**Sygn. akt: KIO 4172/24**

**Wyrok**

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:**Katarzyna Poprawa**

Protokolantka:**Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2024 roku przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy**w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie**

przy udziale Uczestników po stronie Zamawiającego:

A) HELI FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

B) EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie częściowo w zakresie zarzutu nr 2 podniesionego w petitum odwołania dotyczącego błędnego uznania że wykonawca HELI FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w sposób prawidłowy wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie dokumentów złożonych przez HELI FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postaci wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie** oraz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy** w częściach równych i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem 1/2 wartości wpisu od odwołania oraz 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodnicząca:** …..……..…..…

**Sygn. akt: KIO 4172/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad procesem inwestycyjnym w kompleksie wojskowym w Sulejówku, zgodnie z planem zabudowy terenu zamkniętego, składającego się z ośmiu zadań rzeczowych”.

Nr postępowania: 18/01851/01852/01853/01854/01855/01856/01869/01875/2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 maja 2024 roku nr 282028 - 2024.

W dniu 7 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Gdańsku oraz B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, zwanych dalej „Odwołującym” wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

(1) wyborze oferty wykonawcy HELI FACTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („HELI FACTOR”) jak najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w treści odwołania;

(2) nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (włącznie z załącznikami i uzasadnieniem), złożonych przez wykonawcę HELI FACTOR i EKOCENTRUM WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH" Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („EKOCENTRUM”),

w tym nieprawidłowego wezwania ww. wykonawców do przedłożenia (uzupełnienia) dokumentów mających potwierdzać podjęcie przez Wykonawcę działań celem zachowania informacji w poufności, wbrew ustawowemu obowiązkowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, wraz z przekazaniem stosownych informacji,

a w konsekwencji uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ww. wykonawcy wykazali stosowne przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk;

ewentualnie – z ostrożności procesowej1:

(3) zaniechania odrzucenia z Postępowania oferty złożonej przez HELI FACTOR

i EKOCENTRUM, w sytuacji, w której oferty te powinny zostać odrzucone

z Postępowania jako zawierające rażąco niską cenę, także z uwagi na brak złożenia

w tym zakresie stosownych wyjaśnień, a ponadto umożliwienie HELI FACTOR uzupełnienia dowodów mających potwierdzać, iż cena wskazana w ofercie tego wykonawcy nie jest rażąco niska, co należy identyfikować jako skierowanie do HELI FACTOR kolejnego (tego samego - w tym zakresie) wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo, że przedłożone przez ten podmiot pierwotne wyjaśnienia

w zakresie RNC były niekompletne i nie zawierały dowodów, których wprost żądał Zamawiający w treści wezwania z dnia 16 września 2024 r.

Odwołujący zarzucił powyższym czynnościom Zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) poprzez błędne uznanie, że wyjaśnienia RNC złożone przez HELI FACTOR i EKOCENTRUM stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym spełniają wszystkie opisane w art. 11 ust 2 Uznk przesłanki,

tj. mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a przede wszystkim podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności;

2. art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. uznk poprzez błędne uznanie, że HELI FACTOR i EKOCENTRUM w sposób prawidłowy

(w tym w momencie przedkładania Zamawiającemu informacji) wykazali (zastrzegli),

że informacje ujęte w wyjaśnieniach ceny oferty spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

i. zastrzeżone dokumenty (informacje) mają wartość gospodarczą;

ii. HELI FACTOR i EKOCENTRUM objęli tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie dopuszczalny zakres informac (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa);

iii. ww. wykonawcy podjęli działania mające na celu utrzymanie w poufności zastrzegane informacje (mimo - między innymi - braku przedstawienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na tę okoliczność stosownych dowodów),

co doprowadziło do niesłusznego zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC (wraz

z załącznikami i innymi utajnionymi dokumentami);

ewentualnie – z ostrożności procesowej (jak już powyżej wskazano):

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert HELI FACTOR i EKOCENTRUM, pomimo że ceny ofert ww. wykonawców są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, a ww. wykonawcy nie obalili domniemania RNC powstałego na skutek skierowania do nich w dniu 16 września 2024 r. wezwania do wyjaśnień RNC („Wezwanie”), co winno skutkować odrzuceniem ofert ww. wykonawców, a czego jednak Zamawiający zaniechał;

4. art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez skierowanie w dniu

2 października 2024 r. do HELI FACTOR ponownego wezwania w tym samym zakresie (przedłożenia dowodów na brak RNC) - „Wezwanie II” – co nie było konsekwencją wątpliwości, jakie ujawniły się w wyniku pierwotnie złożonych wyjaśnień przez tego wykonawcę, ale braku zrealizowania wymagań Zamawiającego z pierwszego wezwania, które – czemu Zamawiający dał wyraz poprzez ponowne wezwanie do złożenia dowodów – nie były wystarczające, a co powinno skutkować odrzuceniem oferty HELI FACTRO jako zawierającej RNC;

a w konsekwencji (w każdym przypadku)

5.art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odtajnienia dokumentów HELI FACTOR i EKOCENTRUM w postaci wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

ewentualnie (w sytuacji zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez HELI FACTOR i EKOCENTRUI jako tajemnica przedsiębiorstwa):

3)odrzucenie oferty wykonawcy HELI FACTOR i EKOCENTRUM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 us 5 i 6 Pzp, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;

4)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł ponadto:

5)na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,

6)na podstawie art. 573 Pzp o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił oferty wykonawców HELI FACTOR i EKOCENTRUM, wówczas uznałby, że oferty tych wykonawców zawierają rażąco nisk cenę. Powyższe skutkowałoby odrzuceniem ofert tych wykonawców.

Nieprawidłowa ocena ofert wykonawców: HELI FACTOR i EKOCENTRUM doprowadziła do utrzymania tych ofert w Postępowaniu. Gdyby więc Zamawiający nie zaniechał prawidłowej weryfikacji tych ofert, wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Ponadto Zamawiający całkowicie niesłusznie uznał, że złożone przez obu wymienionych wyżej wykonawców wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utrzymanie zastrzeżonych informacji w poufności, pomimo niespełnienia przez tych wykonawców ustawowych przesłanek koniecznych do skutecznego ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, ma na celu ograniczenie konkurencji w Postępowaniu, utrudnianie weryfikacji ofert tych wykonawców pod kątem rzetelności (uniemożliwia przeprowadzenie kontroli w tym zakresie), realności, a przede wszystkim rynkowości zaoferowanej przez te podmioty ceny (wykazanie rażąco niskiej ceny a w konsekwencji odrzucenie oferty).

