Sygn. akt: KIO 955/23

WYROK z dnia 21 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę L. Sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Wrocławską z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gandolf A. K. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gandolf A. K. z siedzibą w Warszawie, składanych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie treści wskazanych wyżej wyjaśnień oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 2/3 oraz zamawiającego w części 1/3, i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kwotę: 4 649 zł 56 gr (słownie: cztery tysiące sześćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty jego dojazdu na rozprawę;

   3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 750 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą zwrot stosunkowej części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 955/23

Uzasadnienie

Politechnika Wrocławska z siedzibą we Wrocławiu (dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn. ,,Dostawa i montaż wyposażenia meblowego do budynku C-7 Politechniki Wrocławskiej przy Placu Grunwaldzkim 11 we Wrocławiu - ETAP II", znak sprawy: SZP/242- 241/2022 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/ S 241-694044.

Zamawiający w dniu 24 marca 2023 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gandolf A. K. z siedzibą w Warszawie (dalej „Gandolf" lub „przystępujący").

W dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę L. Sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie, od czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w postępowaniu tj. w zakresie czynności zamawiającego z dnia 20 lutego 2023 r. w postaci ponownego (dwukrotnego), dotyczącego tożsamych

kwestii, wezwania wystosowanego przez zamawiającego do wykonawcy Gandolf w przedmiocie złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a także czynności zamawiającego w postaci uwzględnienia ponownych wyjaśnień wykonawcy Gandolf dotyczących zaoferowanej przez niego ceny; czynności zamawiającego z dnia 24 marca 2023 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy Gandolf jako najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy Gandolf; zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Gandolf, dotyczących zaoferowanej przez niego ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. w zakresie wystosowania przez zamawiającego wezwania z dnia 20 lutego 2023 r. do wykonawcy Gandolf w przedmiocie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz uwzględnienia przez zamawiającego ponownych wyjaśnień wykonawcy Gandolf w przedmiocie zaoferowanej ceny udzielonych w dniu 23 lutego 2023 r.: art. 224 ust. 1,

3, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez: bezpodstawne, dwukrotne wystosowanie przez zamawiającego tożsamego wezwania do wykonawcy Gandolf w przedmiocie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, mimo tego, że pierwotne wezwanie zamawiającego w tym przedmiocie z dnia 9 lutego 2023 r. wystosowane do wykonawcy Gandolf było jednoznaczne i nie budzące wątpliwości, a wykonawca Gandolf w ramach wyjaśnień z dnia 15 lutego 2023 r. nie zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego, w szczególności nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Gandolf i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej: art. 224 ust. 1, 2, 3, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Gandolf z powodu wystąpienia w jego ofercie ceny rażąco niskiej, mimo tego, że wykonawca Gandolf w szczególności w ramach pierwotnych wyjaśnień z dnia 15 lutego 2023 r. nie wykazał zamawiającemu, że jest w stanie za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie publiczne w sposób należyty, w tym zgodny z warunkami zamówienia oraz obowiązującymi przepisami oraz z zapewnieniem wykonawcy Gandolf odpowiedniego zysku, a z jego oferty i wyjaśnień wynika, że doszło do rażącego, nierealnego zaniżenia ceny, w szczególności w zakresie istotnych części składowych ceny tj. w zakresie pozycji: krzesło audytoryjne składane z pulpitem (KA1), krzesło audytoryjne składane (KA2), krzesło dostawne tapicerowane (KD1);

3. w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Gandolf dotyczących zaoferowanej ceny: art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że złożone przez wykonawcę Gandolf wyjaśnienia dotyczące ceny wskazanej w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), mimo tego, że wykonawca Gandolf nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał odpowiednimi dowodami, aby przedmiotowe informacje miały charakter poufny oraz, że wykonawca ten podjął odpowiednie działania, aby zachować poufność przedmiotowych informacji.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 24 marca 2023 r. w postaci

wyboru oferty wykonawcy Gandolf jako najkorzystniejszej w postępowaniu; unieważnienia ponownego wezwania zamawiającego z dnia 20 lutego 2023 r. wystosowanego do wykonawcy Gandolf w przedmiocie zaoferowanej przez niego ceny; odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Gandolf w przedmiocie ceny wskazanej przez niego w ofercie; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia oferty wykonawcy Gandolf na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp; dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący, w pierwszej kolejności zwracał uwagę, że jak wynika z Informacji z otwarcia ofert, zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 950 000,00 zł. brutto. W postępowaniu złożono pięć ofert. Wykonawca Gandolf zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia na poziomie 3 630 143,23 zł. brutto.

W dniu 9 lutego 2023 r. zamawiający wystosował do wykonawcy Gandolf pismo pn. Żądanie od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych. W ramach przedmiotowego wezwania, zamawiający zażądał od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych, w tym wezwał do złożenia dowodów, w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wskazał, że jego wątpliwości budzą trzy zaoferowane przez niego ceny jednostkowe: za krzesło audytoryjne składane z pulpitem (KA1) - 1 067,14 zł. netto. za krzesło audytoryjne składane (KA2) -914,29 zł. netto, krzesła dostawne tapicerowane (KD1) - 470,57 zł. netto. Podniósł, że wskazane elementy oferty obejmują ponad 10 % wartości zamówienia i w ocenie zamawiającego stanowią istotną część składową (560 023,13 zł. brutto).

