowią zatem wprost naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji ziszczenia się wszystkich wskazanych w nim przesłanek.

Na zakończenie Odwołujący podniósł, że nawet gdyby Zamawiający po zbadaniu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, powziął wątpliwości co do zasadności zastrzeżenia całości wyjaśnień, w całą pewnością powinien on jednak uznać za zasadne utajnienie poszczególnych elementów wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności załączonej do nich Tabeli. Załącznik ten stanowi wartość gospodarczą dla Odwołującego, co zostało wykazane. Czynniki cenotwórcze podane w Tabeli również nie są znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a sam Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W związku z powyższym przynajmniej ten element wyjaśnień rażąco niskiej ceny winien być uznany przez Zamawiającego jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z 10 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że w trakcie przeprowadzenia procedury nie naruszył żadnych przepisów, w tym w szczególności nie dokonał naruszenia, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom

Odwołującego, aby: zachodziły oczywiste okoliczności, które uzasadniały odstąpienie od zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty; szacunkowa wartość zamówienia była „wyraźnie zawyżona", w szczególności aby wskazywała na to średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert; Odwołujący wykazał, iż „zaoferowana cena jest ceną rynkową pozwalającą na należyte wykonanie przedmiotu umowy"; Odwołujący „wykazał w sposób szczegółowy i konkretny wszystkie części składowe ceny"; Zamawiający wymagał od Odwołującego „jedynie informacji na temat kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenie społecznego, nie wskazując konkretnej formy udzielenia powyższych przez Wykonawcę"; przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia czyniły „zadość wszystkim wymaganiom Zamawiającego wskazanym w wezwaniu." oraz przedstawił argumentację w tym zakresie, podnosząc brak zasadności twierdzeń Odwołującego. Zamawiający, przedstawiając uzasadnienie dla swojej oceny, zaprzeczył także a twierdzeniom Odwołującego, aby: wykazał on, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; „przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, gdzie z należytą starannością wskazał, iż spełniły się wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 18 ust. 3 PZP"; „wywiązał się z ciężaru wykazania niejawnego charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach"; „udowodnił również, iż przedstawione w wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane, ani łatwo dostępne, jak również on sam podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich poufności"; „Zamawiający podejmując decyzje o odtajnieniu informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach naraził Odwołującego na szkodę poprzez udostępnienie konkurencji charakterystykę sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę, która decyduje o przewadze konkurencyjnej (...)"; „Działania Zamawiającego stanowią zatem wprost naruszenie art. 18 ust. 3 PZP (...)".

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał, że wprowadzone do Pzp przepisy w zakresie obowiązków informacyjnych zamawiającego wdrażają art. 55 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz art. 75

Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie

udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Zgodnie z art. 75 dyrektywy 2014/25/UE: 1.Podmioty zamawiające informują tak szybko, jak to możliwe, wszystkich kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących zawarcia umowy ramowej, udzielenia zamówienia lub dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów, w tym także o powodach podjęcia ewentualnej decyzji o niezawieraniu umowy ramowej, o nieudzieleniu zamówienia, dla którego opublikowano zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, o ponownym wszczęciu postępowania lub o niewdrażaniu dynamicznego systemu zakupów. 2. Na wniosek zainteresowanego kandydata lub oferenta, instytucja zamawiająca tak szybko, jak to możliwe, a w każdym razie w terminie 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku informuje: a) każdego niewybranego kandydata o powodach odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału; b) każdego niewybranego oferenta o powodach odrzucenia jego oferty, w tym - w przypadkach określonych w art. 60 ust. 5 i 6 - o powodach decyzji o braku równoważności lub decyzji stanowiącej, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych; c) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, o cechach i względnych przewagach oferty, która została wybrana, jak również o nazwie/imieniu i nazwisku zwycięskiego oferenta lub nazwach/ imionach i nazwiskach stronu mowy ramowej; d) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, o przebiegu i postępie negocjacji i dialogu z oferentami. W w/w regulacji „unijnej" brak jest obowiązku jednoczesności informowania wszystkich Wykonawców o ofertach odrzuconych. Jednoczesność dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej (lit. c). Natomiast lit. b) dotyczy informowania każdego niewybranego oferenta o powodach odrzucenia jego oferty. Ponadto mając na uwadze treść art. 515 Pzp w odniesieniu do momentu wystąpienia stanu faktycznego, od którego następuje rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia odwołania, tj. „od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia" (ust. 1) oraz „od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia" (ust. 3), wykonawca ma możliwość pozyskania wiedzy o odrzuceniu jego oferty także w innym momencie, niż określony w art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 515 Pzp dotyczy czynności, o których zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców i ten obowiązek zrealizował, ale także będzie miał zastosowanie do czynności zamawiającego, co do których nie miał on obowiązku poinformowania wykonawcy, jeżeli zamawiający przesłał wykonawcy informację o tych czynnościach (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowaka, M. Winiarza, UZP, Warszawa 2021, str. 1318). W związku z powyższym zamawiający może poinformować wykonawcę o odrzuceniu oferty lub innych dokonanych w postępowaniu czynnościach zamawiającego, wcześniej niż przed wyborem najkorzystniejszej oferty, choć taki obowiązek nie wynika wprost z przepisów Pzp. Dodatkowo w w/w komentarzu wskazano, że: „Przepis art. 515 ust. 3 Pzp będzie miał