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad procesem inwestycyjnym realizowanym w kompleksie wojskowym w Sulejówku, składającym się z następujących zadań rzeczowych:

A.01851: Budowa budynku magazynowego TŚM i wyposażenia czołgów praz powierzchni utwardzonych wraz z infrastrukturą towarzyszącą;

B.01852: Budowa budynku garażowego o konstrukcji lekkiej dla wojskowych pojazdów mechanicznych i gąsienicowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą;

C.01853: Budowa budynku garażowego i wiat postojowych o konstrukcji lekkiej dla cystern i sprzętu bcz wraz z infrastrukturą towarzyszącą;

D.01854: Budowa budynku myjni wojskowych pojazdów mechanicznych i gąsienicowych;

E.01855: Budowa dwóch budynków sztabowo-koszarowych wraz z infrastrukturą techniczną;

F.01856: Budowa ogrodzenia zewnętrznego kompleksu wraz z budową drogi patrolowej i obwodnicy oświetlenia, budowa budynku biura przepustek, wartowni i LCN, budowa budynku PST;

G.01869: Zakup hal namiotowych wraz z posadowieniem i niezbędnym wyposażeniem;

H.01875: Budowa infrastruktury technicznej.

W dniu 2 września 2024 r. miało miejsce otwarcie ofert. W Postępowaniu wpłynęły 4 oferty, w tym oferta Odwołującego oraz oferty wykonawców: HELI FACTOR i EKOCENTRUM.

W dniu 16 września 2024 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu (w tym również do odrzuconego później wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o.), o wyjaśnienie ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Już w tym miejscu warto wspomnieć, że oferta HELI FACTOR były niższa od budżetu Zamawiającego o ok. 70%, natomiast oferta EKOCENTRUM o ok. 60%.

W skierowanych do wykonawców wezwaniach zostali oni zobowiązani do udzielenia odpowiedzi w terminie do dnia 20 października 2024 r. Pismem z dnia 18 września 2024 r. Zamawiający wydłużył termin na złożenie wyjaśnień przez wszystkich wykonawców do dnia 27 września 2024 r.

W treści Wezwania, w stosunku do oferty HELI FACTOR I EKOCENTRUM Zamawiający wskazał, że stwierdzono, oferta każdego z ww. wykonawców zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający w treści Wezwania zwrócił się o przedstawienie (żądał) wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów potwierdzających sposób obliczania ceny (przy czym odniesienie do obowiązku przedłożenia stosownych dowodów pojawia się w treści wezwania co najmniej trzykrotnie), jak również, niezależnie od powyższego, o przedstawienie kalkulacji ceny.

Zamawiający wprost wskazał, iż „*Wykonawca zobowiązany jest złożyć*…", po czym następuję wyliczenie:

(1) kalkulację ceny,

(2) dowody na temat sposobu obliczania ceny,

(3)oświadczenie, że w przypadku wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia zostanie wykonany w ramach zaproponowanej w ofercie ceny.

W odpowiedzi na Wezwanie wykonawca HELI FACTOR pismem z dnia 25 września 2024 r. przedłożył wyjaśnienia RNC wraz uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedynymi dokumentami, jakie zostały załączone do wyjaśnień, były: Kalkulacja ceny oferty, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, i oświadczenie własne wykonawcy. Do wyjaśnień nie załączono żadnych innych dowodów na potwierdzenie ceny oferty, jak żądał tego Zamawiający, w tym np. dowodów potwierdzających prawidłowość (podstawę) przyjętych wyliczeń (kalkulacji).

Pomimo zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa, wraz z tymi wyjaśnieniami (z chwilą zastrzegania stosownych informacji) nie przedłożono Zamawiającemu żadnych dowodów mających na celu wykazanie spełnienia przesłanek koniecznych dla utajnienia danych.

Również wykonawca EKOCENTRUM pismem z dnia 25 września 2024 r. przedłożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, których część została oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W treści załącznika nr 26 do wyjaśnień znalazło się uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w części załączników, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednakże wraz z rzeczonym uzasadnieniem przedłożony został przez EKOCENTRUM tylko jeden dowód mający potwierdzać podjęcie działań zmierzających do utrzymania zastrzeganych danych w poufności. Dokument ten („Oświadczenie Wykonawcy ws. Rozwiązań IT") oznaczony został jako tajemnica przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom zapoznanie się z jego treścią (o ile w ogóle został złożony, co budzi wątpliwości).

Pismem z dnia 2 października 2024 r. Zamawiający zwrócił się do HELI FACTOR z kolejnym wezwaniem, w treści którego ponownie wezwał do przedłożenia dowodów dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak również - w dalszej części pisma - zwrócił się o przedłożenie dowodów na potwierdzenie podjęcia działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych danych.

W tym samym dniu stosowne pismo zostało skierowane także do wykonawcy EKOCENTRUM. Wykonawca ten zosta wezwany do przedłożenia dowodów potwierdzających podjęcie przez niego działań mających na celu zachowanie w poufności danych zastrzeganych przez ten podmiot jako tajemnica przedsiębiorstwa (analogicznie do HELI FACTOR, bez konieczności składania dowodów na brak RNC).

W odpowiedzi na powyższe obaj ww. wykonawcy przedłożyli dokumenty mające potwierdzać podjęcie działań zmierzających do ochrony danych, a w przypadku HELI FACTOR także dokumenty mające potwierdzać realność zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny.

Pomimo oczywistych nieprawidłowości, jakie można zauważyć w czynnościach podejmowanych przez wykonawców HELI FACTOR i EKOCENTRUM (a także Zamawiającego), Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnic przedsiębiorstwa ww. wykonawców, jak również przyjął, że obaj wykonawcy obalili domniemanie RNC.

Z powyższym nie zgadza się Odwołujący, dlatego zdecydował się na zakwestionowanie działań Zamawiającego. Zarówno HELI FACTOR, jak i EKOCENTRUM nie dopełnili obowiązków określonych w art. 18 ust. 3 Pzp, nie wykaz bowiem wraz z przekazaniem informacji spełnienia przesłanek, o których mowa w treści art. 11 ust. 2 Uznk, co powinno

skutkować odtajnieniem dokumentów (niezależnie od tego, czy faktycznie spełniają, czy nie spełniają przesłanej ustawowych określonych w Uznk). Lektura jawnej części przedłożonych wyjaśnień pozwala również stwierdzić, że zarówno HELI FACTOR, jak i EKOCENRTUM nie wykazali (pomimo obowiązku), że ich oferty nie zawierają RNC.
Uzasadniając zarzuty podniesione w odwołaniu, Odwołujący wskazał, że proces udzielenia i realizacji zamówienia publicznego charakteryzuje się szeroko rozumianą jawnością.
Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych dla systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 18 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przewidziane od tej zasady ustawowe wyjątki stanowią, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli dany wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
W myśl art. 11 ust. 2 Uznk: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności".
Mając na uwadze dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

