Sygn. akt: KIO 2263/22

WYROK

z dnia 12 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnej pod numerem 50C (05-532 Baniocha) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo

Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach z siedzibą w Kielcach przy ul. IX Wieków Kielc 3 (25-516 Kielce)

przy udziale wykonawcy S.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą UHOLINEX S.B. z siedzibą w Dolinie Marczakowej pod numerem 200 (26-001 Masłów), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odtajnienie całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, złożonych w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę S.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą UHOLINEX S.B. z siedzibą w Dolinie Marczakowej.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnej w części 1/2 oraz zamawiającego Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach z siedzibą w Kielcach w części

1/2 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez wykonawcę Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnej tytułem uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego Województwa Świętokrzyskiego - Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach z siedzibą w Kielcach na rzecz wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnej, kwotę w wysokości 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2263/22

U z a s a d n i e n i e

Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, zwane dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest rozbiórka obiektów budowlanych

wraz z uporządkowaniem terenu nieruchomości stanowiących własność Województwa Świętokrzyskiego, położonych w Kielcach przy ul. Langiewicza 2, znak sprawy: OK-III.272.1.26.2022, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 5 lipca 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00238765/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust.

3 Pzp.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnej (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy S.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą UHOLINEX S.B. z siedzibą w Dolinie Marczakowej (zwanego dalej jako: „wykonawca UHOLINEX");

- zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę

UHOLINEX;

- zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: PPHU CLASSIC Sp. z o.o. z siedzibą w Janikowie (zwanego dalej jako: „wykonawca CLASSIC") i M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RMB M.B. z siedzibą w Kielcach (zwanego dalej jako: „wykonawca RMB").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 16 i 17 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców CLASSIC i RMB, pomimo, że nie podołały one obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów i pomimo, iż z wyjaśnień tych wynikało, że zaoferowały rażąco niską cenę w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 18 ust 3 Pzp w zw. z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 17 Pzp przez uznanie, że część niejawna wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę UHOLINEX stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał przesłanek niezbędnych do uznania informacji tych za poufne, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odtajnienia tej części wyjaśnień i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny dokonanej przez zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę UHOLINEX;

- odrzucenie ofert wykonawców CLASSIC i RMB ze względu na rażąco niską cenę.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności zamawiającego dokonane z naruszeniem ww. przepisów doprowadziły do zaniechania odrzucenia ofert wykonawców CLASSIC i RMB oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy UHOLINEX i wyboru oferty tego wykonawcy. To zaś w ocenie odwołującego spowodowało, że jego oferta, która miała zostać skalkulowana w sposób rzetelny i uwzględniający wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, została sklasyfikowana na 4 miejscu rankingu ofert. Jednocześnie odwołujący wskazał, że ponieważ zamawiający niesłusznie zaniechał odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy UHOLINEX, został on pozbawiony możliwości zweryfikowania tych wyjaśnień i w konsekwencji, również skutecznego kwestionowania tej oferty. Zatem gdyby nie zaniechania oraz czynności zamawiającego, podjęte w toku postępowania, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ zaoferował najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący stwierdził, że w przypadku oddalenia odwołania, poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na kwestie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę CLASSIC odwołujący wskazał, że w żaden sposób nie wykazały one, iż złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie w dniu 10 sierpnia 2022 r. wykonawca CLASSIC złożył wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty, których treść i zakres nie odpowiada wezwaniu zamawiającego. Odwołujący po analizie kosztorysu ofertowego wykonawcy CLASSIC wskazał, iż wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach przedstawił zamawiającemu Tabele nr 1 przedstawiającą koszty rozbiórki poszczególnych obiektów. W załączonej tabeli wykonawca nie uwzględnił szeregu czynników m.in.: brak kosztów robocizny pracowników, brak kosztów pracy maszyn, brak kosztów materiałów. Brak wyszczególnienia wskazanych kosztów nie pozwala na potwierdzenie, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty i nie jest rażąco niska. Powoływanie się na posiadanie własnego sprzętu niezbędnego do realizacji prac można uznać, że niewątpliwie jest to okoliczność sprzyjająca, jednak w żadnym przypadku nie tłumaczy zaoferowanej ceny, która powinna być uznana za rażąco niską.

Odnosząc się do przedstawionych przez wykonawcę CLASSIC „wyjaśnień" odwołujący podniósł, że wykonawca nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny. W przypadku zamówienia objętego postępowaniem, czynniki takie jak posiadanie doświadczenia w prowadzeniu prac rozbiórkowych czy dysponowanie sprzętem wyburzeniowym powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki obiektów budowlanych nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanymi zasobami. W konsekwencji, odwołujący podkreślił, że wykonawca CLASSIC nie przedstawił dowodów na istnienie okoliczności, które w jego ocenie miały mieć wpływ na wysokość ceny. W szczególności, wykonawca nie udowodnił kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników oraz zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Do wyjaśnień z dnia 10 sierpni 2022 r. brakuje dowodów potwierdzających te okoliczności.

Reasumując, zdaniem odwołującego, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach z dnia 10 sierpnia 2022 r. (związane z ponoszeniem kosztów pracy czy też kosztów utylizacji odpadów) nie zostały przez wykonawcę CLASSIC w żaden sposób udowodnione. Wykonawca CLASSIC nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W szczególności, wykonawca CLASSIC nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe. Wykonawca CLASSIC nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że wykonawca udzielający wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest zobowiązany wykazać koszty zatrudnienia pracowników zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego wprost na mocy art. 224 ust. 4 Pzp. Ustawodawca wyraźnie wskazał, że koszty zatrudnienia pracowników powinny zostać

wyjaśnione i udowodnione przez wykonawcę robót budowlany wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca CLASSIC nie wykazał także w żaden sposób, w jaki sposób zamierza poddać utylizacji cały gruz pochodzący z rozbiórki. Jedynie podkreśla, że materiały takie jak gruz, jest w stanie przerobić i odsprzedać z zyskiem. Z wyjaśnień wykonawcy wynika, że planuje on na miejscu prowadzenia prac stworzyć linię przerobu i segregacji powstałych odpadów. Odwołujący podkreślił, że taka praktyka jest niedozwolona. Wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach dowodów, że posiada decyzje na przetwarzanie odpadów na terenie prowadzenia prac. Odwołujący zaznaczył, że decyzja ta powinna być wydana dla CLASSIC. Tak jak wykonawca podkreśla w swoich wyjaśnieniach, że nie korzysta z usług podwykonawców, w związku z tym chcąc przerobić powstałe odpady powinien być w posiadaniu decyzji. Wykonawca CLASSIC siedzibę firmy oddaloną ma od miejsca wykonywania prac o 332 km. Transportowanie gruzu na bazę wykonawcy CLASSIC nie zostało uwzględnione w ofercie. Wykonawca w przedmiocie swojej działalności nie wykazuje PKD związanego ze sprzedażą materiałów budowalnych. Odwołujący pragnie podkreślić, iż w wyjaśnieniach wykonawca podkreśla, że będzie przetwarzał i sprzedawał przetworzone materiały budowlane.

Wobec powyższego odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy wraz z wyjaśnieniami nie zawiera kosztów następujących elementów:

- Brak kosztów związanych z zajęciem pasa drogowego na czas niezbędny do zrealizowania przedmiotu umowy, w tym opracowanie projektu organizacji ruchu;

- Brak kosztów wykonania inwentaryzacji drzew;

- Brak kosztów zaplecza socjalnego;

- Brak kosztów mobilizacji maszyn przeznaczonych do rozbiórki;

- Brak kosztów zabezpieczenia terenu prac;

- Brak kosztów nadzoru własnego;

- Brak kosztów wykonania samej rozbiórki (robocizna oraz sprzęt — nawet przy posiadania maszyn na własność należy uwzględnić amortyzację sprzętu, koszy związane ze zużyciem paliwa, uwzględnienie czasu pracy operatorów itp.)

- Brak kosztów utylizacji śmieci;

- Brak kosztów utylizacji papy.

Biorąc pod uwagę powyższe braki w kalkulacji odwołujący stwierdził, że wykonawca zaniżył wartość swojej oferty. Wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, niepozwalające na analizę ceny oferty, nie zwierają żadnych elementów kalkulacyjnych oraz zawierają błędne tezy i deklaracje, stąd wnieść należy o odrzucenie oferty wykonawcy.