zastosowanie do: 1) czynności zamawiającego, co do których zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu, (...) 3) braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych w toku postępowania (...)". Tym samym zamawiający powinien mieć możliwość, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informowania o każdej podjętej przez siebie czynności skutkującej lub mogącej skutkować zaistnieniem stanu faktycznego, stanowiącego podstawę wniesienia odwołania, w stosunku do konkretnego wykonawcy. Niezależnie od powyższego termin zawiadomienia Odwołującego o odrzuceniu jego oferty nie miał wpływu ani nie mógł mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Wynik postępowania (odrzucenie oferty Odwołującego i wybór innej oferty) byłby taki sam nawet gdyby zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego nastąpiło dopiero wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Zamawiający m.in. podał, że tajemnica przedsiębiorcy winna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie

odpowiedniej klauzuli) (por. wyrok NSA z dnia 14.09.2017 r., sygn. I OSK 2740/15). Dla

uznania informacji za "tajemnicę przedsiębiorstwa" muszą być spełnione 2 przesłanki: formalna, jak i materialna. Przesłanka formalna dotyczy podjętych przez przedsiębiorcę konkretnych działań w celu zachowania poufności informacji. Nie jest zatem wystarczające przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że dane te mają charakter poufny, ale konieczne jest wykazanie faktu zastrzeżenia przez przedsiębiorcę poufności danych. Przesłanka materialna odnosi się natomiast do treści informacji (danych technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych posiadających dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą), których ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (por. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 30.12.2019 r., II SA/Rz

1266/19, wyrok WSA w Krakowie z dnia 24.11.2020 r., sygn. II SA/Kr 933/20). Zgodnie z

brzmieniem art. 18 ust. 3 Pzp wszystkie wskazane powyżej przesłanki warunkujące uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać wykazane przez Wykonawcę. Ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Przepis, uprawniający wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym nałożeniu obowiązku wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, służy ograniczeniu nadużywania przez wykonawców w/w instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji ich ofert przez konkurentów (por. wyroki z dnia 23.10.2020 r., KIO 2432/20 oraz z dnia 20.10.2020 r., KIO 2472/20). Uznanie przez zamawiającego, że wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której wykonawca w sposób niewątpliwy i jednoznaczny wykazał, że zastrzegane informacje taką tajemnicę stanowią (por. wyrok z dnia 3.11.2020 r., KIO 2290/20). To na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym wyrażenie "wykazać" oznacza coś więcej niż tylko "wyjaśnić". Nie jest wystarczające stwierdzenie, że informacje należą do określonej kategorii i już z tego samo faktu należy im przypisać wartość gospodarczą. Posiadanie wartości gospodarczej należy oceniać w odniesieniu do konkretnych informacji i konkretnego wykonawcy. Zatem to wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że konkretne informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą (por. wyrok z dnia 30.10.2020 r., KIO 2310/20). Dopóki wykonawca nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działanie takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. Praktyki bezpieczeństwa, klauzule poufności (por. wyroki KIO z dnia 20.10.2020 r., KIO 2472/20 oraz z 30.10.2020 r., KIO 2310/20). Odnosząc się do zastrzeżenia samych wyjaśnień Zamawiający przytoczył wyrok KIO z dnia 29.09.2020 r., KIO 1965/20: „Na rynku istnieje praktyka zastrzegania jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa także dokumentów obejmujących samo uzasadnienie takiego zastrzeżenia. Taką praktykę co do zasady należy uznać za niewłaściwą oraz stanowiącą przejaw nadużywania przepisów odnoszących się do możliwości stosowania takiej tajemnicy. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno stanowić przedstawienie argumentacji czyli powodów zastrzegania określonych informacji

złożonych w dokumentach jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie powinno być dostępne innym wykonawcom, aby mogli oni ocenić zasadność takiego zastrzeżenia i podjąć w tym zakresie stosowne działania".