(a) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
(b) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
(c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zamawiający, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że konkretna informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk. Wskazać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być rozumiana w ograniczony i ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego, czy wykonawcy.
Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać w odniesieniu, do każdego dokumentu (a wręcz informacji) zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu (informacje w nim zawarte). Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa słusznie objęta jest tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.
Niezależnie jednak od tego, jaki w istocie walor dla HELI FACTOR i EKOCENTRUM mają dokumenty (informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący podkreśla, że przesłanki uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa postrzegane liberalnie prowadzą do wypaczenia zasady jawności w postepowaniu.
Odnosząc się do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa („TP") przez HELI FACTOR EKOCENTRUM, w pierwszej kolejności podkreślić należy rzecz podstawową i wręcz fundamentalną – w przypadku obu wykonawców brak jest zasadniczo przedłożenia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie podjęcia działań, które zmierzać mają do utrzymania zastrzeganych informacji w tajemnicy. Już sam ten fakt powinien prowadzić Zamawiającego do uznania, iż ww. wykonawcy nie wykazali TP, a zatem ich wyjaśnienia należy odtajnić. Powyższe jest tym bardziej istotne, iż opisany brak stał się podstawą wystosowania przez Zamawiającego wezwania do obu wykonawców, aby wykazali (przedłożyli dowody), iż podjęte zostały w zakresie ochrony informacji stosowne działania. Takie zachowanie Zamawiającego wprost potwierdza, że przedłożone przez ww. wykonawców pierwotne zastrzeżenie TP – także w ocenie samego Zamawiającego – było niewystarczające (stosowne okoliczności nie zostały wykazane), a zatem powinno skutkować odtajnieniem wyjaśnień. Niezależnie od tego, z uwagi na obowiązek przedłożenia stosownych dokumentów wraz z wyjaśnieniami (zastrzeganymi informacjami), przedłożone w wyniku wezwania Zamawiającego przez HELI FACTOR
i EKOCENTRUM dokumenty nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie skuteczności zastrzeżenia TP (niezależnie od tego, że w żadnym stopniu nie dowodzą, że podjęto odpowiednie działania).
Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że obowiązek przedstawienia stosownych dowodów wynika wprost z treści art. 18 ust. 3 Pzp, gdzie mowa jest o obowiązku wykazania spełnienia przesłanek, co potwierdza orzecznictwo Izby. Przyjmuje się,
że obowiązek ten zasadniczo sprowadza się do udowodnienia stosownych okoliczności, a nie tylko składania zapewnień.

Opisany powyżej obowiązek przedłożenia stosownych dowodów jest skorelowany ściśle z określonym momentem, w jakim dowody takie mogą zostać przedstawione, co wynika z przepisów prawa. Zgodnie z treścią 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 2022 r. poz. 1233), 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".

Mając na względzie, że z treści powyższego przepisu w sposób jasny wynika, iż obowiązek wykazania ma mieć miejsce z momentem przekazania utajnionych informacji, stwierdzić należy, iż również przedłożenie dowodów może mieć miejsce tylko i wyłącznie wraz z przedstawieniem stosownych informacji. Ewentualne późniejsze uzupełnienie dowodów, w każdej sytuacji należy uznać za spóźnione i bezskuteczne.

W związku z powyższym za niewątpliwe naruszenie przepisów ustawy należy uznać – po pierwsze – przyjęcie, że HELI FACTOR i EKOCENTRUM wykazali skutecznie zastrzeżenie TP – po drugie - skierowanie prze Zamawiającego do ww. wykonawców wezwania z dnia 2 października 2024 r., które zawierało żądanie do przedstawienie dowodów potwierdzających podjęcie stosownych działań. Należy podkreślić, że z uwagi na fakt, iż możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest uprawnieniem wykonawcy, Zamawiający nie jest władny do kierowania do wykonawcy jakichkolwiek żądań mających na celu uzupełnienie argumentacji wykonawcy, która pełna, wraz z wszystkimi potwierdzającymi łączne spełnienie przesłanek dowodami, powinna była zostać przedstawiona jednocześnie z przekazaniem Zamawiającemu wyjaśnień z dnia 25 października 2024 r. To wykonawca, celem skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jest obowiązany do zachowania należytej staranności, objawiającej się w obowiązku przedłożenia wszystkich dowodów w ściśle określonym czasie. Późniejsze uzupełnienie tychże dokumentów, czy to mające miejsce z własnej inicjatywy wykonawcy, czy też na wezwanie Zamawiającego, nie powinno być brane pod uwagę.

W wystosowanym do obu wykonawców wezwaniu Zamawiający zwrócił uwagę, iż: „W pkt III str. 7 przedstawiliście Państwo opis działań, które zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności.

Na potwierdzenie wskazanych działań nie przedstawiliście Państwo żadnych dowodów. Dowody potwierdzające działania, które zostały podjęte przez Państwa w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności (…) należy przesłać (…)"

(w zasadniczo tożsamym kształcie wezwanie wysłane zostało do drugiego z wykonawców).

Co przy tym istotne, mimo tak sformułowanego wezwania, w którym Zamawiający zobowiązał do wykazania okoliczności, jakie zostały „opisane" w zastrzeżeniu TP, ani HELI FACTOR, ani EKOCENTRUM nie przedstaw dowodów, które wychodziły naprzeciw (nieprawidłowemu) wezwaniu Zamawiającego.

W powyższym kontekście podkreślenia wymaga, że pierwszy ze wskazanych powyżej wykonawców, tj. HELI FACTOR, w wyniku wezwania Zamawiającego przedłożył – niezależnie od innych dokumentów np. w postaci referencji (inny zakres wezwania) – poświadczenia bezpieczeństwa (przynajmniej tak wynika z dokumentów udostępnionych Odwołującemu), co w sposób oczywisty jest niewystarczające i nie koresponduje z okolicznościami powołanymi w zastrzeżeniu. W samej treści uzasadnienia zastrzeżenia TP HELI FACTOR znajduje się bowiem odrębny fragment, rzekomo mający wykazać spełnienia tej przesłanki („C. Działania, które zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych danych"), w którym wykonawca ten opisał działania, jakie miały zostać przez niego podjęte celem utrzymania w poufności zastrzeganych danych, w tym m.in. że:

- Informacje zostały zabezpieczone przez ujawnieniem poprzez przechowywanie ich na zabezpieczonych nośnikach na zabezpieczonych komputerach;
- pracownicy i współpracownicy są zobowiązani do zachowania w poufności informacji na temat wynagrodzenia;
- dostęp do utajnionych informacji mają tylko upoważnieni pracownicy i współpracownicy firmy;
- pracownicy w ramach wiążących umów z Wykonawcą są zobowiązani do zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Trudno uznać, że poświadczenia bezpieczeństwa odnoszą się do powyższych okoliczności.

Z kolei EKOCENTRUM przedłożyło listę osób, które miały dostęp do tajemnicy przedsiębiorstwa, a także certyfikat ISO, z których to dokumentów – w ocenie Odwołującego – niewiele w ogóle wynika (sama lista jest kolejnym

„zapewnieniem” tego wykonawcy).
Z pewnością natomiast nie wynika z nich np. iż pracowników zobowiązano do zachowania
w tajemnicy posiadanych informacji, na co EKOCENTURM powołuje się w swoim zastrzeżeniu. Nic nie stało przecież na przeszkodzie, aby wykonawca ten już wraz
z uzasadnieniem zastrzeżenia TP przedłożył chociażby przykłady umów czy klauzul poufności (czy też inne dokumenty potwierdzające/ uprawdopodabniające te kwestie). Nie zostały one natomiast przedstawione nie tylko pierwotnie, ale również w odpowiedzi na wspomniane wyżej ponowne wezwanie z dnia 2 października 2024 r.
Wykonawca nie wykazał zatem, że osoby te były zobowiązane do utrzymania tych danych
w poufności.