Podsumowując dotychczasową część uzasadnienia odwołujący podkreślił, iż, wzywając wykonawcę CLASSIC do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał.

Ponadto odwołujący wskazał, że złożone przez wykonawcę CLASSIC gołosłowne wyjaśnienia ceny oferty, niepoparte wiarygodnymi dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia (w tym kosztów robocizny, kosztów utylizacji odpadów), nie zasługiwały na pozytywną ocenę zamawiającego. Jak wyjaśnił odwołujący w orzecznictwie uznaje się, iż zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień czy dowodów. Ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame z pojęciem „udowodnienia", a nie „uprawdopodobnienia". Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę. Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że skoro wykonawca CLASSIC nie udowodnił szeregu czynników składających się na koszty realizacji zamówienia, to zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał wyjątkowych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie ceny).

W odniesieniu do oferty wykonawcy RMB odwołujący po przenalizowaniu wyjaśnień wykonawcy wskazał, iż:

- Maszyny niezbędne do wykonania prac rozbiórkowych - wykonawca nie wskazał w swoich wyliczeniach koparek do rozbiórki wyższych budynków ponad 12 m, które są w zakresie prac rozbiórkowych konieczna jest koparka UHD o wysokim wysięgu, która spala średnio 20 1/h;

- W dołączonej kalkulacji cenowej błędnie wyliczone zostały koszty paliwa 3 koparki x 8 h x

20 dni x 14 litrów x 8 zł = 53 760 zł x 8 miesięcy = 430 080 zł - zaniżona kalkulacja o ponad 60 000,00 zł;

- Brak spełnienia wymagań związanych z przepisami z zakresu ochrony środowiska - wykonawca RMB nie posiada wpisu do rejestru BDO (jako wykonawca robót rozbiórkowych, wykonawca jest wytwórcą odpadów i jest zobowiązany do wpisu w rejestrze BDO, niezależnie od tego kto transportuje i utylizuje odpad). W związku z powyższym zdaniem odwołującego nie spełnia przesłanki związanej z przepisami z zakresu ochrony środowiska tj. odpady porozbiórkowe, zostaną wywiezione i zagospodarowane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 201 2r. o odpadach (Dz. U. z 2013r., poz. 21) (dalej UOP). Wykonawca RMB nie wskazał, że zakres związany z transportem i utylizacją odpadów powstałych podczas rozbiórki zleci podwykonawcom. Ewidencję musi prowadzić każdy podmiot, który wytwarza lub gospodaruje odpadami. Jeśli nim jesteś, to bez wpisu w rejestrze BDO nie można przekazywać odpadów, na przykład firmie transportującej. Dodatkowo wykonawca nie spełnia obowiązków wynikających z umowy:

Umowa, paragraf 4 Obowiązki Wykonawcy:

10) realizować roboty będące przedmiotem umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, wiedzy technicznej przy zastosowaniu obowiązujących przepisów, norm i warunków

technicznych, - nie spełnia, brak wpisu do BDO;

12. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszystkich ciążących na nim obowiązków które wynikają z ustawy Prawo budowlane i innych przepisów obowiązującego prawa, oraz pisemnych/ustnych poleceń Inwestora lub Inspektora inwestorskiego mających na celu należyte wykonanie przedmiotu umowy- nie spełnia, brak wpisu do BDO.

Dodatkowo wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuję się na „W kalkulacji recyklingu gruzu ceglanego i betonowanego w firmie posiadającej decyzję na przetwarzanie tego rodzaju odpadów. Firma przyjmuje odpady nieodpłatnie, a w przypadku czystego gruzu betonowego jest w stanie zapewnić odbiór i zapłacić 15 zł/m3.”— brak jakichkolwiek dowodów na przyjęcie przez firmę nieodpłatnie materiałów jak również brak oferty potwierdzającej odbiór za 15,00 zł/m3.

Dodatkowo wykonawca w swoich wyjaśnieniach pokazuje zysk ze sprzedaży gruzu betonowego przekruszonego, jednakże aby uzyskać gruz betonowy przekruszony wykonawca musiałby gruz porozbiórkowy przekruszyć za pomocą kruszarki. Wykonawca

RMB nie uwzględnił w przedstawionych wyliczeniach kosztów pracy kruszarki oraz operatora.

- Brak wykazania szczególnego, wyjątkowego charakteru warunków przytoczonych przez RMB - odnosząc się do przedstawionych przez RMB „wyjaśnień" odwołujący podniósłć, że wykonawca nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny. W przypadku zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, czynniki takie jak posiadanie doświadczenia w prowadzeniu prac rozbiórkowych czy dysponowanie sprzętem wyburzeniowym powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki obiektów budowlanych nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanymi zasobami.

Wobec powyższego odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy wraz z wyjaśnieniami nie zawiera kosztów następujących elementów:

- Brak kosztów związanych z zajęciem pasa drogowego na czas niezbędny do zrealizowania przedmiotu umowy, w tym opracowanie projektu organizacji ruchu;

- Brak kosztów wykonania inwentaryzacji drzew;

- Brak kosztów zabezpieczenia terenu prac.

Co istotne, w związku z istnieniem domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, ciążący na wykonawcy obowiązek jego wzruszenia, implikuje konieczność złożenia wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, potwierdzonych dowodami, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena jest prawidłowo skalkulowana, rynkowa oraz umożliwia zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oznacza to zatem, że wykonawca nie może złożyć wyjaśnień jakichkolwiek, tj. ogólnych, nieodnoszących się do konkretnie wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu okoliczności — takie bowiem wyjaśnienia, jako nieodpowiadające obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Pzp, nie mogą skutecznie obalić domniemania rażąco niskiej ceny.

W ocenie odwołującego na etapie postępowania odwoławczego, którego przedmiotem jest zarzut występowania rażąco niskiej ceny w ofercie, badana jest poprawność działań zamawiającego w oparciu o stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego określonych czynności. Jeżeli więc w postępowaniu odwoławczym zostaną przedstawione nieujawnione wcześniej zamawiającemu wyjaśnienia lub dowody, wówczas muszą one zostać uznane za spóźnione i w konsekwencji muszą być pominięte przez skład orzekający. Powyższe w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że aby skutecznie wzruszyć domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny w swojej ofercie, wykonawca musi przedstawić swoje szczegółowe wyjaśnienia, ze wskazaniem wszystkich czynników obniżających cenę oraz podaniem dowodów w terminie wskazanym w wezwaniu przez zamawiającego — jakiekolwiek uzupełnianie tych wyjaśnień na późniejszym etapie, o nowe dowody i nowe okoliczności, zawsze należy uznać za spóźnione i nie mające znaczenia dla ponownej oceny jego oferty. Złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych, bądź nie odnoszących się do wskazanych w wezwaniu elementów, jak również nie popartych dowodami uznaje się za niezłożenie wyjaśnień.

Dodatkowo, w ocenie odwołującego, przedstawienie wyłącznie częściowych dowodów potwierdzających zastosowanie określonych stawek w szczegółowych kalkulacjach cen również nie świadczy o wypełnieniu obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 Pzp.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 petitum odwołania odwołujący stwierdził, że zamawiający niesłusznie zaniechał odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy UHOLINEX. Jak zwrócił uwagę odwołujący analiza udostępnionych dokumentów wskazuje, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez wykonawcę UHOLINEX i niesłusznie zaniechał udostępnienia pełnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Z treści pkt I wyjaśnień w sprawie ceny oferty (z dnia 10 sierpnia 2022 r.), w której wykonawca UHOLINEX przedstawił uzasadnienie zachowania wyjaśnień w poufności, nie wynika, aby zostały spełnione wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne, ogranicza się do przywołania wyłącznie treści przepisów i orzeczeń, ogólnych informacji na temat zastrzeganych danych oraz funkcjonowania przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest na tyle ogólnikowe i schematyczne, że mogło być zastosowane w każdym innym postępowaniu. Przechodząc do bardziej szczegółowych zastrzeżeń odwołujący wskazał, że wykonawca UHOLINEX nie wykazał, aby zastrzeżone przez niego informacje miały określoną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie mogłoby prowadzić do powstania po jego stronie szkody - w tym zakresie wykonawca UHOLINEX ograniczył się do twierdzeń, iż kalkulacja ceny ofertowej prezentuje newralgiczne dane dotyczące rozliczeń i finansowania zamówienia, które świadczą o know-how wykonawcy. Zdaniem UHOLINEX ujawnienie tych danych doprowadziłoby do utraty jego pozycji rynkowej. Odwołujący zwraca uwagę, że wykonawca UHOLINEX dla uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa posłużył się typowymi ogólnymi stwierdzeniami, jakich powszechnie używa się w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W żaden jednak sposób nie wskazuje na obiektywną możliwość wystąpienia szkody w związku z ujawnieniem zastrzeżonych informacji — sugerowana przez niego możliwość utraty pozycji rynkowej jest niczym innym jak jedynie subiektywnym odczuciem, które nie może uzasadniać ograniczenia jawności postępowania. W szczególności, wykonawca UHOLINEX nie wykazał, aby taka praktyka kiedykolwiek go dotknęła, ani nie podał konkretnych przykładów takich sytuacji występujących w ramach prowadzonej przez niego działalności.