Następnie Zamawiający wskazał, że zastrzeżenie przez Wykonawcę treści pisma z dnia 18.11.2021 r. miało na celu wyłącznie utrudnienie pozostałym wykonawcom dokonanie oceny zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom zawartym w w/w piśmie, nie zawiera ono żadnych informacji, w szczególności informacji o charakterze organizacyjnym, które posiadałyby wartość gospodarczą. Zawarta w piśmie argumentacja dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest ogólnikowa i abstrakcyjna. Nie sposób przyjąć, by samo opracowanie tego typu wyjaśnień stanowiło unikalne know-how przedsiębiorcy lub by przyjęta argumentacja zawierała informacje, które nie są powszechnie znane osobom zajmującym się tego typu informacjami. Ponadto, argumentacja zawarta w piśmie, ze względu na swoją istotę, jest przeznaczona do jej ujawnienia na zewnątrz, w tym w ramach ewentualnego postępowania przed KIO. Również pozostałe informacje zawarte w piśmie z dnia 18.11.2021 r., tj. w szczególności informacje o podejmowanych u Wykonawcy działaniach mających na celu ochronę poufności informacji, są bardzo ogólnikowe i nieprecyzyjne. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, nie załączył do pisma konkretnych procedur które wdrożył w swoim przedsiębiorstwie w celu ochrony informacji. Skoro wykonawca nie wykazał podjęcia czynności zamierzających do zachowania informacji w poufności, nie sposób przyjąć, by przedmiotowe informacje posiadały dla Wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Informacje zawarte w piśmie z dnia 18.11.2021 r., w tym w Tabeli nr 1, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał przesłanek z art. 18 ust. 3 Pzp. Wykonawca nie wykazał, by w/w informacje stanowiły dla niego wartość gospodarczą, by nie były łatwo dostępne dla osób zajmujących się tym rodzajem informacji jak również by podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W związku z powyższym Zamawiający prawidłowo podjął decyzję o odtajnieniu informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo zawierające replikę na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, zarzucając Zamawiającemu m.in. brak dokonania oceny przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów. Do pisma zostały załączone 4 oferty na wykonanie dokumentacji projektowej, oferta na wykonanie opracowań geotechnicznych, Tabela nr 1 z zastrzeżeniem jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Tabela z rozbiciem na opracowania projektowe, z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, oferta Towarzystwa Ubezpieczeniowego, wydruk z Poradnika Przedsiębiorcy dotyczący stawki za 1 km przebiegu pojazdu w 2022 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody, załączone do pisma Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący m.in. wskazał, że posiada interes prawny w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu zysku. W przypadku, gdyby Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie odrzucił oferty Odwołującego, miałby on szansę na wybór jego oferty w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W wezwaniu z 10 listopada 2021 r. Zamawiający, podkreślając odnośne fragmenty pisma, wskazał: (...) w celu wykazania, że złożona przez Państwa oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny, wzywa Państwa na podstawie art. 224 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) - dalej zwanej Ustawą, do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty i jej części składowych

w szczególności w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 Ustawy, ze szczególnym uwzględnieniem art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) Ustąwy tfl.:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za prace (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane test zamówienie.

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 ceny netto, 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 ceny netto. 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).

Zamawiający zwraca uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i

udowodnienia Zamawiającemu poprawności 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.

Niezłożenie wyjaśnień w nw. terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy, w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy. Na podstawie ww. przepisów Ustawy oferta zostanie odrzucona, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny.

W zakreślonym terminie CertusVia Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia. Nastąpiło to za pismem z 18 listopada 2021 r., do którego zostało załączone pismo oznaczone „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA", zawierające w pięciu punktach jakie jego działania wpływają na konkurencyjność złożonej przez niego oferty i "Wyjaśnienia konieczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa", oraz Tabela Nr 1, zastrzeżona jako tajemnica

przedsiębiorstwa.

Pismem z 10 grudnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty oraz odtajnieniu informacji zawartych w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach zastrzeżonych lako tajemnica przedsiębiorstwa, podając, jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. W piśmie tym Zamawiający stwierdził m.in., że (...) wyjaśnienia są lakoniczne (ograniczają się właściwie do dwóch stron) oraz nie zawierają

żadnych dowodów (trudno za taki dowód uznać sporządzoną przez Państwa tabelę).

Zamawiający przytoczył fragment wyjaśnień oraz podał, że „Wykonawca nie przedłożył w tym zakresie żadnych dowodów, więc trudno uznać, że wyjaśnił (w tym udowodnił), iż w częściach składowych ceny wziął pod uwagę wymóg wskazany w art. 224 ust. 3 pkt 4) Ustawy Do złożonych wyjaśnień Wykonawca załączył Tabelę z rozbiciem na opracowania projektowe, w której wskazał cenę jednostkową „c.j." dla poszczególnych opracowań projektowych. Tabela nie zawiera jednakże jakichkolwiek kalkulacji, odnoszących się do zaangażowania personelu własnego oraz personelu podlegającego udostępnieniu w stosunku do poszczególnych części przedmiotu zamówienia, z których to kalkulacji wynikałby średniomiesięczny koszt lub stawka godzinowa poszczególnych pracowników. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie podał jakie konkretne stawki czy wynagrodzenie otrzymuje personel zatrudniony u Wykonawcy. Jednocześnie wyliczenia nie zostały poparte żadnymi dowodami mogącymi potwierdzić prawidłowość kalkulacji ceny oferty. Wykonawca nie złożył żadnych dokumentów uwiarygadniających cenę oferty w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Ponadto Wykonawca nie wskazał kosztów prac wykonania elementów dokumentacji projektowej, składających się na zakres zamówienia zgodnie z pkt 2.2. OPZ, takich jak m.in.: prace geologiczne, geodezyjne, pośrednia certyfikacja podsystemów infrastrukturalnych na etapie projektowania oraz kosztów innych prac potrzebnych do ich sporządzenia, czyli: szacowanych kosztów biurowych, kosztów zarządu, wykonania wizualizacji, kosztów polisy ubezpieczeniowej oraz gwarancji. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w Formularzu Ofertowym, Wykonawca zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców, na zasobach których nie polega. Jednakże wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 57 ust. 2 Ustawy, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i 3 Ustawy, Wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego - TORPROJEKT Sp. z o.o. Z dokumentów złożonych wraz z Ofertą, w szczególności ze zobowiązania do udostępnienia zasobów, wynika że Wykonawca w zakresie wskazanym w pkt 8.6.1 oraz 8.6.2 IDW będzie polegał na doświadczeniu oraz potencjale kadrowym podmiotu trzeciego - TORPROJEKT Sp. z o.o., który to podmiot jako podwykonawca będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Zakres prac planowanych do wykonania przez podwykonawcę nie wynika jednak z treści oferty, nie został on również wskazany w złożonych wyjaśnieniach ceny. Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny oferty nie zawierają żadnej informacji na temat kosztów tego podwykonawstwa, ani wypełniania przez Wykonawcę obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W Jednolitym Dokumencie Zamówienia Wykonawca zawarł oświadczenie, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne, ani obowiązków w dziedzinie prawa pracy. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie odniósł się jednak do kwestii zgodności z przepisami dotyczącymi prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, czego żądał Zamawiający, ani nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie tej okoliczności, więc trudno uznać, że Wykonawca wyjaśnił (w tym udowodnił), iż w częściach składowych ceny wziął pod uwagę wymóg wskazany w art. 224 ust. 3 pkt 6) Ustawy. (...) Na podstawie złożonych przez Państwa materiałów nie można stwierdzić, że wyjaśnienia

