Sygn. akt KIO 880/22

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawcę Usługowa Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Skawinie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Dyrektora Sądu Rejonowego w Wadowicach przy udziale wykonawcy Domena Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Skarbowi Państwa - Dyrektorowi Sądu Rejonowego w Wadowicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie treści wyjaśnień Domena Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej z dnia 22 marca 2022 roku wraz z załącznikami,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Usługowa Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Skawinie w 2/3 oraz zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Sądu Rejonowego w Wadowicach w 1/3 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 Usługowa Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Skawinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Dyrektora Sądu Rejonowego w Wadowicach na rzecz Usługowej Spółdzielni Inwalidów z siedzibą w Skawinie kwotę 2500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,

2.3. zasądza od Usługowej Spółdzielni Inwalidów z siedzibą w Skawinie na rzecz Skarbu Państwa - Dyrektora Sądu Rejonowego w Wadowicach kwotę 2400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 880/22

UZASADNIENIE

W dniu 28 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Usługowa Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Skawinie (dalej jako

„Odwołujący") - na zaniechanie dokonania przez zamawiającego - Skarb Państwa - Dyrektora Sądu Rejonowego w Wadowicach - (dalej jako „Zamawiający") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług ochrony fizycznej mienia, budynku i osób, całodobowego nadzoru nad urządzenia system. monitorow dla budynku Sądu i Prokuratury w Wadowicach oraz dla lokali będących w dyspozycji Sądu" (dalej jako „Postępowanie") „czynności odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (w tym także samego wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienia), jako dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca: Domena Serwis sp. z o.o." oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także na dokonaną w Postępowaniu czynność wyboru oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) „art. 18 ust. 1, 2 oraz 3 p.z.p. - poprzez zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (w tym także samego wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienia), jako dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca: Domena Serwis sp. z o.o.,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224. ust. 5 i 6 oraz art. 16 pkt 1) ustawy p.z.p. - poprzez jego niezastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do nieodrzucenia oferty Wykonawcy: Domena Serwis sp. z o.o oraz uznania przez Zamawiającego, że Domena Serwis sp. z o.o. udzieliła prawidłowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztów (tj. rażąco niskiej ceny),

3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. - poprzez wybór oferty Wykonawcy: Domena Serwis sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej".

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie

Zamawiającemu:

1) odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem do wniosku o zastrzeżenie tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) unieważnienie i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) odrzucenie oferty Wykonawcy: Domena Serwis sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;

4) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

5) ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

6) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu",

a ponadto o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca

Domena Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym i rozprawie w dniu 15 kwietnia 2022 r. w imieniu Odwołującego stawił się radca prawny K. M., który nie złożył pełnomocnictwa umocowującego go do dokonywania w imieniu Odwołującego czynności w postępowaniu odwoławczym ani wierzytelnego odpisu takiego pełnomocnictwa; wraz z odwołaniem złożono zaś do akt postępowania odwoławczego odpis pełnomocnictwa, który nie został uwierzytelniony (poświadczony za zgodność z oryginałem). W tym stanie rzeczy na podstawie art. 511 ust. 3 ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") Izba dopuściła radcę prawnego K. M. do reprezentowania Odwołującego z zastrzeżeniem, że braki w zakresie pełnomocnictwa zostaną uzupełnione do dnia 19 kwietnia 2022 r., a czynności zatwierdzone przez powołaną do tego osobę. W terminie tym do akt postępowania odwoławczego zostało złożone pełnomocnictwo umocowujące radcę prawnego K. M. do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu odwoławczym, które było opatrzone podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego złożonym w dniu 19 kwietnia 2022 r. - co należało uznać za udzielenie w tym dniu przedmiotowego pełnomocnictwa - natomiast nie zostało złożone oświadczenie o potwierdzeniu czynności dokonanych przez niego w postępowaniu odwoławczym. Wobec powyższego Izba przyjęła, że radca prawny K. M. nie był umocowany do ich dokonania, a zatem że nie zostały one dokonane skutecznie. W konsekwencji należało pominąć wszystkie czynności dokonane przez radcę prawnego K. M. na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2022 r., w szczególności twierdzenia i wnioski, w tym wniosek o zasądzenie kosztów postępowania w zakresie wynagrodzenia zgodnie ze złożoną na rozprawie fakturą oraz wniosek o dopuszczenie dowodu z dokumentu „Wytyczne dotyczące ochrony fizycznej", a ww. dokumentu i faktury nie brać pod uwagę.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług ochrony fizycznej mienia, budynku i osób, całodobowego nadzoru nad urządzenia system. monitorow dla budynku Sądu i Prokuratury w Wadowicach oraz dla lokali będących w dyspozycji Sądu" (dalej jako „Postępowanie") z zastosowaniem przepisów Pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00083666/01.

