Sygn. akt: KIO 464/22

WYROK

z dnia 14 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg

i Mostów w Bytomiu

przy udziale wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie części zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego zaniechania udostępnienia dokumentów w postaci JEDZ, dowodu wniesienia wadium oraz uzasadnienia objęcia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania oraz w pozostałym zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu Gminie Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie: wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMAR M. K. z siedzibą w Stanicy wraz z załącznikami, oraz załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę J. W. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu,

3. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie w części 1/3 i zamawiającego - Gminę

Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu w części 2/3 i:

4.1. 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,

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy), tytułem zwrotu części wpisu oraz kosztów pełnomocnika,

4.3. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie na rzecz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy), tytułem zwrotu części kosztów pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 464/22

Zamawiający Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.4.2025" - zadanie 2. Numer referencyjny: DNP.260.35.2021.PN.U. Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 146-387473.

W dniu 21 lutego 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty wykonawcy J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (dalej jako „W.") jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechaniu odrzucenia tej oferty, a także zaniechaniu udostępnienia dokumentów wyspecyfikowanych w odwołaniu złożonych w toku postępowania przez wykonawców J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu oraz M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. z siedzibą w Stanicy (dalej zwany DROMAR).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 , art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez

zaniechaniu czynności odrzucenia oferty W. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, na skutek zaangażowania wskazanych zasobów technicznych w inne przedsięwzięcie gospodarcze wykonawcy W. to jest z uwagi na uwarunkowania kontraktowe wynikające ze zobowiązania zaciągniętego wcześniej wobec innego zamawiającego, które gwarantują temu zamawiającemu wyłączność użycia pojazdu wskazanego w punkcie 10 Wykazu co całkowicie wyklucza użycie tych zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia i stanowi samodzielną podstawę do uznania przez Zamawiającego że W. nie posiada zdolności technicznej do wykonania zamówienia, co nie może zostać konwalidowane poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów albowiem W. wpisując ten pojazd do wykazu maszyn i urządzeń dla przedmiotowego postępowania wprowadził Zamawiającego w błąd co do możliwości potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, zaś informacja nieprawdziwa nie może podlegać konwalidacji i zostać

zastąpiona informacją prawdziwą;

2. art. 74 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 , ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności udostępnienia dokumentów złożonych przez W. wraz z ofertą to jest JEDZ oraz dowodu wniesienia wadium a także załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez W. oraz uzasadnienia objęcia tych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa co odebrało Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego ze szczególnym uwzględnieniem oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez W., co może mieć znaczenie dla ustalenia czy oferta tego wykonawca podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej.

3. art. 74 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 , ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności udostępnienia załączników do uzasadnienia objęcia wyjaśnień ceny DROMAR tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo, że takiej tajemnicy nie stanowią, zaś DROMAR w ogóle nie uzasadnił objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa a także zaniechaniu udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny DROMAR pomimo faktu, że DROMAR nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą co jest warunkiem koniecznym uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniechanie Zamawiającego odebrało Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego ze szczególnym uwzględnieniem oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez DROMAR, co może mieć znaczenie dla ustalenia czy oferta tego wykonawca podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Odrzucenie oferty W. z uwagi na niespełnienie warunków;

3. Udostępnienia dokumentów stanowiących załączniki do oferty W., załączników do

wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez tego wykonawcę a także wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez DROMAR oraz wszystkich załączników do uzasadnienia objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał:

W dniu 11 lutego 2022 roku Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania.

Zamawiający wybrał ofertę W. . Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty ani nie wykluczył żadnego z wykonawców.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 , art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WIECZOREK z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, na skutek zaangażowania wskazanych zasobów technicznych w inne przedsięwzięcie gospodarcze wykonawcy W. to jest z uwagi na uwarunkowania kontraktowe wynikające ze zobowiązania zaciągniętego wcześniej wobec innego zamawiającego, które gwarantują temu zamawiającemu wyłączność użycia pojazdu wskazanego w punkcie 10 Wykazu co całkowicie wyklucza użycie tych zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia i stanowi samodzielną podstawę do uznania przez Zamawiającego że W. nie posiada zdolności technicznej do wykonania zamówienia, co nie może zostać konwalidowane poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów albowiem W. wpisując ten pojazd do wykazu maszyn i urządzeń dla przedmiotowego postępowania wprowadził Zamawiającego w błąd co do możliwości potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, zaś informacja nieprawdziwa nie może podlegać konwalidacji i zostać zastąpiona informacją prawdziwą, Odwołujący wskazał.

