

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2024 r. przez wykonawcę TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Ordon 2a w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu, ul. Stanisława Szczepanowskiego 15A uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K. z siedzibą w Puławach, ul. Skowieszyńska 24

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ordon 2a i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ordon 2a tytułem uiszczono wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ordon 2a na rzecz zamawiającego Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu, ul. Stanisława Szczepanowskiego 15A kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.
- 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i montaż mebli biurowych dla WFOŚiGW w Poznaniu” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 17/2024 w dniu 24.01.2024 r., numer ogłoszenia 49539-2024.

W dniu 11 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 21 marca 2024 r. wykonawca Tronus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 marca 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ustawa znk) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy (dalej: Starpol) wraz z załącznikami;
- 2)art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Starpol, pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo że wykonawca ten nie dowiódł tego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 3)art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Starpol, pomimo że oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)ponownego dokonania badania i oceny ofert,
- 3)uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę Starpol w zakresie

wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ustawy wraz z załącznikami,

4) udostępnienia odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Starpol w trybie art. 224 ustawy wraz z załącznikami,

5) odrzucenia oferty Starpol na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy;

6) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w petitum przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W powyższym zakresie uwzględniony musi być fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone jeszcze dwie oferty. Były to oferty wykonawców: PB Logistyka S.B., ul. J.K. 38/1, 85-657 Bydgoszcz oraz L. Sp. z o.o., ul. Toruńska 39, 86-050 Solec Kujawski.

Jednak w dniu 11.03.2024 r. oferty te zostały przez zamawiającego w sposób zgodny z przepisami odrzucone. Odrzucenie oferty tych wykonawców ma wobec tego charakter ostateczny i prawomocny. Ponadto przy przyjętym w ustawie trybie badania i oceny oferty (por. art. 126 ust. 1 ustawy) odwołujący co do zasady w każdym etapie ma interes w udzieleniu zamówienia, mając szansę na wybór swojej oferty.

Podobnie odwołujący ma interes we wniesieniu tego odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Starpol i załączników do nich, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechanie czynności odtajnienia tych dokumentów, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy także eliminuje szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia. Odmowa odtajnienia wymienionych w odwołaniu dokumentów uniemożliwia zapoznanie się z ich treścią i weryfikację prawidłowości dokonanej w tym zakresie przez zamawiającego oceny oferty, znajdującej się w rankingu oceny na pozycji poprzedzającej pozycję odwołującego. Stąd odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w tym zakresie przepisów ustawy.

Podsumowując, odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a także może w wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego ponieść szkodę.

Załączniki do protokołu postępowania inne, niż oferty, Zamawiający jest zobowiązany udostępniać po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania (art. 74 ust. 2). Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 11.03.2024 r. Zamawiający w dniu 13.03.2024 r. udostępnił odwołującemu wyłącznie fragment pisma zawierający krótki wywód na temat ogólnych zasad badania rażąco niskiej ceny oraz niezwykle lakoniczne uzasadnienie dokonane przez Starpol zastrzeżenia pozostałej części wyjaśnień oraz załączników do nich, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu zasadniczych wyjaśnień wykonawcy Starpol dotyczących zaferowanej ceny. Z faktu nieudostępnienia kompletnych wyjaśnień płynie jednak wniosek, że zamawiający uznał to zastrzeżenie za zasadne, pomimo wadliwie dokonane przez Starpol zastrzeżenia.

Z tego powodu na podstawie art. 18 ust. 3 starej ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący wywodzi, że zamawiający naruszył przepisy ww. ustaw poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Starpol. Zamawiający nie zakwestionował zastrzeżenia Starpol, czym naruszył ww. przepisy prawa i postanowienia SWZ (rozdział XXIX).

Tymczasem w tym przypadku brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mimo tego zamawiający zaniechał odtajnienia kompletnych wyjaśnień firmy Starpol, co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z.n.k. Jest to istotne, gdyż powoduje naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, czyli zasad zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1) oraz jawności (art. 18 ust. 1).