Przystępujący złożył ofertę w Postępowaniu, w której oświadczył:

1) „iż do realizacji przedmiotowego zamówienia, bezpośrednio do świadczenia usług ochrony osób i mienia na posterunku ochrony w siedzibie Zamawiającego, z wyłączeniem grup interwencyjnych, w czasie trwania umowy skierujemy 3 osoby (należy wskazać liczbę całkowitą z przedziału od 1 do 3) posiadające minimum 3-letnie doświadczenie w należytej pracy w charakterze pracownika ochrony fizycznej w obiektach użyteczności publicznej (w rozumieniu definicji wskazanej w punkcie 7.2.4. niniejszej SWZ)",

2) „zamierzamy powierzyć następujące części zamówienia podwykonawcom i jednocześnie podajemy nazwy (firmy) podwykonawców (o ile są znani)**: Część zamówienia: Podjazd

grupy interwencyjnej Nazwa (firma) podwykonawcy: Agencja Ochrony Legion Sp. z o.o.".

W dniu 21 marca 2022 roku Zamawiający przekazał Przystępującemu dokument

(dalej jako „Wezwanie1"), w którym zwrócił się doń „o udzielenie wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych, w szczególności:

1) 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)

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

3) wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy".

W odpowiedzi na Wezwanie1 w dniu 22 marca 2022 roku Przystępujący przekazał Zamawiającemu dokument - wyjaśnienia (dalej jako „Wyjaśnienia1"), w których napisano „mając na względzie charakter i cel przedmiotowych wyjaśnień, z daleko idącej ostrożności, wskazuję, że zaoferowana cena uwzględnia:

a) wszystkie wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia opisane w Ogłoszeniu o udzielanym zamówieniu (dalej: Ogłoszenie);

b) rynkowe warunki świadczenia usług, objętych zamówieniem;

c) regulacje prawne wpływające na wysokość cen w tym w szczególności przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; wysokości składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne; jak również obowiązujące akty prawne w zakresie badań lekarskich pracowników, ich wyposażenia oraz obowiązkowych szkoleń osób zatrudnionych na umowę o pracę",

a także wskazano, w jakim zakresie wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do Wyjaśnień1 załączone były dwa załączniki.

Część Wyjaśnień1, w której Przystępujący uzasadniał zastrzeżenie wyjaśnień wraz z dowodami jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z jego wskazaniem stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. W dokumencie tym Przystępujący nie przedstawił uzasadnienia „zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa" informacji zawartych w ww. części Wyjaśnień1.

W dniu 22 marca 2022 roku Zamawiający przekazał Przystępującemu dokument (dalej jako „Wezwanie2"), w którym zwrócił się doń „o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych dotyczących: 1) wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy", wskazując, że „w złożonych wyjaśnieniach, w tym w szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania usługi i ceny ofertowej (załącznik nr 1 do przesłanych wyjaśnień), Wykonawca nie przedstawił kosztów świadczenia „usług podwykonawczych" w ramach podjazdu grupy interwencyjnej, które w ocenie Zamawiającego powinny zostać wykazane w celu wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny".

W odpowiedzi na Wezwanie2 w tym samym dniu Przystępujący przekazał Zamawiającemu dokument - wyjaśnienia (dalej jako „Wyjaśnienia2"). Przekazując ten dokument Przystępujący nie zastrzegł, że informacje zawarte w tym dokumencie nie mogą być udostępniane, w szczególności nie wskazał (nie czynił też tego w samym tym dokumencie), że dokument ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa ani że zawiera on informacje stanowiące taką tajemnicę.

Zamawiający w dniu 23 marca 2022 r. przekazał i opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 25 marca 2022 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego „z prośbą o udostępnienie oferty wraz z całą korespondencją z Zamawiającym firmy Domena Serwis Sp. z o.o. w Bielsku Białej".