Jak już podnoszono powyżej, możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest uprawnieniem wykonawcy, który powinien dochować należytej staranności celem wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia. Owa staranność objawia się m.in. w obowiązku przedstawienia informacji właściwych dla wykonawcy, pozwalających na uznanie, że dana informacja stanowi dla tego wykonawcy wartość gospodarczą,
jak również w obowiązku przedstawienia wraz z zastrzeganymi informacjami i uzasadnieniem dowodów potwierdzających na utrzymanie tych informacji w tajemnicy.

Co więcej, jak podnoszono we wcześniejszej części niniejszego pisma, dla uznania informacji za tajemnice przedsiębiorstwa konieczne jest łączne spełnienia przesłanek,
o których mowa w treści przepisu art. 11 ust. 2 Uznk. Z treści rzeczonego przepisu wynika zatem, iż nie jest wystarczającym wykazanie przez wykonawcę wyłącznie, iż zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, ale również koniecznym jest dowiedzenie (wykazanie), iż uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Mając na względzie, iż możliwość zastrzeżenia informacji jest uprawnieniem wykonawcy należy dojść do wniosku, iż Zamawiający nie może podejmować jakichkolwiek działań mających na celu „naprawienie” braku staranności wykonawcy. Wezwanie wykonawcy z dnia 2 października 2024 r. nie powinno mieć miejsca a fakt przedłożenia przez wykonawcę dowodów na potwierdzenie podjęcia działań jest bez znaczenia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na złożenie tych dowodów po terminie wynikającym z ustawy (niezależnie od tego, że niewiele one zmieniają w sprawie).

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację należy uznać, iż HELI FACTOR
i EKOCENTRUM z uwagi na – po pierwsze - nieprzedłożenie w dniu 25 września 2024 r., wraz z wyjaśnieniami i uzasadnieniem stanowiącym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dowodów potwierdzających podjęcie przez tych wykonawców stosownych działań mających na celu utrzymanie danych w poufności – po drugie – przedłożenie, nawet w wyniku wezwania, dokumentów, które nie potwierdzają stosownych okoliczności, nie dochowały należytej staranności i nie wykazały wypełnienia przesłanki, o której mowa w art. 11 ust. 2 Uznk.

W związku z powyższym zasadnym jest zatem odtajnienie tych informacji, celem umożliwienia pozostałym wykonawcom (w tym Odwołującego), pełną weryfikację wyjaśnień pod kątem realności ceny zawartej w ofercie.

Odnosząc się do kwestii utajnienia w całości przedkładanych wyjaśnień RNC, już na wstępie należy wskazać, że zgodnie z dominującą linią orzeczniczą Izby i Sądu Okręgowego bezrefleksyjne zastrzeganie całości dokumentacji (nośników informacji) jawi się jako działanie całkowicie niedopuszczalne, którego rzeczywistym celem jest zakłócenie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Powyższe jest o tyle istotne, iż HELI FACTOR i EUROCENTRUM de facto utajn w całości swoje wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. W przypadku pierwszego
ze wspomnianych powyżej wykonawców jawne pozostaje bowiem jedynie samo uzasadnienie tej tajemnicy. W przypadku drugiego, utajniono w całości dokumenty, które z pewnością zawierają także informacje jawne, nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazuje to na niedochowanie przez HELI FACTOR i EKOCENTRUM należyt staranności, o której mowa także w art. 11 ust. 2 uznk, co nie zasługuje na ochronę prawną.

Odnosząc się do dokumentów HELI FACTOR należy przede wszystkim wskazać,
że zarówno same wyjaśnienia, jak również utajniona Kalkulacja ceny oferty stanowią cały obszerny katalog informacji, a nie „informację”, literalnie wskazaną w art. 11 ust. 2 Uznk.
Jest to istotne, gdyż każda taka „informacja” ma zasadniczo spełniać przesłanki opisane powyżej, czyli m.in. mieć wartość gospodarczą. Co więcej, powinna zostać szczegółowo zbadana i oceniona przez Zamawiającego, czy może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Również Wykonawca powinien zasadniczo odrębnie odnieść się do spełnienia przez informacje zawarte w ww. dokumentach przesłanek uzasadniających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tylko w ten sposób można uznać, że taki wykonawca dochował należytej staranności, co – o ile chce skorzystać z ochrony – jest jego obowiązkiem.

HELI FACTOR natomiast w uzasadnieniu zastrzeżenia, gdzie powinny znajdować się merytoryczne argumenty usprawiedliwiające czynność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie dokonuje nawet kategoryzacji

informacji zawartych w ich treści, opierając się jedynie na ogólnikach, które mogłyby zostać wykorzystane w przypadku zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w każdym innym postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca HELI FACTOR dużą część tego dokumentu poświęca ogólnej i hipotetycznej analizie dotyczącej tego, jakie informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przekładając tego jednak na własną sytuację.
Jedynymi fragmentami wyjaśnień, mającymi pośrednio identyfikować (konkretyzować) zastrzegane informacje, zawierają ogólne twierdzenia, iż odnoszą się one do „szczegółowych podstaw przyjętej kalkulacji" oraz „know – how" Wykonawcy.
Wykonawca dokonał ogólnego utajnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz „Kalkulacji ceny oferty"
nie przeprowadzając odpowiedniej selekcji, pomimo iż oczywistym jest, że niektóre informacje zawarte w treści tych dokumentów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Nic nie stało na przeszkodzie, aby te informacje pozostały jawne. Wykonawca ten zdaje się jednak przyjął,
że to utajnienie informacji (wszystkie z nich) jest regułą, natomiast jawność jest tylko wyjątkiem. Jest to oczywiście podejście błędne i nieprawidłowe.
Części z zastrzeżonych informacji z pewnością zawiera (także) informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawcy najczęściej – co jest powszechną praktyką rynku – odnosząc się do powyższych kwestii jedynie potwierdzają, iż oferta jest zgodna/ uwzględnia przepisy z zakresu prawa pracy czy też o minimalnym wynagrodzeniu. Co oczywiste, trudno takie ogólne informacje uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma ona bowiem żadnej wartości gospodarczej. Mimo tego, informacje te zostały utajnione przez HELI FACTOR (ewentualnie wykonawca ten nie udzielił na nie odpowiedzi).
W przypadku uznania, że jedynie fragment informacji zawartych w załącznikach do Wyjaśnień stanowi informacje wrażliwe dla HELI FACTOR, należałoby „zakryć" jedynie stosowany wycinek dokumentacji. Tymczasem HELI FACTOR „mechanicznie" (automatycznie) zastrzegło całe dokumenty.