W Rozdziale VII punkcie 2.4 litera c) SWZ Zamawiający opisał warunek warunku udziału w postępowaniu dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego. Żądał między innymi dysponowania pojazdami wyposażonymi w pług czołowy i urządzenie sypiące, o ciężarze całkowitym do 2,5 Mg w ilości 3 sztuk (ostatni wiersz tabeli). Pod tabelą Zamawiający umieścił uwagę. Odwołujący podał, że w drugim akapicie tej uwagi określił sposób dysponowania zasobami w toku realizacji zamówienia: „Zamawiający informuje, iż sprzęt wykazany w ofercie Wykonawcy - Wymagany sprzęt - wykaz w wymaganej jakości i ilości, nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych Zamawiających lub dla usług świadczonych na innych kontraktach w momencie w którym powinien być wykorzystywany u Zamawiającego. W przypadku kiedy sprzęt ten nie musi „pracować" u Zamawiającego może być wykorzystywany do usług świadczony u innych Zamawiających lub na innych kontraktach." Odwołujący stwierdził, że powyższe musi zatem być odczytywane w ten sposób, że za posiadanie określonej zdolności technicznej może zostać uznane tylko takie dysponowanie sprzętem, że sprzęt ten (wskazany przez wykonawcę w odnośnym Wykazie), „w wymaganej jakości i ilości, nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych Zamawiających lub dla usług świadczonych na innych kontraktach w momencie w którym powinien być wykorzystywany u Zamawiającego." W celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku w punkcie 10 tabeli Załącznika nr 6 do SWZ, „Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia" W. wskazał trzy ciągniki rolnicze o numerach rejestracyjnych: SY 3251, SY 3734, SY 4326. Odwołujący oświadczył, że jeden z wskazanych w „Wykazie" ciągników rolniczych, to jest ciągnik o numerze rejestracyjnym SY 3734 nie może zostać uznany z spełniający warunek udziału w postępowaniu w jego pełnym rozumieniu, to jest jako sprzęt, który nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych Zamawiających lub dla usług świadczonych na innych kontraktach w momencie w którym powinien być wykorzystywany u Zamawiającego. Odwołujący podał, że ciągnik ten został „zaoferowany" do użycia dla Miasta Chorzów w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Letnie i zimowe utrzymanie jezdni ulic na terenie miasta Chorzowa" Wykonany według wzoru Załącznika nr 9 do SWZ dla powyższego postępowania, Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, w punkcie 9 zawiera zapisy mówiące o ciągniku numer SY 3734, wskazanym obecnie dla Miasta Bytomia. Odwołujący wskazał, że sprzęt ten jest objęty ograniczeniami wynikającymi z umowy numer 47/2021 zawartej w dniu 21 grudnia 2021 roku pomiędzy Miastem Chorzów a Konsorcjum w skład którego wchodzi