uzasadniają podaną w ofercie cenę. Wobec braku załączenia do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów (co Zamawiający podkreślił już na początku niniejszego uzasadnienia) nie można ustalić, czy cena zaoferowana za wykonanie zamówienia jest rzetelna i wiarygodna. (.)"

Dalej Zamawiający podał, że: odtajnia informacje zastrzeżone przez Państwa jako

tajemnica przedsiębiorstwa zawarte w piśmie L. dz.: OF/710/002/2021 - BM z dnia 18.11.202

lr. oraz w Załączniku nr 1 - Tabela z rozbiciem na opracowania projektowe. (...) Składając wyjaśnienia dotyczące ceny Wykonawca zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa:

1. Tabelę nr 1 z rozbiciem na opracowania projektowe Załącznik do pisma nr

07710/002/2021-BM z dnia 18.11.2021r.,

2. Pismo z dnia 18.11.2021 r. nr OF/710/002/2021-BM dotyczące wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny (RNC) oraz wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

(.) Wykonawca nie wykazał, iż przedłożone materiały stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, choć to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy w tym zakresie. Przede wszystkim Wykonawca nie wykazał że podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności np. poprzez przedstawienie konkretnych klauzul poufności, które stosuje w ramach prowadzonej działalności, czy postanowienia praktyk bezpieczeństwa, a co za tym idzie informacje zawarte w Tabeli nr 1 nie stanowią tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał przesłanek z art. 18 ust. 3 Ustawy Wykonawca nie wykazał, by informacje zawarte w zestawieniu stanowiły dla niego wartość gospodarczą,

by nie były łatwo dostępne dla osób zajmujących się tym rodzajem informacji tak również by podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.(.)

Zamawiający uznał: że zastrzeżenie przez Wykonawcę treści pisma z dnia 18.11.2021 r. w zakresie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa miało na celu włącznie utrudnienie pozostałym Wykonawcom dokonania oceny zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom zawartym w rzeczonym piśmie, nie zawiera ono żadnych informacji w szczególności informacji o charakterze organizacyjnym, które posiadałyby wartość gospodarczą. Zawarta w piśmie argumentacja dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest ogólnikowa i abstrakcyjna. Nie sposób przyjąć, by samo opracowanie tego typu wyjaśnień stanowiło unikalne know - how przedsiębiorcy oraz by przejęta argumentacja zawierała informacje, które nie są powszechnie znane osobom zajmującym się tego typu informacjami. Ponadto, argumentacja zawarta w piśmie, ze względu na swoją istotę, jest przeznaczona do jej ujawnienia na zewnątrz, w tym w ramach ewentualnego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Również pozostałe informacje zawarte w piśmie z dnia 18.11.2021 r. dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny r., tj. w szczególności informacje o podejmowanych u Wykonawcy działaniach mających na celu ochronę poufności informacji, są bardzo ogólnikowe i nieprecyzyjne. Wykonawca nie przedstawia żadnych konkretnych działań, nie wymienia nazw konkretnych regulacji, nie cytuje konkretnych wpracowanych klauzul poufności. nie przedstawia wreszcie żadnych dowodów. Nawet jeśli z przepisów powszechnie obowiązujących, tj. z kodeksu pracy wynikają obowiązki dla pracownika w zakresie konieczności zachowania tajemnicy służbowej, to pracownicy nie są jedynymi osobami, w stosunku do których przedsiębiorca musi podjąć kroki zmierzające do utrzymania informacji w poufności, a osobami takimi są np. kontrahenci. Wykonawca nie przedstawił jednak brzmienia konkretnych klauzul poufności, nie załączył do pisma konkretnych procedur, które wdrożył w swoim przedsiębiorstwie w celu ochrony informacji. Skoro Wykonawca nie wykazał podjęcia czynności zmierzających do zachowania informacji w poufności, nie sposób przyjąć, by przedmiotowe informacje posiadały dla Wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą.