W odpowiedzi wykonawca Gandolf wystosował do zamawiającego w dniu 15 lutego 2023 r. pismo pn. Wyjaśnienia. W piśmie tym wskazał m.in., iż nawet gdyby jakaś firma zrobiła błąd w swojej ofercie i jedną z pozycji (stanowiącą jedynie 10 % wartości oferty) policzyła błędnie, wówczas może z zarobkiem na innych pozycjach (stanowiących aż około 90 % oferty) pokryć deficyt marżowy. Odwołujący zaznaczył, że nie ma dostępu do pełnej treści pisma wykonawcy Gandolf, jednakże z ujawnionych przez zamawiającego fragmentów wynika, że wykonawca ten w ramach przedmiotowych wyjaśnień nie złożył dowodów potwierdzających, że jego cena ofertowa, w tym także w zakresie istotnych pozycji oferty wskazanych w wezwaniu zamawiającego, nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Następnie zamawiający skierował do wykonawcy Gandolf pismo z dnia 20 lutego 2023 r. pn. Żądanie od wykonawcy

wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz ich istotnych

części składowych. W przedmiotowym piśmie zamawiający ponownie wskazał przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, żądając dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych. Wezwanie to uzasadnił faktem, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody z dnia 15 lutego 2023 r. nie odnosiły się do innych zaoferowanych mebli i sprzętów niż krzesła audytoryjne (KA1 i KA2) oraz krzesła dostawne (KD1). Intencją zamawiającego, przy sformułowaniu żądania z dnia 9 lutego 2023 r., było wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wszystkich mebli i sprzętów, oraz niezbędnych czynności związanych z ich dostawą oraz montażem, wskazanych w dokumentacji przetargowej, nie tylko wskazanych wprost w wystąpieniu zamawiającego. Z uwagi na sformułowanie pisma z dnia 9 lutego 2023 r. w sposób mogący wprowadzić w błąd (tj. że dotyczyło ono wyłącznie krzeseł audytoryjnych i dostawnych), zgodnie z ciążącym na zamawiającego w tym zakresie obowiązkiem - sformułował dodatkowe wezwanie.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Gandolf wystosował do zamawiającego pismo z dnia 23 lutego 2023 r. Z ujawnionych odwołującemu fragmentów przedmiotowego pisma wykonawcy Gandolf wynika, że dopiero na tym etapie wykonawca ten przedłożył jakiekolwiek dokumenty poza samymi lakonicznymi wyjaśnieniami.

W dniu 24 marca 2023 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonując wyboru oferty wykonawcy Gandolf jako najkorzystniejszej.

Następnie odwołujący podnosił, że zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie pełnej korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Gandolf. W odpowiedzi - wiadomością z dnia 28 marca 2023 r. zamawiający przekazał odwołującemu piliki zawierające wnioskowaną przez niego korespondencję. Po analizie okazało się, że zamawiający nie przekazał odwołującemu przedłożonych przez wykonawcę Gandolf referencji, wykazu dostaw oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W związku z tym odwołujący pismem z dnia 30 marca 2023 r. wezwał zamawiającego do odtajnienia przedmiotowych dokumentów, bowiem nie została spełniona przesłanka z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W wyniku tego zamawiający pismem z dnia 31 marca 2023 r. udostępnił odwołującemu referencje oraz wykaz dostaw złożony przez wykonawcę Gandolf, podtrzymując swoją decyzję o braku udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wykonawcy Gandolf dotyczących zaoferowanej ceny.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę wyżej przedstawiony i zaistniały stan faktyczny, w niniejszym postępowaniu doszło do niedozwolonego, dwukrotnego

wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy Gandolf wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny wskazanej w ofercie tego wykonawcy, w konsekwencji doszło do naruszenia art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Przy tym, zdaniem odwołującego, należy mieć na uwadze, że pierwotne wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie z dnia 9 lutego 2023 r. było na tyle jednoznaczne, precyzyjne oraz wyczerpujące, iż nie mogło dojść do wprowadzenia wykonawcy Gandolf w błąd, który wymagałby konwalidacji w ramach kolejnego wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Treść wezwania zamawiającego z dnia 9 lutego 2023 r. nie powinna budzić żadnych wątpliwości, iż zamawiający oczekiwał od wykonawcy Gandolf złożenia wyjaśnień w zakresie całej ceny oferty, ale również w zakresie wprost wskazanych przez zamawiającego pozycji tj. w zakresie istotnych części składowych ceny oferty. W związku z powyższym zamawiający nie miał żadnych podstaw do wystosowania drugiego wezwania z dnia 20 lutego 2023 r. w tym przedmiocie. Oba pisma zamawiającego (tj. z dnia 9 i 20 lutego 2023 r.) de facto zawierają tożsamą treść wezwania. Okoliczność ta potwierdza, że wystarczającym do złożenia przez wykonawcę Gandolf rzetelnych, wyczerpujących oraz popartych stosownymi dowodami wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz istotnych części składowych ceny, była treść wezwania zamawiającego z dnia 9 lutego 2023 r.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę tak, by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny. Odwołujący zauważył, że Izba w wyroku z 9 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1049/14 wskazała między innymi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zwracała też uwagę, iż nie chodzi tu o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, oczywistym jest, w świetle przepisów ustawy Pzp, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie, zamawiający nie może wzywać

wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14 Izba stwierdziła, że ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Zamawiający może zatem wezwać do dalszych wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia.

Dalej odwołujący podnosił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące,

że za tę cenę możliwe i realne jest wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych do tego elementów (wymagania zamawiającego/ prawa/ wiedzy technicznej), wyjaśniające dlaczego wykonawca był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego, udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie danego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Z informacji udostępnionych przez zamawiającego wynika, że wykonawca Gandolf nie złożył tego typu dowodów, w szczególności w wyniku pierwszego wezwania zamawiającego, co zresztą potwierdziła treść kolejnego wezwania zamawiającego z dnia 20 lutego 2023 r. Zgodnie z tezami orzeczniczymi KIO ograniczeniem dla ponownego wezwania do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy wykonawca na uprzednie wezwanie złożył wyjaśnienia ogólne, zdawkowe, niezgodne z wezwaniem, nienawiązujące do przedmiotu zamówienia, niezawierające żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wyliczeń (np. kosztorysu, czy szczegółowego rozbicia ceny oferty), które mogłyby przekonać zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oraz bez dowodów potwierdzających przyjęte wielkości, co miało miejsce w przypadku wykonawcy Gandolf.