Pomimo, iż możliwość utajnienia całości dokumentów jest powszechnie kwestionowana, Zamawiający jednak zdecydował o utrzymaniu w tajemnicy wszystkiego, bez względu na wartość takich informacji, co jest zachowaniem błędnym, naruszającym przepisy Pzp. Ukazuje to, że Zamawiający tak naprawdę nie dokonał rzetelnej oceny zawartych w wyjaśnieniach danych i zdał się na stanowisko wykonawcy. Za nieuzasadnioną uznać należy akceptację tego typu zachowań przez Zamawiającego, który nie przeprowadził analizy całości zastrzeżonych dokumentów i załączników, akceptując automatycznie czynność dokonaną przez HELI FACTOR (decydując się jedynie na automatyczne udostępnienie wykonawców dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wywiązał się z powyższego obowiązku, całkowicie niesłusznie i bezrefleksyjnie uznając, że HELI FACTOR wykazało wartość gospodarczą de facto całości zastrzeganych dokumentów. Zamawiający powinien dokonać stosownego badania, pochylając się zbiorowo, ale i jednostkowo nad każdym ich fragmentem w kontekście zasadności zastrzeżenia ich w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby taka ocena miała miejsce, Zamawiający odpowiadając na wniosek Odwołującego o udostępnienie stosownych informacji, z pewnością przekazałby stosowne informacje na temat sposobu dokonanej przez niego oceny. Co więcej, Zamawiający, poza dokonaniem rzetelnej analizy zastrzeżenia informacji w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku utrzymania ich utajniania, winien wskazać, czego w istocie one dotyczą, co pozwoli zagwarantować wykonawcom prawo do skorzystania z procedury odwoławczej przewidzianej Pzp.

Podobna do powyższej sytuacja ma miejsce w przypadku EKOCENTRUM.
Z treści przedłożonych wyjaśnień przez tego wykonawcę wynika, iż wykonawca ten objął tajemnicą przedsiębiorstwa załączniki do wyjaśnień w całości.
Jak zostało to uprzednio wskazane w odniesieniu do oferty HELI FACTOR, zasadność zastrzegania przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa całych dokumentów jest wyrazem braku staranności po stronie wykonawcy w procesie wyodrębniania informacji, które posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, od informacji, które takiego przymiotu nie posiadają.
Zarówno obserwacja, jak i doświadczenie Odwołującego zdobyte na przestrzeni lat w ramach prowadzenia przez niego działalności gospodarczej wskazuje, iż bardzo rzadką sytuacją jest, że jakiekolwiek dokumenty w całości zawierają informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Co do zasady w każdym dokumencie występują informacje, które takiego przymiotu nie zawierają (możliwe do wyodrębnienia), a które są istotne z punktu widzenia oceny oferty.
Podkreślić należy, iż EKOCENTRUM zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa 13 dokumentów. Wątpliwym jest, iż w żadnym z tych dokumentów nie znalazły się informacje nie będące tajemnicą przedsiębiorstwa, np. dane dot. wykonawcy.

Prawidłową praktyką w przypadku ofert (wyjaśnień), jak wskazuje się także
w orzecznictwie Izby, jest – na przykład - utajnianie konkretnych wartości pozycji wyliczonych przez wykonawcę przy jednoczesnym pozostawieniu jednak jako jawne opisu poszczególnych pozycji, co zwykle w żaden sposób nie narusza

interesów tego wykonawcy, a jednocześnie pozwala na – przynajmniej częściową – weryfikację, czy oferta została sporządzona
i skalkulowana w sposób prawidłowy.

Odnosząc się do zaniechania odrzucenia oferty HELI FACTOR z uwagi na rażąco niską cenę (oraz nieuprawnione skierowanie do wykonawcy ponownego wezwania) Odwołujący wskazuje, że de facto został pozbawiony możliwości wyczerpującego odniesienia się do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jak już bowiem wykazano, HELI FACTOR utajniło całość złożonych wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Niemniej jednak należy podkreślić,
że według najlepszej wiedzy Odwołującego, rzetelne (prawidłowe) zrealizowanie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania za zaoferowaną przez HELI FACTOR kwotę,
jest niemożliwe. Co więcej, już na podstawie dostępnych obecnie informacji można stwierdzić,
że HELI FACTOR nie wykazało braku RNC, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty
z Postępowania.

Odnosząc się do powyższego, na wstępie należy wskazać, iż suma uwzględniona
w ofercie HELI FACTOR, tj. 4 891 706, 31 zł (brutto), stanowi ok. 30% wartości zamówienia. Co oczywiste, przy tak niskiej wartości wykonawca powinien dostarczyć Zamawiającemu wyjaśnień, które w sposób rzetelny i wiarygodny wskażą, w jaki sposób udało się taką cenę osiągnąć.
Przypomnieć należy, że – po pierwsze - w sytuacji skierowania do wykonawcy wezwania
do wyjaśnień RNC powstaje domniemanie, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Wprost w swoim wezwaniu wskazał to Zamawiający stwierdził, że oferta HELI FACTOR zawiera RNC. Z uwagi na rozkład ciężaru dowodu, który w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, celem obalenia wspomnianego domniemania, wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia wyczerpujących i merytorycznych wyjaśnień wraz
ze stosownymi dowodami, które potwierdzą, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy,
a realizacja przedmiotu zamówienia za tę cenę jest możliwa.
W tym miejscu należy wskazać, że kształt finalnie złożonych wyjaśnień mających na celu obalenie domniemania rażąco niskiej ceny każdorazowo zależy w głównej mierze od treści wezwania Zamawiającego.
Udzielane przez wykonawcę wyjaśnienia należy odczytywać zatem łącznie z treścią Wezwania. Wykonawca, kierując się Wezwaniem, jest zobowiązany przedstawić założenia pozwalające mu wycenić przedmiot zamówienia w zakresie wskazanych tam pozycji na cenę wynikającą z oferty.
W tym miejscu należy podkreślić, iż pomimo braku wiedzy na temat pełnej treści wyjaśnień, już tylko w oparciu o tę część, która została mu udostępniona jako uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący może stwierdzić, iż HELI FACTOR nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodu, z uwagi na zaniechania przedstawienia żądanych wprost przez Zamawiającego w treści Wezwania dowodów dot. sposobu obliczania ceny zamówienia.
W treści Wezwania Zamawiający w sposób ogólny kilkukrotnie odnosi się do konieczności przedłożenia przez wykonawcę dowodów. Jednocześnie jednak Zamawiający wskazał na ten obowiązek także wprost, wręcz uwypuklając tę kwestię poprzez „pogrubienie" stosownego fragmentu tekstu w wezwaniu.
Wezwanie w tym zakresie nie budzi wątpliwości – wykonawca został zobowiązany
do przedłożenia dowodów na temat obliczenia ceny, niezależnie od obowiązku przedłożenia kalkulacji ceny. Lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i analiza ostatniej strony udostępnionego pisma pozwala natomiast na stwierdzenie, że HELI FACTOR wraz z wyjaśnieniami przedłożył jedynie dokumenty kalkulację ceny oferty (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz oświadczenie w zakresie wykonania zamówienia zgodnie z SWZ
i załącznikami do SWZ.

Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że HELI FACTOR nie zadośćuczynił swojemu obowiązkowi, jaki nałożył na niego Zamawiający. Mimo przedłożenia kalkulacji, nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, które np. uwiarygodniłyby tę kalkulację (wskazały, że ceny/ wartości w niej przyjęte nie mają charakteru abstrakcyjnego etc.).
Z uwagi na wyodrębnienie w treści Wezwania I HELI FACTOR żądania przedłożenia Kalkulacji od żądania przedłożenia innych dowodów oczywistym jest, że ograniczenie się przez HELI FACTOR do przedłożenia jedynie kalkulacji i oświadczenia nie może zostać uznane
za wystarczające, odpowiadające treści wezwania i obalające domniemanie rażąco niskiej ceny.
Potwierdziło to także późniejsze zachowanie Zamawiającego, który skierował do HELI FACTOR drugie wezwanie. Co przy tym ważne, wezwanie to odnosi się (pokrywa) do zakresu pierwszego z nich. Pomimo bowiem, że Zamawiający wzywa do rzekomego „doprecyzowania złożonych wyjaśnień", faktycznie prosi wykonawcę po raz kolejny o przedłożenie dowodów
i wykazanie stosownych okoliczności, które pozwoliły zaoferować cenę na takim poziomie.
W tym kontekście Zamawiający odwołuje się do okoliczności jak kontrakty handlowe i osobowe czy też do innych „czynników mających wpływ na znaczne obniżenie ceny", wzywając przy tym wykonawcę do ich udowodnienie

(przedłożenia na te okoliczności dowodów), do czego zobowiązał wykonawcę już w pierwotnym wezwaniu.

Z uwagi na niedochowanie przez Wykonawcę należytej staranności w procesie przedłożenia wyjaśnień z dnia 25 września 2024 r. i złożenie wyjaśnień niekompletnych,
za nadużycie należy uznać skierowanie do Wykonawcy wezwania z dnia 2 października 2024 r. do doprecyzowania wyjaśnień i przedłożenia dowodów. Skierowanie do wykonawcy ponownego wezwania dotyczącego rażąco niskiej ceny jest możliwe tylko w sytuacji, gdy wykonawca dochował należytej staranności w przygotowaniu uprzednio składanych wyjaśnień, w tym przedłożył rzetelne wytłumaczenie stosownych kwestii. Dokonanie takiej czynności przez Zamawiającego nie jest natomiast możliwe, gdy poprzednio złożone wyjaśnienia były niekompletne. Skierowanie do HELI FACTOR ponownego wezwana
do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowiło zatem naruszenie zasad postępowania, w tym w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zostało skierowane do wykonawcy wbrew przepisom ustawy.

Z uwagi na fakt, iż HELI FACTOR nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny
a przedstawione przez niego wyjaśnienia były niekompletne, jak również mając na względzie, iż obiektywnie nie jest możliwa realizacja zamówienia za cenę wskazaną w treści oferty wykonawcy (może nie obejmować wszystkich elementów, a zatem być sprzeczna z warunkami zamówienia), stwierdzić należy, iż oferta HELI FACTOR powinna podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do zaniechania odrzucenia oferty EKOCENTRUM z uwagi na rażąco niską cenę, Odwołujący wskazuje, że w wyniku błędnej oceny Zamawiającego, jeśli chodzi
o TP, de facto został pozbawiony możliwości wyczerpującego odniesienia się do treści wyjaśnień RNC wykonawcy EKOCENTRUM. Jak już bowiem wykazano, wykonawca ten utajnił część załączników do złożonych wyjaśnień dotyczących RNC, w tym dokonał utajnienia złożonej na wezwanie Zamawiającego kalkulacji ceny, a Zamawiający – mimo braku wykazania stosownych okoliczności – uznał, iż wyjaśnienia te stanowią TP. Z daleko posuniętej ostrożności należy jednak podkreślić, że z najlepszej wiedzy branżowej Odwołującego, rzetelne (prawidłowe) zrealizowanie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, za zaoferowaną przez EKOCENTRUM kwotę, jest niemożliwe.
Suma uwzględniona w ofercie EKOCENTRUM, tj. 6 275 460,00 zł (brutto), jest niewystarczająca do poniesienie wszelkich nakładów niezbędnych do wywiązania
się ze zobowiązania w postaci pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad wskazanym w treści dokumentacji procesem inwestycyjnym zgodnie z wymaganiami określonym w treści SWZ. Wskazana przez EKOCENTRUM wartość to ok. 40% kwoty przewidzianej przez Zamawiającego. W sposób oczywisty EKOCENTRUM złożyło ofertę obarczoną przymiotem rażąco niskiej ceny, tj. zaoferowało cenę nierealistyczną, niewiarygodną w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Cena EKOCENTRUM (6 275 460,00 zł brutto), przy zachowaniu reguł rynkowych, powoduje, że wykonanie umowy przez wykonawcę jest nie tylko nieopłacalne ale wręcz niemożliwe.
Podkreślenia dodatkowo wymaga, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający w znacznej mierze przyjął dość niestandardowe rozwiązania, które w istotnym stopniu wpływają
na wycenę oferty. Zamawiający zastrzegł bowiem na swoją rzecz możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia do 30% wartości wynagrodzenia, co jest zgodne z §2 ust. 6 wzoru umowy oraz odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 66 (pismo nr 4093/2024 z dnia 12.06.2024). Co przy tym ważne, o ile Zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z tego rozwiązania, w zależności od przyjętego wariantu wykonawca, który podpisze umowę, może mieć do zrealizowania jedno zadania, ale również dobrze może zostać zobowiązany
do wykonania aż sześciu. W każdym z opisanych przypadków wynagrodzenie zasadniczo
się nie zmieni (będzie na poziomie 30%), natomiast koszty, które trzeba ponieść, owszem. Trudno bowiem zakładać, aby sześć zadań obsłużyła jedna osoba (pełniąca np. tę samą funkcję), odmiennie od rozwiązania, w którym wykonawca odpowiedzialny jest za jedno zadanie. Nakład pracy w obu sytuacjach jest nieporównywalny, co oczywiście przekłada się na koszty oferenta (a tym samym wycenę). Wykonawcy powinni być gotowi na każde
z opisanych rozwiązań.
Aby zapewnić pełną zgodność z warunkami zamówienia, w związku z możliwością ograniczenia zakresu usługi, wykonawcy zobowiązani byli skalkulować cenę w taki sposób, aby 30% całkowitego wynagrodzenia pokryło koszty związane z zapewnieniem dostępności pełnego składu personelu, biura Inżyniera Kontraktu, zgodną z przepisami obsługę dokumentów niejawnych, obsługę rozliczeniowo-administracyjną umów na roboty itp.
dla ograniczonego zakresu usługi. W związku z powyższym, w swoich wyjaśnieniach, z uwagi na fakt, iż jest to bardzo istotny czynnik kształtujący cenę (wysokie ryzyko), powinni wyjaśnić,
w jaki sposób udało im się osiągnąć zaoferowaną cenę na wypadek mniej korzystnego
dla wykonawcy scenariusza i wykazać, w jaki sposób zapewnią należyte zrealizowanie zamówienia i spełnienie