Przedłożone w piśmie Starpol z dnia 04.03.2024 r. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma według odwołującego charakter ogólnikowy, pozbawiony rzeczowego przedstawienia stanowiska na temat przyczyn zastrzeżenia, charakteru chronionych informacji i dowodów ochrony informacji. Powoduje to, że wykonawca Starpol nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegają ochronie. Nie wykazał więc, że zawarte w zastrzeżonych dokumentach informacje stanowią informacje, które mogą być objęte zastrzeżeniem w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z.n.k.. Przez złożenie takiego uzasadnienia Starpol zaniechał także wykazania, że podjął niezbędne działania zmierzające do skutecznego tego zastrzeżenia w kontekście art. 18 ust. 3 ustawy. To powinno skutkować odtajnieniem pełnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i udostępnieniem ich m.in. odwołującemu.

W szczególności określeniu rodzaju zastrzeganych informacji Starpol poświęca jedynie jeden akapit liczący siedem wierszy tekstu. Opis ten zawiera takie sformułowania:

– „wyjaśnienia obejmują szereg informacji na temat sposobów uzyskiwania przez wykonawcę przewagi konkurencyjnej (...) (w zakresie rozwiązań technicznych, sposobów uzyskiwania oszczędności) (...)”

– „Załączniki do wyjaśnień obejmują szereg informacji na temat źródeł kosztów odwołującego (...)”

Powyższe nie pozwala na ustalenie, jakie dokładnie informacje i w której części wyjaśnień lub załączników się znajdują, z

których ma wynikać wartość gospodarcza pozwalająca na uznanie ich za potencjalną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 23 lutego 2022 r., KIO 290/22, wyrok KIO z dnia 31 marca 2023 r., KIO 701/23) wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2023 r., KIO 1013/23.

Zastrzeżenie Starpol nie spełnia kryteriów. Ogólnikowe uzasadnienie obejmuje całe, bliżej nieokreślone dokumenty, które mają zawierać „szeregi informacji” o niewynikającym z uzasadnienia charakterze. Wskazanie nawet na przykładowy rodzaj informacji (ceny materiałów) nie pozwala na stwierdzenie, czy są to w ogóle materiały istotne dla wyceny przedmiotowego zamówienia. Nawet jeśli poszczególne dane czy poszczególne dokumenty mogłyby mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie daje to powodu do rozszerzania przez Starpol zastrzeżenia na pozostałe rodzaje danych, które z pewnością powinny być zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach. Takie działanie wykonawcy jest sprzeczne z ww. zasadą minimalizacji i narusza art. 18 ust. 3 ustawy.

Na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie wiadomo np. jakiego rodzaju dokumenty zostały załączone do wyjaśnień (np. czy są to umowy, umowy ramowe, cenniki ogólne czy wyceny pod konkretne zamówienie), nie wiadomo jakiego rodzaju materiałów czy towarów mają one dotyczyć itp. Uzasadnienie nie nazywa nawet konkretnie dokumentów i rodzajów ujętych w nich informacji. To powoduje brak możliwości stwierdzenia – w oparciu o uzasadnienie Starpol – czy rzeczywiście to dane, które mogą mieć walor gospodarczy o charakterze ogólnym, trwałym, czy też np. to tylko informacje znaczeniu jednorazowym, dotyczącym tylko toczącego się postępowania. To dyskwalifikowałoby możliwość objęcia ich zastrzeżeniem. Informacja, aby zachować postać tajemnicy przedsiębiorstwa, musi cały czas pozostawać tajemnicą, a nie może być chroniona jedynie okresowo, tj. na czas złożenia oferty (np. wyrok KIO z 19.04.2012 r. sygn. akt KIO 679/12, KIO 700/12, z dnia 22.07.2014 r., sygn. akt KIO 1384/14)

Starpol w niezwykle ogólnikowy sposób wskazał też w uzasadnieniu na sposób ochrony zastrzeganych informacji. Ogranicza się on w zasadzie do ogólnikowego oświadczenia o zobowiązaniu pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania poufności, co ma wynikać z klauzul w umowach z tymi podmiotami. Nie pozwala to na określenie tego, jakie dokładnie środki prawne mają być przez Starpol w tym zakresie wykorzystane. Brak jest także wskazania jakichkolwiek środków faktycznej ochrony danych, w tym środków o charakterze technicznym. W dobie elektronizacji i informatyzacji procesów gospodarczych nie można uznać, aby można było wykazać zasadność zastrzeżenia bez konkretnego opisanie stosowanych procedur i zabezpieczeń informatycznych ograniczających ryzyko np. wycieku lub kradzieży danych.