Nie stanowią wyjaśnień cenowych, a w każdym razie wystarczających do wykazania (uzasadniających cenę) wyjaśnienia, które mają charakter ogólnych informacji o firmie wykonawcy i pozycji wykonawcy na rynku. Taki opis warunków działalności wykonawcy w rzeczywistości nie może stanowić żadnego potwierdzenia prawidłowości skalkulowania danej oferty. Kolejne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny, brak jest po stronie zamawiającego obowiązku i prawa do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w tym samym zakresie w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia okazują się ogólnikowe i nie są poparte stosownymi dowodami. Tego typu ponowne wezwanie prowadzi bowiem do udzielenia wykonawcy "drugiej szansy", co prowadzi do naruszenia podstawowej zasady równego traktowania wykonawców (tak w wyroku KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1056/19; wyroku KIO z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1524/19).

Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które były niepełne i nie potwierdzały, że zaoferowana przez wykonawcę Gandolf cena nie jest rażąco niska, miał obowiązek uznać, że wykonawca ten nie sprostał wymaganiom określonym w wezwaniu i ustawie Pzp oraz stwierdzić, że zaoferowana cena jest rażąco niska i w konsekwencji odrzucić ofertę wykonawcy Gandolf.

Dalej, odwołujący argumentował, że zamawiający podejmując decyzję o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Gandolf naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 1, 2, 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący na wstępie, uzasadniając powyższe zaznaczył, że możliwości odwołującego w zakresie podnoszenia przedmiotowego zarzutu z przyczyn niezależnych od niego są ograniczone, bowiem zamawiający w sposób bezpodstawny nie udostępnił odwołującemu części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Gandolf, co jest szczegółowo opisane w kolejnym zarzucie niniejszego odwołania. Bez względu na powyższe należy stwierdzić, że oferta wykonawcy Gandolf zawiera cenę rażąco niską.

Po pierwsze, wykonawca Gandolf nie przedstawił wiarygodnych i wyczerpujących dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena gwarantuje nie tylko należyte wykonanie zamówienia, w tym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, ale również

zapewnia temu wykonawcy odpowiedni zysk. Dotyczy to w szczególności wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 15 lutego 2023 r., które są lakoniczne oraz gołosłowne, a co najważniejsze nie odnoszą się do całej ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Niniejsze potwierdził zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 20 lutego 2023 r. Przedstawienie dowodów na potwierdzenie wyliczenia jawi się jako kluczowy element wyjaśnień. Wszczęcie procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, kreuje domniemanie wystąpienia w ofercie badanego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Zaistnienie takiego domniemania skutkuje przerzuceniem ciężaru dowodzenia na wykonawcę, co jednoznacznie wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Istotą "wykazania" jest nie tylko szczegółowe opisanie sposobu kalkulacji, lecz także przedstawienie materiału dowodowego, który potwierdziłby, że stawki przyjęte do wyliczenia ceny mają uzasadnienie. Dowody na potwierdzenie przyjętych założeń kosztowych powinny zostać przez wykonawcę wskazane już w pierwszych wyjaśnieniach, jest to tym bardziej istotne, że sam zamawiający wyartykułował w wezwaniu żądanie złożenia dowodów. Przy tym podkreślił, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Kolejną istotną kwestią, zdaniem odwołującego, w zakresie niniejszego zarzutu jest fakt, iż również w ocenie zamawiającego istotne części składowe ceny zaoferowanej przez wykonawcę Gandolf jawiły się jako rażąco niskie. Dotyczy to w szczególności następujących pozycji formularza ofertowego: krzesła audytoryjne składane z pulpitem (KA1), krzesła audytoryjne składane (KA2), krzesła dostawne tapicerowane (KD1). Jak słusznie sam wskazał zamawiający wymienione wyżej elementy oferty obejmują ponad 10 % wartości zamówienia i stanowią istotną część składową oferty wykonawcy Gandolf (560 023,13 zł. brutto). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej opowiedziano się za zasadnością zbadania ogólnej ceny oferty, jak również jej istotnych części składowych - pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny - gdy istnieją w tym zakresie wątpliwości (tak wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14; wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 511/20; wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO

488/18; wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 904/21). Zatem poza badaniem ogólnym ceny całkowitej oferty, również każda z zaniżonych cen jednostkowych powinna podlegać badaniu pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. W ocenie odwołującego wykonawca Gandolf nie wykazał, że wyżej wskazane istotne części składowe zaaferowanej ceny nie są rażąco niskie, w szczególności mając na uwadze fakt, że w tym zakresie powinny być brane pod uwagę wyłącznie wyjaśnienia wykonawcy poczynione w ramach pisma z dnia 15 lutego

2023 r. W tym zakresie należy mieć na uwadze, że wykonawca Gandolf nie jest producentem przedmiotowego asortymentu, lecz zamierza go nabyć od podmiotów trzecich, co powoduje, że w cenie tych pozycji należy uwzględnić m.in. marże oraz inne dodatkowe koszty ponoszone przez pośredników. W związku z tym wykonawca Gandolf, nie będąc producentem przedmiotowego asortymentu, nie jest w stanie uzyskać przewagi konkurencyjnej, która pozwalałby mu zaoferować tak niską cenę tych produktów. Jednocześnie sam wykonawca Gandolf w swoich wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2023 r. pośrednio przyznał się do faktu, iż istotne części składowe jego oferty są rażąco niskie, bowiem wykonawca ten stwierdził, że: Nawet gdyby jakaś firma zrobiła błąd w swojej ofercie i jedną z pozycji (stanowiące jedynie 10% wartości oferty) policzyła błędnie, wówczas może zarobkiem na innych pozycjach (stanowiących aż około 90% oferty) pokryć deficyt marżowy. Tym samym wykonawca Gandolf uznaje, że jest uprawniony do oferowania cen rażąco niskich w poszczególnych, istotnych częściach składowych ceny oferty, co nie jest do pogodzenia z przepisami ustawy Pzp. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, wykonawca Gandolf nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu, iż zaoferowana przez niego cena oferta, a także poszczególne istotne części składowej tej ceny, nie jest rażąco niska.