Odwołujący i W. . Umowa ta w § 4 ust. 2 zobowiązuje do wykorzystywania wskazanego tam sprzętu wyłącznie na potrzeby realizacji usług objętych tą umową: „3. Wykonawca zobowiązuje się, że w czasie trwania Zadania 2, sprzęt do zimowego utrzymania zawarty w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do niniejszej umowy do realizacji Zadania 2, tj. pługopiaskarki, pojazdy o DMC do 3,5t przystosowane do przewozu rzeczy i osób oraz ciągniki (pojazdy wskazane pod pozycją 1,2 oraz 5 tabeli nr 1 punktu VII.1.3) lit. c) SWZ) będzie wykorzystywany przez Wykonawcę wyłącznie na potrzeby realizacji usług objętych niniejszą umową." Odwołujący stwierdził, że powyższe oznacza, że W. w chwili składania Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, był zobowiązany do utrzymywania ciągnika rolniczego o numerze rejestracyjnym SY 3734, wyłącznie dla potrzeb realizacji umowy z Miastem Chorzów. Wskazując zatem na przepis art. 116 ust 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że wobec całkowitego braku możliwości użycia ciągnika o numerze SY 3734 dla realizacji zamówienia Zamawiający powinien stwierdzić, że W. nie posiada wymaganej zdolności technicznej do realizacji zamówienia na „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.4.2025" - zadanie 2. Za tym, koniecznym jest stwierdzenie, że W. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Co ważne, z treści złożonego wykazu wynika co innego, że W. warunki spełnia. Zachodzi zatem przypadek wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do faktu spełniania warunków. Jakkolwiek Zamawiający nie przewidział odrębnej przesłanki wykluczenia wykonawców z tego powodu, to sam fakt podania informacji nieprawdziwej wywołuje ten skutek, że brak jest możliwości zamiany takiej nieprawdziwej informacji na informację prawdziwą. To zaś wywołuje konieczność odrzucenia oferty W. bez stosowania procedury opisanej w art. 128 ustawy. Za takim rozwiązaniem opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku KIO 1036/19 Izba podzieliła stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, że w trybie art. 26 ust 3 Pzp czy art. 87 ust 1 Pzp nieprawdziwej informacji nie można zastępować informacją prawdziwą Pzp. Jeżeli wykonawca podał choćby lekkomyślnie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy odnośnie tego, co miało zostać wykazane lub ocenione. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku czy zgodność z opisem przedmiotu zamówienia, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Odwołujący podniósł, że podobnie w wyroku sygn. akt 879/21 stwierdzono, że zgodnie z wielokrotnie wyrażonym w orzecznictwie Izby stanowiskiem nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na wynik