W związku z tym, twierdzenia wykonawcy, iż zastrzeżone dokumenty obejmują informacje o charakterze organizacyjnym, albowiem dotyczą m.in. metod i sposobu kalkulacji i liczenia ceny oraz kosztów, w tym kosztów osób współpracujących z wykonawcą, i jako takie kwalifikują się do objęcia ich zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być

uznane za wystarczające do uznania, że została wykazana wartość gospodarcza. W tym zakresie należy wskazać, że aby dane informacje uznać za posiadające wartość gospodarczą, konieczne jest przynajmniej określenie, na czym ta wartość polega. Konieczne jest w tym zakresie odniesienie się do obiektywnych, mierzalnych wartości.

Wątpliwości również budzą twierdzenia wykonawcy UHOLINEX na temat rzekomego ujawnienia jego know—how, gdyby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostałyby odtajnione. Odwołujący w tym względzie wskazał, że przedmiotowe zamówienie nie ma charakteru wybitnie specjalistycznego, a wymagania zamawiającego co do wykonania prac zostały szczegółowo opisane. W związku z tym, wykonawcy nie mają zbyt dużego pola do zastosowania innowacyjnych lub niestandardowych rozwiązań (czy to organizacyjnych, czy też technicznych, bądź technologicznych), które pozwoliłyby na uzyskanie konkretnych oszczędności. W konsekwencji, ujawnienie kalkulacji wykonawcy UHOLINEX nie doprowadziłoby do szkód, o których wspomina w swoim uzasadnieniu, tj. upublicznienia jego know—how, skutkującego utratą pozycji rynkowej. Ostatecznie, wykonawca UHOLINEX wskazał, iż dostęp do zastrzeżonych informacji ma ograniczony krąg osób, ponieważ kalkulację przygotowuje właściciel firmy osobiście, w związku z tym, nawet pracownicy nie znają przyjętej metody wyliczenia kosztów. W tym względzie, odwołujący zwrócił uwagę na pewną niekonsekwencję twierdzeń wykonawcy UHOLINEX. Jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, istotnym czynnikiem cenotwórczym są koszty osób współpracujących z wykonawcą (przy czym, nie do końca wiadomo, czy chodzi wykonawcy wyłącznie o pracowników, czy też firmy z nim współpracujące na zasadzie podwykonawstwa). Nie ulega wątpliwości, że osoby te, znają stawki wynagrodzeń przyjęte w ich umowach (niezależnie od tego, czy są pracownikami wykonawcy, czy też jego podwykonawcami). W związku z powyższym, posiadają jednak pewne dane na temat elementów cenotwórczych złożonej oferty i, o ile nie zostały zobowiązane do poufności, mogą te informacje przekazywać innym osobom, bądź je upubliczniać. W konsekwencji, aby wykazać, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy, powinien co najmniej przedstawić dowody na potwierdzenie, że osoby mające dostęp do części danych (choćby swojego wynagrodzenia), zobowiązane są do ich nieudostępniania nieupoważnionym osobom. Taki sam wniosek należy wywieźć w stosunku do innych elementów kosztotwórczych, które zostały przywołane w wyjaśnieniach, takich jak ceny podwykonawców lub dostawców. Jeżeli w tym względzie wykonawca UHOLINEX bazował kalkulację ceny w oparciu o umowy, oferty, cenniki, faktury swoich kontrahentów, to również, aby wykazać, że żaden niepowołany podmiot nie poweźmie wiadomości na temat warunków współpracy, wykonawca zobowiązany był przedłożyć stosowne dowody (np. zobowiązanie do zachowania tych informacji w poufności). Ograniczenie się do stwierdzenia, że wykonawca sam kalkuluje wynagrodzenie i w związku z tym, nikt nie ma dostępu do zastosowanej przez niego metodologii obliczenia ceny nie jest wystarczające, jeżeli na potrzeby przygotowania oferty w tym względzie opiera się o dane znane innym podmiotom (np. pracownikom) lub wręcz od nich pozyskane (np. kontrahentów). Jeżeli wykonawca nie zobowiązał tych podmiotów do zachowania poufności, to nie ma gwarancji, że informacje nie zostaną przekazane dalej, a tym samym, nie można stwierdzić, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu ochrony tych danych przed upublicznieniem.

W konsekwencji, ponieważ uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa UHOLINEX opiera się wyłącznie o deklaracje tego wykonawcy i nie załączono żadnego dowodu do tego dokumentu (ani w zakresie wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani odnośnie podjęcia działań w celu zachowania ich w poufności), zamawiający niesłusznie uznał wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny za skutecznie utajnione. Postępowanie zamawiającego było, zdaniem odwołującego, o tyle nieprawidłowe, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne i jest to naczelna zasada prowadzenia postępowań. Ustawodawca w art. 18 ust. 2 Pzp wskazał, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w Ustawie. Ponadto z regulacji art. 18 ust. 3 Pzp wynika, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantowaną art. 61 Konstytucji RP, jakiekolwiek jej ograniczenie możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 Pzp, w którym ustawodawca umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca takie informacje wyraźnie zastrzeże w momencie składania oraz wykaże, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ wyłączenie jawności powinno mieć miejsce w wyjątkowych przypadkach, zatem każdy z elementów (przesłanek), jakie składają się na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu również powinno być traktowane ściśle i interpretowane zawężająco. W tym zakresie, należy wskazać, że:

- samo pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być rozumiane wąsko;

- ciężar wykazania wystąpienia wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa leży po stronie wykonawcy i powinien zostać zrealizowany w pełnym zakresie, jeżeli wykonawca chce, aby zastrzeżenie to było skuteczne;

- zamawiający powinien szczegółowo zweryfikować stanowisko wykonawcy w zakresie zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podsumowując, w ocenie odwołującego, przedłożone wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są bardzo ogólne, zawierają wyłącznie stwierdzenia, które standardowo zamieszczane są przez wykonawców, natomiast nie znajdują one odzwierciedlenia w konkretnych przykładach, wartościach lub dowodach. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby dotyczyć każdego innego postępowania. Odwołujący wyjaśnił, że jest świadom tego, że zamawiający zasadniczo obawiają się odtajniania informacji składanych przez wykonawców, zwłaszcza, jeżeli są to wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny obejmujące kalkulacje, oferty handlowe i inne tego typu dokumenty, z powodu ciążącego na nich ryzyka odpowiedzialności cywilnej i karnej. Natomiast niezależnie od obaw strony publicznej, za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której cały ciężar wynikającej z tego sytuacji, ponoszą wykonawcy, którzy chcą skorzystać ze środków ochrony prawnej, a nie mogą tego uczynić z powodu zazwyczaj nieskutecznego zastrzegania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prowadzi to do nadużywania uprawnienia w zakresie zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czego przykładem może być niniejsze postępowanie —wykonawca UHOLINEX zastrzegł określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa podając ogólnikowe uzasadnienie, bez jakichkolwiek dowodów oraz konkretnych argumentów przemawiających za słusznością ich stanowiska.