Odwołujący sformułował także zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1, 2 i 3, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp stwierdzając, że w ramach przedmiotowego postępowania zamawiający dopuścił się także istotnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Gandolf w zakresie zaoferowanej przez niego oceny. Takie bezpodstawne zachowanie zamawiającego, ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem m.in. w znacznym stopniu ogranicza możliwości podważania przez wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu wyjaśnień wykonawcy Gandolf, które to wyjaśnienia są kluczowe dla oceny, czy cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska. Tym samym zachowanie zamawiającego realnie ogranicza możliwość skorzystania przez uczestników postępowania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący nie neguje możliwości skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę przedstawionych przez niego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże pod warunkiem pełnego spełnienia przesłanek ustawowych, które to umożliwiają. W ocenie odwołującego wykonawca Gandolf nie wykazał, iż przedstawione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że zasadą obowiązującą na płaszczyźnie Pzp jest, iż postępowanie o udzielenie zamówienia

jest jawne, co wynika wprost z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być wykładane w sposób ścisły. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy 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 2022 r. poz. 1233) - dalej jako ,,UZNK", jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle powołanego powyżej przepisu art. 11 ust. 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Można zatem powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie musi spełniać następujące warunki: a) poufności, b) braku ujawnienia, c) zabezpieczenia informacji. Bliższa analiza wskazanych powyżej elementów uprawnia do twierdzenia, że w zasadzie wszystkie powyższe przesłanki da się sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. poufności. Jeżeli bowiem przedsiębiorca nie podjął działań w celu zabezpieczenia poufności, to dana informacja nie jest poufna. Daje się zatem zauważyć, iż informację można uznać za chronioną na podstawie przepisów UZNK tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, stosownymi środkami dowodowymi, iż dochował on należytej staranności w zakresie ochrony informacji, które zamierza zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego, poza lakonicznymi oraz gołosłownymi sformułowaniami, wykonawca Gandolf nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informację mają charakter poufny. Powyższe stanowisko ma swoje umocowanie w orzecznictwie KIO, tak między innymi w wyroku z dnia 20 kwietnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 880/22. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dla uznania, iż wykonawca wykazał w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy 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 do 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. Tym bardziej nie można więc uznać, iż wykonawca wykazał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy wykonawca nie przedstawi jakichkolwiek twierdzeń w tym zakresie.

Natomiast w wyroku KIO z dnia 7 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 764/22 zostało podkreślone, że niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Tymczasem, aby je wykazać, należy np. przedstawić dokumenty, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone), w konkretnych okolicznościach, są dostępne wyłącznie dla ściśle określonego kręgu osób. Z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. wynika, że jeśli wykonawca zamierza zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, to ciążą na nim wszystkie obowiązki wynikające z wykazania zasadności tego zastrzeżenia. Rolą

zamawiającego jest w tej sytuacji wyłącznie ocena sposobu i zasadności tego zastrzeżenia - zamawiający nie jest uprawniony czy obowiązany do oceny tego, które informacje stanowią rzeczywistą tajemnicę wykonawcy i obiektywnie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK.

W związku z powyższym, oraz mając na uwadze zaistniały stan faktyczny należy stwierdzić, że wykonawca Gandolf nie wykazał, że przedstawione przez niego informacje w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności nie udowodnił zamawiającemu odpowiednimi środkami dowodowymi, iż przedmiotowe informacje mają charakter poufny i, że wykonawca ten podjął odpowiednie działania, aby ochronić wskazane informacje przed ich ujawnieniem. Zważając na powyższe, w świetle przedstawionych okoliczności oraz obowiązującego stanu prawnego, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca: A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gandolf A. K. z siedzibą w Warszawie.

Ponadto swoje zgłoszenie do postępowania odwoławczego złożył wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Tronus Polska"). Zamawiający na posiedzeniu w dniu 18 kwietnia 2023 r., działając na podstawie art. 526 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Tronus Polska, przedstawiając pełną argumentację w tym zakresie w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu. Izba, działając w oparciu o przepis art. 526 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniła opozycję.

W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że przystąpienie do postępowania odwoławczego jest czynnością o charakterze procesowym, co przesądza, że konieczne jest spełnienie pewnych warunków, aby mogło ono zostać uznane za skuteczne. Jednym z takich

warunków jest okoliczność, że w treści pisma wykonawca wskazuje jednoznacznie stronę postępowania do której przystępuje (odwołujący albo zamawiający) oraz musi wykazać swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Z kolei, jak wynikało ze zgłoszenia przystąpienia, wykonawca Tronus Polska nie wskazał strony do której przystępuje, a także nie wskazał swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron. Wobec niespełnienia ww. wymagań formalnych zgłoszenia przystąpienia, Izba postanowiła uznać zgłoszenie przystąpienia Tronus Polska za nieskuteczne i nie dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie z 17 kwietnia 2023 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem pisemnym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia, a jego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. Gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się, oferta przystępującego zostałaby odrzucona, z kolei oferta odwołującego miałaby szansę zostać uznana za najkorzystniejszą, a on sam mógłby zawrzeć umowę z zamawiającym na wykonanie zamówienia i osiągnąć zysk z tytułu jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, przedłożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale II SWZ jest dostawa i montaż wyposażenia meblowego do budynku C-7 (Etap II) Politechniki Wrocławskiej przy Placu Grunwaldzkim 11 we Wrocławiu.

Termin składania ofert został wyznaczony na 24 stycznia 2023 r., W wyznaczonym terminie złożonych zostało pięć ofert, z czego cztery poniżej kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia, tj. 4 950 000,00 zł. brutto. Najkorzystniejsza cenowo była oferta wykonawcy Gandolf, za kwotę 3 630 143,23 zł. brutto. Druga w kolejności oferta

odwołującego, została złożona na kwotę 3 660 711,24 zł. brutto, co jak wyliczył zamawiający stanowi różnicę o 0,84% w stosunku do oferty Gandolf.

