Sygn. akt KIO 1795/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę **Inare Sp. z o.o.**
z siedzibą w Krakowie, ul. Łabędzia 9, 30-651 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum – Miejsce Pamięci KL Płaszow w Krakowie. Niemiecki nazistowski obóz pracy i obóz koncentracyjny (1942-1945) (w organizacji), Rynek Główny 35, 31-011 Kraków**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Texom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Pokoju 1, 31-548 Kraków**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Inare Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Łabędzia 9, 30-651 Kraków** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Inare Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Łabędzia 9, 30-651 Kraków** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **4 445 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści pięć złotych zero groszy) poniesioną przez **Muzeum – Miejsce Pamięci KL Płaszow w Krakowie. Niemiecki nazistowski obóz pracy i obóz koncentracyjny (1942 - 1945) (w organizacji), Rynek Główny 35, 31-011 Kraków** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
2.2.zasądza od wykonawcy **Inare Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Łabędzia 9, 30-651 Kraków** na rzecz **Muzeum – Miejsce Pamięci KL Płaszow w Krakowie. Niemiecki nazistowski obóz pracy i obóz koncentracyjny (1942 - 1945) (w organizacji), Rynek Główny 35, 31-011 Kraków** kwotę **4 445 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 1795/24

Uzasadnienie

Muzeum – Miejsce Pamięci KL Płaszów w Krakowie. Niemiecki nazistowski obóz pracy i obóz koncentracyjny (1942-1945) (w organizacji)", zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę budynku pn. „Memoriał" w Krakowie w ramach inwestycji Muzeum – Miejsce Pamięci KL Płaszów".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/S 247-784541.

W dniu 20 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Inare Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od:

1)czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia przez wykonawcę Texom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Texom", jako tajemnicy przedsiębiorstwa:
a.wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Texom w dniu 15 marca 2024 roku, w zakresie co najmniej:
▪ kosztorysu szczegółowego (lub kosztorysów szczegółowych1) stanowiącego indywidualną kalkulację ceny ofertowej brutto,

▪ załączników do pisma z dnia 15 marca 2024 roku wskazanych w tiret drugie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (załączniki dołączone do pisma z ww. wyjaśnieniami oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa" – s. 2, pierwszy akapit),

i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia wskazane w lit. a. powyżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wykonawca Texom nie wykazał, że wyjaśnienia te mają konkretną wartość gospodarczą, w szczególności złożone przez wykonawcę Texom uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby zostać sformułowane przez wykonawcę Texom w analogiczny sposób w każdym innym postępowaniu, a nawet powielone przez innych Wykonawców do zastrzeżenia własnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

b.wyjaśnień wykonawcy Texom dot. uprzednio złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie:

▪ przyjętej przez wykonawcę Texom stabilizacji warstwy na poziomie 30 cm, w sytuacji gdy zgodnie z dokumentacją projektową, fundamentem budynku ma być płyta żelbetowa o gr. 40 cm, pogrubiona do 75 cm w paśmie wzdłuż osi 1 pomiędzy osiami D-E,

▪ uwzględnienia przez wykonawcę Texom w kalkulacji cenowej odwodnienia liniowego wraz z podłączeniem go do kanalizacji deszczowej,

i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia wskazane w lit. b. powyżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy Wykonawca nie podjął nawet próby wykazania, że wyjaśnienia te mają charakter technologiczny, organizacyjny lub handlowy i że posiadają wartość gospodarczą oraz że zostały podjęte w stosunku do nich działania mające na celu zachowanie ich poufnego charakteru,

2)zaniechania Zamawiającego polegającego na nieudostępnieniu odwołującemu wyjaśnień wskazanych w pkt. 1 lit. a. i lit. b. powyżej, w sytuacji gdy wykonawca Texom nie podołał ciężarowi wykazania, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

a nadto, z daleko posuniętej ostrożności:

