

Sygn. akt: KIO 3225/21

## WYROK

z dnia 23 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 roku przez wykonawcę A.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Market Research World A.S. ul. Mastalerza 26/13 44-100 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale wykonawcy Atmoterm Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3225/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Market Research World A.S. ul. Mastalerza 26/13 44-100 Gliwice i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Market Research World A.S. ul. Mastalerza 26/13 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 3225/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa, Urząd m. st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00- 950 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przeprowadzenie inwentaryzacji źródeł ciepła występujących na obszarze całego m.st. Warszawy zgodnie z wymogami Uchwały nr 115/20 Sejmiku Województwa

Mazowieckiego z dnia 8 września 2020 r. w sprawie Programu ochrony powietrza dla stref w województwie mazowieckim, w których zostały przekroczone poziomy dopuszczalne i docelowe substancji w powietrzu". Numer postępowania : ZP/GP/271/II-128/21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletyn Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia 2021/BZP 00224781/01

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa” lub „Pzp”.

W dniu 30 października 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę A.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Market Research World A.S. w Gliwicach (dalej jako Odwołujący), od czynności z dnia 27 października 2021 Zamawiającego w postaci :

1. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej - w postaci oferty złożonej przez spółkę

Atmoterm S.A. , która to oferta zawiera cenę rażąco niską i której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

2. zaniechania odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy - Atmoterm S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo iż nie spełniały one warunków koniecznych dla zastrzeżeniach ich utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

Przedmiotowej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 224 ust. 6 PZP poprzez nieodrżucenie oferty Atmoterm S.A., w wyniku błędnego uznania, że skutecznie wykazał on, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo iż składowe oferty wykonawcy budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

3. art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez nieodrżucenie oferty Atmoterm S.A. pomimo, że jej oferta zawiera rażąco niską cenę, do czego doprowadziło zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

4. art. 16 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

5. art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne przyjęcie, że informacje i dokumenty zawarte w pismach Wykonawcy Atmoterm S.A. z dnia 25.10.2021 r. wraz z załącznikami stanowiące wyjaśnienia złożone na wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 PZP zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy Wykonawca nie udowodnił, by utajnione informacje zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa,

6. art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości oraz uchylene czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Atmoterm S.A. jako objętą wadliwością rażąco niskiej ceny i przystąpienia do dalszego badania ofert,

2) ewentualnie

1) uwzględnienie odwołania w całości oraz uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie przystąpienia do ponownego badania ofert w tym poprzez nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych przez spółkę Atmoterm S.A. wyjaśnień dotyczących ceny oferty, jako nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ofert składanych przez Wykonawcę Atmoterm S.A. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o tożsamym charakterze i zakresie koniecznych do przeprowadzenia czynności

inwentaryzacyjnych - na terenie miasta Garwolin, w gminie Konstancin Jeziorna

oraz na terenie Gminy Pułtusk na okoliczność ustalenia ceny jednostkowej wskazanej przez wykonawcę Atmoterm S.A. za dokonanie inwentaryzacji 1 punktu odbioru ciepła, a w konsekwencji zaoferowania przez Wykonawcę w nin. postępowaniu ceny rażąco niskiej,

3) zasądzenie zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w szczególności ma na to realną szansę, bowiem w postępowaniu złożone zostały 2 oferty. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku - spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W dniu 27 października 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za która została uznana oferta złożona przez wykonawcę Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu. Wykonawca, w ramach zadania zaoferował następujące ceny

- Przeprowadzenie skutecznej inwentaryzacji źródeł ciepła, o której mowa w pkt. 2.1.1.

lit.

- a) OPZ (punkty podłączone do sieci gazowej i ciepłowniczej) - 17 220,00 zł

- Przeprowadzenie skutecznej inwentaryzacji źródeł ciepła, o której mowa w pkt. 2.1.1.

lit.

- b) OPZ (punkty nie podłączone do sieci gazowej, ani ciepłowniczej) - 219 600,00 zł

- Przeprowadzenie skutecznej Analizy, o której mowa w pkt. 2.2 OPZ - 14 760,00 zł  
łącznie : 251 580,00 zł

Jednocześnie wskazać należy, iż Zamawiający wskazał w SIWZ, iż wartość zamówienia wynosi 691 121,95 zł netto, 850 080,00 zł brutto (w tym wartość zamówienia podstawowego: 578 095,12 zł netto, 711 057,00 zł brutto; maksymalna wartość opcji: 113 026,83 zł netto, 139 023,00 zł brutto).