Zamawiający przystąpił do badania ofert, a z uwagi na cenę ofert odbiegającą o ponad 30 % od kwoty szacunkowej, wezwał zarówno wykonawcę Gandolf, jak też Lucjan do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 9 lutego 2023 r. W treści wezwania wskazał, że podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych. Wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę cena oraz jej istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto zamawiający jest zobligowany, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp do żądania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Dalej zamawiający wskazywał, że zaoferowane przez wykonawcę cena za krzesło audytoryjne składane z pulpitem (KA1) za kwotę 1067,14 zł. netto wydaje się rażąco niska. Także cena za krzesło audytoryjne składane (KA2) - 914,29 zł. netto wydaje się rażąco niska. Wątpliwości zamawiającego co do

rażąco niskiej ceny budzi także cena 470,57 zł. netto za krzesła dostawne tapicerowane (KD1). Wskazane powyżej elementy oferty obejmują ponad 10 % wartości zamówienia i w ocenie zamawiającego stanowią istotną część składową 560 023,13 zł. brutto). Jak zaznaczył zamawiający, podobne zastrzeżenia zgłosił wykonawca IDURO s.c. w skierowanym do niego piśmie, które zamawiający załączył do wezwania. Dalej, zamawiający przytoczył treść przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując czego mogą dotyczyć złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, na koniec pouczając o skutkach jakie wiążą się z brakiem udzielenia wyjaśnień w terminie lub też, jeśli wykonawca nie wykaże, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Wykonawca Gandolf pismem z dnia 15 lutego 2023 r. złożył wyjaśnienia. Z ich treści wynikało, że wykonawca sformułowane wezwanie zrozumiał jako wezwanie do wyjaśnienia, dotyczące wartości wyłącznie trzech pozycji wprost wskazanych w wezwaniu, tj. dotyczące krzeseł KA1 i KA1 oraz krzesła KD 1. Treść złożonych wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym zakresie wykonawca w treści pisma wskazał, że: z uwagi na zawartość wrażliwych danych, takich jak know-how firmy, wysokość rabatów handlowych, sposób działania firmy i analizy materiałów przetargowych, tego typu informacje utrzymujemy w ścisłej tajemnicy, gdyż stanowią ważną kwestię w konkurencji przedsiębiorstw na rynku meblowym. Nie udostępniamy tych informacji na stronie internetowej ani nigdzie indziej, nawet wśród naszych kooperantów. Wnosimy o zachowanie tajemnicy i potraktowanie niniejszego pisma wraz z załącznikami jako materiału niejawnego. W razie potrzeby możemy uargumentować to szerzej w oddzielnym piśmie do Państwa - prosimy wówczas o informację.

Po dokonaniu analizy treści wezwania zamawiający przyjął, że jego treść mogła wprowadzić wykonawcę Gandolf w błąd i pismem z dnia 20 lutego 2023 r. wezwał go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny co do całości zaoferowanego przedmiotu zamówienia, tj. także w zakresie pozostałych elementów wyposażenia meblowego, wyznaczając mu nowy termin.

Wykonawca złożył w terminie wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny. Również w tym piśmie wskazał na konieczność zachowania przedstawionych danych w poufności, argumentując w treści pisma, że z uwagi na zawartość wrażliwych danych, takich jak know-how firmy, wysokość rabatów handlowych, sposób działania firmy i analizy materiałów przetargowych, informacje zawarte w piśmie są kluczowe w działaniu takich firm jak nasza, w branży meblowej. To dzięki wiedzy, know-how oraz sposobie analizy materiałów przetargowych oraz współpracy z danymi producentami dany wykonawca osiąga sukcesy w przetargach. Zatem te informacje są bardzo cenne z punktu widzenia wykonawców i ich

konkurencji, niejawne, gdyż nie udzielamy ich nikomu oprócz zamawiających, którzy wezwą wykonawcę do wyjaśnień RNC oraz zdradzają tajniki funkcjonowania naszej firmy. Ujawnienie ich może narazić firmę na duże straty finansowe (o których rekompensatę możemy ubiegać się na drodze sądowej) oraz utrudnić uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu. Tego typu informacje utrzymujemy w ścisłej tajemnicy, gdyż stanowią ważną kwestię w konkurencji przedsiębiorstw na rynku meblowym. Nie udostępniamy tych informacji na stronie internetowej ani nigdzie indziej, nawet wśród naszych kooperantów, czy szczególnie dla firm konkurencyjnych czy klientów (chyba, że w zaistniałej wyjątkowej sytuacji jaką jest wyjaśnienie rażąco niskiej ceny). Gandolf wnosił o zachowanie tajemnicy i potraktowanie niniejszego pisma wraz z załącznikami jako materiału niejawnego.

Po dokonaniu ich analizy, zamawiający doszedł do przekonania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Tym samym wezwał przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych i po dokonaniu ich analizy - dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w dniu 24 marca 2023 r. Jednocześnie, w zakresie dokonanego zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica jego przedsiębiorstwa uznał, że te zostały skutecznie zastrzeżone.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części tj. w zakresie w jakim odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Gandolf, składanych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny. Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego w zakresie pozostałych zarzutów, uznając je za niewykazane.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów dotyczących bezpodstawnego, dwukrotnego wezwania wykonawcy

Gandolf w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w konsekwencji czego zamawiający miał naruszyć przepisy art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, nie sposób podzielić poglądu prezentowanego przez odwołującego, że wezwanie skierowane do wykonawcy Gandolf w dniu 9 lutego 2023 r. było w swojej treści jednoznaczne i wskazywało, że wykonawca ten powinien udzielić wyjaśnień, w tym przedłożyć dowody na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena, jako całość nie jest rażąco niska i, że składane wyjaśnienia powinny

w sposób kompleksowy prezentować sposób i realność skalkulowanej przez wykonawcę całej ceny ofertowej.