W świetle powyższego informacje zawarte w piśmie z dnia 18.11.2021 r. nie stanowią tajemnicy Przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał przesłanek z art. 18 ust. 3 Ustawy Wykonawca nie wykazał, by informacje objęte wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiły dla niego wartość gospodarczą by nie były łatwo dostępne dla osób zajmujących się tym rodzajem informacji jak również by podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności. (...).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

Ad zarzuty nr 1, 2, 3 i 4 dotyczące naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 1 Pzp

W myśl art. 224 ust. 1 Pzp: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie, odnosząc się do obszernie przedstawionej w odwołaniu argumentacji dotyczącej zawyżenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia i w związku z tym braku podstaw do wystąpienia o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, należy zwrócić uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował tej czynności Zamawiającego w ustawowym terminie, lecz złożył wyjaśnienia, które zostały ocenione przez Zamawiającego, jako

niepozwalające na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy. Nadto, jak zauważył na rozprawie Zamawiający, ceny ofert złożonych w postępowaniu, z których dwie przekraczają określoną przez niego wartość szacunkową, a cztery oferty są w granicach dokonanego przez niego szacunku, w dobie wzrostu cen, nie potwierdzają twierdzeń Odwołującego o zawyżeniu szacunkowej wartości zamówienia, a w konsekwencji, o istnieniu podstaw do zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny Wykonawcy, którego oferta stanowi ok. 63% tej kwoty.

Następnie stwierdzenia wymaga, że wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający miał prawo oczekiwać od Wykonawcy złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Użycie w wezwaniu spójnika „oraz", podczas, gdy ustawa Pzp używa sformułowania „do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów" nie oznacza, że Zamawiający naruszył przepis art. 224 ust. 1 Pzp. Wbrew ocenie Odwołującego, nie wymagał bowiem więcej, niż to wynika z ustawy, lecz tego, na co ustawa Pzp wyraźnie wskazuje, także w art. 224 ust. 6.

W dalszej kolejności należy wskazać, że w aktualnym stanie prawnym zachowuje aktualność stanowisko, iż rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych powyżej przepisów, Izba bada nie tyle samą cenę oferty, lecz czynność Zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu albo nieodrzuceniu oferty tego wykonawcy.

Wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza, iż ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca działając we własnym dobrze pojętym interesie musi zatem udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, bowiem gdy to nie nastąpi, przyjmuje się, że jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że cena jego oferty jest rażąco niska. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie publiczne są profesjonalistami, od których wymaga się podwyższonego miernika staranności zgodnie z art. 355 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. Tym samym brak zastosowania się do wezwania i brak złożenia odpowiednich wyjaśnień niesie negatywne konsekwencje dla wykonawcy. Złożenie wyjaśnień niepełnych, lakonicznych lub takich, które nie obalają domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny, skutkuje bowiem zaistnieniem podstawy do odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust.6 Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, iż nie istnieje jeden, uniwersalny, odnoszący się do wszystkich zamówień, wzorzec prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również jeden wzorzec odnoszący się do katalogu dowodów, które winny być przedłożone przez wykonawcę dla uzyskania gwarancji uznania, iż wywiązał się z obowiązku wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W każdym przypadku ocena wyjaśnień ceny winna być zindywidualizowana, powinna uwzględniać m.in. specyfikę przedmiotu zamówienia i realia towarzyszące jego realizacji. Chodzi bowiem w szczególności o ustalenie czy zamówienie za zaoferowaną cenę może być wykonane zgodnie z SWZ, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, sztuki zawodowej, przy zastosowaniu odpowiednich nakładów, w tym osobowych, z zachowaniem określonych standardów. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia, należy rozpatrywać indywidualnie. Punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia. Przyjmuje się że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny. Wykonawca przy kalkulowaniu ceny oferty powinien uwzględniać specyfikę zamówienia, zapewnienie jego należytego wykonania i osiągnięcie celów jego realizacji.

W określonych sytuacjach, w zależności od przedmiotu zamówienia, treści wezwania do wyjaśnień oraz udzielonej odpowiedzi wykonawcy, w tym treści załączonej kalkulacji ceny, w tym stopnia jej szczegółowości, możliwe jest uznanie, że złożona przez wykonawcę kalkulacja ceny jest wystarczającym dowodem na wykazanie rzetelności kalkulacji ceny oferty. Jednak w okolicznościach analizowanej sprawy, wbrew stanowisku Odwołującego zaprezentowanemu w postępowaniu odwoławczym, złożonej przez niego Tabeli nr 1 nie można uznać za spełniającej takie wymogi. Zamawiający zatem prawidłowo ocenił, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie ceny nie są wystarczające dla obalenia domniemania, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej w ramach prac przygotowawczych dla powyżej wskazanego projektu. Stosownie do Tomu III SWZ (OPZ) pkt

2.2 celem realizacji Umowy jest dostarczenie Zamawiającemu, w terminach określonych w

Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, dokumentacji projektowej wraz z wymaganymi