wszystkich wymagań Zamawiającego za 30% wynagrodzenia.
O ile EKOCENTRUM tego zaniechało, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona (ewentualnie powinien or zostać wezwany do uzupełnienia wyjaśnień). Każdy z wykonawców zobowiązany był bowiem do uwzględniania opisanych powyżej okoliczności, które w sposób istotny wpływają na oferowaną cenę. Ponadto, nieudostępnienie wykonawcy pełnej treści wyjaśnień (w szczególności kalkulacji ceny i innych załączników) uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację twierdzeń wykonawcy (EKOCENTRUM), co do sposobu kalkulacji ceny.
Odwołujący ponad wszelką wątpliwość stwierdza, że cena wskazana w treści oferty EKOCENTRUM nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia.
W związku z powyższym, oferta EKOCENTRUM powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy HELI FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
(zwany dalej HELI Faktor) oraz EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH Sp ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej EKOCENTRUM), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie" uwzględnił częściowo zarzuty odwołania i w tym zakresie odtajnił następujące dokumenty:
Heli Factor Sp. z o.o.

1)Pismo przesłane w dniu 25.09.2024 r. (pismo nr 655/2024/KL/645.24.01 /JW_Sulejówek) oznaczone D2024-09-25 - wyjaśnienia RNC-HF str. 2, 3, 4, 5, 6. Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostają wyliczenia wskazane w ust. II pkt 1) na 4 str. pisma.
2)Kalkulacja ceny oferty (załącznik nr 1 do pisma 655/2024/KL/645.24.01/JWSulejówek). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostają wszystkie wskazane dane liczbowe (m.in. wartości wyrażone w złotówkach i procentach);
3)Pismo przesłane w dniu 07.10.2024 r. (pismo nr 680/2024/MP/645.24.01/JWSulejówek) oznaczone D241007 (680)_pismo przewodnie str. 2, 3, 4, 5.

EKOCENTRUM — Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o.

1)Kalkulacja kosztów projektu (załącznik nr 1 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostają wszystkie wskazane dane liczbowe (m.in. wartości wyrażone w pln, procentach);
2)Kalkulacja kosztów zaplecza (załącznik nr 2 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostają wszystkie wskazane dane liczbowe (m.in. ilości, cena jednostkowa);
3)Dowód potwierdzający wysokość składek za gwarancję należytego wykonania umowy i odpowiedzialności cywilnej (załącznik nr 4 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje suma składki zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;
4)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inżyniera Rezydenta (załącznik nr 5 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;
5)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (załącznik nr 6 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;
6)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności drogowej (załącznik nr 7 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;
7)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (załącznik nr 8 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;
8)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (załącznik nr 9 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024r. Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;
9)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (załącznik nr 10 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;
10)Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Specjalisty ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych (załącznik nr 1 1 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;

1 1) Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Specjalisty ds. rozliczeń (załącznik nr 12 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia;

12) Dowód potwierdzający wysokość wynagrodzenia Radcy prawnego (załącznik nr 13 do pisma EKC/472/2024 z dnia 25.09.2024 r.). Tajemnicą przedsiębiorstwa nadal pozostaje ryczałtowa kwota wynagrodzenia.

Zamawiający, pismem dnia 5 grudnia 2024 roku złożył kolejną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w zakresie nieuwzględnionym.

Pisemne stanowiska w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu przedstawili również wykonawcy, przystępujący do postępowania odwoławczego w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego, wnosząc o jego oddalenie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 29 października 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę HELI FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz EKOCENTRUM – WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH Spółka z ograni odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

**Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający częściowo (w zakresie stawionych zarzutów odnoszących się do oceny prawidłowości wykazania, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny wykonawcy HELI FAKTORspełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Odwołujący podczas posiedzenia wskazał, że nie jest w stanie przyporządkować czynności Zamawiającego w postaci uwzględnienia odwołania w części, do żadnego z postawionych zarzutów w odwołaniu, twierdząc, że czynność Zamawiającego nie czyni zadość żądaniom podniesionym w odwołaniu, nie stanowi zatem uwzględnienia odwołania w części.

W tych okolicznościach Izba skierowała odwołanie w całości na rozprawę.

Następnie Izba wzięła od uwagę oświadczenie Odwołującego złożone na posiedzeniu, co do kolejności i sposobu rozpoznania podniesionych zarzutów. Odwołujący potwierdził, że jako zarzut ewentualny należy rozumieć zarzut podniesiony w pkt II. (3) i II. (4).

W przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów podniesionych w pkt II. (1) i II. (2), powyższe zarzuty ewentualne nie mają być rozpoznawane.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut podniesiony w pkt II. (2) odwołania.

W zakresie powyższego zarzutu, w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę H.F. potwierdziło się naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. uznk poprzez błędne uznanie, że wykonawca ten, w sposób prawidłowy (w tym w momencie przedkładania Zamawiającemu informacji) wykazał (zastrzegł), że informacje ujęte w wyjaśnieniach ceny oferty spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

i. zastrzeżone dokumenty (informacje) mają wartość gospodarczą;
ii. HELI FACTOR i EKOCENTRUM objęli tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa);
iii. ww. wykonawcy podjęli działania mające na celu utrzymanie w poufności zastrzegane informacje (mimo - między innymi - braku przedstawienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na tę okoliczność stosownych dowodów),

co doprowadziło do niesłusznego zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC (wraz z załącznikami i innymi utajnionymi dokumentami).

Przede wszystkim Izba wskazuje, że w pełni podziela stanowisko Odwołującego, przedstawione na str. 9 – 10 niniejszego uzasadnienia, i w celu niepowtarzania przywołanej tam argumentacji uznaje je za własne.

Nie ulega również wątpliwości okoliczność, że zasada jawności stanowi jeną z podstawowych zasad postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, dlatego możliwość odstępstwa od tej zasady musi być traktowana bardzo rygorystycznie, tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Taką okoliczność ustawodawca przewidział w treści art. 18 ust. 3 Pzp. wskazując, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.

W okolicznościach niniejszej sprawy sporne jest to, czy wykonawca H.F. wraz z przekazaniem zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, poprzez podjęcie działań mających na celu utrzymanie w poufności zastrzeżonych informacji.

Analiza dokumentacji postępowania nie pozwala na stwierdzenie, że wykonawca Heli faktor skutecznie wykazał, że złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza oświadczeniem własnym w tym zakresie nie załączył żadnego dowodu, ani innego dokumentu, za pomocą którego mógłby wykazać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Taką okoliczność potwierdził również sam Zamawiający, który dostrzegł brak w tym zakresie jakichkolwiek dowodów i pismem z dnia 2 października 2024 wezwał wykonawcę H.F. do przesłania dowodów potwierdzających działania, które zostały podjęte w celu zachowania poufności zastrzeżonych danych.