3)czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Texom, w sytuacji gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Texom nie uzasadniały prawidłowości kalkulacji cenowej, w szczególności Zamawiający winien uprzednio wyjaśnić:

a. w jaki sposób Wykonawca Texom skalkulował cenę ofertową przy uwzględnieniu udziału podwykonawców w zakresie wykonania: instalacji elektrycznej i teletechnicznej, instalacji sanitarnych wewnętrznych i zewnętrznych, central wentylacyjnych, zestawu hydroforowego, pompowni sanitarnej i systemu klimatyzacji, w sytuacji gdy – zgodnie z formularzem ofertowym – dane podwykonawców, a zatem także wysokość ich wynagrodzeń, nie były znane Wykonawcy Texom na etapie składania ofert,

b. jaki wpływ na kalkulację cenową miało odstąpienia przez Wykonawcę Texom od powierzenia podwykonawcy robót drogowych i zagospodarowania terenu, albowiem zgodnie z formularzem ofertowym roboty te miały zostać powierzone – nieznanemu na dzień składania oferty – podwykonawcy,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 18 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „uznk", poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że:

a.wykonawca Texom wykazał, że informacje ujęte w kosztorysie ofertowym (kosztorysach ofertowych) oraz załącznikach do wyjaśnień dot. kalkulacji cenowej złożonych w dniu 15 marca 2024 roku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wykonawca Texom:

▪ nie wykazał, jakoby kosztorys ofertowy (kosztorysy ofertowe), stanowiące wynik kalkulacji cenowej dokonanej wg określonej metodologii stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wskazując w szczególności rodzaju informacji, którą kosztorys ofertowy miałby stanowić (technologiczna, organizacyjna, handlowa) oraz jego wartości gospodarczej,

▪ nie zidentyfikował konkretnych załączników do wyjaśnień, które miałyby zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to nie wskazał konkretnych informacji, które miałyby mieć wartość gospodarczą i których charakter uzasadniałby zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, utajniając wszystkie (niezidentyfikowane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) załączniki w całości,

co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania udostępnienia odwołującemu kosztorysu ofertowego (kosztorysów ofertowych) oraz załączników do pisma z dnia 15 marca 2024 roku,

b.wykonawca Texom skutecznie objął wyjaśnienia dot. grubości płyty fundamentowej oraz kalkulacji odwodnienia liniowego (wraz z podłączeniem odwodnienia do kanalizacji) tajemnicą przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wykonawca Texom nie wykazał charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach, ich wartości gospodarczej oraz działań podjętych w celu zachowania ich poufnego charakteru, ograniczając się wyłącznie do jednozdaniowego podtrzymania uprzedniego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które –

w ocenie wykonawcy Texom – miało pozostawać aktualne w stosunku do dalszych wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 roku,

2)art. 16 pkt. 1 i pkt. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 w zw. z ust. 2 i art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że wykonawca Texom w sposób skuteczny zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie kosztorysu ofertowego (kosztorysów ofertowych), (niezidentyfikowanych przez wykonawcę Texom) załączników do wyjaśnień z dnia 15 marca 2024 roku oraz wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 roku, w sytuacji gdy wykonawca Texom nie wykazał zasadności objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, a w przypadku wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 roku nawet nie podjął się takiego wykazania, co doprowadziło do zaniechania udostępnienia odwołującemu żądanych dokumentów, a przez to do rażącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości, bowiem zaniechanie Zamawiającego faktycznie uniemożliwiło odwołującemu weryfikację prawidłowości kalkulacji cenowej przedstawionej przez wykonawcę Texom,

a nadto, z daleko posuniętej ostrożności:

3)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Texom, w sytuacji gdy wykonawca Texom nie wyjaśnił:

a.w jaki sposób skalkulował cenę ofertową przy uwzględnieniu udziału podwykonawców w zakresie wykonania: instalacji elektrycznej i teletechnicznej, instalacji sanitarnych wewnętrznych i zewnętrznych, central wentylacyjnych, zestawu hydroforowego, pompowni sanitarnej i systemu klimatyzacji, w sytuacji gdy – zgodnie z formularzem ofertowym – dane podwykonawców, a zatem także wysokość ich wynagrodzeń, nie były znane wykonawcy Texom na etapie składania ofert,

b.jaki wpływ na kalkulację cenową miało odstąpienia przez wykonawcę Texom od powierzenia podwykonawcy robót drogowych i zagospodarowania terenu, albowiem zgodnie z formularzem ofertowym roboty te miały zostać powierzone – nieznanemu na dzień składania oferty – podwykonawcy,

w sytuacji gdy okoliczności te mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia prawidłowości dokonanej przez wykonawcę Texom kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Texom, jako najkorzystniejszej

i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

2.odtajnienia kosztorysu ofertowego (kosztorysów ofertowych), załączników do wyjaśnień z dnia 15 marca 2024 roku objętych tiretem drugim uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 roku i ich następczego przekazania odwołującemu