postępowania, nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Odwołujący wskazał, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp mówi o konieczności wzywania do uzupełnienia informacji niekompletnych lub zawierających błędy. Wykaz złożony przez wykonawcę W. nie zawiera błędów i jest kompletny. Wobec powyższego przepis art. 128 ust. 1 nie ma do niego zastosowania. Nie zmienia to faktu, że W. nie posiada zdolności technicznej do realizacji zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem Jego oferty. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że zaniechawszy odrzucenia oferty W., Zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 1 , art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 , ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności udostępnienia dokumentów złożonych przez W. wraz z ofertą to jest JEDZ oraz dowodu wniesienia wadium a także załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez W. oraz uzasadnienia objęcia tych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa co odebrało Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego ze szczególnym uwzględnieniem oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez W., co może mieć znaczenie dla ustalenia czy oferta tego wykonawca podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej, Odwołujący wskazał.

W odpowiedzi na złożony przez Odwołującego wniosek o udostępnienie ofert oraz sukcesywne udostępnianie załączników do Protokołu postepowania, Zamawiający wraz z ofertą W. nie przesłał JEDZ tego wykonawcy oraz dowodu wniesienia wadium.. W. nie zastrzegł żadnej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podał, że wraz z ofertą W. złożył dokument pod nazwą „Informacje potwierdzające zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa". Odwołujący stwierdził, że dokument ten nie wskazuje żadnych konkretnych informacji, których miałby dotyczyć, nie zawiera żadnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej oraz jej wielkości. Nie może zatem znaleźć zastosowania jako uzasadnienie objęcia jakiejkolwiek informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że zważywszy na treść oświadczenia w punkcie VIII Formularza oferty, nie może dotyczyć żadnej informacji składanej wraz z ofertą. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że ani dokument JEDZ, ani tym bardziej dowód wniesienia wadium, nie zawierają żadnych informacji , które z racji swej natury mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem nieudostępnienie złożonych wraz z ofertą dokumentów JEDZ oraz dowodu wniesienia wadium naruszyło przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów. Pismem z dnia 23 grudnia 2021 roku, W. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W ich treści zawarł zapisy wskazujące na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do tych wyjaśnień. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu żadnego uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem przepis art. 18 ust. 3 ustawy stanowi, że: „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." Odwołujący ocenił, że zarówno czynność zastrzeżenia jak również czynność uzasadnienia i wykazania, powinny mieć miejsce wraz z przekazaniem informacji. Nie można było zatem przyjąć za wywierający skutek dla uznania złożenia owego uzasadnienia i wykazania, dokumentu pod nazwą „Informacje potwierdzające zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa", złożonego wraz z ofertą. Po pierwsze nie został on złożony wraz z wyjaśnieniami ceny zaś po drugie informacji tych nie dotyczył. Sama treść tych „Informacji potwierdzających" niczego w gruncie rzeczy nie potwierdza ani nie dotyczy. Brak odniesienia do jakichkolwiek okoliczności faktycznych w tym wskazania konkretnych informacji zastrzeżonych, których miałyby dotyczyć. Brak także wskazania oraz wykazania, że odnośne informacje posiadają dla W. wartość gospodarczą. Wobec braku uzasadnienia objęcia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący podniósł, że żadna z tych informacji nie została skutecznie objęta ochroną. Odwołujący stwierdził, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie wiąże zakaz ujawniania informacji z obowiązkiem złożenia przez zainteresowanego uzyskaniem ochrony swoich informacji wykonawcy, wraz z przekazaniem takich informacji dowodów, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa („wykazał"), czego W. nie uczynił. Za tym, informacje W. jako nieskutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tajemnicy takiej stanowić nie mogą. Jako jawne, powinny zostać Odwołującemu bezzwłocznie udostępnione. Odwołujący podniósł, że rzecz ma się podobnie w przypadku, gdyby okazało się, że W. złożył

uzasadnienie i objęcia załączników do wyjaśnień ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz Zamawiający informacji tych Odwołującemu nie udostępnił. Samo uzasadnienie i wykazanie, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, takiej tajemnicy nie stanowi i podlega udostępnieniu co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy art. 74 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 , ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy.

Odnośnie naruszenia przepisu art. 74 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 , ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 16 pkt 1 ustaw Pzp, poprzez zaniechanie czynności udostępnienia załączników do uzasadnienia objęcia wyjaśnień ceny DROMAR tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo, że takiej tajemnicy nie stanowią, zaś DROMAR nie w ogóle uzasadnił objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa a także zaniechaniu udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny DROMAR pomimo faktu, że DROMAR nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą co jest warunkiem koniecznym uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że zaniechanie Zamawiającego odebrało mu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego ze szczególnym uwzględnieniem oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez DROMAR, co może mieć znaczenie dla ustalenia czy oferta tego wykonawca podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej. Odwołujący podał, że pismem z dnia 22 grudnia 2021 roku, DROMAR złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W treści udostępnionego Odwołującemu pisma, DROMAR zawarł uzasadnienie objęcia wyjaśnień ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. Do uzasadnienia załączył między innymi: - Oświadczenie o zachowaniu tajemnicy zawodowej i poufności informacji; - Polityka bezpieczeństwa informacji w