Dodatkowo odwołujący wyjaśnił, że aby móc skutecznie dochodzić swoich praw oraz interesu w uzyskaniu zamówienia, zmuszony jest najpierw wnieść odwołanie na nieprawidłową czynność zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tylko bowiem po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, odwołujący będzie w stanie ustalić, czy wykonawca UHOLINEX podołał dyspozycji art. 224 ust. 5 Pzp i w konsekwencji, czy czynności zamawiającego w tym zakresie były przeprowadzone właściwie. Mając na uwadze, jak zostały ocenione dwie pozostałe oferty, które kwestionuje odwołujący, należy mieć wątpliwości, co do prawidłowości działań zamawiającego. Odwołujący w tym względzie zauważył, że sprawy z zakresu rażąco niskiej ceny cechują się dużym stopniem szczegółowości, a prawidłowość czynności zamawiającego zależy od treści wezwania do wyjaśnień oraz odpowiedzi wykonawcy. Stąd, dla podniesienia skutecznego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp konieczne jest zapoznanie się z pełną korespondencją prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcą. W związku z tym, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest niezbędnym środkiem do tego, aby odwołujący mógł dochodzić swoich praw i dążyć do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przy czym, ponieważ dopiero 26 sierpnia 2022 r. odwołujący dowiedział się o niezasadnym braku odtajnienia części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie miał on możliwości kwestionować tego zachowania zamawiającego na wcześniejszym etapie postępowania. W orzecznictwie zwraca się uwagę na możliwość wniesienia odwołania na niezasadne zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień, a dopiero, po zapoznaniu się z ich treścią, formułowanie zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny. Innymi słowy dopiero po udostępnieniu wyjaśnień uprzednio zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, otwiera się droga do wniesienia odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący przy tym podkreślił, że nawet jeżeli tym zarzutem, odwołujący nie może dążyć do odrzucenia oferty wykonawcy UHOLINEX, to jednak równocześnie, nie można uznać, że zarzut ten nie ma wpływu na wynik sprawy. Jeżeli bowiem na skutek odwołania, zastrzeżenie informacji zostanie uznane za nieskuteczne, odwołujący uzyska możliwość kwestionowania oferty wykonawcy UHOLINEX w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca S.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą UHOLINEX S.B. z siedzibą w Dolinie Marczakowej.

Zamawiający w dniu 7 września 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu nieodtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, złożonych przez wykonawcę UHOLINEX, wskazał, że wraz z przekazaniem ww. wyjaśnień, wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane (w części III oraz dowody) oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał, że:

- poczynione przez niego zastrzeżenia maja charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą;

- nie są one informacjami powszechnie dostępnymi, a wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności - wskazał, że prowadzi jednoosobowa działalność gospodarczą i samodzielnie zajmuje się sporządzaniem kalkulacji ceny i składaniem ofert, w związku z czym dostęp do informacji ma wyłącznie wnioskodawca;

- nie są to informacje powszechnie znane, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał oceny zastrzeżenia powyższych informacji, czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł, nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 18 ust. 3 Pzp. W wyniku oceny zamawiający uznał, iż miał wystarczające podstawy do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia w całości informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (cz. III i dowody), jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto zamawiający odniósł się także do stanowiska odwołującego, odnoszącego się do zbyt długiego okresu udostępnienia dokumentów. Zamawiający wyjaśnił, że udostępnienie nastąpiło niezwłocznie, patrząc na zakres udostępnianych dokumentów. Odwołujący zawnioskował o oferty jedenastu wykonawców, jak również o całą korespondencję prowadzoną z tymi wykonawcami. Biorąc pod uwagę, iż prawie z każdym wykonawcą prowadzona była korespondencja w zakresie m. in. poprawy omyłek pisarskich, poprawy omyłek rachunkowych, poprawy innych omyłek, wezwań o złożenie dokumentów, pełnomocnictw, wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wezwań do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych dokumentów, potrzebny był czas na przygotowanie ww. dokumentów, ich uporządkowanie, nazewnictwo katalogów, tak by była możliwa identyfikacja poszczególnych dokumentów postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający stanął na stanowisku, że podjął czynności w zakresie udostępnienia dokumentów w najkrótszym możliwym terminie, bez zbędnej zwłoki. Odwołujący zwracając się z wnioskiem o udostępnienie dokumentów powołał się na art. 74 ust 2 Pzp który określa, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, w związku z czym zamawiający uznał, że dochował 3-dniowego terminu od chwili złożenia wniosku. Zamawiający nadmienił, że poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 23 sierpnia 2022 r. (wtorek) w związku z czym termin na odwołanie de facto wyniósł 6 dni (piąty dzień przypadł na niedzielę).

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na brak właściwego uzasadnienia przez odwołującego zarzutów oraz wykazania twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. W tym zakresie stwierdził, że wszystkie wskazane i opisane w treści uzasadnienia przez odwołującego zarzuty nie zostały właściwie przez niego uargumentowane, wszelkie twierdzenia przedstawione w odwołaniu nie znajdują oparcia w jakichkolwiek dowodach, których odwołujący nie jest nawet w stanie przedstawić i nie przedstawił. Analiza odwołania nie pozostawia wątpliwości, iż większość przedstawionych przez odwołującego twierdzeń stanowi jego subiektywną opinię, opartą na błędnie zinterpretowanym stanie faktycznym oraz całkowitym niezrozumieniu tak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i sensu oraz istoty informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny złożonej oferty. Co też istotne, wyraźnie wybrzmiewa w nich dość popularny w tego typu sprawach argument, że „uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby dotyczyć każdego postępowania” — co jest stwierdzeniem nie tylko dość powierzchownym i nic nie wnoszącym do sprawy, ale również nie znajduje jakiegokolwiek zastosowania w przedmiotowej sprawie. Można odnieść wrażenie, że niezależnie od tego jakie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożyłby przystępujący, z całą pewnością również określone ono zostałyby przez odwołującego tym samym stwierdzeniem.

Ww. wykonawca podkreślił, że treść odwołania w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów — także co do ofert wykonawców CLASSIC oraz RMB — jest nie tyle rzeczowa, co raczej „życzeniowa”. Nie ma w odwołaniu argumentów, a raczej tylko postulaty co do tego co powinno a co nie powinno znaleźć się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny czy uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący formułuje rażąco subiektywne i mocno niekonkretne wnioski, poprzestając na stwierdzeniach typu „uzasadnienie powinno zawierać” taki czy inny element, ale „nie zawiera” więc jest niewystarczające. Można powiedzieć, że odwołanie sformułowane w taki sposób, z lekkimi korektami mogłoby posłużyć do zaskarżenia wszelkich czynności w postępowaniu — jest na tyle ogólnikowe i niekonkretne. Brak

konkretnych argumentów oraz dowodów na ich poparcie oraz jednoznaczne i kategoryczne nastawienie na zdyskredytowanie wszystkich ofert sklasyfikowanych w rankingu wyżej od oferty odwołującego, czyni całe odwołanie mało wiarygodnym i z całą pewnością nie stawowi rzetelnej „oceny" oferty przystępującego i złożonych przez przystępującego wyjaśnień, jak też ofert pozostałych wykonawców. Taka „metoda" kwestionowania działań zamawiającego nie może skutkować skutecznością odwołania i nie może prowadzić do zakwestionowania czynności zamawiającego w postępowaniu.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie przede wszystkim zauważył, że odwołujący w przedmiotowym odwołaniu nie wyczerpał wszystkich przesłanek wskazanych w treści art. 516 ust. 1 pkt. 10 Pzp „wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności".

Przedstawione przez odwołującego „dowody" ograniczyły się jedynie do opisu jego subiektywnych opinii w danych kwestiach oraz negowania prawidłowości oraz rzetelności złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też złożonych przez pozostałych wykonawców ofert i późniejszych wyjaśnień ceny ofert. Odwołujący nie przedstawił żadnych dokumentów mogących stanowić dowód prawidłowości swoich twierdzeń. W przedstawionych w treści odwołania „argumentach" wskazywał jedynie na właściwość swoich twierdzeń, uznając je za jedyne właściwe i słuszne stanowisko w tej sprawie.