Prawem opiniami, uzgodnieniami, dopuszczeniami, warunkami, decyzjami niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargów. Głównymi rezultatami Zamówienia jest uzyskanie: 1) Koncepcji Programowo - Przestrzennej (KPP); 2) projektów budowlanych wraz z dokumentacją geotechniczną i geologiczno-inżynierską; 3) materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o których mowa w ustawie z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 247 z późn. zm.) - dalej jako „ustawa o udost. inf. o środ." W szczególności raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko; 4) kompletu materiałów niezbędnych do uzyskania pozwoleń na budowę, w tym m.in.: raportów o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko - jeśli ponowna ocena oddziaływania na środowisko będzie wymagana. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że w przypadku projektów, dla których uzyskano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach po przeprowadzeniu oceny oddziaływania na środowisko, nie ma możliwości realizacji prac budowlanych w trybie zgłoszenia robót; 5)projektów wykonawczych; 6) materiałów przetargowych niezbędnych do wyłonienia wykonawców robót budowlanych (tj. przedmiar robót na bazie KPR, kosztorys Inwestorski, STWiORB), PFU dla branży automatyki i telekomunikacji oraz udział w postępowaniu przetargowym na wybór wykonawcy robót poprzez przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu odpowiedzi na pytania zadawane w trakcie postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych, aż do wyłonienia wykonawcy robót, (lecz nie dłużej niż do zakończenia okresu rękojmi/gwarancji jakości udzielanej w ramach niniejszego zamówienia) oraz wynikających z tych pytań niezbędnych modyfikacji opracowanych dokumentów; 7) certyfikacji na etapie projektowania. Ponadto Wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do: 1)przygotowania wniosku o uzyskanie decyzji lokalizacyjnej (decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego), 2) uzupełniania złożonego wniosku o wydanie decyzji lokalizacyjnych oraz udzielania wyjaśnień na każde żądanie organu do momentu uzyskania ostateczności lub uprawomocnienia decyzji, 3) dostarczenia Zamawiającemu geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych, w tym: a) mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, b) sprawdzenia zgodności granic działek ewidencyjnych stanowiących kolejowy teren zamknięty ze stanem faktycznym, 4) dostarczenia Zamawiającemu pośrednich potwierdzeń weryfikacji podsystemów, 5)dostarczenia Zamawiającemu wizualizacji wybranych obiektów, 6)dostarczenia Zamawiającemu Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, 7) dostarczenia Zamawiającemu opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), przedmiarów robót oraz kosztorysów inwestorskich, 8) dostarczenia Zamawiającemu raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, 9) dostarczenia Zamawiającemu kompletnych wniosków o wydanie kolejnych decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/i wniosków o wydanie decyzji zmieniających decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach - w przypadku, gdy będzie potrzeba uzyskania kolejnych lub/i zmiany już wydanych decyzji, 10) dostarczenia Zamawiającemu raportu/ów o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, o ile ponowna ocena oddziaływania na środowisko będzie wymagana, 11) dostarczenia Zamawiającemu wniosków o wydanie zgód wodnoprawnych wraz z operatami wodnoprawnymi, 12) dostarczenia Zamawiającemu operatów dendrologicznych oraz wniosków o wydanie decyzji/zezwolenia na usunięcie drzew i krzewów, 13) dostarczenia Zamawiającemu innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych, 14) dostarczenia Zamawiającemu niezbędnych danych potrzebnych do sporządzenia wniosków dla wystąpienia przez Zamawiającego o określenie warunków przebudowy/zabezpieczenia sieci elektroenergetycznej do Przedsiębiorstwa Energetycznego, 15) dostarczenia Zamawiającemu niezbędnych danych potrzebnych do sporządzenia wniosków dla wystąpienia przez Zamawiającego o określenie nowych warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej Przedsiębiorstwa Energetycznego, 16) przygotowania treści umów z gestorami o przyłączenie oraz uczestnictwo Wykonawcy wraz z Zamawiającym w procesie ich podpisywania, 17) uzyskania i uzgodnienia warunków usunięcia wszelkich kolizji z infrastrukturą techniczną należącą do osób trzecich, (w przypadku żądania gestora sieci zobowiązania się Zamawiającego do ustanowienia służebności, ewentualna umowa/porozumienie musi zawierać zapis, zgodnie z którym: a. w przypadku, gdy inwestycja realizowana jest na gruntach stanowiących własność Skarbu Państwa, w użytkowaniu wieczystym PKP PLK S.A., bądź stanowiących własność PLK, że ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego, zostanie dokonane po uzyskaniu zgody właściwego organu korporacyjnego PKP PLK S.A.; b. w przypadku, gdy inwestycja realizowana jest na gruntach stanowiących własność lub użytkowanie wieczyste osób trzecich, PKP PLK S.A. nie może zobowiązać się do ustanowienia bądź spowodowania ustanowienia służebności przesyłu na nieruchomościach osób trzecich. PKP PLK S.A. może zobowiązać się jedynie do podjęcia działań mających na celu ustanowienie przez właściciela/użytkownika wieczystego nieruchomości służebności przesyłu na rzecz gestora

sieci dla urządzeń, do których dostęp jest konieczny dla realizacji Przedmiotu Umowy. (.)