DROMAR. Oświadczył przy tym, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że powyższe załączniki, jako stanowiące treść uzasadnienia objęcia tajemnicą innych informacji, same tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie mogą. Po pierwsze ich treść warunkuje możliwość dokonania oceny zasadności objęcia tajemnicą innych informacji, zaś po drugie brak jest nawet wzmianki o tym, czy posiadają one wartość gospodarczą. Nawet stosując uzasadnienie posiadania przez informacje wykonawcy wartości gospodarczej, zawarte na stronie 2 przedmiotowego pisma, gdzie DROMAR oparł się na wyroku Sądu Najwyższego, nie sposób wywieść jakie to darmowe korzyści i przewagi mieliby uzyskać konkurujący wykonawcy na skutek zapoznania się z oświadczeniem o zachowaniu tajemnicy czy polityką bezpieczeństwa. Wartości gospodarczej w tym przypadku brak. Zamiast tego wprowadzona została blokada dostępu do informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie mogą. Przechodząc do oceny uzasadnienia objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący podniósł, że uzasadnienie to nie zawiera żadnych elementów dowodowych w odniesieniu do posiadania przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO 501/20 wskazała, iż w "ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, Odwołujący stwierdził, że aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust.2 uznk". Zatem aby informację można było uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, koniecznym jest nie tylko stwierdzenie, że posiada ona wartość gospodarczą, ale także wykazanie tego faktu w treści uzasadnienia. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wiąże bowiem możliwość uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa z obowiązkiem wykazania a zatem udowodnienia, że informacja taką tajemnicę stanowi. DROMAR ograniczył się do ogólnikowej argumentacji wskazując na orzeczenie Sądu Najwyższego, definiujące ogólnie wartość gospodarczą, jednak nie odnoszące się do tego konkretnego przypadku. Tymczasem samo określenie „wartość gospodarcza” wiąże się z określoną wagą pieniężną. Tę wagę pieniężną, która miałaby stanowić stratę DROMAR i odwrotnie dawać zysk innym wykonawcom, należałoby nie tylko wskazać ale także udowodnić. Takie działania nie zostały przez DROMAR podjęte. Odwołujący przywołała wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2339/19, w którym Izba wskazała, iż „W ocenie Izby nie została wykazana również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Za niewystarczające należy uznać opieranie przekonania o wartości gospodarczej danej informacji wyłącznie na ogólnych pozbawionych uzasadnienia danych wskazanych przez wykonawcę. Informacje podawane przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być obiektywnie możliwe do weryfikacji, a nie wynikać z subiektywnego przekonania wykonawcy". Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez DROMAR, Odwołujący ocenił, przez pryzmat wyroku KIO z 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20, iż "ogólnikowe i enigmatyczne wywody poprzedzające właściwe wyjaśnienia nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej, są typową nowomową stosowaną przez wykonawców dla uzasadnienia utajnienia całych dokumentów w sytuacji, gdy nie są w stanie zidentyfikować informacji, które rzeczywiście mają dla nich

wartość gospodarczą". Dalej Odwołujący wskazał, w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19), iż: "Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski." Podsumowując, Odwołujący wskazał na tezy z wyroku Izby z dnia 25 września 2020 roku sygn. akt KIO 2123/20 gdzie: „Izba jednoznacznie wskazuje, że istnieje potrzeba udowodnienia, także w zakresie wartości gospodarczej przychyla się w tym zakresie do wyroku KIO wyroku KIO z 07.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1471/18, jak i generalnie konieczności dowodzenia (wykazania) wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa za wyrokiem KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: "(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie - fragmentu, wyciągu, pierwsza strona, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności. Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: "Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych - plik wideo z 21.03.2014 r. - plik wideo z 10.VII.2014 r."., czy też wyrokiem KIO z 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 477/20: "(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże".

Izba podkreśla, że taką podstawa może być informacja w ofertach podwykonawców o szczególnych relacjach łączących podwykonawcę z Odwołującym, czy też niestandardowym charakterze ceny zawartej w ofercie podwykonawcy.” Odwołujący stwierdził, że nie można zatem uznać, że złożone za pismem z dnia 22 grudnia 2021 roku uzasadnienie objęcia wyjaśnień ceny tajemnicą przedsiębiorstwa wyczerpuje wymagania art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Za tym, informacje DROMAR jako nieskutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tajemnicy takiej stanowić nie mogą. Jako jawne, powinny zostać Odwołującemu bezzwłocznie udostępnione. Zamawiający naruszył przepisy art. 74 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 , ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 8 marca 2022 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie:

1) w całości zarzutu nr 1 odwołania,

2) w części zarzutu nr 2 odwołania w zakresie zaniechania czynności udostępnienia dokumentów złożonych przez pana J. W., prowadzącego działalność pod firmą: J. W., Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, wraz z ofertą to jest: dokumentu JEDZ, dowodu wniesienia wadium, uzasadnienia objęcia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto Zamawiający wnosił o:

1) oddalenie odwołania w opisanej powyżej części dot. zarzutu nr 2 oraz zarzutu nr 3 odwołania,

2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji Zamawiającego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (dalej Wieczorek lub Przystępujący).

Wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego Przystępujący w dniu 9 marca 2022 r. złożył pismo, w którym wskazał, że w związku z otrzymaną w dniu 8.03.2022 r. odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego, w której Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, na podstawie art. 523 ust. 1 wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu oraz wnosi o oddalenie odwołania.