W tym samym dniu Zamawiający przekazał Odwołującemu dokument, w którym wskazał, że „udostępnia wnioskowane dokumenty" oraz że „informuje, iż zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie ujawnił informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), które Wykonawca Domena Serwis Sp. z o.o. w Bielsku-Białej, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Wraz z ww. dokumentem Zamawiający nie przekazał Odwołującemu Wyjaśnień1 ani żadnego z załączników do Wyjaśnień1 ani Wyjaśnień 2.

Stan faktyczny postępowania, w szczególności treść korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym oraz pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym nie jest sporny między stronami i Przystępującym.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji postępowania oraz załączonych do pism wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz oświadczeniu pełnomocnika Zamawiającego złożonego na rozprawie.

Izba pominęła dokument „Wytyczne dotyczące ochrony fizycznej", mając na uwadze, że - jak wskazano powyżej - wniosek o dopuszczenie dowodu z tego dokumentu nie został złożony przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego, a dokument ten nie był przydatny dla ustalenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy/

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 15 kwietnia 2022 r. Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia „art. 18 ust. 1, 2 oraz 3 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (w tym także samego wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienia), jako dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca: Domena Serwis sp.

- - - [33]

z o.o.".

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne", a stosownie do art. 18 ust. 2 Pzp, „zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie". Art. 18 ust. 3 Pzp stanowi zaś, 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 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5". Z powołanych przepisów wynika, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że związane z tym postępowaniem informacje są jawne i podlegają udostępnieniu, od której to wyjątkiem jest nieudostępnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji przepis art. 18 ust. 3 Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od zasady i jako taki musi być interpretowany i stosowany ściśle. Należy więc przyjąć, że w sytuacji, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego o udostępnienie informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przepis ten uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nieudostępnienia wykonawcy wyłącznie informacji, w zakresie której spełnione są łącznie następujące przesłanki:

1) informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2) wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie może być ona udostępniana,

3) wykonawca wraz z przekazaniem informacji wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto należy wskazać, że w przepisie tym mowa jest o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), wobec czego uprawnia on do nieudostępnienia określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację.

Bezspornym jest, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu w całości dokumentów przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego w dniach 22 marca i 23 marca 2022 roku - Wyjaśnień1 wraz z załącznikami i Wyjaśnień2, a tym samym nie udostępnił wszystkich informacji znajdujących się w tych dokumentach.

W ocenie Izby zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w Wyjaśnieniach2 naruszało art. 18 ust. 1 - 3 Pzp.

Wymaga podkreślenia, że w sytuacji, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego o udostępnienie informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, to zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy - w odniesieniu do każdej informacji, której dotyczy wniosek wykonawcy - spełnione są wszystkie wynikające z art. 18 ust. 3 Pzp przesłanki do nieudostępnienia informacji.

W zakresie informacji zawartych w Wyjaśnieniach2 Zamawiający wskazywał, że treść tych wyjaśnień „dotyczyła informacji, które Oferent zastrzegł poprzednim pismem jako

informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego też Zamawiający zobowiązany był potraktować treść drugiego pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa”. W świetle przedstawionych powyżej rozważań stanowisko to nie może być uznane za trafne - przede wszystkim okoliczność, że dokument dotyczy (czy zawiera) informacji, w zakresie których wykonawca wcześniej zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, nie stanowi podstawy do zaniechania udostępnienia całego tego dokumentu. Z kolei to, że Przystępujący wcześniej w trakcie Postępowania zastrzegł, że nie mogą być udostępniane określone informacje, w świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp nie stanowi podstawy do zaniechania udostępnienia później przekazanej informacji innej niż informacje objęte zastrzeżeniem. Rzecz jasna w przypadku, gdyby później przekazany Zamawiającemu dokument (Wyjaśnienia 2) zawierał wyłącznie informacje, w zakresie których Przystępujący wcześniej zastrzegł, że nie może być one udostępniane, Zamawiający uprawniony byłby do zaniechania udostępniania tych informacji (o ile spełnione zostałyby pozostałe przesłanki wynikające z tego przepisu) - sytuacja taka nie wystąpiła w Postępowaniu. Gdyby Zamawiający przed przekazaniem mu Wyjaśnień posiadał wszystkie informacje zawarte w tych wyjaśnieniach, zbędne byłoby przekazywanie Przystępującemu Wezwania1, co Zamawiający uczynił. Niewątpliwym jest przy tym, że Przystępujący wraz z przekazaniem informacji zawartych w Wyjaśnieniach2 nie zastrzegł, że którakolwiek z nich nie może być udostępniana. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nawet nie wskazywał zaś, aby wszystkie czy choćby poszczególne informacje zawarte w Wyjaśnieniach2 były informacjami, w zakresie których Przystępujący wcześniej zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, skutkiem czego nie można przyjąć, że spełnione zostały wynikające z art. 18 ust. 3 Pzp przesłanki do zaniechania udostępnienia informacji zawartych w Wyjaśnieniach2, a tym samym że nastąpiło zgodnie z powołanymi wyżej przepisami.

Zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w Wyjaśnieniach1 również w ocenie Izby stanowiło naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 Pzp.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu zawartych w tych wyjaśnieniach informacji, w zakresie których Przystępujący nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, co tym samym wykluczało ich nieudostępnienie na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Dotyczy to na przykład informacji:

a) iż w załączeniu do Wyjaśnień1 Przystępujący przedkłada „szczegółowe kalkulacje i dowody potwierdzające, że ww. cena jest realną ceną umożliwiającą prawidłową

realizację zamówienia”,

b) że „zaoferowana cena uwzględnia: wszystkie wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia opisane w Ogłoszeniu o udzielanym zamówieniu", „rynkowe warunki świadczenia usług, objętych zamówieniem", i „regulacje prawne wpływające na wysokość cen w tym w szczególności przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; wysokości składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne; jak również obowiązujące akty prawne w zakresie badań lekarskich pracowników, ich wyposażenia oraz obowiązkowych szkoleń osób zatrudnionych na umowę o pracę".

Argument Zamawiającego, iż nie mógł on udostępnić tych informacji z tego powodu, że nie może on ingerować w treść złożonego przez Przystępującego dokumentu, nie mógł być uznany za trafny w świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp. Z przepisu tego nie wynika uprawnienie do (a tym bardziej obowiązek) nieujawnienia informacji, która znajduje się w jednym dokumencie (pliku) z informacją w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana. Należy zauważyć, że w takiej sytuacji obowiązek udostępnienia informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie oznacza konieczności udostępnienia danego dokumentu (pliku) w posiadanej przez zamawiającego treści, formie czy formacie pliku.

W świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp nie może ulegać wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż każda informacja (w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże w odniesieniu do każdej informacji, której dotyczy takie zastrzeżenie, zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy wykonawca wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tej informacji, przy czym, uwzględniając zasadę jawności postępowania, powinna ona mieć charakter wnikliwy i staranny (vide wyrok Izby z dnia 12 sierpnia 2021 r., wydany w sprawie o sygn. KIO 2044/21); prawidłowość tej oceny podlega zaś ocenie Izby. Wadliwość bądź sprzeczność z prawem zastrzeżenia, że informacja nie może być udostępniana, skutkuje obowiązkiem ujawnienia takiej informacji (por. wyrok Izby z dnia 6 kwietnia 2021 r. wydany w sprawie o sygn. KIO 683/21).

W zakresie zawartych w Wyjaśnieniach1 informacji, w zakresie których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zamawiający nie dokonał takiej oceny, wobec czego wynik tej oceny nie może być uznany za prawidłowy.

Przytoczyć w tym miejscu należy treść przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk") zawierającego definicję tajemnicy przedsiębiorstwa - w jej art. 11 ust. 2 określono, że „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".

Z powyższego wynika, że nie może nie zostać udostępniona informacja, która jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo jest łatwo dostępne dla takich osób lub w zakresie której uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią nie podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania jej w poufności. Informacja publicznie dostępna, w tym informacja, która została zawarta w podlegającym udostępnieniu dokumencie złożonym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie której wykonawca uprawniony do korzystania z tej informacji lub rozporządzania nią nie dokonał czynności określonych w art. 18 ust. 3 Pzp, nie może więc nie zostać udostępniona na podstawie tego przepisu.

Jak wskazano powyżej, w złożonej w Postępowaniu ofercie Przystępujący wskazał liczbę osób, którą skieruje „do realizacji przedmiotowego zamówienia, bezpośrednio do świadczenia usług ochrony osób i mienia na posterunku ochrony w siedzibie Zamawiającego, z wyłączeniem grup interwencyjnych, w czasie trwania umowy" oraz że Agencja Ochrony Legion Sp. z o.o. jest podwykonawcą, któremu Przystępujący zamierza powierzyć „część zamówienia: Podjazd grupy interwencyjnej". Przystępujący nie zastrzegł, że informacje te nie mogą być udostępniane przy ich przekazaniu (złożeniu oferty).