Oferta spółki Atmoterm S.A. zawierała najniższą cenę spośród złożonych ofert. Druga oferta złożona w nin. postępowaniu tj. Oferta Wykonawcy Market Research World A.S. zaproponowała następujące ceny dla poszczególnych zadań :

- Przeprowadzenie skutecznej inwentaryzacji źródeł ciepła, o której mowa w pkt. 2.1.1.

lit.

- a) OPZ (punkty podłączone do sieci gazowej i ciepłowniczej) - 110 700,00 zł

- Przeprowadzenie skutecznej inwentaryzacji źródeł ciepła, o której mowa w pkt. 2.1.1.

lit.

b) OPZ (punkty nie podłączone do sieci gazowej, ani ciepłowniczej) - 369 000,00 zł -  
Przeprowadzenie skutecznej Analizy, o której mowa w pkt. 2.2 OPZ - 18 044,10 zł

łącznie : 497 744,10zł

Jak wynika z powyższego, w niniejszym postępowaniu spółka Atmoterm S.A. zaproponowała cenę prawie dwukrotnie niższą od kwoty, którą Miasto przeznaczyło na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający wezwał spółkę Atmoterm S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zastrzegł na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp, że dokumenty w postaci wyjaśnień zaoferowanej ceny oraz wszystkich załączników do wyjaśnień, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie mogą zostać ujawnione innym podmiotom niż Zamawiający.

#### I. Zarzut rażąco niskiej ceny

Na wstępie Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż przywołał w treści odwołania szereg orzeczeń zapadłych na poprzednim stanie prawnym, w szczególności w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oraz zastrzeżenia wyjaśnień w tym zakresie jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże przywołane orzeczenia zachowują aktualność na obecnie obowiązującym stanie prawnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp szczególne prawdopodobieństwo wystąpienia ceny rażąco niskiej zachodzi m.in. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu). Nadto norma z art. 224 ust. 3 Pzp określa następujące parametry, wg których należy dokonywać oceny pojęcia „ceny rażąco niskiej”:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Bezspornym również, pozostaje iż norma z art. 224 ust 1 Pzp na wzywanego Oferenta nakłada obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie nosi cech rażąco niskiej. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż „Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego

do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty" (vide orzeczenie KIO z 20.4.2017 r., KIO 681/17, Legalis)

W tym miejscu wskazuje Odwołujący, iż przed merytoryczną oceną zarzutu rażąco niskiej ceny, z uwagi na utajnienie złożonych przez Atmoterm S.A. wyjaśnień w tym zakresie zasadnym pozostaje analiza dopuszczalności i zgodności z przepisami Pzp podjętego przez Zamawiającego rozstrzygnięcia.

## II. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Jednocześnie przepisy ustawy PZP nie wyłączają możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

Nie można tracić z pola widzenia, iż utrwalone orzecznictwo nakazuje analizowanie każdorazowo takiego przypadku ad casum, z uwagi na ograniczenie jakie w tym zakresie dotyczą innych Oferentów (Uczestników postępowania)-vide kluczowa w tym zakresie uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2025 r. III CZP 74/05 oraz kolejne np. z 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17. W szczególności, że zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty lub dokumentów w trakcie postępowania stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach.

Przenosząc powyższe rozważania na płaszczyznę niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia wskazać przede wszystkim należy, iż w ocenie Odwołującego wbrew obowiązkom ustawy, nie udowodnił łącznego wystąpienia przesłanek wskazanych

w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co jest prawem wymagane (

vide wyrok KIO 1529/14). Podnieść należy, iż wyjaśnienia Atmoterm S.A., mają charakter ogólnikowy i sztamkowy, zaś ich treść w ocenie odwołującego mogłyby w równej mierze posłużyć uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym innym przypadku.