Tymczasem jak podnosi się w orzecznictwie, w odniesieniu do tego, jak powinno wyglądać uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie stosowanych przez wykonawcę środków zmierzających do ochrony poufności informacji tu odwołujący powołał

wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2019 r., XXIII Ga 148/19, z dnia 26 kwietnia 2022 r., XXIII Zs 140/21, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2022 r., XXIII Zs 140/21.

W orzecznictwie podnosi się także, że taki ogólnikowy opis zarówno rzekomych wartości gospodarczych zastrzeżonych informacji, jak i sposobów ich ochrony, powoduje, że zastrzeżenie narusza wymóg wykazania, że informacje podlegają ochronie i odwołujący powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., XXIII Zs 43/22 i uchwałę KIO z dnia 28.12.2022 r., KIO/KU 34/22).

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy to po stronie wykonawcy zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą leży ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy z.n.k. Artykuł 18 ust. 3 ustawy wprost wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie wykonawca zastrzegający informacje, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych. Brak przedłożenia stosownego uzasadnienia powoduje, że wykonawca Starpol nie wykazał, że w stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny spełnione zostały jakiegokolwiek przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Możliwość złożenia odwołania potwierdziła Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 20 sierpnia 2020 r., KIO 1460/20), uprawnienie to wywodząc z logicznych konsekwencji orzeczeń Sądu Najwyższego: uchwały z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, uchwały z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17, a także w wyroku z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt IV CSK 448/17. Wpływ zarzucanego naruszenia na wynik postępowania, uzasadniający dopuszczalność uwzględnienia odwołania w razie potwierdzenia się zasadności zarzutu nr 1 potwierdza też orzecznictwo (por. np. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2022 r., KIO 197/22, wyrok KIO z dnia 26 lipca 2019 r., KIO 1317/19, KIO 1322/19).

Udostępnienie odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozwoli na ich analizę i rzetelną ocenę, która w konsekwencji powinna prowadzić do odrzucenia oferty Starpol na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy . Ujawnienie tych dokumentów pozwoli w szczególności skierowanie kolejnego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym w sposób bardziej szczegółowy zakwestionowana zostanie zaferowana cena oraz prawidłowość kalkulacji

cenowej przedstawionej przez tego Wykonawcę.

2) Zarzuty nr 2 i 3

Działając jednak z daleko posuniętej ostrożności procesowej, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Starpol, odwołujący podniósł także zarzut ewentualny zaniechania odrzucenia oferty Starpol z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny lub nie wykazanie, że zaferowana cena nie jest rażąco niska.

Zażywszy na różnice między ceną oferty Starpol, a wartością szacunkową zamówienia (powiększoną o VAT) oraz ceną innych wykonawców, których oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej (odwołujący) zamawiający był zobowiązany do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień ze względu na art. 224 ust. 1 ustawy.

Cena oferty Starpol stanowiła jedynie 71,34% wartości szacunkowej zamówienia (plus VAT). Była także znacznie zaniżona w stosunku do oferty odwołującego, która była jedyną ofertą w postępowaniu, której cena nie była rażąco zaniżona. Stanowiła jedynie 92,25% oferty odwołującego.

Zamawiający wezwał Starpol do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy. Przy tak znacznych różnicach cenowych wszczęcie procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny było uzasadnione i konieczne. Z powodu wezwania do wyjaśnień wynika domniemanie zaferowania rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 5 ustawy), które może obalić wykonawca tylko w przypadku przedstawienia kompletnych i rozsądnie umotywowanych wyjaśnień, popartych rzetelnie przedstawionymi dowodami.