3.dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy Texom w zakresie dokonanej kalkulacji cenowej,

w każdym przypadku:

4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z rozliczeniem i dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 15 marca 2024 roku, iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu żadnych wyjaśnień o charakterze merytorycznym złożonych przez wykonawcę Texom w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności Zamawiający nie przekazał Odwołującemu kosztorysu ofertowego (kosztorysów ofertowych), ani – bliżej niezidentyfikowanych przez wykonawcę Texom – załączników do wyjaśnień z dnia 15 marca 2024 roku, nie podejmując nawet próby identyfikacji, które z zastrzeżonych wyjaśnień faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Texom, mimo że skuteczność zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być analizowana przez treść uzasadnienia zastrzeżenia tej tajemnicy. W przypadku stwierdzenia, że poszczególne dokumenty nie zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, obowiązkiem Zamawiającego jest ich udostępnienie w całości. Z kolei w przypadku stwierdzenia, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią poszczególne informacje w obrębie danego dokumentu, obowiązkiem Zamawiającego jest udostępnienie tak określonego dokumentu, po uprzedniej anonimizacji informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Argumentacja wykonawcy Texom dotycząca objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa opierała się na wykazaniu posiadania przez te wyjaśnienia wartości gospodarczej. Wartość ta miała się natomiast przejawiać w wypracowanej na przestrzeni lat metodologii kalkulacji cen ofertowych, pozwalającej na optymalizację kosztów realizacji inwestycji, a tym samym na wypracowanie zysku po stronie wykonawcy Texom. Faktycznie więc, przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było know-how wykonawcy Texom, wypracowane na podstawie

zdobywanego przez lata doświadczenia. Utajnieniu powinny podlegać wyłącznie wyjaśnienia dotyczące metodologii kalkulacji ceny ofertowej, a zatem informacje dot. określonego sposobu kalkulacji cenowej. Jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Texom składał wyjaśnienia także w tym zakresie. Niemniej jednak czym innym jest ujawnienie metodologii kalkulacji ceny, pozwalającej na identyfikację unikalnych, właściwych dla wykonawcy Texom założeń, a czym innym jest ujawnienie wyniku takiej kalkulacji, tj. faktycznie kosztorysu ofertowego (kosztorysów ofertowych). Sama wycena poszczególnych pozycji kosztotwórczych nie ujawnia bowiem sposobu kalkulacji cenowej, a obrazuje jedynie jej finalne wyniki. Nie sposób zatem uznać, że kosztorys ofertowy jest w stanie ujawnić objęte tajemnicą rozwiązania optymalizacyjne wypracowane przez wykonawcę Texom.

Nie bez znaczenia dla oceny zastrzeżenia kosztorysów jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest także sama treść dokumentów zamówienia. Zgodnie bowiem z Rozdziałem XIV. – „Informacja o formalnościach po wyborze oferty w celu zawarcia umowy", ust. 6 SWZ, Wykonawca którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza jest zobowiązany do złożenia „szczegółowego kosztorysu na cenę brutto oferty, zawierającego zestawienie R.M.S. i nośników cenotwórczych (cena roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk) - dotyczy to także kalkulacji indywidualnych". Kosztorys ten będzie odpowiadał w wymiarze „1:1" kosztorysowi składanemu przez wykonawcę w postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym rażąco niskiej ceny. Co przy tym istotne, tak określony kosztorys nie mógłby zostać zastrzeżony przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Kosztorys ofertowy stanowi bowiem podstawę do opracowania szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego, „uwzględniającego zakresy rzeczowe prac do wykonania wraz z planowanymi kwotami (…) oraz terminy ich realizacji", o którym mowa w § 2 Projektowanych postanowień umownych, wykazując z nim ścisłe powiązania, w tym w zakresie kalkulacji cenowej poszczególnych robót. Wartość robót przyjęta do zrealizowania w harmonogramie rzeczowo-finansowym nie może bowiem odbiegać od wartości robót wskazanej w kosztorysie ofertowy.