W kwestii obowiązku uzasadnienia stawianych zarzutów oraz wykazania twierdzeń przedstawionych w odwołaniu, pogląd doktryny i orzecznictwo są spójne, wskazują jednoznacznie, że odwołujący nie tyle co powinien ale ma obowiązek właściwego uzasadnienia swoich zarzutów na podstawie konkretnych dowodów, które mają za zadanie doprowadzić do stwierdzenia faktów, z których wywodzone są skutki prawne. Jak zostało już wskazane wyżej, w kwestii właściwego uzasadnienia przez odwołującego swoich zarzutów, pogląd doktryny jednoznacznie wskazuje, że to właśnie na odwołującym cięży obowiązek udowodnienia, przy wykorzystaniu konkretnych faktów właściwości określonych przez siebie zarzutów.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie podkreślił, że argumentacja odwołującego w przedmiotowej sprawie opiera się w szczególności na jego opiniach, nie opartych na żadnych faktycznych podstawach, natomiast przystępujący w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawił argumenty świadczące o prawidłowości dokonanego zastrzeżenia i spełnieniu wszystkich przesłanek wymaganych art. 18 Pzp, te jednak w subiektywnej opinii odwołującego nie są wystarczające, w związku z czym w przedmiotowym odwołaniu stara się za wszelką cenę udowodnić prawidłowość postawionych przez siebie zarzutów, te jednak nie odnajdują żadnego poparcia w rzeczywistości, co z kolei czyni całe odwołanie bezzasadnym.

Podsumowując, przedstawione przez odwołującego zarzuty nie mają oparcia w stanie faktycznym sprawy, kwestie poruszone w uzasadnieniu stanowią jedynie opinię odwołującego i nie zostały uargumentowane w żadnym stopniu jakimikolwiek konkretnymi faktami.

W dalszej kolejności wykonawca zgłaszający przystąpienie wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez niego nie jest ogólnikowe i nie jest ograniczone wyłącznie do treści przepisów i orzeczeń. Podkreślić należy, że wbrew oczekiwaniom odwołującego, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie musi być obszerne i nie musi liczyć kilku czy kilkunastu stron wywodów. Istotne jest, aby odnosiło się w sposób wystarczający do tych warunków, których spełnienie jest konieczne do uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne i prawidłowe. Jednocześnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa musi być adekwatne do konkretnej sprawy. Specyfika przedmiotowego postępowania, a także specyfika odwołującego jako przedsiębiorcy, nie wymaga przedstawiania obszernych wywodów oraz dowodów celem wykazania, że tak podstawowe, newralgiczne dane jak sposób kalkulacji ceny oferty mają dla przystępującego wartość gospodarczą i stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Można się zgodzić, że przedłożone przez przystępującego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest „schematyczne" — w tym znaczeniu, że konstrukcja tajemnicy przedsiębiorstwa oraz sposób jej zastrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi pewien schemat składający się z kilku elementów, których istnienie musi zostać uzasadnione. Składane zastrzeżenia w tym zakresie zawsze oparte są o ten sam schemat, dotyczący trzech czynników (wartość gospodarcza, brak ujawnienia, podjęcie działań celem zachowania poufności). Podstawową okolicznością, której znaczenie całkowicie zmarginalizował, wręcz pominął odwołujący jest fakt, że sposób kalkulacji ceny oferty stanowi pewną całość składającą się z licznych elementów składowych i uwzględniającą wiele czynników — i już sam sposób skompilowania tych wszystkich czynników i ustalenie wyniku w postaci ceny oferty jest samo w sobie istotną wartością gospodarczą każdego przedsiębiorstwa. Jeżeli natomiast uwzględnimy to, co podkreślił

przystępujący w złożonych zastrzeżeniach — że sposób kalkulacji ceny i ustalenie ceny jest dziełem pana S.B. jako jednej osoby i jednocześnie wykonawcy, to bezprzedmiotowe i zbyteczne jest dowodzenie, czy i jeżeli tak to jakie osoby przystępujący zobligował do zachowania poufności. Przystępujący nikogo do zachowania poufności nie zobowiązywał z tej prostej przyczyny, że nikomu tej kalkulacji nie udostępnił i nikt poza nim (i obecnie zamawiającym) nie zna tej kalkulacji. Jedynym podmiotem, któremu przystępujący ujawnił swoja kalkulację, jest zamawiający — i przystępujący zobowiązał tenże podmiot do nieujawniania tych danych, co zamawiający zgodnie z art. 18 Pzp zobowiązany jest respektować i respektuje w niniejszym postępowaniu.

Faktem jest, że kalkulacja ceny oferty jest oparta m.in. o informacje pozyskane od innych podmiotów i osób czy tez dotyczące innych podmiotów i osób. W tym przypadku są to przede wszystkim: fakt współpracy przystępującego z określonymi osobami i podmiotami oraz warunki tej współpracy (zwłaszcza cena, wynagrodzenie). Niewątpliwe też każda z takich informacji jest znana tak przez wykonawcę, jak i przez podmiot lub osobę z nim współpracujące. Podkreślić jednak trzeba, że:

— informacja taka pozostaje wyłącznie dostępna w relacjach bilateralnych pomiędzy wykonawcą i jego kontrahentem lub pracownikiem i nie jest ujawniana poza tymi relacjami, osobom trzecim;

— informacja taka stanowi wyłącznie jeden z bardzo wielu czynników wpływających na cenę oferty i przedstawia dla wykonawcy wartość gospodarczą tak samoistnie, jak i jako element szerszej kalkulacji.

Z tych też względów postulat odwołującego, że przystępujący był zobowiązany wykazać, że zobowiązał do zachowania poufności własnych pracowników (co do treści zawartych z nimi umów) czy też kontrahentów (co do warunków współpracy, zwłaszcza oferowanych przez kontrahentów cen), jest zupełnie chybiony.

W zakresie, w jakim zarzuty odwołania dotyczą braku wykazania przez przystępującego, że zobowiązał do zachowania poufności własnych pracowników (co do treści zawartych z nimi umów) — wykonawca zgłaszający przystąpienie podkreślił, że obowiązek zachowania poufności przez pracowników wynika z mocy samego prawa, tj. z art. 100 §2 pkt 4 Kodeksu pracy. Obowiązek zachowania poufności wszelkich danych związanych z zatrudnieniem jest jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na pracownikach przystępującego. Z tego tez względu, konieczność dodatkowego „dowodzenia” czegokolwiek w tym zakresie nie występuje.

W zakresie, w jakim zarzuty odwołania dotyczą braku wykazania przez przystępującego, że zobowiązał do zachowania poufności własnych kontrahentów (co do zasad współpracy i ustalonych lub oferowanych cen) — zgłaszający przystąpienie podkreślił, że wszelkie dane na temat zasad współpracy przystępującego z kontrahentami są poufne i nigdy nie są udostępniane ani przez przystępującego, ani też przez tychże kontrahentów. Informacje w tym zakresie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko przystępującego, ale przede wszystkim jego kontrahentów, którzy nie wyrażają zgody na jakiekolwiek udostępnianie ustalonych z nimi warunków współpracy. Takie zasady funkcjonowania przedsiębiorców stanowią fundamentalną i podstawową, i równocześnie dość oczywistą cechę współpracy pomiędzy przedsiębiorcami. Wiedzą powszechną jest, że jakiekolwiek rozpowszechnianie przez przedsiębiorcę informacji dotyczących zasad współpracy z innymi przedsiębiorcami, obarczone jest poważnym ryzykiem odpowiedzialności odszkodowawczej, a przede wszystkim jednak ryzykiem zerwania współpracy. Dla każdego przedsiębiorcy takie dane stanowią z natury rzeczy informacje poufne o znacznej wartości gospodarczej. Na potwierdzenie tych okoliczności, przystępujący w załączeniu do pisma procesowego złożył (jako dowód w postępowaniu odwoławczym) oświadczenia potwierdzające te okoliczności od swoich kontrahentów, których oferty zostały uwzględnione w kalkulacji ceny oferty. Jednocześnie w zakresie tychże oświadczeń, na podstawie art. 545 ust. 3 Pzp, wniósł o ograniczenie ich udostępnienia dla odwołującego oraz udostępnienie odwołującemu z wyłączeniem informacji o podmiocie, który to oświadczenie składa. Informacje w tym zakresie, tj. o podmiotach współpracujących z przystępującym, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżoną skutecznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ich ujawnienie doprowadziłoby do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego będącej tajemnicą prawnie chronioną.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie wskazał także, że odwołujący zdaje się nie zauważać, że zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, sposób kalkulacji ceny ofert niejako ze swej istoty stanowi dla każdego przedsiębiorcy wartość gospodarczą. Trudno więc zrozumieć, do czego zmierza odwołujący i czego oczekuje od przystępującego twierdząc, że przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Odwołujący podnosi również, że przystępujący nie wykazał aby kiedyś już doznał szkody z powodu ujawnienia informacji,

które zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu. Tego rodzaju twierdzenie jest całkowitym nieporozumieniem. Domaganie się, aby wykonawca zanim będzie skutecznie zastrzegał w jakimkolwiek postępowaniu jakiekolwiek informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, najpierw doznał w prowadzonej działalności szkody z tytułu ujawnienia takiej czy innej informacji — jest wręcz zdumiewające i w zasadzie wpisuje się w życzeniowy i gołosłowny ton odwołania.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie bez znaczenia i bez jakiegokolwiek związku z pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje podniesiona przez odwołującego okoliczność dotycząca różnicy cenowej pomiędzy ofertą odwołującego a pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Nie wiedzieć czemu odwołujący uznaje tę okoliczność za wskazującą na konieczność odtajnienia wyjaśnień. Nie ma przepisów, które wiązałyby instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa z różnicami pomiędzy cenami poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu. To, że oferta wykonawcy jest tańsza od oferty konkurencji i kilkanaście czy więcej procent w żaden sposób nie wpływa na ustalenie, czy sposób kalkulacji tej ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa czy też nie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505

ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę S.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą UHOLINEX S.B. z siedzibą w Dolinie Marczakowej (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 września 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ") wraz z załącznikami;

- oferty złożone przez: odwołującego, przystępującego, wykonawcę PPHU CLASSIC Sp. z o.o. z siedzibą w Janikowie (zwanego dalej nadal jako: „wykonawca CLASSIC") oraz wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RMB M.B. z siedzibą w

Kielcach (zwanego dalej nadal jako: „wykonawca RMB");

- wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanych w dniu 5 sierpnia 2022 r. do przystępującego, wykonawcy CLASSIC oraz wykonawcy RMB;

- wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny z dnia 10 sierpnia 2022 r. złożone przez wykonawcę CLASSIC;

- wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny z dnia 10 sierpnia 2022 r. złożone przez wykonawcę RMB wraz z załącznikiem;

- część jawną wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 10 sierpnia 2022 r. złożonych przez przystępującego, w tym przede wszystkim uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

- informację z dnia 23 sierpnia 2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego załączników do pisma procesowego przystępującego tj. oświadczeń dwóch wykonawców odnoszących się do okoliczności związanych z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 Pzp informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ujawnia się jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą

być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższy przepis obliguje wykonawców zastrzegających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa do wykazania, że stanowią taką tajemnicę już na moment przekazania informacji. Wykazanie to obejmuje także dowody potwierdzające skuteczność zastrzeżenia. W związku z tym w ocenie składu orzekającego nie ma możliwości uzupełniania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym także dowodów w tym zakresie na późniejszym etapie tj. po przekazaniu zastrzeżonych informacji.

Izba uznała, że dokumenty załączone do pisma procesowego złożonego przez przystępującego na posiedzeniu niejawnym były de facto dokumentami mającymi potwierdzić zasadność dokonanego zastrzeżenia części tajnej wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 10 sierpnia 2022 r. W związku z tym tego typu dokumenty tj. oświadczenia kontrahentów przystępującego powinny zostać złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, bo tylko wtedy mogłyby zostać wzięte pod uwagę przy ocenie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Złożenie ww. dokumentów na etapie postępowania odwoławczego tym samym musiało zostać uznane za spóźnione i skutkować oddaleniem wniosków dowodowych w przedmiotowym zakresie.

Izba ustaliła co następuje

W dniu 5 sierpnia 2022 r. przystępujący oraz wykonawcy CLASSIC i RMB zostali wezwani przez zamawiającego na podstawie art. 224 ust 1 w zw. z art. 224 ust 2 pkt 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

W przypadku wezwania skierowanego do przystępującego zamawiający wskazał, że cena

zaoferowana przez tego wykonawcę 697 410,00 złotych, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Cena ta jest niższa o ponad 76% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o ponad 69% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Główne wątpliwości dotyczą wartości wykonania robót budowlanych wskazanych w poz. 2 tabeli zawartej w Formularzu oferty, tj. 537 000,00 złotych netto.

W przypadku wezwania skierowanego do wykonawcy CLASSIC zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę 1 211 550,00 złotych, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Cena ta jest niższa o ponad 58% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o ponad 47% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Główne wątpliwości dotyczą wartości wykonania robót budowlanych wskazanych w poz. 2 tabeli zawartej w Formularzu oferty, tj. 960 000,00 złotych netto.

W przypadku wezwania skierowanego do wykonawcy RMB zamawiający wskazał, że cena

zaoferowana przez tego wykonawcę 1 535 532,00 złotych, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Cena ta jest niższa o ponad 47% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o ponad 33% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Główne wątpliwości dotyczą wartości wykonania robót budowlanych wskazanych w poz. 2 tabeli zawartej w Formularzu oferty, tj. 1 183 400,00 złotych netto.

W dalszej części wszystkie wezwania posiadały tożsamą treść i posiadały m. in. następującą treść:

Wyjaśnienia, mogą dotyczyć w szczególności:

1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;

2) 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

3) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wskazane jest przedstawienie kalkulacji ceny zawartej w ofercie za wykonanie Etapu II -

wykonanie robót budowlanych, w szczególności kosztów związanych z rozbiórką i wywozem

oraz utylizacją gruzu w rozbiciu na poszczególne obiekty objęte przedmiotem zamówienia.

Wszyscy trzej powyżej wymienieni wykonawcy złożyli wyjaśnienia w dniu 10 sierpnia

2022 r.

Przystępujący zastrzegł jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa fragment wyjaśnień podany w pkt III oraz złączniki do wyjaśnień. W pkt I wyjaśnień przystępujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca CLASSIC w treści złożonych wyjaśnień zawarł w ujęciu tabelarycznym kalkulację przedstawiającą koszt rozbiórki poszczególnych obiektów wraz zyskami ze sprzedaży pozyskanych materiałów uwzględniając koszty utylizacji odpadów nienadających do recyklingu lub sprzedaży.

Wykonawca RMB załączył do złożonych wyjaśnień kalkulację kosztów wykonania prac rozbiórkowych. Ww. wykonawca w kalkulacji przedstawił koszty wykonania projektu, pozwolenia, nadzoru, koszty osobowe, zaplecza, ochrony, koszt sprzętu, koszt paliwa, wywozu i utylizacji z uwzględnieniem odsprzedaży stali (przy założeniu min. 55 ton 1300 zł/tona) oraz gruzu betonowego przekruszonego (przy założeniu min. 4000 ton 15 zł/tona). Ponadto wykonawca RMB w załączonej do wyjaśnień kalkulacji zamieścił również pozycję odnoszącą się do zysku netto na poziomie 12,05%.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta wykonawcy CLASSIC została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu, oferta wykonawcy RMB na trzecim, a oferta odwołującego na czwartym.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

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

- art. 224 ust. 6 Pzp - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega

oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;

- art. 16 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 17 Pzp - 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym

zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.;

- art. 18 ust. 3 Pzp - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 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.;

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

U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) - 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.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron

1 uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego nie znalazł potwierdzenia zarzut podniesiony w pkt 1 petitum odwołania. W ramach części ogólnej rozważań dotyczących przedmiotowego zarzutu należy stwierdzić, że najistotniejsze znaczenie dla oceny rażąco niskiej ceny w sytuacji, w której wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w tym zakresie mają treść: wezwania do wyjaśnień oraz wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na to wezwanie.