W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wyraźnie zaznaczył m.in., że oczekuje nie tylko wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny i jej części składowych, w tym zgodności ze wskazanymi przepisami m.in. w odniesieniu do kosztów pracy, ale też podkreślił, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a także wymagał wykazania, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia, a zatem powinny zawierać konkretne dane liczbowe (szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych) i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz dowodami na jej poparcie. Odwołujący natomiast, wbrew twierdzeniem przedstawionym w odwołaniu, nie zastosował się do jasno przedstawionych w wezwaniu oczekiwań Zamawiającego.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego, z którego wynika, że otrzymane od Wykonawcy wyjaśnienia (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z tym zostają omówione uzasadnieniu wyroku w sposób ogólny) nie pozwalają na przyjęcie, że obalają domniemanie istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Zostało potwierdzone, że wyjaśnienia zawierają się w pięciu niezbyt rozbudowanych punktach, nie zawierających konkretnych, wskazujących na określone oszczędności czy szczególne uwarunkowania, w jakich działa Wykonawca, informacji. Są to ogólne stwierdzenia możliwe do przedstawienia w różnych postępowaniach. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że brak jest w nich wyjaśnienia wszystkich czynników cenotwórczych, przyjętych założeń, jak też dowodów, jak też, jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że mogłyby one być traktowana jedynie jako tło dla rzeczowych i pełnych informacji, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także by możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Załączona do wyjaśnień ceny Tabela Nr 1 (także zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa) jakkolwiek zawiera szereg pozycji, to jednak w zdecydowanej ich większości wskazany jest ryczałt, bez wskazania jak został obliczony. Nie wynika to także z opisowej części wyjaśnień. Nie jest zatem wiadomo czy przyjęta przez Odwołującego kwota ryczałtu pozwala na pokrycie wszystkich kosztów, w tym wynagrodzenia odpowiedniej liczby specjalistów danych branż i wymaganego ich zaangażowania dla realizacji zamówienia. Nie jest podana stawka tego wynagrodzenia, co skutkuje brakiem możliwości oceny, czy została przyjęta na poziomie stosowanym w danej branży. Brak jest konkretnych informacji o kosztach wskazanych w powyżej przedstawionej informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy, w tym związanych z utrzymaniem biura, czy objętych przedmiotem zamówienia w tym prac geologicznych i geodezyjnych. Tabela nie pozwala zatem na przyjęcie jej za wystarczający element do wykazania rzetelności i realności kalkulacji ceny oferty. Nie zmienia tej oceny okoliczność, iż Tabela zawiera również pozycje: „inne koszty i opracowania projektowe", gdzie, jak stwierdził na rozprawie, Odwołujący przewidział rezerwę finansową w danym zakresie, jak też, że zawiera wypełnioną pozycję zysk. Brak wykazania prawidłowości kalkulacji poszczególnych pozycji, nie pozwala bowiem na ocenę realności także tych pozycji.

W odwołaniu Odwołujący przyznał, że nie wyszczególnił wszystkich pozycji, uzasadniając, iż wynika to z praktyki branżowej, zgodnie z którą drobne prace zostają ujęte w innych pozycjach, łącznie z innymi zadaniami. Tymczasem braki wyjaśnień oraz Tabeli nr 1 nie dotyczą tylko drobnych prac, lecz istotnych kwestii. Z doświadczenia życiowego wynika, że w przypadku usług projektowych wynagrodzenia stanowią istotny składnik cenotwórczy oferty, natomiast wyjaśnienia nie zawierają informacji, jaki konkretnie poziom wynagrodzeń został przyjęty w kalkulacji. Nie znajduje zatem potwierdzenia zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że w wyjaśnianiach wskazały elementy wpływające na wynagrodzenie pracowników z poszanowaniem przepisów dotyczących kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że skoro w wezwaniu Zamawiający odrębnie nie wskazał na konieczność wyjaśnienia kosztów podwykonawstwa, to Odwołujący zwolniony był z wyjaśnienia tych kosztów w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy. W sytuacji gdy, jak wyżej ustalono, Zamawiający bardzo wyraźnie wymagał przedstawienia wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto, to w sytuacji, gdy Wykonawca zamierzał korzystać z podwykonawstwa powinien koszty z tym związane oraz dowody na ich rzetelność przedstawić wraz z wyjaśnieniami, załączając do wyjaśnień oferty zebrane od potencjalnych podwykonawców. Wprawdzie na rozprawie, jako załączniki do złożonego ww. pisma, Odwołujący przedstawił szereg dowodów, w tym oferty, jednak Zamawiający nie dysponował

tymi dokumentami, a zatem nie mógł ich uwzględnić przy ocenie wyjaśnień. Jak natomiast wyżej wskazano, Izba dokonuje czynności oceny przez Zamawiającego otrzymanych wyjaśnień. W związku z tym dowody te należy uznać za spóźnione.

Nadto na rozprawie Odwołujący stwierdził, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości, to powinien ponownie wezwać go do wyjaśnień, wskazując w jakim zakresie złożone wyjaśnienia budzą jego wątpliwości. Zważywszy na treść wezwania do wyjaśnień oraz treść udzielonych wyjaśnień, która nie odpowiada na wyraźnie przedstawione oczekiwania Zamawiającego, nie można zgodzić się z takim stanowiskiem. Oznaczałoby to bowiem nierówne traktowanie wykonawców i w rzeczywistości oczekiwanie na złożenie nowych, tym razem pełnych wyjaśnień. Samo zasygnalizowanie w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu pewnych elementów jako uwzględnianych przy kalkulacji oferty, bez ich przedstawienia w sposób pełny i konkretny, powiązany z tym zamówieniem, jak też podanie w Tabeli określonych kwot, bez wykazania, co się na nie składa, nie oznacza, że w ten sposób powstały podstawy do wystąpienia o wyjaśnienia zawartej w nich treści. W okolicznościach sprawy uwzględnienie oczekiwań Odwołującego, oznaczałoby wystąpienie nie tyle o wyjaśnienia, co o uzupełnienie ich istotnych braków, a w efekcie złożenie nowych, tym razem pełnych, odpowiadających wezwaniu, wyjaśnień.