W ocenie Izby taka czynność Zamawiającego nie była prawidłowe.

Zauważenia wymaga również, że Zamawiający wzywając do przesłania brakujących dowodów nie przywołał żadnej podstawy prawnej, stanowiącej podstawę jego działań. Izba wskazuje, że nie chodzi tu o pominięcie w wezwaniu istniejącej podstawy prawnej, lecz o jej faktyczny brak w ustawie, co świadczy o braku możliwości podjęcia przez Zamawiającego takiej czynności. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający twierdzi, że postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jednak na taką okoliczność nie wskazał żadnego konkretnego pezepisu, który uprawniałby go do powyższego działania.

Dodatkowo, zdaniem Izby, Zamawiający kierując do wykonawcy H.F. wezwanie w sprawie złożenia dowodów w celu wykazania poufności zastrzeżonych informacji sam potwierdził, że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

W tych okolicznościach, nie powinien tych informacji chronić, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Złożone przez wykonawcę H.F. na wezwanie Zamawiającego dowody są spóźnione i nie wywołują skutków w zakresie skutecznego zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba z całą stanowczością podkreśla, że skuteczne zastrzeżenie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa leży po stronie wykonawcy, który musi wykazać że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z przekazaniem tych informacji. Ustawodawca w sposób niebudzący wątpliwości określił moment, w którym to wykazanie ma nastąpić, a Zamawiającemu nie przyznał uprawnień w zakresie jego uzupełniania. Dodać należy, że wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co nie jest jednoznaczne z oświadczeniem wykonawcy w tym zakresie.

Podkreślić należy również, że Zamawiający nie może za wykonawcę doszukiwać się spełnienia przesłanek uprawniających go do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności nie może

bezkrytycznie opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy, skoro przepis nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania,
- co w przedmiotowym stanie faktycznym nie zostało wypełnione.
Wobec powyższego zarzut w zakresie wykonawcy H.F. podlegał uwzględnieniu.

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę EKOCENRTUM.

Analiza dokumentacji postępowania dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazuje, że pomiędzy treścią zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załączonymi do niej załącznikami, złożonymi przez wykonawców HELI FAKTOR i EKOCENTUM nie można postawić znaku równości.
Treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy EKOCENTRUM zawiera przekonującą, merytoryczną argumentację co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Ponadto, wykonawca EKOCENRUM do zastrzeżenia wyjaśnień ceny załączył załączniki w postaci dowodów – (sam Odwołujący potwierdza w odwołaniu 13 załączników, kwestionując wyłącznie zasadność ich utajnienia w całości), w śród nich istotny dla oceny sprawy - *Załącznik nr 1 Do załącznika nr 26 do wyjaśnień dot. Ceny z dnia 25.09.2024 r. (wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa) – oświadczenie wykonawcy ws. Rozwiązań it.*
Z uwagi jednak na objęcie jego treści tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie może odnieść się do przedstawionych w nim rozwiązań, uznając wykazanie zastrzeżenia w poufności
za skuteczne. Tak więc, żądanie przykładowych umów z pracownikami czy tez klauzul poufności, których brak zarzuca Odwołujący, nie było niezbędne.

W tym przypadku Izba również za niezasadne uznała wezwanie wykonawcy EKOCENTRUM do złożenia dowodów na wykazanie działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, jednakże czynność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, z uwagi na uznanie, że treść pierwotnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz ze złożonymi dowodami, była wystarczająca dla spełnienia wymogu wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa.
Nie można również pominąć okoliczności, że Zamawiający odtajnił w znacznej części dokumenty, załączniki złożone przez wykonawcę EKOCENTRUM w ramach wyjaśnień ceny.
W tych okolicznościach zarzut podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu II. (1) dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez błędne uznanie, że wyjaśnienia RNC stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym spełniają wszystkie opisane w art. 11 ust. 2 Uznk przesłanki, tj. mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a przede wszystkim podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, dlaczego informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ponad argumentację właściwą dla zarzutu II. (2). Dlatego zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony jako niewykazany.

W odniesieniu do zarzutu II.(3), zarzutu ewentualnego w zakresie jakim odnosi się on do oferty złożonej przez wykonawcę EKOCENTRUM, tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOCENTRUM, pomimo że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia
i niewystarczająca do jego wykonania, a ww. wykonawca nie obalił domniemania RNC powstałego na skutek skierowania do niego w dniu 16 września 2024 r. wezwania do wyjaśnień RNC („Wezwanie"), co winno skutkować odrzuceniem ofert ww. wykonawcy, a czego jednak Zamawiający zaniechał, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W tym przypadku, Izba dała wiarę stanowisku Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym, *zasadnym jest podniesienie, że w prowadzonym postępowaniu oferty złożyło 4 Wykonawców, przy czym każda ze złożonych ofert (także oferta Odwołującego) była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, natomiast żadna z nich nie była niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.*
*Mając na uwadze powyższe Zamawiający zwrócił się z ostrożności do wszystkich oferentów w Postępowaniu o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak również o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SWZ, załącznikami do SWZ i wyjaśnieniami do SWZ.*
*Wszystkie wezwania były jednorodne, o tożsamej treści, miały charakter ogólny i nie były podyktowane szczególnymi wątpliwościami Zamawiającego co do poszczególnych ofert. Pomimo, że w każdym z wezwań zawarto identyczne sformułowanie iż „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia", to intencją Zamawiającego było uzyskania szczegółowych danych odnośnie przyjętych przez wykonawców kryteriów i kalkulacji mających wpływ na wysokość złożonych ofert. Skoro żadna z ofert, złożonych przez doświadczone*

*i profesjonalne podmioty, nie oscylowała w granicach przewidzianej przez Zamawiającego kwoty przewidzianej na realizację zamówienia, to Zamawiający nabrał przekonania,*
*że zakładana wartość zamówienia została przez niego przeszacowana. (…) Jednocześnie*
*w odniesieniu do zarzutu ewentualnego zaniechania odrzucenia oferty EKOCENTRUM jako zawierającej rażącą niską cenę wskazać należy, że w ocenie Zamawiającego przedstawione przez EKOCENTRUM wyjaśnienia są wystarczające dla przyjęcia, iż przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*

W ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego w zakresie oceny wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę EKOCENTRUM jest zasadne i znajduje potwierdzenie
w złożonych wyjaśnieniach ceny.
Wykonawca wykazał że jego cena nie spełnia przesłanek rażąco niskiej ceny a załączona kalkulacja potwierdza jej realność.
Jednakże, wobec skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej informacji stanowiących wyjaśnienia ceny w tym kalkulacji, Izba nie może odnieść się do tych informacji szczegółowo.
Zarzut podlegał zatem oddaleniu.
W konsekwencji powyższego, Izba za zasadny uznała zarzut II. (5) dotyczący naruszenia
art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości
i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie dokumentów złożonych przez HELI FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postaci wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca: ……**