Postępowanie odwoławcze w zakresie części zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego zaniechania udostępnienia dokumentów w postaci JEDZ, dowodu wniesienia wadium oraz uzasadnienia objęcia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu podlegało umorzeniu. Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w ww. zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i częściowo zarzutu nr 2 odwołania. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględniania przez Zamawiającego zarzutu nr 1 odwołania, nie wniósł natomiast sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutu nr 2 odwołania. Wobec powyższego, uwzględnienie części zarzutu nr 2 odwołania stało się skuteczne. Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Ponadto w niniejszej sprawie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający uwzględnił zarzut nr 2 m.in. odnośnie uzasadnienia objęcia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, w związku z tym, umorzenie postępowania w tym zakresie było konieczne tak jak konieczne jest udostępnienie tego dokumentu przez Zamawiającego innym wykonawcom.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, złożonych ofert, wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawcy Przystępującego oraz do wykonawcy DROMAR, oraz

wyjaśnień ww. wykonawców udzielonych za pismami z dniu 22 i 23 stycznia 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania. Skład orzekający Izby poddał analizie również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, sprzeciwie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 marca 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdziale VII Warunki udziału w postępowaniu SWZ, Zamawiający wskazał:

1. „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają

wykluczeniu, na zasadach określonych w Rozdziale VIII SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

2. Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego spośród warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy (...):

2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że:

c) dysponuje lub będzie dysponował następującymi narzędziami i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, w szczególności co najmniej w ilościach wskazanych poniżej:

Wymagany sprzęt — wykaz:	Ilość w sztukach
zamiatarka uliczna ssąca z możliwością zwilżania zamiatanych powierzchni z opcją uniemożliwiającą wtórne zapylenia środowiska — szerokość zamiatania min. 2 300 mm o wydajności nie mniej niż 15.000 m^2/h	2
samojezdna zamiatarka mechaniczna ze szczotkami obrotowymi oraz możliwością zwilżania zamiatanych powierzchni typ lekki	2
zamiatarki mechaniczne chodnikowe (pchane)	4
samochód polewaczka o minimalnej pojemności zbiornika 6 m, wyposażony w pompy, polewaki, listwę zraszającą oraz przyłącza do hydrantu. Zamawiający oczekuje, że ulice będą polewane na całej szerokości i długości jezdni	
samochód polewaczka o dopuszczalnej masie całkowitej do 2,5ton i pojemności zbiornika wody do 2 m , wyposażony w pompy, polewaki, listwę zraszającą oraz przyłącza do hydrantu Zamawiający oczekuje, że polewane ulice będą na całej szerokości jezdni	1
kosiarki samojezdne lub ciągnikowe	3
kosiarki mechaniczne	3
Podkaszarki	3
pługosolarka z pługiem czołowym o ładowności zasobnika do soli drogowej lub piasku od 3,0 do Mg	5
pojazd wyposażony w pług czołowy i urządzenie sypiące, o ciężarze całkowitym do 25M	3

UWAGA:

Każdy z samochodów, którymi dysponuje Wykonawca na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu winien spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 5. Wymóg ten nie dotyczy polewaczek, sprzętów ręcznych (w tym zamiatarek pchanych, kosiarek mechanicznych i podkaszarek) oraz pojazdów zbudowanych na bazie ciągników rolniczych (w tym ciągniki rolnicze z osprzętem do zimowego utrzymania dróg oraz

pojazdów wyposażonych w pługi czołowe i urządzenia sypiące o ciężarze całkowitym do 2,5 Mg).

Do oferty Wykonawca winien dołączyć dokumenty potwierdzające, iż wykazane samochody spełniają normę EURO 5 np. kopia karty pojazdu, dowodu rejestracyjnego, certyfikatów.

Zamawiający informuje, iż sprzęt wykazany w ofercie Wykonawcy — Wymagany sprzęt — wykaz w wymaganej jakości i ilości, nie może być wykorzystywany do usług świadczonych dla innych Zamawiających lub dla usług świadczonych na innych kontraktach w momencie w którym powinien być wykorzystywany u Zamawiającego. W przypadku kiedy sprzęt ten nie musi „pracować" u Zamawiającego może być wykorzystywany do usług świadczony u innych Zamawiających lub na innych kontraktach."