Przystępujący zaś zastrzegł, że informacje nie mogą być udostępniane, a Zamawiający nie udostępnił zawartej w Wyjaśnieniach1 i załączniku nr 1 do tych wyjaśnień informacji o liczbie osób, którą zamierza on zatrudnić do realizacji zamówienia czy zawartej

w Wyjaśnieniach1 nazwy osoby prawnej, która będzie „świadczyła usługi podwykonawcze w ramach dojazdu grupy interwencyjnej" - będące tymi samymi informacjami jak informacje zawarte w ofercie.

Zdaniem Izby Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny, czy Przystępujący wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia innych informacji zawartych w Wyjaśnieniach1 i dokumentach do nich załączonych.

Dla uznania, iż wykonawca wykazał w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie złożenia dowodów potwierdzających, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak Izba w wyrokach

z dnia 25 stycznia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. KIO 80/22 czy z dnia 9 lipca 2021 r. wydanym w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1611/21). Tym bardziej nie można więc uznać, iż wykonawca wykazał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy wykonawca nie przedstawi jakichkolwiek twierdzeń w tym zakresie.

Przystępujący nie przedstawił zaś jakichkolwiek twierdzeń w zakresie wykazania, że informacje zawarte w części (fragmencie) Wyjaśnień1, w której Przystępujący uzasadniał zastrzeżenie tych wyjaśnień wraz z dowodami jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przy tym zauważyć, że bez względu na to, czy twierdzenia takie zostałyby przedstawione, nie mogłyby zostać uznane za informacje stanowiące tajemnicę niektóre z tych informacji, gdyż są to informacje powszechnie dostępne - jak tytuł ustawy, oznaczenia jednostek redakcyjnych ustawy, daty i sygnatury wyroków Izby czy treść uzasadnień tych wyroków. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby nie udostępnić Odwołującemu informacji zawartych w ww. części Wyjaśnień1.

Mając na uwadze wynikające z art. 18 ust. 1 i 3 zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wniosek, iż wykazanie, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może polegać wyłącznie na ogólnikowym przedstawieniu twierdzeń w tym zakresie, w ocenie Izby w odniesieniu do każdej informacji, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, zobowiązany jest on wykazać wszystkie wynikające z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki to uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że:

1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona 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 ich w poufności,

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą" także na czym polega wartość gospodarcza tej informacji.

Przystępujący, zastrzegając, że informacje nie mogą być udostępniane informacje zawarte w Wyjaśnieniach1 i załączonych doń dokumentach, tego nie uczynił. W ocenie Izby część (fragment) Wyjaśnień1, w której Przystępujący uzasadniał zastrzeżenie tych wyjaśnień wraz z dowodami jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zawiera wyłącznie ogólnikowe twierdzenia, w tym gołosłowne deklaracje wykonawcy oraz fragmenty uzasadnień orzeczeń Izby. Jest on tak ogólny, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący mógłby je przedstawić zamawiającemu bez zmian. Treść Wyjaśnień1 nie pozwala na odniesienie tych twierdzeń do konkretnych informacji, których dotyczyło przedmiotowe zastrzeżenie, ani na określenie, które spośród tych informacji są informacjami organizacyjnymi, a które innymi informacji posiadającymi wartość gospodarczą. W zakresie wartości gospodarczej tych informacji Przystępujący ograniczył się do stwierdzenia, że ich „ujawnienie w sposób ewidentny zagraża naszym interesom, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania naszej pozycji rynkowej". W tym miejscu należy zauważyć, że stwierdzenie to pozostaje w sprzeczności z twierdzeniami Przystępującego, że informacje te zostały wytworzone „indywidualnie dla potrzeb przedmiotowej oferty oraz" Postępowania. W sytuacji, gdy upłynął termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnienie informacji, którą wykonawca wytworzył na potrzeby złożenia oferty w tym postępowaniu (a w zakresie której nie wskazał, że ma ona znaczenie dla innych

postępowań o udzielenie zamówienia publicznego), nie może wpłynąć na pozycję rynkową tego wykonawcy. Przystępujący nie wskazał, w jaki sposób wykorzystanie poszczególnych informacji, których dotyczyło ww. zastrzeżenie, mogłoby prowadzić do „zachwiania" jego pozycji rynkowej.