W szczególności wskazać należy na następujące okoliczności :

1. podkreślić należy, iż spółka Atmoterm S.A. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa wskazała, iż objęte są nią opisane w dokumentach „czynniki i okoliczności, które pozwalają wykonawcy zaoferować konkurencyjną cenę” nie wskazuje przy tym Wykonawca nawet czego owe czynniki i okoliczności dotyczą - których konkretnie czynników cenotwórczych;

2. wadliwość opisana powyżej w pkt 1 ma znaczenie o tyle, iż zgodnie z wymogami art. 18 ust 3 Pzp Atmoterm S.A. winien przedstawić stosowne dowody względem całego zespołu (grupy) informacji opisanych wyżej, czego jednak nie uczynił;

3. Wykonawca nie udowodnił również jaką wartość gospodarczą mają dla tego zastrzeżone informacje, to jest materialnej przesłanki z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) (dalej: „uznk”). Jak wskazano powyżej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma bardzo ogólnikowy charakter i odwołują się do gospodarczej aktywności Oferenta. Tymczasem ocen w tym zakresie należy dokonywać poprzez pryzmat postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym jednak kontekście Atmoterm S.A. nie przedstawiła żadnych twierdzeń.

W konkluzji przyjąć należy, iż uznanie za uzasadnione zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny, stanowi naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp -

przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób bezpodstawny zataił merytoryczną treść wyjaśnień, mimo że Wykonawca nie wykazał, aby jego oferta zawierała informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Rażąco niska cena oferty

Pomimo utajnienia wyjaśnień spółki Atmoterm S.A. w zakresie przyjętej ceny oferty stwierdzić należy, iż cena ta nosi cechy rażąco niskiej, w stosunku do zakresu zadania objętego zamówieniem publicznym.

Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (zob. wciąż aktualną w powyższym zakresie tezę z wyr. KIO z 7.12.2016 r., KIO 2115/16, KIO 216/16, Legalis)".

Cena oferty Atmoterm S.A. stanowi 36,5 % budżetu Zamawiającego.

Jednocześnie cena oferty Atmoterm S.A. stanowi 50,5% oferty Odwołującej

Zakres zadania - czynniki cenotwórcze:

Wskazać w tym miejscu należy na opis przedmiotu zamówienia, w szczególności jego najbardziej cenotwórczej części tj. Przeprowadzenia skutecznej inwentaryzacji źródeł ciepła, o której mowa w pkt. 2.1.1. lit. b) OPZ (punkty nie podłączone do sieci gazowej, ani ciepłowniczej), który to jest niezwykle szeroki, w szczególności w zakresie czynności koniecznych do podjęcia dla przeprowadzenia kontroli jednego tylko punktu adresowego, a wynika on bezpośrednio z załącznika nr 5 (str. 7) do uchwały nr 115/20 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 8 września 2020 r.

Wskazany powyżej zakres zadania obejmuje szczegółową inwentaryzację źródeł niskiej emisji - ogrzewania lokali mieszkalnych, handlowych, usługowych oraz użyteczności publicznej

w gminach województwa mazowieckiego oraz przekazywanie wyników inwentaryzacji Zarządowi Województwa Mazowieckiego, co istotne inwentaryzację należy wykonać i przekazać Zarządowi Województwa Mazowieckiego w terminie do dnia 31 grudnia 2021 r.

Przeprowadzona inwentaryzacja musi przy tym jednoznacznie wskazać wszystkie źródła ciepła w każdym lokalu lub budynku położonym na terenie gminy ogrzewanym indywidualnie, w tym w szczególności: mieszkalnym, handlowym, usługowym użyteczności publicznej. Szczegółowe dane dotyczące źródła ciepła powinny być zbierane w odniesieniu do wszystkich budynków/lokali posiadających indywidualne źródło ciepła (np. kocioł węglowy, kocioł gazowy). Inwentaryzacja winna obejmować także takie źródła ciepła jak kominki i inne miejscowe ogrzewacze pomieszczeń.

Preferowanymi metodami prowadzenia inwentaryzacji źródeł emisji są: metoda wywiadu bezpośredniego, metoda rejestrowa oraz metoda kombinowana. Metoda wywiadu bezpośredniego oparta jest na wypełnianiu formularza w formie papierowej lub elektronicznej przez reprezentanta gminy podczas oględzin, informacje muszą zostać pozyskane od użytkowników lokali lub budynków (np. najemców, właścicieli, zarządców) i spisane na podstawie bezpośredniego kontaktu.