Również argumentacja Odwołującego, że Zamawiający skupił się na aspekcie szczegółowej wyceny kosztów pracy, podczas gdy SWZ tylko dla nielicznej grupy osób narzuca, jak ma dany personel być zatrudniony (pkt 6.2. OPZ), natomiast zważywszy na możliwy okres badania ofert, brak jest uzasadnienia dla utrzymywania zatrudnienia przez tak

długi okres czasu wszystkich dedykowanych do realizacji zamówienia pracowników, nie oznacza, że Wykonawca mógł wobec brzmienia wezwania do wyjaśnień, zrezygnować z wykazania, że przy kalkulacji ceny oferty uwzględnił realny poziom kosztów z tytułu wynagrodzeń wymaganego dla realizacji zamówienia także tego personelu.

Ad zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp

Art. 253 ust. 1 Pzp stanowi: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przepis ten przewiduje przekazywanie informacji wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Obecnie ustawa przewiduje zatem skumulowany obowiązek informacyjny. Tymczasem, jak wynika z ustaleń, Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego niezwłocznie po dokonaniu tej czynności, co nastąpiło przed dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący nie wykazał jednak, że w okolicznościach sprawy, zawiadomienie go o odrzuceniu jego oferty przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. To, że ewentualnie mógłby kwestionować czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, bez np. wskazania, że ma podstawy, choćby uprawdopodobnione, ku temu, aby twierdzić, że wybór ten miałby zostać dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, nie jest wystarczającą okolicznościom przemawiającą za istnieniem wpływu na wynik postępowania. Zgodnie natomiast z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Ad zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i odtajnienie informacji zawartych w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Stosownie do art. 11 ust. 2 przywołanej w ww. przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w treści: „ustawa znk.") przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że powyższe przepisy określą jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. jest zasadę jawności postępowania, a także wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Wykonawcy decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą się zatem liczyć z ujawnieniem przekazywanych przez siebie informacji. Dla skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawca musi wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca zastrzegający określone informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest zobowiązany odpowiednim terminie w sposób pełny i niebudzący wątpliwości wykazać, wypełnienie się ww. przesłanek, mający przy tym na uwadze zasadę minimalizacji utajnianych informacji. Zamawiający jest natomiast zobowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie otrzymanego uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Celem zastrzeżenia informacji nie może być jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zasadność wyprowadzonych przez zamawiającego wniosków. Nie jest rolą Izby dociekanie, czy zastrzeżone informacje obiektywnie mogą stanowić informacje podlegające ochronie, lecz to, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie wykazał w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia przy tym wymaga, że treść i zakres uzasadnienia przez wykonawcę poczynionego zastrzeżenia informacji przesądza o tym, czy zostały spełnione warunki dla uznania, że pomimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, zastrzeżone informacje mogą nie być ujawnione. Wykonawca zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych i nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w szczególności nie naruszać zasady uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów wypełniania przez niego wymagań zamawiającego.

W analizowanym postępowaniu Izba uznała, że Zamawiający przeprowadził analizę otrzymanych od Odwołującego pism, w tym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami ceny oferty i prawidłowo je ocenił, uznając, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego dokumenty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie wykazał, że podane przez niego informacje spełniają, tym bardziej, że obejmują także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, spełniają łącznie ww. przesłanki. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że uzasadnienie tego zastrzeżenia jest

ogólnikowe, nie zawiera informacji, co do których zostałoby wykazane przez Odwołującego, że posiadają one wartość gospodarczą, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów.

Zauważenia wymaga, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które, jak wyżej wskazano, są ogólnikowe. Dotyczy to także Tabeli nr 1. Stopień ogólności wyjaśnień nie pozwala na poznanie przez konkurencję wewnętrznego sposobu organizacji przedsiębiorstwa Odwołującego. Nie zostało wykazane, że mają one wartość gospodarczą. Sam fakt traktowania przez wykonawcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałby zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy uznk, zaś obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. Zamawiający musi natomiast otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby mógł właściwie ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informacje poddawana klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra „niematerialne"), co umożliwi ich obiektywna weryfikację przez zamawiającego. (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 października 2021 r. sygn. akt XXIII zs 53/21).

Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że wykorzystanie przez innego wykonawcę zastrzeżonych przez niego dokumentów posiada realna wartość gospodarczą, że da lub może dać temu wykonawcy wiedzę pozwalającą na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków. Wbrew stanowisku Odwołującego przedstawionemu na rozprawie, nie pozwalają one np. na przyjęcie, iż po zapoznaniu się z nimi konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać podwykonawców i ich stawki wynagrodzenia. Zauważenia przy tym wymaga, że na rozprawie Odwołujący złożył w poczet dowodów oferty podwykonawców bez zastrzeżenia ich poufności, zastrzegając poufność tylko co składanych dokumentów odnoszących się do Tabeli. Oznacza to, że nie traktuje takich ofert jako poufnych.

Nie można też podzielić stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu, że udowodnił, iż przedstawione w wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób. Odwołujący nie wykazał, że podjął określone działania niezbędne do zachowania poufności informacji zawartych w wyjaśnianiach, nie przedstawił dowodów np. w postaci wyciągów z wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania, czy dowodów na obowiązywanie klauzul poufności w odniesieniu do elementów wyjaśnień ceny. Nie wywiązał się zatem z obowiązku wykazania niejawnego charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....