Izba ustaliła, że obaj wykonawcy tj. CLASSIC oraz RMB zostali wezwani, na podstawie art. 224 ust 1 w zw. z art. 224 ust 2 pkt 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów zakresie wyliczenia ceny. W przypadku obu wezwań zamawiający zwrócił uwagę, że jego główne wątpliwości dotyczyły wartości wykonania robót budowlanych wskazanych w pozycji

2 tabeli zawartej w formularzu oferty. W dalszej kolejności zamawiający przytoczył w wezwaniach treść art. 224 ust. 3 pkt 2, 4, 5, 6, 7 i 8 Pzp wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności określonych tam kwestii oraz podniósł, że wskazane jest przedstawienie kalkulacji ceny zawartej w ofercie za wykonanie etapu II - wykonanie robót budowlanych, w szczególności kosztów związanych z rozbiórką i wywozem oraz utylizacją gruzu w rozbiciu na poszczególne obiekty objęte przedmiotem zamówienia. W tym miejscu zasadnym było w ocenie składu orzekającego wskazanie, że zamawiający w ramach wezwań nie sformułował kategorycznego obowiązku złożenia kalkulacji ceny zawartej w ofercie za wykonanie etapu II - wykonanie robót budowlanych. Zamawiający użył określenia Wskazane jest przedstawienie kalkulacji, co należy interpretować jako niewiążącą wskazówkę dla wykonawców, a nie konieczność złożenia kalkulacji. Ponadto zamawiający nie podał wzoru przygotowania takiej kalkulacji. W związku z tym Izba przyjęła, że zamawiający dopuścił w zasadzie dowolność w zakresie sposobu wykazania przez wykonawców, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, a zwrot dotyczący kalkulacji powinien być traktowany jako niewiążące zalecenie w kontekście konieczności złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie zarówno wykonawca CLASSIC jak i wykonawca RMB złożyli wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Obaj ww. wykonawcy przedstawili kalkulacje w ramach swoich wyjaśnień. Przy czym wykonawca CLASSIC w treści złożonych wyjaśnień

zawarł w ujęciu tabelarycznym kalkulację przedstawiającą koszt rozbiórki poszczególnych obiektów wraz zyskami ze sprzedaży pozyskanych materiałów uwzględniając koszty utylizacji odpadów nienadających do recyklingu lub sprzedaży. Tymczasem wykonawca RMB załączył do złożonych wyjaśnień kalkulację kosztów wykonania prac rozbiórkowych w rozbiciu na poszczególne koszty oraz uzyskany zysk.

W kontekście powyższych ustaleń na uwagę zasługiwała argumentacja podniesiona przez

Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 23 maja 2018 r. XXIII Ga 209/18 - który w dalszym ciągu zachowuje swoją aktualność mimo tego, że zapadł w okresie obowiązywania wcześniejszej

ustawy - Podkreślić należy, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia może być konsekwencją świadomego działania wykonawcy albo braku staranności wykonawcy w obliczeniu ceny oferty zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny (vide: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. J.E. Nowicki - Lex). Jeśli jednym z kryteriów wyboru oferty jest cena, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy - Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych, a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami (vide: wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12).

Ponadto Izba uznała za zasadną i przydatną na potrzeby rozstrzygnięcia argumentację zaczerpniętą przez zamawiającego z wyroku z dnia 29 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1946/21, w którym wskazano, że Na wstępie podkreślić należy, że złożone wyjaśnienia i kwestię

potwierdzenia przez nie realności ceny należy oceniać w kontekście okoliczności przedmiotowego postępowania oraz specyfiki zamówienia. W przedmiotowej sprawie zauważenia wymaga fakt, że ceny 8 z 10 złożonych ofert bardzo istotnie odbiegają od

wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Ceny te są kilkukrotnie lub kilkunastokrotnie niższe niż wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Dodatkowo

uwagę zwraca bardzo duże zróżnicowanie cen zaoferowanych w postępowaniu (...) - ceny wynoszą od stu kilkudziesięciu tysięcy zł (2 oferty), przez ponad 200 tys. zł (1 oferta), ponad 400 tys. zł (4 oferty), ponad 500 tys. zł (1oferta), po kwoty na poziomie 1,3-1,4 mln zł (2 oferty). Wskazane różnice w cenach ofertowych oraz ich odniesienie do wartości oszacowanej przez Zamawiającego pozwala przyjąć, że dla robót objętych przedmiotem zamówienia ceny rynkowe nie kształtują się na jakimś typowym, zbliżonym do siebie poziomie - roboty te są wyceniane w sposób bardziej zróżnicowany niż ma to miejsce w przypadku innych zamówień, a wycena ta może zależeć nie tyle od występujących po stronie konkretnego wykonawcy wyjątkowo sprzyjających okoliczności, ile od przyjętej metody wykonania zamówienia (.). W takich okolicznościach, nawet w sytuacji, gdy w świetle przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić procedurę wyjaśniającą, za prawidłowe należy uznać wyjaśnienia, które potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia i wskazują na sprzyjające temu czynniki, nawet bez udowodnienia nadzwyczajnych okoliczności. Złożone przez wykonawców wyjaśnienia należy oceniać całościowo, a w ocenie tej uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, nie można natomiast stosować żadnego automatyzmu. Niezasadne jest przykładanie tej samej miary do każdych wyjaśnień składanych w różnych postępowaniach, bez względu na przedmiot zamówienia. Nie można więc stwierdzić - jak zdaje się to robić Odwołujący - że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę zawsze, gdy wykonawca nie wyjaśnia absolutnie każdego elementu kosztotwórczego i nie przedstawia dowodu na każde twierdzenie przedstawione w wyjaśnieniach, niezależnie od całokształtu tych wyjaśnień oraz obiektywnych uwarunkowań związanych z danym przedmiotem zamówienia (.). O ile wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelne, ujawniają przyjęte przez wykonawcę założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Nie można więc podzielić stanowiska Odwołującego, który upatruje wadliwości wyjaśnień złożonych przez poszczególnych wykonawców, w niewystarczającym

zakresie dowodów do nich załączonych. Odwołujący niezasadnie - zdaniem Izby - umniejsza wartość kalkulacji własnej wykonawcy, która przecież, podobnie jak dowody przedstawiane wraz z wyjaśnieniami, jest przydatna do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny. Skoro kalkulacja ujawnia przyjęte przez wykonawcę założenia co do sposobu realizacji zamówienia, dedykowanych do tego celu zasobów oraz poszczególnych czynników kosztotwórczych, to są to informacje, które pozwalają zweryfikować, czy wykonawca uwzględnił w cenie wszystkie niezbędne elementy i czy wycena została dokonana na

rynkowym poziomie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i rozważania Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było podstaw do uznania, że oferty wykonawców CLASSIC i RMB podlegały odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę lub koszt. Skład orzekający rozpoznając przedmiotową sprawę wziął pod uwagę specyfikę przedmiotowego zamówienia, ilość ofert, rozbieżność cenową pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami, a także przede wszystkim treść wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanego do obu wykonawców oraz złożone przez wykonawców wyjaśnienia i uznał argumentację odwołującego za niezasadną. Argumentacja odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu koncentrowała się wokół braku wskazania w ofertach obu wykonawców oraz wyjaśnieniach określonych pozycji kosztowych, a także niewykazania niektórych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Jak ustaliła Izba zamawiający w treści wezwania nie wskazywał szczegółów w stosunku do wyjaśnień. Jedyna zasygnalizowana w wezwaniu wątpliwość zamawiającego dotyczyła wartości wykonania robót budowlanych wskazanych w pozycji 2 tabeli zawartej w formularzu oferty. Przy czym należało dodać, że przedmiotowa pozycja odnosiła się do etapu II, który obejmował: wykonanie robót rozbiórkowych obiektów budowlanych, zgodnie z zapisami zawartymi w decyzji zezwalającej na wykonanie ww. prac, oraz zaakceptowanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej, wykonanie wszelkich robót przygotowawczych, rozbiórkowych, zabezpieczających, tymczasowych, towarzyszących (niezbędnych dla wykonania robót podstawowych), porządkowych w trakcie realizacji robót podstawowych, a także po ich zakończeniu, wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej. Tym samym wykonawcy mogli w sposób indywidualny udowodnić, że zaproponowana przez nich cena oferty nie jest rażąco niska. Stanowisko odwołującego wskazujące na braki poszczególnych kosztów w wyjaśnieniach wykonawców Izba uznała za niemające oparcia w treści wezwania i zbyt daleko idące, szczególnie w kontekście dowolności wykonawców w sporządzaniu wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców były wystarczające i adekwatne w stosunku do treści wezwania, szczególnie mając na uwadze specyfikę zamówienia i okoliczności przedmiotowego postępowania.