Rzecz ma się analogicznie w przypadku załączników do wyjaśnień z dnia 15 marca 2024 roku. Utajnienie całości załączników, a nie ewentualnie ich poszczególnych informacji, nie znajduje uzasadnienia. Wykonawca nie wykazał, jakie informacje prezentują poszczególne załączniki, nie identyfikując ich wartości gospodarczej i nie odnosząc do nich indywidualnych środków ochrony poufności informacji. Nie sposób zatem określić, ujawnienie których z załączników mogłoby ujawnić metodologię kalkulacji ceny ofertowej, a tym samym przyjętą przez Wykonawcę optymalizację kosztów i strategię biznesową.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu jeden z dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Texom jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykaz podwykonawców wykonawcy Texom. Zamawiający nie zidentyfikował wartości gospodarczej w tak określonym dokumencie.

Odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 19 kwietnia 2024 roku Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie udostępnił odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Texom w dniu 19 kwietnia 2024 roku, a dotyczących

- przyjętej przez wykonawcę Texom stabilizacji warstwy na poziomie 30 cm, w sytuacji gdy zgodnie z dokumentacją projektową, fundamentem budynku ma być płyta żelbetowa o gr. 40 cm, pogrubiona do 75 cm w paśmie wzdłuż osi 1 pomiędzy osiami D-E,
- uwzględnienia przez wykonawcę Texom w kalkulacji cenowej odwodnienia liniowego wraz z podłączeniem go do kanalizacji deszczowej, w ich części merytorycznej, ograniczając się wyłącznie do przekazania Odwołującemu pierwszej strony pisma z dnia 19 kwietnia 2024 roku. Zgodnie z jej treścią, wykonawca Texom zapewnił Zamawiającego o prawidłowości przygotowania oferty, zastrzegając równocześnie dodatkowe wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Co istotne, składając oświadczenie o objęciu dodatkowych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca Texom ograniczył się do wskazania, że „szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przedłożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 15 marca 2024 rok i ma zastosowanie również do informacji zastrzeżonych w niniejszym piśmie".

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 roku jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Texom był zobowiązany do wykazania i to wraz z ich przekazaniem, że wyjaśnienia te stanowią 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 i nie są łatwo dostępne dla takich osób, a także że wykonawca Texom podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie ulega wątpliwości, że ograniczając się wyłącznie do uprzednio złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca Texom nie sprostał wymogowi z art. 18 ust. 3 Pzp. I tak, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez wykonawcę Texom w dniu 15 marca 2024 roku bazuje na argumentacji dot. wartości gospodarczej sposobu kalkulacji ceny, wynikającego z doświadczenia zdobytego przez Wykonawcę na przestrzeni wielu lat prowadzenia działalności gospodarczej, w tym realizacji kolejnych inwestycji (know-

how). Tak określone doświadczenie miało przy tym pozwolić wykonawcy Texom na optymalizację kosztów, a w konsekwencji na odpowiednie wypracowanie zysku. Powzięcie przez konkurentów wykonawcy Texom wiedzy co do sposobu konstruowania ceny ofertowej miało przy tym pozwolić im na poznanie strategii biznesowej Wykonawcy oraz na wzbogacenie się poprzez zwiększenie wartości własnych firm.

Odnosząc się do tak określonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Texom nie wskazał jednak, który z argumentów objętych zastrzeżeniem z dnia 15 marca 2024 roku miałby zastosowanie do wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 roku. Wykonawca Texom nie wskazał bowiem, jakiego rodzaju informacjami uzasadniającymi objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, są wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2024 roku. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Texom wskazał trzy rodzaje informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa: techniczne, organizacyjne i handlowe. Nie sposób przy tym przyporządkować zakresu wyjaśnień objętych ponownym wezwaniem Zamawiającego do którejkolwiek z wyszczególnionych informacji. Trudno także zidentyfikować, jaką wyjaśnienia te miałyby mieć wartość gospodarczą. wykonawca Texom upatruje ją bowiem w strategii biznesowej Wykonawcy oraz możliwości wzbogacenia się – kosztem Wykonawcy – pozostałych oferentów i innych konkurentów wykonawcy Texom.