Realizacja zadania możliwa jest także tzw. metodą kombinowaną, która jest

połączeniem metody rejestrowej z metodą wywiadu bezpośredniego. Polega ona na wykorzystaniu danych zgromadzonych w rejestrach administracyjnych i uzupełnienia ich za pomocą danych spisanych w wyniku bezpośredniego kontaktu. Dla lokali lub budynków, których użytkownicy uniemożliwili przeprowadzenie inwentaryzacji, za sposób ogrzewania uznaje się wykorzystanie najbardziej emisyjnego źródła bezklasowego (nieekologicznego). Jednakże uznanie źródła za bezklasowe powinno być poprzedzone dokonaniem wszelkich starań w celu stwierdzenia rodzaju źródła ciepła, np. poprzez zastosowanie innej metody.

Zwrócić należy także uwagę na szczegółowość wymaganych danych koniecznych do zebrania w zakresie każdego z lokali mieszkalnych - formularz obejmuje XX podpunktów, zaś dane nimi objęte niejednokrotnie wymagają od osoby ankietowanej dłuższej analizy, sprawdzenia danych wyszukania stosownej dokumentacji.

Oczywistym dla odwołującego jest, iż objęte zakresem ankiety dane, takie jak:

- a) rodzaj komory spalania (otwarta, zamknięta), jeśli jest znany,
- b) ekoprojekt (tak lub nie),
- c) urządzenie odpylające (jeśli tak, deklarowana sprawność urządzenia [%]),
- d) sprawność cieplna, jeśli jest znana,
- e) rok instalacji, jeśli jest znany,
- f) rok produkcji, jeśli jest znany,
- g) moc [MW], jeśli jest znana,
- h) źródło danych (z tabliczki znamionowej, z dokumentacji technicznej, inne - podać jakie),

których pełny wykaz został opisany w ww. uchwale Sejmiku Województwa, nie stanowi informacji, które mogą zostać wskazane przez ankietowanego z pamięci, musi on odszukać stosowne dokumenty dotyczące pieca, o ile takie nadal posiada, następnie w ich treści znaleźć wymagane informacje, ewentualnie dokonać oględzin pieca. Opisany zakres czynności wskazuje, iż przewidywany czas jaki należy poświęcić na przeprowadzenie ankiety w jednym lokalu to czas ok. pół godziny - w sytuacji gdy ankieter chce w sposób rzetelny i profesjonalny podejść do zakreślonego zadania, dążąc do uzyskania wszystkich

wskazanych informacji,

nie zaś jedynie przyjmując, iż pozostają one nieznanie osobie ankietowanej.

Nadto zwraca uwagę Odwołujący, iż zgodnym z zadaniami doświadczenia życiowego jest, że przeprowadzając ankietę na danym obszarze ankieter nie zastanie części lokatorów. W tej sytuacji przywołać należy wytyczną Zamawiającego zgodnie z którą, uznanie źródła za bezklasowe powinno być poprzedzone dokonaniem wszelkich starań w celu stwierdzenia rodzaju źródła ciepła, a tym samym samo stwierdzenie nieobecności nie kończy czynności, a wskazuje, iż zasadnym pozostaje przeprowadzenie kolejnej wizyty. W ocenie odwołującego czynności przeprowadzenia ankiety będzie musiała być powtórzona w ok. 1/3 lokali.

Mając na względzie, iż czas pracy jednego ankietera obejmować będzie maksymalnie 10 godzin pracy, będzie on w stanie wykonać dziennie zadanie w stosunku do 20 punktów adresowych, przy dokonaniu założenia, że wszyscy ankietowani będą dostępni na terenie nieruchomości. Dodać należy, iż na czas przeprowadzenia zadania wpływ ma sam fakt podjęcia nieskutecznej próby uzyskania danych, nadto należy konieczność przemieszczanie się po zakończonej ankiecie z punktu do punktu.

Czas na wykonanie zadania zakreślony został do dnia 31 grudnia 2021 r., jednocześnie należy uwzględnić, iż jest to okres świąt Bożego Narodzenia, co w sposób oczywisty zmniejsza ilość dni roboczych, które mogą zostać przeznaczone na wykonanie zadania. Przyjąć należy zatem, iż na wykonanie zadania przypadają będzie ok. 30 dni roboczych, zatem jeden ankieter w okresie wykonania zadania będzie w stanie wykonać ankietę w ok. 600 punktów adresowych.