Izba dostrzegła wprawdzie, na co odwołujący zwracał szczególną uwagę, że w treści wezwania z 9 lutego 2023 r. znalazły się pewne sformułowania które mogły sugerować, że wątpliwości zamawiającego budzi cena oferty Gandolf jako całość, nie można jednak pomijać tego fragmentu, który precyzuje jakich pozycji (konkretnych trzech, wymienionych w piśmie) wątpliwości te dotyczą. Zamawiający nie wskazał bowiem precyzyjnie i nie poprosił wykonawcy, aby ten przedstawił mu wyjaśnienie w jaki sposób skalkulował wszystkie pozycje wymienione w Formularzu cenowym, ale odniósł się wprost i wskazał tylko trzy z nich. Tym samym wykonawca Gandolf mógł zrozumieć z treści skierowanego do niego pisma, że właśnie w tym zakresie, który to jak podkreślił zamawiający stanowi 10 % wartości całego zadania, zamawiający ma wątpliwości.

Należy podkreślić w tym miejscu także, że wykonawca Gandolf, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, w piśmie z 15 lutego 2023 r. przedłożył wyjaśnienia, załączając do niego dowody, które miały potwierdzać, że kalkulacja przez niego sporządzona w zakresie tych trzech pozycji - jest rzetelna, realna i oparta na cenach rynkowych.

Trafnie zatem zamawiający uznał, po analizie treści pierwszego wezwania, że Gandolf mógł dojść do przekonania, że został przez niego wezwany nie do wyliczenia ceny lub kosztu całej oferty, ale jej istotnych części składowych, w tym przypadku wyłącznie w zakresie krzeseł audytoryjnych o symbolach KA1 i KA 2 oraz krzesła tapicerowanego dostawnego o symbolu KD 1. Trafnie zauważył bowiem zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, że przepis na który się powołał w treści wezwania tj. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pozwala zamawiającemu na żądanie wyjaśnień nie tylko w zakresie ceny oferty, ale także w odniesieniu do jej części składowych. Tym samym sam fakt sformułowania wezwania na tej podstawie prawnej, nie oznacza jednocześnie obowiązku wyjaśnienia przez oferenta rażąco niskiej ceny całej oferty.

W konsekwencji zamawiający trafnie uznał, że działanie wykonawcy Gandolf polegające na sformułowaniu treści wyjaśnień w taki, a nie inny sposób, było pochodną sposobu sformułowania pierwotnego wezwania z dnia 9 lutego 2023 r. i wezwał go ponownie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny oferty. Nieprawdziwe są przy tym twierdzenia odwołującego, że treść drugiego wezwania była tożsama do tego, które zamawiający skierował do Gandolf w dniu 9 lutego 2023 r. Zamawiający w piśmie z 20 lutego 2023 r. tym razem wskazał jednoznacznie, że oczekuje wyjaśnień w stosunku do całości

oferowanego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie kilku części składowych. Również na to wezwanie Gandolf odpowiedział, udzielając pełnych wyjaśnień oraz przedkładając dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Trafnie zwraca uwagę odwołujący, że jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinno się traktować bardziej w kategorii wyjątku, niż zasady. Rzeczywiście ponowne wezwanie nie powinno być traktowane jako druga szansa dla wykonawcy. Jeżeli zatem w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca udzielił lapidarnych i szablonowych wyjaśnień i nie złożył dowodów należy uznać, że nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i odrzucić jego ofertę, a nie ponownie wzywać tego wykonawcę do uszczegółowienia wyjaśnień. Izba tą argumentację podziela, jednakże nie sposób uznać, że z takim przypadkiem mamy do czynienia w tym postępowaniu. Treść pierwszego pisma wykonawcy Gandolf była bowiem zdeterminowana treścią pierwotnego wezwania, wykonawca w odmienny sposób wezwanie to zrozumiał, przy czym analiza treści wezwania z 9 lutego 2023 r. na takie rozumienie wskazuje. Przy tym, co istotne, Gandolf nie uchylił się od złożenia wyjaśnień, ale w pełni odpowiedział na wezwanie w takim zakresie, w jakim uznał, że zamawiający tego oczekuje.

Tym samym powyższe działanie Gandolf zostało spowodowane działaniem zamawiającego, a w konsekwencji wykonawca ten nie mógł zostać obciążony skutkiem w postaci odrzucenia jego oferty. Wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno być bowiem konkretne, precyzyjne, szczegółowe, zawierać nie tylko podstawę prawną wezwania, ale szczegółowe wyjaśnienie czego i w jakim zakresie ma być ono złożone. Jest to bowiem kluczowe, aby z jednej strony umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości, jakie posiada zamawiający w zakresie ceny oferty, a z drugiej umożliwić zamawiającemu ocenę udzielonych wyjaśnień. Należy bowiem zaznaczyć, iż zasady jawności, pisemności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, aby ocena wyjaśnień wykonawców była związana z jasnymi i jednoznacznymi wymaganiami w tym zakresie.

Zamawiający dostrzegł swój błąd, w konsekwencji podjął trafnie decyzję o skierowaniu ponownego wezwania, w którym sprecyzował w sposób poprawny i pełny jakiego zakresu wyjaśnień od wykonawcy Gandolf oczekuje. W konsekwencji nie sposób uznać, że zamawiający naruszył wskazywane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp.

Nie sposób również uznać za zasadne zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 1, 2, 3, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 i art. 17 ust. 2

ustawy Pzp z uwagi na nieodrzucenia oferty Gandolf z powodu braku przedłożenia kompletnych wyjaśnień. Jak stwierdzono wyżej, zamawiający trafnie dostrzegł, że treść pierwotnego wezwania była na tyle nieprecyzyjna, że obligowała go do ponownego wezwania wykonawcy Gandolf do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W

konsekwencji nie sposób uznać, że oferta Gandolf podlega odrzuceniu, jako zawierająca cenę rażąco niską. Należy ponownie podkreślić, że wykonawca ten składał w toku postepowania stosowne wyjaśnienia i czynił to dwukrotnie w takim zakresie, w jakim precyzowało to wezwanie do niego kierowane.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Gandolf należy ponadto wskazać, że oferta odwołującego w postępowaniu wyniosła 3 660 711,24 zł. brutto, czyli jest to oferta cenowa bardzo zbliżona do oferty złożonej przez odwołującego (różnica wynosi, zgodnie z tym co wyliczył zamawiający - 0,84 %). Jak zwraca się uwagę w doktrynie i orzecznictwie cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym poziom cen wyznaczany jest między innymi poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym. Oznacza to tyle, że aby doszło do odrzucenia oferty należy w sposób jednoznaczny ustalić, że w okolicznościach danej sprawy, wykonawca zaoferował taki jej poziom, że nie będzie w stanie za tę cenę zamówienia zrealizować. Przy tym mówiąc o zamówieniu mamy na myśli przedmiot zamówienia, rozumiany jako całość oferty, wszystkie jej elementy.