Wykonawca nie wskazał, jakie konkretne działania podjął w celu zachowania wyjaśnień w poufności. Poczynione przez wykonawcę Texom odniesienie do uprzednio złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wprost potwierdza, że: w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca Texom posługuje się wyłącznie ogólnikami, które mogą mieć zastosowanie w stosunku do wszystkich wezwań dot. kalkulacji cenowej, bez względu na ich treść, także w każdym innym postępowaniu, co w konsekwencji przesądza, że wykonawca Texom nie wykazał przyczyn, dla których żądane przez odwołującego dokumenty miałyby mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. A ponadto objęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa miało na celu wyłącznie uniemożliwienie pozostałym oferentom zapoznanie się z ich treścią, wykluczając tym samym możliwość kwestionowania prawidłowości kalkulacji ceny dokonanej przez wykonawcę Texom przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 21 maja 2024 r. za pośrednictwem platformy e-Zamówienia

W dniu 23 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Texom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Przystępującym Texom", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Wykonawca Texom w dniu 7 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył pismo procesowe w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Texom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „Przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że

odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk (zarzut 1 odwołania) oraz art. 16 pkt. 1 i pkt. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 w zw. z ust. 2 i art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk (zarzut 2 odwołania) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla zarzutów 1 i 2 odwołania):

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 6 marca 2024 r. wezwał wykonawcę Texom do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, tj.: wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. „Wyjaśnienia, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177 oraz z 2019 r., poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.”.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „Wykonawca jest zobowiązany złożyć wyjaśnienia co najmniej w zakresie określonym pkt 4 i 6”, jak również dodał, że „wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać obiektywne czynniki oraz sposób, w jaki wpłynęły na obniżenie całkowitej ceny oferty. Wyjaśnienia te powinny być konkretne, jasne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające wiarygodny charakter ceny złożonej oferty oraz przedstawiać dowody na twierdzenie wykazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowana w ofercie kwotę.” Wskazał także na „konieczność przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowego kosztorysu na cenę brutto oferty (w formie PDF i w wersji edytowalnej), zawierającego w szczególności zestawienie R.M.S. i nośników cenotwórczych (cena roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk) - dotyczy to także kalkulacji indywidualnych. Kosztorys winien zawierać tabelę elementów scalonych. Wykonawca ma obowiązek przedłożyć także dowody uzasadniające prawidłowość wyliczenia zaproponowanej ceny całkowitej oferty w tym cen jednostkowych poszczególnych elementów świadczenia, materiałów, sprzętu, co będzie umożliwiało zbadanie prawidłowego oszacowania ceny oferty przez Wykonawcę oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem występowania rażąco niskiej ceny oferty lub jej braku.”.

Wykonawca w dniu 15 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp i udzielił wyjaśnień, załączając do wyjaśnień uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r., nawiązując do wcześniejszych wyjaśnień, wezwał wykonawcę Texon do udzielenia dalszych wyjaśnień, dotyczących wskazanego w wezwaniu zakresu.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Texon, pismem z dnia 19 kwietnia 2024 r., (pismem z tej samej daty) złożył wyjaśnienia, wskazując że również informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podtrzymał przy tym zastrzeżenie przedstawione w odniesieniu do wcześniejszych wyjaśnień.

W dniu 10 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Texom jako najkorzystniejszej.

W dniu 14 maja 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu ofertę wykonawcy Texom oraz korespondencje prowadzoną z tym wykonawcą, w takim zakresie, w jakim nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 16. Ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.”.

Art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi, że:

„*1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

2.Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem
o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3.Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".

Z kolei art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) stanowi, że „*Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*.".

Art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że:
„1.*Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.*
2.Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 poufność treści ofert i prowadzonych negocjacji ust. 3 lub art. 291 poufność negocjacji ofert ust. 2 zdanie drugie,
2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.".