Zatem dla realizacji zadania w całości koniecznym będzie praca ok. 25 ankieterów i to przy przyjęciu założenia, iż ankietowani będą obecni w lokalach mieszkalnych.

Dodać należy, iż w ocenie Odwołującego Wykonawca nie uwzględnił w zaoferowanej

cenie wykonania zadania kosztów stałych, takich jak minimalna stawka godzinowa pracownika tj. 18,30 zł brutto, dobowe normy czasu pracy 1 pracownika wynikające z kodeksu pracy, nadto rozległość terenu podlegającego pracom ankiety, a co za tym

idzie koszty paliwa,

jak również ewentualnego delegowania pracowników do miejsca wykonania zamówienia publicznego - tj. m. st. Warszawy, w tym kosztów ich ewentualnego zakwaterowania. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż spółka Atmoterm S.A. ma swoją siedzibę w Opolu, zaś

z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż nie będzie ona korzystać w wykonaniu zadania publicznego z podwykonawców.

Podkreśla Odwołujący, iż przedmiotem zamówienia publicznego, w zakresie mającym podstawowe znaczenie cenotwórcze, jest dokonanie skutecznej inwentaryzacji źródeł ciepła w 15 000 punktów adresowych. Cena brutto zaproponowana przez wykonawcę Atomterm S.A. za dokonanie inwentaryzacji jednego punktu wynosi 14, 64 zł brutto.

Mając zatem na względzie powyższe, przy założeniu realnych możliwości przeprowadzenia w ciągu godziny ankiety w zakresie objętym SWZ, w dwóch punktach adresowych przez jednego ankietera stwierdzić należy, przy uwzględnieniu kosztów stałych, takich jak wynagrodzenie pracownika, koszty dojazdu, koszty delegowania pracownika,

jak również wskazując na konieczność powtórzenia ankiety w miejscach w których nie zastano ankietowanego, przyjęta przez Atmoterm S.A. stawka wynagrodzenia za dokonanie inwentaryzacji jednego punktu, nie pozwalała na osiągnięcie przez spółkę zysku, jak również stawia pod znakiem zapytania możliwość pokrycia koniecznych kosztów dla przeprowadzenia czynności. Przywołane okoliczności wskazują, iż cena wskazana przez Odwołującego

nie pozwala na wykonanie zamówienia w sposób należyty i wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku, a zatem stanowi ona cenę rażąco niską.

Nie sposób w tym kontekście pominąć stawek podanych przez Wykonawcę Atmoterm S.A. w ofertach złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - objętego tak jak i przedmiotowe postępowanie Programem ochrony powietrza dla stref w województwie mazowieckim o tożsamym charakterze i zakresie koniecznych do przeprowadzenia czynności inwentaryzacyjnych - tj. inwentaryzacji źródeł ciepła

w następujących miejscach :

1. na terenie miasta Garwolin (2020r.), gdzie podana stawka wynosi 60,00 zł brutto za punkt
2. w gminie Konstancin Jeziorna - gdzie podana stawka wynosi ok. 26,44 zł brutto punkt
3. w gminie Pułtusk - gdzie podana stawka wynosi 46, 27 zł brutto za punkt.

Wskazuje Odwołujący, iż rozbieżność pomiędzy zaoferowaną w niniejszym postępowaniu stawką za inwentaryzację jednego punktu, a stawkami oferowanymi przez tego samego wykonawcę w postępowaniach objętych tożsamym zakresem czynności stwierdzić należy, iż nierealnym jest wykonanie zamówienia publicznego przy przyjęciu stawki zaoferowanej przez spółkę Atmoterm S.A.

### III. Zarzut braku odrzucenia oferty

Dla Odwołującego się bezspornym pozostaje, iż całościowa i kompleksowa analiza oferty Atmoterm S.A. poszerzona o analizę cen oferowanych w innych postępowaniach o tożsamym zakresie pozwala w sposób niebudzący wątpliwości na przyjęcie, iż oferta Atomterm S.A. dotknięta jest wadliwością rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji oferta wskazanego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp.