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 11 183 395,10 zł. Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 12 155 864,23 zł.

W postępowaniu wpłynęło 3 oferty, w tym oferta Przystępującego z ceną -

12 474 490,24 zł, oferta DROMAR z ceną - 12 695 669, 43 zł i oferta Odwołującego z ceną

13 513 834,86 zł.

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2021 r. wezwał wszystkich wykonawców na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny elementów ofert złożonych przez tych wykonawców mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy cena nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, że zachodzą uzasadnione wątpliwości co do części składowej ceny ofertowej i wskazał na poszczególne elementy oferty, których cena budzi wątpliwości. Ponadto Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące powodów zaoferowania tak niskich cen i przekonać Zamawiającego, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym, że realne jest wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zamawiający poinformował że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

W dniu 22 grudnia 2021 wyjaśnienia ceny złożył DROMAR, obejmując je częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 23 grudnia 2021 r. wyjaśnienia ceny złożył Przystępujący obejmując załączniki do pisma przewodniego tajemnicą przedsiębiorstwa.

14 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 24 stycznia 2022 r. Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe, a wśród nich „Wykaz narzędzi urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania

zamówienia” w poz. 10 wskazując ciągnik o nr rej. SY 3734.

Zamawiający w dniu 11 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego. Oferta Odwołującego została

sklasyfikowana na trzeciej pozycji.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów dot. zastrzeżenia informacji przez wykonawców Wieczorek i DROMAR jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 116 ust. 2 ustawy Pzp - Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Art. 74 ust. 1 ustawy Pzp - Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

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., 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. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji- 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.

Odwołujący, podnosił, iż niezasadne jest zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego oraz zaniechanie udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę DROMAR. Odwołujący w tym zakresie podnosił, iż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia przesłanek do uznania zastrzeżonych przez nich informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stosownie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, poza przytoczeniem orzecznictwa wskazywał na następujące okoliczności: „Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą dokumenty stanowiące załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Zamawiający, po zbadaniu treści wyjaśnień złożonych przez pana J. W. oraz pana M. K., uznał je za kompletne i wyczerpujące, a także stwierdził, że Wykonawcy wykazali przesłanki zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. (.) Zamawiający wskazuje dodatkowo na utrwalone w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań stanowisko o możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w części dotyczącej czynników cenotwórczych, właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś - dowodów załączanych do wyjaśnień.”

Izba o analizie uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa doszła do przekonania, iż obaj wykonawcy zarówno Przystępujący jak i wykonawca DROMAR nie wykazali zasadności zastrzeżenia informacji ujętych w wyjaśnieniach ceny i załącznikach do nich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie neguje, iż informacje będące przedmiotem wyjaśnień mogą być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednakże aby to było możliwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest wykazanie przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak podnosi się w orzecznictwie, sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez Przystępującego i DROMAR informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że wykonawcy Ci wykazali, iż rzeczywiście tajemnicę ich przedsiębiorstw stanowią kwestionowane w odwołaniu oświadczenia i dokumenty. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący i DROMAR zobowiązani byli wykazać łączne

wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

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

Zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku KIO o sygn. akt KIO 500/21, który to pogląd skład orzekający w pełni podziela, „W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji,

Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji

Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania

przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 23 marca 2018 r. (sygn. akt. XXIII Ga 2237/17): Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi mieć przynajmniej minimalną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.

W ocenie Izby obaj wykonawcy nie sprostali temu w niniejszej sprawie. Przedłożone uzasadnienia są ogólne i nieodnoszące się do specyfiki niniejszego postępowania. To samo uzasadnienie wykonawcy mogli zastosować w każdym innym postępowaniu i ma ono charakter deklaracji. Twierdzenia zawarte w uzasadnieniach zastrzeżenia np. „konkurencja zyskuje przewagę nad danym przedsiębiorcą bez konieczności ponoszenia kosztów budowania przewagi", „ujawnienie niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez Wykonawcę", nie zostały skonkretyzowane i pozostały gołosłowne. Wobec powyższego informacje te podlegają ujawnieniu w całości.