Nie można także pomijać, co istotne w realiach rozpoznawanej sprawy, że każdorazowo czynnością poprzedzającą ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Zamawiający przeprowadza więc procedurę wyjaśnienia, w tym decyduje o treści wezwania i zakresie wymagającym wyjaśnienia oraz ocenia złożone mu wyjaśnienia i dowody. W prowadzonym postępowaniu zamawiający powyższe wyjaśnienia ocenił i uznał po ich analizie, że te są przekonujące oraz poparte odpowiednymi dowodami. Odwołujący z kolei w ogóle nie odnosi się do treści złożonych wyjaśnień, podkreślając jedynie, że poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez Gandolf, są rażąco niskie bo odbiegają od poziomu cen czy to szacowanych przez zamawiającego czy oferowanych przez innych, ubiegających się o to zamówienie wykonawców. Pomija przy tym zupełnie, że wykonawca, nawet jeśli zamawiający stwierdzi, że zaproponowana przez danego wykonawcę cena nosi znamiona rażąco niskiej, to wykonawca ten, składając wyjaśnienia i przedstawiając stosowne dowody ma szansę uzasadnić z jakich powodów przyjął taki właśnie jej poziom.

Dopiero zatem ocena złożonych wyjaśnień może doprowadzić do wniosku, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Jak stanowi bowiem przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje zatem powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Dopiero niewywiązanie się z tego obowiązku, skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Odwołujący zdecydował się na sformułowanie zarzutów w tym zakresie, nie znając treści przedłożonych wyjaśnień, gdyż te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsekwencją tego jest, że nie odnosił się w ogóle do argumentacji, kalkulacji i dowodów, które wykonawca w treści tych wyjaśnień wskazywał i na które się powoływał. Nie można przy tym jedynie na podstawie jednego, znanego odwołującemu sformułowania, zamieszczonego w piśmie Gandolf z 15 lutego 2023 r., że: „Nawet gdyby jakaś firma zrobiła błąd w swojej ofercie i jedną z pozycji (stanowiące jedynie 10% wartości oferty) policzyła błędnie, wówczas może zarobkiem na innych pozycjach (stanowiących aż około 90% oferty) pokryć deficyt marżowy” stwierdzić, że powyższe przesądza o przyznaniu się wykonawcy do oferowania cen rażąco niskich. Jest to ogólne stwierdzenie, wskazujące na rozumienie treści wezwania do wyjaśnień z 9 lutego 2023 r., gdzie zamawiający precyzował, że cena oferowana za tą część oferty jest rażąco niska. Wyjaśnienia przedłożone przez Gandolf zostały przez zamawiającego ocenione jako całość i po ich lekturze, uznał on, że wykonawca ten wyjaśnił z jakich powodów skalkulował swoją ofertę na określonym poziomie.

Mając na uwadze powyższe należy też wskazać, że dowody przedkładane przez odwołującego na rozprawie, które to miały potwierdzać nierynkowy charakter cen jednostkowych, zaoferowanych przez Gandolf, uznać należało za nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Odwołujący bowiem referował do poziomu cen przyjętych w ofercie, całkowicie pomijając, że złożone przez Gandolf wyjaśnienia służyły obaleniu domniemania występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. Przy tym, jak sam odwołujący podkreślał, jest producentem mebli, w przeciwieństwie do przystępującego, który jedynie pośredniczy w ich sprzedaży. Oznacza to, że ten ostatni w odmienny sposób kalkuluje swoją ofertę, opierając się w dużej części na ofertach swoich poddostawców. Ci z kolei nie są odwołującemu znani, jak też nie jest mu znany poziom oferowanych przez

nich cen. Po raz kolejny należy podkreślić, że te dopiero wynikają z treści przedłożonych w postępowaniu wyjaśnień.

Jednocześnie skład orzekający pragnie podkreślić, że przedmiotowe dowody, przedkładane na rozprawie, nie mogły zostać wzięte pod uwagę również z tego powodu, że wykraczały poza zakres zarzutów podnoszonych i sformułowanych w treści wniesionego odwołania. Jak wielokrotnie zwracała uwagę Izba w swoich orzeczeniach zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym to określone ww. przepisem wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych, zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Z kolei przepis art. 555 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy tym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania

zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać nie tylko treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, ale powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to takiego błędu nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie

możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności czy też argumentacji dla której Izba powinna uznać, że dany zarzut jest uzasadniony - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Przekładając powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy, jak też odnosząc się do składanych przez odwołującego na rozprawie dowodów, zauważyć należy, że w treści odwołania ograniczył się on jedynie do wskazania, że w niniejszej sprawie wykonawca Gandolf złożył ofertę z ceną rażąco niską, gdyż nie złożył wyczerpujących wyjaśnień i nie przedstawił wystarczających dowodów. Brak jest w treści odwołania jakichkolwiek odniesień do konkretnych cen jednostkowych, dowodów w jaki sposób należy je kalkulować, czy też w końcu porównania ich do innych cen w tym postępowaniu. Podnoszona na rozprawie argumentacja, jak też przedkładane dowody, wykraczają zatem poza te sformułowane w treści złożonego odwołania, a tym samym w świetle przywołanych przepisów należało je uznać za niedopuszczalne.

W konsekwencji zarzuty w tym zakresie należało oddalić.