#### IV. Zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W ocenie Odwołującego zarzut naruszenia prawa to jest art. 7 ust 1 i 3 PPzp aktualizuje się poprzez dokonanie wyboru oferty Atmoterm S.A., jako oferty

najkorzystniejszej

i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą. Nie może być bowiem najmniejszych wątpliwości, iż Zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W szczególności, że zamówienie winno być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, które nakazują wybór oferty najkorzystniejszej

na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 5 listopada 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Atmoterm S.A. z siedzibą w Opolu (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 16 listopada 2021 r. złożył „Odpowiedź na Odwołanie”, w której poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz poddał pod rozagę Izby możliwość umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż wobec unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dalsze postępowanie odwoławcze stało się „z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”.

W dniu 18 listopada 2021 r. Przystępujący złożył „Pismo Przygotowawcze Głaszającego Przystąpienie”, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 18 listopada 2021 r. Odwołujący złożył pismo, w którym wniósł o:

- 1) odroczenie wyznaczonego na dzień 19 listopada 2021 r. terminu rozprawy, nadto, na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku
- 2) przychylił się do wniosku Zamawiającego w przedmiocie umorzenia postępowania na podstawie art. 568 par. 2 pkt. 2 Pzp, i
- 3) wniósł o zwrot uiszczonej opłaty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż od czynności Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania nie upłynęły jeszcze terminy do zaskarżenia ww. czynności. Jednocześnie przedmiotem rozpoznania Izby w niniejszym postępowaniu pozostają ściśle zarzuty podniesione w złożonym przez Odwołującego odwołaniu, zaś w sprawie na obecnym etapie znaczenie kluczowe ma czynność Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne

przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego oraz Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, wskazując, iż w okolicznościach sprawy nie upłynął jeszcze termin na złożenie środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, spór pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym nie utracił swojego bytu, bowiem w przypadku wniesienia odwołania na czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą Izba uznałaby za czynność dokonaną z naruszeniem prawa, toczący się między stronami spór, nadal pozostanie aktualny.

Nie zaistniały zatem przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego określone w art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którymi Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej

przyczyny zbędne

lub niedopuszczalne.

Izba nie uwzględniła również wniosku Zamawiającego i Przystępującego, których zdaniem stanowisko Odwołującego, który przychylił się do Zamawiającego co do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, należy odczytać jako równoznaczne z cofnięciem odwołania. Izba wskazuje, że oświadczenie o cofnięciu odwołania jest czynnością Odwołującego, która w swej treści musi być jednoznaczna, nie może budzić żadnych wątpliwości, co do stanowiska Odwołującego. Cofnięcie odwołania nie może być czynnością dorozumianą i wyprowadzaną z innej treści poprzez jej interpretację. Ponadto,

w ocenie Izby, z oświadczenia złożonego przez Odwołującego pismem z dnia 18 listopada 2021 r. nie wynika intencja Odwołującego co do cofnięcia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Atmoterm S.A., w wyniku błędnego uznania, że skutecznie wykazał on, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo iż składowe oferty wykonawcy budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 6 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.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą KIO i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulegają wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla, że wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Przystępującego zostały zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, wobec powyższego Izba nie może przywoływać ich treści. Jednakże, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny, a także sposób jej kalkulacji, przy uwzględnieniu zastosowanej przez Przystępującego metody potwierdzają, że zaoferowana cena na poziomie wskazanym w ofercie jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący stawia zarzut wyłącznie w oparciu o zastosowaną przez siebie metodę prowadzenia inwentaryzacji, zakładając iż jest ona punktem odniesienia do oceny oferty Przystępującego, w zakresie założeń i metody, na podstawie których Przystępujący zamierza realizować zamówienie. Odwołujący jednak całkowicie pomija okoliczność,

iż w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dopuścił stosowanie różnych metod prowadzenia inwentaryzacji, a także dopuścił możliwość ich łączenie. Nie określił również

czasu ani zakresu zastosowania konkretnej metody, w przypadku gdy wykonawca zamierza

realizować zamówienia w oparciu o metodę kombinowaną.

Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego w postaci ofert Przystępującego złożonych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że nie jest znany przedmiot zamówienia powyższych postępowań, ich zakres, termin realizacji ani zastosowana metoda prowadzenia inwentaryzacji. Odniesienie się przez Odwołującego wyłącznie do innych niż w analizowanym postępowaniu stawek brutto za punk, nie może stanowić dowodu, podważającego zasadność zaoferowanej przez Przystępującego, w tym postępowaniu ceny.