Zważywszy na zaferowaną przez firmę Starpol cenę i jej różnice w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia (plus VAT) oraz oferty odwołującego, Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał jednak wadliwej oceny złożonych przez Starpol wyjaśnień. To oznacza, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W zakresie badania wyjaśnień Starpol zamawiający najprawdopodobniej dopuścił się istotnych zaniechań w zakresie analizy wyjaśnień, weryfikacji przedstawianych argumentów, kalkulacji i dowodów. W szczególności, jeśli doszło do przedstawienia przez firmę Starpol oświadczeń odnoszących się do zagadnień takich, jak:

- 1) posiadanie własnego zakładu produkcyjnego i parku narzędziowego,
- 2) posiadanie własnych środków transportu,
- 3) posiadanie kontaktów z dostawcami i rabatów,
- 4) posiadanie własnego personelu,

5) doświadczenie przy realizacji zamówień publicznych czy zamówień o wartości zbliżonej do przedmiotu zamówienia, nie stanowi to o obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie jednej firmie i pozwalałyby osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiła wykonanie zamówienia w zaferowanej cenie.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO i Sądów powszechnych odnoszące się do zagadnienia rażąco niskiej ceny tego rodzaju okoliczności nie stanowią obiektywnych czynników, które potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny wykonawcy i tu odwołujący powołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., X Ga 294/06, wyrok KIO z dnia 18 września 2018 r., KIO 1751/18, por. także wyrok KIO z 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16).

Nie obala też domniemania rażąco niskiej ceny przedstawienie samej kalkulacji wykonania zamówienia, jeśli nie jest ona w sposób spójny i logiczny poparta dowodami, które potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, za ceny ujęte w takiej kalkulacji.

Niewielka liczba stron złożonych przez Starpol wyjaśnień (5 stron) sugeruje, że firma ta nie przeprowadziła konkretnej i rzeczowej analizy poszczególnych czynników cenotwórczych, nie przedstawiła konkretnej kalkulacji, a także nie przedstawiła rzeczowego wyводу na temat ewentualnego wpływu danych, jakie być może są zawarte w załącznikach do wyjaśnień, na prawidłowość kalkulacji ceny.

Samo złożenie wraz z wyjaśnieniami załączników nie świadczy nadal o przedstawieniu dowodów. W praktyce wykonawcy nierzadko przedstawiają wraz z wyjaśnieniami zestaw mniej lub bardziej przypadkowych dokumentów, wielokrotnie nawet nie związanych z wyceną danego zamówienia czy jego elementów składowych. W tak lakonicznie sformułowanych wyjaśnieniach Starpol z pewnością nie wyjaśnił w sposób konkretny i jednoznaczny wpływ poszczególnych czynników, jakie mogą wynikać z załączników, na zdolność tego wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia w zamian za zaferowaną cenę. W takim przypadku załączniki stanowią wyłącznie zbiór przypadkowych dokumentów, których złożenie stanowi jedynie pozór dowodzenia prawidłowości kalkulacji. Takie pozorowanie dowodzenia nie uzasadnia jednak obalenia domniemania określonego w art. 224 ust. 5 ustawy.

Przedstawiane wyjaśnienia, kalkulacje i dowody na ich potwierdzenie muszą być sformułowane w sposób spójny, sensowny, zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Tylko takie wyjaśnienia mogą prowadzić do przełamania domniemania rażąco niskiej ceny. Zważywszy na to, że oferta firmy Starpol odbiegała tak znacząco od prawidłowo ustalonej wartości zamówienia brutto czy ceny odwołującego, w ocenie odwołującego istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że zamawiający oceniając wyjaśnienia Starpol dopuścił się naruszenia art. art. 224 ust. 5 i 6 w

zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Pewna ogólność uzasadnienia zarzutów nr 2 i 3 wynika z tego, że odwołującemu nie zostały udostępnione kompletne wyjaśnienia Starpol dotyczące rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie był w stanie odnieść się do kwestii w zawartych tych dokumentach i wywodzić, że konkretne elementy treści tych dokumentów lub załączników świadczą o nierzetelności wyceny oferty i nierealności zaoferowanej ceny. W takiej sytuacji, zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa: „nie można na niekorzyść odwołującego rozstrzygać naturalnego w tych okolicznościach braku w zarzucie odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nim znaleźć, gdyby treść złożonych wyjaśnień była mu znana” (por. wyrok KIO z dnia 23 lutego 2022 r., KIO 290/22, por. także wyroki KIO: z dnia 24 marca 2023 r., KIO 679/23, z dnia 29 grudnia 2022 r., KIO 3316/22).