Izba uwzględniła natomiast zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Gandolf jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały skutecznie zastrzeżone i nie podlegają ujawnieniu. Izba podzieliła pogląd odwołującego, zaprezentowany w treści odwołania, że wykonawca ten nie wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczność podjęcia przez niego niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji.

Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad, obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 tejże ustawy. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy 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.

Ponadto wskazać należy, że ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, w toku badania ofert, zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy, czy wykonawca prawidłowo zastosował tą instytucję. Mając na uwadze treść normy prawnej art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, powinien jednoznacznie wskazać, które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie jest zobligowany do wykazania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Co istotne, w kontekście omawiania niniejszej sprawy, nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, ale konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji.

Tym samym to na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów, zamawiający winien jest podjąć decyzję, czy zastrzeżenie uznać za dokonane zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 11 ust. 2 UZNK, czy też należy je ocenić jako bezskuteczne i odtajnić zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje oraz dokumenty, a następnie przekazać je innym wykonawcom w celu zapoznania się z nimi. Jak trafnie Izba zauważyła w wyroku z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 2018/21, 2048/21: „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Ustawodawca nałożył zatem na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą, wykonawca zobligowany jest do wykazania, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla niego właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Przy czym jeśli mowa jest o wykazaniu, to nie chodzi tu o ogólne uzasadnienie, ale przedstawienie wyczerpującej

i pełnej argumentacji, która pozwoli uznać, że określone dane z jakiejś przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności. Powyższe również wynika z ugruntowanego już orzecznictwa KIO, tak np. w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21 Izba stwierdziła, że: „obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia (...) dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystanie przez inne podmiotu na rynku, w innych postępowaniach".

W świetle art. 11 ust. 2 UZNK jako tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje 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. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

W konsekwencji, uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę

w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że analiza treści uzasadnienia sporządzonego przez wykonawcę Gandolf prowadzi do wniosku, że nie zawarto w jego treści wystarczających argumentów potwierdzających, że zastrzeżonym wyjaśnieniom rażąco niskiej ceny, czy też zawartym w nim informacjom, należy przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu ograniczył się jedynie do ogólnikowych twierdzeń wskazując, że zawarto w nich wrażliwe dane (nie precyzując o jakie dane chodzi), zawarto wysokość rabatów handlowych (nie wyjaśniając nawet jakie to rabaty i przez kogo udzielone), powołano się na sposób działania firmy (nie uzasadniając czy odbiega on od sposobu działania innych podmiotów na tym rynku, zajmujących się sprzedażą podobnych produktów) oraz analizę materiałów przetargowych. Wszystkie te twierdzenia, nie poparte żadną szczegółową argumentacją, bez wskazania jakie to konsekwencje i straty poniesie Gandolf w razie ich ujawnienia, należy uznać wyłącznie za mające na celu uniemożliwienie konkurencji zapoznania się ze sposobem kalkulacji ceny ofertowej. Z pewnością na podstawie treści złożonego uzasadnienia nie sposób dojść do przekonania, że wyjaśnienia zawierają informacje, które mają określoną wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Zasadnie też argumentował odwołujący, że w omawianym stanie faktycznym wykonawca Gandolf nie wykazał w sposób dostateczny jakie środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji. W uzasadnieniu wykonawca wprawdzie stwierdził, że utrzymuje te informacje w ścisłej tajemnicy, jako stanowiące ważną kwestię w konkurowaniu na tym rynku, że ich nie udostępnia na stronie internetowej, jak też swoim kooperantom, jednak po pierwsze nie przedstawił opisu działań, które podejmuje w swoim przedsiębiorstwie, aby chronić te informacje, nie wskazał metod i środków, które służą celom zapewnienia poufności danych (np. czy osoby, które mają do nich dostęp zobowiązane zostały do zachowania w poufności posiadanych przez nich informacji, czy to tych danych

dotyczą wskazane zabezpieczenia, czy sprzęt i dyski na których przechowywane są te konkretne informacje zostały w sposób określony zabezpieczone, czy owi kooperanci zostali zobowiązani do zachowania w poufności w postaci stosownych zobowiązań i umów). Przy tak ogólnym opisie, jak to przygotował Gandolf, nie sposób jest przesądzić zatem czy wykonawca podjął w ogóle jakiekolwiek środki, celem zabezpieczenia przekazywanych informacji.

Brak jest jednocześnie jakichkolwiek dowodów na to, że powyższe zabezpieczenia czy środki ostrożności, są w ogóle stosowane w przedsiębiorstwie przystępującego. Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno z jednej strony polegać na złożeniu wyczerpującego uzasadnienia, z treści którego będzie wynikało dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, ale też złożeniu na tą okoliczność dowodów. Wykonawca może w takim przypadku przedłożyć wyciągi z dokumentów, zawierające postanowienia o zachowaniu określonych danych czy okoliczności w poufności, czy też podpisane przez pracowników oświadczenia o zachowaniu w poufności tych danych i informacji, które wykonawca w danym postępowaniu zastrzega. Jeśli, jak w tym przypadku, powyższego zabrakło, to wszelkie twierdzenia o tym jak przystępujący chroni informacje w swoim przedsiębiorstwie - należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadnymi dokumentami.

W konsekwencji zarzuty w tym zakresie należało uwzględnić. Izba zobowiązała zamawiającego do uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Gandolf. Izba nakazała przy tym unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Gandolf. Tylko bowiem w takim przypadku odwołujący, po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień, będzie miał możliwość ewentualnego ich zakwestionowania na drodze wnoszonego odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) uznając, że potwierdziły się dwa, spośród trzech zarzutów podnoszonych przez odwołującego. Mając na uwadze treść przywołanych wyżej przepisów Izba zaliczyła w poczet kosztów: wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego tj. kwotę 15 000,00 zł.; kwotę: 3 600,00 zł., stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kwotę: 4 649,56 zł., stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty jego dojazdu na rozprawę. Ponadto Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odpowiada on za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: ……