Oznacza to brak możliwości ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym warunkiem ograniczenia dostępu do tych informacji jest odpowiednie zachowanie wykonawcy. Wykonawca musi bowiem zastrzec wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, że informacje te nie mogą być udostępniane, jak również wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powinien więc wykazać, że „zastrzeżone zostały informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne 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,
a wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności.".
Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca Tomex wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożył szczegółowe wyjaśnienia, załączając do nich ponad dwadzieścia załączników zawierających wiele informacji odnoszących się do informacji, na które w nich wskazywał, zastrzegając je przy tym jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te jak wykazał - mają wartość gospodarczą, gdyż sposób kalkulacji oferty jest jednym z podstawowych elementów konkurencji, również wśród przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i jako taki wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej oferty, a ponadto w sposób istotny wpływa na wartość przedsiębiorstwa, którą jest jego marka. Tak więc informacje obrazujące sposób kalkulacji ceny oferty mają istotne znacznie i stanowią całokształt jego doświadczeń z całego okresu prowadzenia działalności. Co więcej w postępowaniach o udzielenie zamówienia na roboty budowlane stosuje podobne metody działania – kalkulacji składanych ofert, które dostosowuje tylko do danego przedmiotu zamówienia. Każdorazowo nie wypracowuje więc nowych metod działania i nowych rozwiązań. To właśnie sposób kalkulacji ceny oferty stanowi istotny i trwały element stosowanej przez niego polityki cenowej. Znajomość założeń wynikających z treści przedłożonych Zamawiającemu informacji – jak słusznie wskazał Przystępujący – pozwala poznać strategię wykonawcy i w konsekwencji wykorzystać je w walce konkurencyjnej na rynku tego rodzaju zamówień. Sposób kosztorysowania stanowi bowiem jego know – how.

Takim elementem – jak dalej wskazał wykonawca Tomex - jest także krąg jego partnerów biznesowych. Informacje te są niewątpliwie informacjami handlowymi, gdyż faktycznie dotyczą zindywidualizowanej współpracy, a zatem posiadają wartość gospodarczą co wykonawca w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wykazał, przedkładając stosowne dokumenty.

Informacje zastrzeżone mają więc dla niego wartość gospodarczą, którą odniósł nie tylko do treści samych wyjaśnień, ale i załączonych do nich dowodów. „*Załączone dokumenty – jak podkreślił - stanowią gotową instrukcję,*

opartą na know-how Wykonawcy, która może być kompleksowo wdrożona przez konkurencyjnych przedsiębiorców (…). Wszystkie te załączniki należy rozpatrywać łącznie, a nie każdy z dokumentów z osobna, gdyż stanowią one kompleksowe opracowanie zasad zarządzania, procedur i instrukcji ochrony informacji, wyznaczenie osób odpowiedzialnych za bezpieczeństwo tych informacji, jak również zabezpieczenie systemów przetwarzania ww. informacji (papierowych czy informatycznych). Tym samym, jeżeli nawet pojedynczy dokument może podczas wstępnej analizy wydawać się pozbawiony informacji o walorze gospodarczym i organizacyjnym, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to po kompleksowej analizie wszystkich załączonych dokumentów i procedur oczywistym staje się, że każdy z zastrzeżonych dokumentów składa się na większą całość, stanowiącą wyczerpujący program działania dla skutecznej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.". Podkreślił więc znaczenie informacji zawartych w tych dokumentach, które dopiero łącznie jako pewien zbiór stanowią kompleksowe opracowanie zawierające kosztorys wraz z ofertami dostawców, któremu rzeczywiście można przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa i posiadają – co konsekwentnie podkreślał wykonawca Tomex - walor gospodarczy i organizacyjny. Informacje te zawarte są bowiem nie tylko w treści wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, ale i w załączonych do nich szczegółowych załącznikach (ponad dwadzieścia sztuk).