Reasumując, w ocenie Izby informacje przedstawione Zamawiającemu w ramach wyjaśnienia ceny, pozwoliły na wykazanie, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną realną, uzasadniły sposób jej obliczenia odpowiadający przyjętej metodzie inwentaryzacji, co czyni powyższy zarzut niezasadnym.

Powyższy zarzut bezpośrednio związany jest z zarzutem dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, do czego doprowadziło zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Powyższy zarzut Izba również uznała za niezasadny.

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

Dla rozpoznania powyższego zarzutu, Izba przywołuje wyżej przedstawioną argumentację, właściwą dla oceny zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp. Ponadto

podkreśla, iż w związku z brakiem uzasadnienia stawianego zarzutu, zgodnie z którym Zamawiający nie dokonał całościowej i kompleksowej analizy oferty Przystępującego, oraz wobec braku jakiegokolwiek argumentacji potwierdzającej naruszenie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z przywołanego przepisu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaferowanej ceny realizacji usługi i oparcie wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaferowanej ceny.

Izba wskazuje, że zarzut Odwołującego oparty jest wyłącznie na przypuszczeniach i własnych domysłach, bowiem wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego skutecznie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a ich treść nie jest znana Odwołującemu.

Ponadto, zarzut nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonej dokumentacji postępowania.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku oraz zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

poprzez błędne przyjęcie, że informacje i dokumenty zawarte w pismach Wykonawcy Atmoterm S.A.

z dnia 25 października 2021 r. wraz z załącznikami stanowiące wyjaśnienia złożone na wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy Wykonawca nie udowodnił, by utajnione informacje zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazać należy na niezasadność zarzutów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 18 ust 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 o ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując

czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaferowana 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.

Ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. W ocenie Izby złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty z dnia 25 października 2021 r. spełniały wymogi dla ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Przystępujący wskazał na wszystkie elementy wymagane dla stwierdzenia, że zastrzeżone informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie określa art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący odniósł się do modelu organizacyjnego przedsiębiorstwa, który ma dla niego wartość gospodarczą, przekładającą się bezpośrednio na możliwość zaoferowania ceny konkurencyjnej. Wskazał, że w zastrzeżonych dokumentach opisał czynniki i okoliczności, pozwalające mu na zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Okoliczności te zostały wypracowane w toku długiego okresu prowadzenia działalności i realizacji podobnych umów, stanowią jego „know-how” i decydują o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Przystępujący wykazał, że powyższe informacje i okoliczności stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności poprzez odniesienie się do metodologii wyliczenia ceny. Odniósł się również do braku powszechnej znajomości tych informacji a także wskazał jakie podjął działania w celu utrzymania ich w poufności oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności poprzez odniesienie się do metodologii wyliczenia ceny. Dopelnienie powyższych wymogów stanowi element niezbędny, konieczny do objęcia informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izb wskazuje, że wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania, że zastrzeżonym informacjom walor taki przypisuje, ani udowodnienia ich wartości gospodarczej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który nie stanowi o udowodnieniu, a jedynie o wykazaniu. Nie można zatem nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż te, które wynikają z treści samego przepisu.

Ponadto, odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie informuje jaką wartość gospodarczą mają dla Przystępującego zastrzeżone informacje, Izba wskazuje, że skoro zastrzeżone informacje referują

do zastosowanej metodologii wyliczenia ceny, przyjętego modelu organizacyjnego, które

wynikają z doświadczenia przy długoletniej realizacji podobnych umów i stanowią know-how wykonawcy, to mają one wymierną wartość gospodarczą, bowiem wpływają na konkurencyjność wykonawcy na rynku oraz mają bezpośrednie przełożenie na jego

przychody.

Powyższe okoliczności pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający nie miał podstaw, by zastrzeżenie uznać za nieskuteczne i udostępnić rzeczne informacje Odwołującemu.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp jest zatem całkowicie niezasadny.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 11 ust. 4 uznk, którego uzasadnienie przedstawione przez Odwołującego, w żaden sposób nie znajduje przełożenia na naruszenie przesłanek wynikający z treści przepisu.

Reasumując, powyższe zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Twierdzenie Odwołującego, że złożenie oferty Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnieniu innym wykonawcom dostępu do rynku, a także że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem art. 16 ust. 1 Pzp, tj. z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako oferty podlegającej odrzuceniu, należy uznać za chybione.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....