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż informacje te nie mają wpływu na wynik postępowania gdyż w niniejszym postępowaniu nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie cen zaoferowanych przez wykonawców odnośnie istotne elementów ofert, tak więc obecne twierdzenie Zamawiającego, iż wartości tych istotnych elementów nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert jest sprzeczne z jego wcześniejszym postępowaniem. Zdaniem Izby wykonawcy mają prawo do powzięcia informacji w oparciu o które Zamawiający oceniał oferty i jako takie te informacje mogę mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawcy mogą skorzystać z przysługujących im praw w zakresie środków ochrony prawnej.

Izba uznała, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy, nie ziściła się przesłanka

odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 lit. b) co stanowiło podstawę 1 zarzutu odwołania, dlatego też odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu. W ocenie Izby zarzut ten był co najmniej przedwczesny. Po analizie akt sprawy Izba doszła do przekonania, iż nie zaszły również okoliczności o których mówi art. 116 ust. 2 ustawy Pzp tj. w okolicznościach niniejszej sprawy nie można stwierdzić, iż Przystępujący nie wykazał posiadania wymaganych zdolności technicznych w postaci dysponowania wymaganym przez Zamawiającego ciągnikiem. Izba, wobec stanowiska Przystępującego wyrażonego w sprzeciwie, uznała, iż wykonawca ten nie posiada sprzecznych interesów, w szczególności że zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Jak wskazuje doktryna „Kolizja interesów będzie miała miejsce jednak dopiero wtedy, gdy okaże się, że nie będzie możliwe pogodzenie użycia tego potencjału równocześnie przy realizacji zamówienia, odnośnie do którego aktualnie prowadzone jest postępowanie, z tymi innymi przedsięwzięciami gospodarczymi." Faktem jest, że Przystępujący zaoferował do świadczenia usług w niniejszym postępowaniu ciągnik o nr rej SY 3734, który był wykorzystywany do wykonania umowy nr 47/2021 z dnia 21 grudnia 2021 r. zawartej z Miastem Chorzów. Biorąc pod uwagę treść umowy z Miastem Chorzów oraz postanowienia SWZ niniejszego postępowania umożliwiające wykorzystanie sprzętu do realizacji innych zadań gdy nie jest on wykorzystywany do realizacji zamówienia, nie można stwierdzić iż Odwołujący wykazał, wystąpienie po stronie Przystępującego sprzecznych interesów w postaci zaangażowania zasobów technicznych wykonawcy w inne przedsięwzięcia w sposób który może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 105/20, gdzie wskazano, że „Tak jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia. Może się oczywiście zdarzyć, że z uwagi na rodzaj potencjału oraz szczegóły dotyczące jego zaangażowania w realizację innych zadań, już w dacie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu możliwe jest ustalenie, że określony zasób nie będzie mógł być dostępny, nie można jednak takiego wniosku wyciągać automatycznie. Należy też mieć na uwadze, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel czy urządzenia dla każdego postępowania, wyłączając je z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia zasób wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania. O ile istnieje realna możliwość zapewnienia, że ten personel czy urządzenia będą mogły posłużyć do realizacji zamówienia, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien to uwzględnić oceniając potencjał wykonawcy." Niniejsze postępowanie nie weszło jeszcze fazę realizacji umowy, a sprzęt wykorzystywany do realizacji umowy z Miastem Chorzów może być zmieniony czemu dał wyraz Przystępujący przedstawiając stosowną korespondencję (pismo z dn. 4 marca 2022 r.) i wykorzystany do realizacji niniejszego zamówienia - zgodnie z oświadczeniem wykonawcy. W takiej sytuacji, w ocenie Izby, realizacja zamówienia jest niezagrożona. Wobec powyższego nie potwierdziło się również twierdzenie Odwołującego o przedstawieniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w związku z oświadczeniem o spełnianiu warunków przez Przystępującego.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 3 oraz § 7 ust. 4 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając koszty postępowania proporcjonalnie do jego wyniku.

Przewodniczący: .....