Jeśli chodzi o kwestię wykazania podniesionych argumentów w ramach wyjaśnień Izba zauważyła, że obaj wykonawcy przedstawili wraz z wyjaśnieniami kalkulacje obejmujące swoim zakresem koszty związane z rozbiórką i wywozem oraz utylizacją gruzu. Ponadto zaakcentowania wymaga, że rygor dowodowy, który ustawa nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie. Przedłożone przez wykonawców wyjaśnienia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. Co prawda przedłożone kalkulacje stanowiły dokumenty wytworzone przez wykonawców, niemniej powyższe nie przesądza o tym, że pozbawione są one jakiejkolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje te bowiem jak każdy dowód podlegają ocenie. Tymczasem odwołujący przyjmując zbyt formalistyczne podejście o braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie przyjął, że na ich podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie ofert pod kontem realności ceny.

Dodatkowo Izba przyznała słuszność argumentacji zamawiającego, że podnoszony przez odwołującego wobec oferty wykonawcy CLASSIC argument braku wpisu PKD w zakresie sprzedaży materiałów budowlanych nie ma zastosowania do przedmiotowego postępowania, gdyż wykonawca w Informacji KRS Dział 3 Rubryka 1 - Przedmiot działalności pkt 2 Przedmiot pozostałej działalności 46, 77, Z, posiada wpis SPRZEDAŻ HURTOWA ODPADÓW I ZŁOMU, co z uwagi na charakterystykę zamówienia jest niezbędne do realizacji przedsięwzięcia. Ponadto zamawiający w SWZ jak również w PFU nie wymagał, aby wykonawca w zakresie prowadzonej działalności posiadł wpis dotyczący sprzedaży materiałów budowlanych.

Izba uznała także za zasadne stanowisko zamawiającego w zakresie podnoszonego przez odwołującego, wobec oferty wykonawcy RMB, argumentu odnoszącego się do braku wpisu do rejestru BDO. Jak słusznie podniósł zamawiający na obecnym etapie postępowania nie było obowiązku posiadania takiego wpisu. Postępowanie zostało podzielone na dwa etapy, projektowanie i wykonanie rozbiórki. Okres wykonania dokumentacji projektowej zgodnie z postanowieniami SWZ wynosi do 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Na wybranym w postępowaniu przetargowym na wykonawcy spoczywał będzie obowiązek posiadania wszystkich niezbędnych pozwoleń/decyzji, które posłużą do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast w związku z podziałem na etapy, wykonawca będzie miał czas na ich uzyskanie.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 16 i 17 Pzp.

Skład orzekający uznał, że potwierdził się zarzut wskazany w pkt 2 petitum

odwołania.

Z przywołanego w odwołaniu przepisu art. 18 ust. 3 Pzp wynika, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzieliła przy tym stanowisko wskazujące, że użyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia".

Ponadto ww. przepis określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z ww. przepisem, 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.

W końcu należało wskazać, że zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania na stan przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo zbadał skuteczność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego i w wyniku tego naruszył wskazane w odwołaniu przepisy, ponieważ nie ujawnił niezasadnie zastrzeżonych przez przystępującego informacji. W ocenie składu orzekającego przystępujący nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 UZNK. Izba wskazała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez przystępującego miało charakter ogólny, w dużej mierze sprowadzało się do przywołania definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Przystępujący nie wykazał spełnienia żadnej przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK, w tym przede wszystkim jaką przekazane informacje mają wartość gospodarczą. Przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie niejawna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.

Zdaniem składu orzekającego, przystępujący nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przystępujący wskazał, co prawda że Zastrzeżone informację określają zasady rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakres praw i obowiązków osób, które będą wspierały Wykonawcę przy realizacji

przedmiotu zamówienia. Mają one charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa i już z tego względu są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa, niemniej nie sposób im jednocześnie odmówić charakteru cenotwórczego. Stanowi to informacje o sposobie budowanie strategii cenowej przez przedsiębiorcę. Jednakże powyższy fragment skład orzekający potraktował jako ogólnikową informację, która w żaden sposób nie mogła oznaczać wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przystępujący nie omówił także w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych. Samo stwierdzenie, że Strategia kalkulacji ceny stanowi jeden z elementów składających się na taktykę pozwalającą wykonawcom zaoferować korzystną cenę, gwarantującą również uzyskanie maksymalnego zysku. Jednocześnie ujawnienie tych informacji podmiotom trzecim skutkowałoby utratą pozycji rynkowej wykonawcy, nie było w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do kalkulacji ceny oferty. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania.

W zakresie przesłanek odnoszących się do nieujawnienia zastrzeżonej informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania w poufności, przystępujący wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że Informacje zawarte w przedkładanych wyjaśnieniach i dokumentach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął wszelkie kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Przede wszystkim, ze względu na swoją wartość gospodarczą, informacje te nie są ujawniane szerszemu kręgowi osób. Wykonawca jest przedsiębiorcą prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą i samodzielnie zajmuje się sporządzaniem kalkulacji ceny oraz składaniem ofert. Wykonawca podejmuje odpowiednie czynności, by zapewnić zachowanie tych informacji w poufności przede wszystkim w ten sposób, że do informacji tych ma dostęp wyłącznie Wykonawca. Informacje te nie są ujawniane personelowi też osobom trzecim. Przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania organizacyjne uniemożliwiają zapoznanie się z tymi informacjami przez nieuprawnione osoby (w tym pracowników).

Istota argumentacji przystępującego w zakresie przedmiotowych przesłanek skupiła się na okoliczności samodzielnego sporządzenia kalkulacji przez właściciela prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, który jako jedyny ma dostęp do zastrzeżonych informacji. Przy czym przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał, że przyjęte przez niego rozwiązania organizacyjne uniemożliwiają zapoznanie się z tymi informacjami przez nieuprawnione osoby (w tym pracowników). Jednakże przystępujący nie załączył do uzasadnienia żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić przyjęte przez niego rozwiązania organizacyjne.

Nie mogło ujść uwadze Izby, że przystępujący do pisma procesowego złożonego na posiedzeniu niejawnym załączył oświadczenia swoich kontrahentów, które miały potwierdzić poufność zastrzeżonych informacji oraz ich wartość gospodarczą. Co prawda przedmiotowe dokumenty, z powodów proceduralnych, nie zostały zaliczone na poczet materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie, to jednak ich sporządzenie potwierdziło ponad wszelką wątpliwość, że przystępujący mógł wraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawić analogiczne dokumenty potwierdzające spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie odnoszącym się do zarzutu naruszenia art. 18 ust 3 Pzp w zw. z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 17 Pzp i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez przystępującego. Tym samym zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odtajnić całość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, które zostały złożone w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez przystępującego. W ocenie składu orzekającego zasadność przedmiotowego zarzutu może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, nawet w sytuacji oddalenia zarzutu podniesionego w pkt 1 petitum odwołania, ponieważ o istotnym wpływie na wynik postępowania można mówić w przypadku, gdy popełnione naruszenie przepisów ustawy może nieść konsekwencje w postaci wyboru innego wykonawcy. Istotność należy zatem oceniać w świetle wyniku postępowania, to znaczy czy byłby on inny, gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszeń. W okolicznościach przedmiotowej sprawy istotny

wpływ na wynik postępowania przejawia się w tym, że odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu może doprowadzić do tego, że wykonawca zajmujący w rankingu ofert drugą pozycję może wnieść środek ochrony prawnej, w którym będzie mógł kwestionować cenę zaproponowaną przez dotychczasowego lidera.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W przedmiotowej sprawie odwołujący podniósł dwa zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania po połowie obciążono odwołującego oraz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (10 000 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł), zatem łącznie 13 600 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas kosztów postępowania odwoławczego, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6 800 zł (13 600 zł x 1/2). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 13 600 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 6 800 zł (13 600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6 800 zł (13 600 zł - 6 800 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....