Informacje zastrzeżone w takim zbiorze w jakim zostały przedłożone Zamawiającemu – jak wykazał wykonawca Tomex - są ze sobą powiązane i wzajemnie od siebie zależne i nie są przy tym powszechnie znane ani też nie można ich uzyskać. Informacje te dostępne są wyłącznie dla wyselekcjonowanej grupy pracowników i współpracowników wykonawcy. Wykonawca podjął bowiem szereg działań o charakterze zarówno informatycznym, fizycznym, jak i prawnym. Wobec tego dysponenci tych informacji zobowiązali się do przestrzegania zasad poufności dotyczących wszystkich uzyskanych informacji w trakcie realizowania przypisanych zadań, tj. informacji przekazywanych ustnie, pisemnie oraz w postaci informacji zapisanych elektronicznie, które są lub nie są oznaczone klauzulą poufności, a zawierają informacje dotyczące wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca Tomex podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności a ich ocena powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od niego należytej staranności. „*Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i przedmiotu zamówienia oraz charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji*" (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, M. Jaworska, Warszawa 2021, s. 107).

Podkreślić przy tym także należy, że „*dla małego przedsiębiorcy będzie inna wartość (zarówno majątkowa, jak i niemajątkowa, np. informacje, których ujawnienie wpłynąć może na renomę przedsiębiorcy), dla dużego – inna. Zapewne jednak w każdym przypadku należy przykładać do takich ocen miernik obiektywny, pamiętając, że nawet „niewielka wartość" jest jednak wartością*." (E. Nowińska, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2008) Tak więc dokonując oceny wartości gospodarczej aspekt ten należy wziąć pod uwagę i w tym przypadku także uznać, że przesłanka ta została wykazana. Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają bowiem „*wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, który podjął kroki w celu utajnienia tych danych*." (NSA z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK/WA 3487/15), a wykonawca Tomex takie działania niewątpliwie podjął. Działania te, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, powinny być adekwatne do jego sytuacji organizacyjno- prawnej i w tym kontekście winy być oceniane. Warto tu odwołać się do wyroku WSA w Warszawie z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 1544/19, w którym wskazano, że „*każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację zalecenia ustawowego (…) ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników*".

W kontekście powyższego Izba uznała, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę Tomex nie są ani gołosłowne, ani też ogólnikowe i nie znajdują zastosowania niemal dla uzasadnienia każdej sprawy. Uzasadnienie zastrzeżenia zawiera bowiem 19 stron, na których wykonawca odniósł się szczegółowo zarówno do „charakteru zastrzeżonych informacji oraz ich wartości gospodarczej", a także „do wartości gospodarczej wyjaśnień cenowych", „wartości gospodarczej poszczególnych dokumentów", jak również wskazał na podjęte przez niego działania „w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności". Odniósł się także do poszczególnych informacji zawartych w załączonych dokumentach, wskazując w szczególności na zasadność ich zastrzeżenia, w tym w szczególności wykazując m.in., że ujawnienie zastosowanej przez wykonawcę metody kalkulacji ceny oraz konkretnych danych cenotwórczych posiada wartość gospodarczą i posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca poza szczegółowymi wyjaśnieniami dotyczącymi spełnienia przesłanek zastrzeżenia określonych informacji złożył także szereg dowodów potwierdzających prezentowane w uzasadnieniu zastrzeżenia stanowisko. „*Przepis art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie wymaga złożenia dowodów (por. przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP). (…), ustawowy obowiązek wykazania nie może być uznany za zrealizowany, jeżeli wykonawca ograniczył się jedynie do*

sformułowania opisowego wyjaśnienia powodów, dla których objął określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa, poprzez przytoczenie ustawowych regulacji tajemnicy przedsiębiorstwa czy poprzez zapewnienie (deklarację) wykonawcy, że oznaczone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawowych regulacji. Istotne jest wykazanie odpowiednią treścią wyjaśnień oraz powiązanymi z tymi wyjaśnieniami dowodami, że wskazane informacje z uwagi na ich charakter mają obiektywną wartość gospodarczą, nie tylko dla przedmiotowego postępowania ale też na rynku, w innych postępowaniach. Nadto, wykonawca winien wykazać, że dołożył w ramach funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa należytej staranności w celu utrzymania określonych informacji w poufności. (...) uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu." (wyrok SO w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 19/23)

Tym samym Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Zamawiający prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia i, dokonując ich oceny, prawidłowo wybrał te informacje, które takiego waloru nie posiadają, a które przekazał następnie odwołującemu się wykonawcy. Prawidłowo też uznał, że zastrzeżenie informacji przekazanych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 kwietnia 2024 r. jest zasadne, gdyż wezwanie dotyczyło uszczegółowienia kwestii wynikających już z treści złożonych wcześniej wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 6 marca 2024 r. wezwał wykonawcę Texom do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, tj.: wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie wskazanym w treści wezwania.