Braki te są wyraźnie widoczne w zakresie dowodu nr 2 do Wyjaśnień1 oraz informacji, czym ten dowód jest. Przystępujący nie wskazał, czy dowód ten zawiera informacje organizacyjne przedsiębiorstwa czy inne informacje posiadające wartość gospodarczą, przy czym zważywszy, że dowód ten nie pochodzi od Przystępującego ani nie dotyczy go bezpośrednio, Przystępujący powinien wykazać między innymi, że dowód ten zawiera informacje organizacyjne przedsiębiorstwa podmiotu, którego bezpośrednio on dotyczy albo inne informacje posiadające wartość gospodarczą dla tego podmiotu, zaś w tym ostatnim przypadku - również na czym polega wartość gospodarcza tych informacji dla tego podmiotu. Dokument ten również zawiera informacje powszechnie dostępne - jak oznaczenie organu, do którego pochodzi, tytuły ustaw czy oznaczenia jednostek redakcyjnych ustawy - które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa ani Przystępującego ani rzeczonego podmiotu.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał też, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności poszczególnych informacji w zakresie których zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca twierdził, że w jego przedsiębiorstwie „wdrożono wewnętrzne regulacje określające zasady bezpieczeństwa informacji, a z „pracownikami i osobami współpracującymi" zawierane są umowy o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności; wraz w Wyjaśnieniami1 nie przedstawił jednak tych regulacji ani umów ani choćby ich części (np. wyciągu z nich). W sytuacji, gdy jest możliwie przedstawienie dokumentu potwierdzającego podjęcie działań w celu utrzymania w poufności określonych informacji, same twierdzenie Przystępującego o istnieniu takich dokumentów jest gołosłowne i należy je uznać za niewystarczające w świetle art. 18 ust. 3 Pzp.

Naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w Wyjaśnieniach1 i załączonych doń dowodach oraz Wyjaśnieniach2 zdaniem Izby mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania. W tej mierze uwzględnić należało sytuację, jaka wystąpiła w Postępowaniu - Zamawiający najpierw dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie nie udostępnił Odwołującemu Wyjaśnień1 i załączonych doń dowodów oraz Wyjaśnień2. W konsekwencji wniesienie przez Odwołującego odwołania na „zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny" musiało być powiązane z wniesieniem odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz wybór oferty Przystępującego; gdyby Odwołujący nie wniósł odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jego oferty, stwierdzenie naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 Pzp nie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania na „zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny" z uwagi na brak możliwości wpływu naruszenia na wynik Postępowania. Ze względu na zastrzeżenie przez Przystępującego, że nie mogą być udostępniane informacje zawarte w Wyjaśnieniach1 i załączonych doń dowodach oraz Wyjaśnieniach2 i nieudostępnienie przez Zamawiającego tych informacji, a także innych informacji, których zastrzeżenie to nie dotyczyło, wnosząc odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jego oferty Odwołujący mógł odnosić się wyłącznie do okoliczności, które nie były mu znane, nie będąc w stanie odnieść się do złożonych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, a zarzuty sformułować jedynie w ogólnie i „w ciemno", w istocie także w zakresie okoliczności znanych Odwołującemu. Zdaniem Izby, nie można z tej sytuacji wyciągać konsekwencji niekorzystnych dla Odwołującego uznając, iż pomimo, że zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224. ust. 5 i 6 oraz art. 16 pkt 1) Pzp okazał się niezasadny, naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 Pzp nie mogło mieć istotnego wpływ na wynik Postępowania. W takim przypadku naruszenie przez Zamawiającego tych przepisów miałoby dla niego pozytywny skutek, w praktyce uniemożliwiając Odwołującemu weryfikację prawidłowości dokonania czynności wyboru oferty w Postępowaniu. Nie zasługuje zaś na aprobatę, aby bezprawne działanie zamawiającego przynosiło mu korzyści.

W tym stanie rzeczy zasadne było nakazanie Zamawiającemu nie tylko ujawnienie treści Wyjaśnień1 wraz z załącznikami oraz Wyjaśnień2, ale również unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Brak było podstaw do uznania za zasadne pozostałych zarzutów postawionych w odwołaniu - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 16 pkt 1) Pzp oraz naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia". Stosownie do art. 224 ust. 5 Pzp, „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy", zaś w art. 224 ust. 6 Pzp określono, iż „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". Art. 16 pkt 1) Pzp stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców".

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia", a stosownie do art. 239 ust. 2 Pzp „najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem".