Wykonawca w dniu 15 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp i udzielił wyjaśnień, załączając do wyjaśnień uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r., nawiązując do wcześniejszych wyjaśnień, wezwał wykonawcę Texon do udzielenia dalszych wyjaśnień, dotyczących wskazanego w wezwaniu zakresu.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Texon, pismem z dnia 19 kwietnia 2024 r., (pismem z tej samej daty) złożył wyjaśnienia, wskazując że również informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podtrzymał przy tym zastrzeżenie przedstawione w odniesieniu do wcześniejszych wyjaśnień.

W dniu 10 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Texom jako najkorzystniejszej.

W zakresie dotyczącym podwykonawcy Zamawiający – zgodnie z treścią SWZ – wymagał podania w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. pkt F „Podwykonawcy" podał m.in., „że zamówienie będziemy realizować sami/przy udziale podwykonawców*:

1) polegając na zasobach podmiotów trzecich wymienionych w cz. E (powyżej), powierzę(ymy) wykonanie następujących części Zamówienia*:", podając „Nazwę (firmę) Podwykonawcy" oraz „Część (zakres) Zamówienia powierzony Podwykonawcy",

2) Podwykonawcom, na zasobach których nie polegam(y) powierzę(ymy) wykonanie następujących części zamówienia*:", podając „Nazwa (firmę) Podwykonawcy (o ile jest wiadoma)" oraz „Część (zakres) Zamówienia powierzony Podwykonawcy".

Wykonawca Tomex w Formularzu ofertowym, pkt F „podwykonawcy" oświadczył, że „zamówienie będziemy realizować ~~sami~~/przy udziale podwykonawców*:", wskazując odnośnie „Nazwy (firmy) Podwykonawcy (o ile jest wiadoma)", że „NAZWY PODWYKONAWCÓW NA TYM ETAPIE NIE SĄ ZNANE". Natomiast odnośnie „Części (zakresu) Zamówi powierzonego Podwykonawcy", że będą to „roboty elektryczne, roboty sanitarne, roboty drogowe, zagospodarowanie terenu, roboty ogólno- budowlane".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 2, 5 i 6 ustawy Pzp stanowi, że:

„2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający

może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
(…)
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.".
Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*.".
Zarzut został skonstruowany poprzez odniesienie braku wskazania w ofercie nazw i adresów podwykonawców, mimo deklaracji wykonawcy Tomex, iż realizacja zamówienia (wskazanego zakresu) nastąpi z ich udziałem z nieprawidłową kalkulacją ceny oferty. Niemniej jednak – na co wprost wskazywała SWZ we wzorze Formularza ofertowego – wykonawca nie musiał deklarować w ofercie z jakich podwykonawców będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia w sytuacji gdy nie byli oni mu znani w chwili składania oferty. W kontekście powyższego brak wskazania podwykonawców a wskazanie jedynie zakresu jaki zostanie im powierzony nie może stanowić zarzutu pod adresem tego wykonawcy. Wywodzenie z tego, iż świadczy to o nieprawidłowym skalkulowaniu ceny oferty tego wykonawcy pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki. To, że wykonawca nie wskazał podwykonawców nie oznacza bowiem, że nie potrafił skalkulować ceny oferty a w szczególności ceny tych elementów zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Wykonawca Tomex – jak bowiem wskazał – jest podmiotem nie od dziś realizującym tego rodzaju zamówienia i niewątpliwie są mu znane ceny rynkowe wskazanych zadań w zakresie określonych branż, co wykazał w treści złożonych wyjaśnień. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..…….……