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 16 pkt 1) Pzp Odwołujący powoływał się na dwie okoliczności:

1) iż Zamawiający nieprawidłowo nie odrzucił oferty Przystępującego oraz uznał, że Przystępujący udzielił „prawidłowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztów (tj. rażąco niskiej ceny), podczas gdy wyjaśnienia Wykonawcy były ogólnikowe i nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztów",

2) że „Zamawiający powtórnie wezwał Wykonawcę, który powinien był „na pierwsze wezwanie" (gdyż takie uzyskał polecenie od Zamawiającego) udzielić pełnych informacji w zakresie „wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych dotyczących: wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy". Tym samym, Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie Wykonawcy - Domena Serwis sp. z o.o., jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć".

W ocenie Izby powoływanie pierwszej z tych okoliczności stanowi wyraz formułowania we wskazanych powyżej okolicznościach zarzutu „w ciemno"; de facto Odwołujący postawił tezę, nie znając treści wyjaśnień, których ogólnikowość zarzuca. Mając na uwadze, że nie jest rolą Izby „zastępowanie" wykonawcy we wskazywaniu okoliczności uzasadniających postawiony zarzut, w zakresie tym zarzut nie mógł być uznany za zasadny.

W zakresie drugiej z tych okoliczności zarzut był niezasadny. Zawarte w odwołaniu wywody dotyczące prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego w dniu 22 marca 2022 roku czynności wezwania „o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych dotyczących: 1) wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy" w sytuacji, gdy Odwołujący nie wniósł odwołania na ww. czynność, a Przystępujący udzielił odpowiedzi na to wezwanie, są bez znaczenia dla oceny zarzutu postawionego w odwołaniu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Niezależnie od powyższego wskazać, że aczkolwiek trafnie wywodził Odwołujący, iż „w przekazanym wykonawcy wezwaniu z kolei Zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny", nie można jednak uznać, iż „tak też było w przedmiotowej sprawie. Zamawiający już przy pierwszym wezwaniu wskazał, że oczekuje od Wykonawcy: Domena Serwis sp. z o.o. informacji w zakresie „wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych dotyczących: wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy"".
W rzeczywistości w Wezwaniu1 było napisane „udzielenie wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych, w szczególności (...) wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy". Wbrew twierdzeniu Odwołującego w Wezwaniu1 nie użyto w tym zdaniu wyrazu „dotyczących" (ani jego synonimu), skutkiem czego wezwanie to nie może być uznane za zrozumiałe i precyzyjne; w szczególności nie można uznać, że zostało w nim wskazane, że Przystępujący ma udzielić wyjaśnień dotyczących „wypełniania obowiązków związanych z zamierzonym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy". Brak jest podstaw do przyjęcia, że w sytuacji, gdy Wyjaśnienia1 nie rozwiewały wszystkich wątpliwości Zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny, nie był on uprawniony do ponownego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Treść Wezwania2 różni się od treści Wezwania1 i w ocenie Izby Wezwanie2 może być w tej mierze uznane za jasne i precyzyjne.

Całkowicie bezpodstawne zdaniem Izby jest twierdzenie, iż Zamawiający sugerował Przystępującemu „jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć". Odwołujący nie wskazał,

na czym opiera to twierdzenie, nie wynika to zaś w żaden sposób z treści Wezwania2.

Jak wynika z treści odwołania, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp stanowił konsekwencję zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Wobec uznania tego zarzutu za niezasadny, za niezasadny należało więc uznać zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2), § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego, d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw".

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia adwokat Justyny Podgórskiej wyniosły 3.600 zł, zaś ze złożonych na rozprawie biletów, iż wydatki związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę adwokat

Justyny Podgórskiej wyniosły 169 zł, a wydatki związane z dojazdem na posiedzenie i

rozprawę Krzysztofa Różańskiego wyniosły 169 zł. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego Izba nie mogła zaliczyć wszystkich ww. kosztów, a jedynie wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmujące wynagrodzenie i wydatki związane z dojazdem adwokat Justyny Podgórskiej.

Biorąc pod uwagę, że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, dwóch zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba nie uwzględniła, koszty postępowania należało rozdzielić w proporcji 1/3 Zamawiający i 2/3 Odwołujący. W takiej proporcji został rozdzielony zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych, w konsekwencji czego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1/3 tej kwoty, a także wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych - wskutek czego zasądzono od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 2/3 tej kwoty.