Nie można przy tym tracić z pola widzenia tego, że w związku z dokonaniem w sposób prawidłowy wezwaniem Starpol do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to na tym wykonawcy spoczywał ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

Jeśli potwierdzi to w postępowaniu dowodowym Krajowa Izba Odwoławcza, to zasadny będzie zarzut, że oferta ta powinna zostać odrzucona. Wówczas zaniechanie tej czynności przez zamawiającego powodować będzie także zasadność niniejszego odwołania.

Konsekwencją wadliwej oceny wyjaśnień firmy Starpol i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy jest naruszenie przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna odrzucona, a przez to wyeliminowana z oceny. Naruszenie to ma istotny wpływ na wynik postępowania.

W dniu 22 marca 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 25 marca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Starpol Meble A.K. z siedzibą w Puławach, ul. Skowieszyńska 24. Przystępujący wniósł o uznanie odwołania za niezasadne i oddalenie go w całości.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystępuje (tj. zamawiającego). Oferta przystępującego została przez zamawiającego

wybrana jako najkorzystniejsza, a w przypadku uwzględnienia zarzutów nr 2 i 3 oferta przystępującego zostanie odrzucona, a oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1 przystępujący poniesie szkodę w

wyniku odtajnienia informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 listopada 2016 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania. Podniósł, że odwołujący ponosi zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów, których adresatem nie jest zamawiający, a uczestnik postępowania. Przedmiotem odwołania zaś mogą być wyłącznie czynności i zaniechania zamawiającego niezgodne z przepisami ustawy. Odnosząc się merytorycznie do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy w związku z 11 ust. 2 uznk zamawiający nie zgodził się za stanowiskiem odwołującego i podniósł, że zakres zastrzeżenia i rodzaj zastrzeganych informacji został przez uczestnika podany wprost w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający posłużył się tu cytatem z tego uzasadnienia przywołał też cytaty, które w ocenie zamawiającego świadczą o wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganej tajemnicy, wskazał również na to, że uczestnik podał, że nie są to informacje powszechnie znane, ani łatwo dostępne, a poufność tych informacji chroni przez odpowiednie klauzule umowne z kontrahentami i pracownikami. W ocenie zamawiającego jest to wyczerpujące i wystarczające uzasadnienie dla ochrony zastrzeganych informacji. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny podniósł, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że zaoferowana przez uczestnika cena jest rażąco niska, a nie może pozostawać dowodowo bierny, zwłaszcza, że odwołujący znał ceny jednostkowe poszczególnych mebli wynikające z załącznika nr 2a i mógł taką próbę dowodową podjąć. Nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które miałyby wpływ na wynik postępowania. Podkreślił, że wzywał wykonawców w oparciu o treść art. 224 ust. 1 ustawy, a nie z uwagi na istnienie obligatoryjnych podstaw wezwania. Jego ubruttowiona wartość szacunkowa, to 2 710 029,36zł, a nie 3 000 000 zł jak wskazywał odwołujący i tylko z powodu różnicy pomiędzy ubruttowioną wartością zamówienia, a złożonymi ofertami zamawiający wzywał wykonawców do wyjaśnienia cen. Wyjaśnienia uczestnika były dla zamawiającego przekonujące i wystarczające do uznania, że zaoferowana cena jest realna. Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów realizacji zadania, oferty handlowe, wykazał i uzasadnił poczynione oszczędności i przewidywany zysk.

Przystępujący na posiedzeniu złożył pisemne stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania. Podniósł, że w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia, wbrew stanowisku odwołującego, wskazał informacje, z których umieszczenia w wyjaśnieniu wynika jego wartość gospodarcza oraz wprost wskazane są okoliczności, z których ta wartość wynika. Twierdzenia te odnoszą się do kosztów dostaw ujawnionych w wyjaśnieniu jak i załączonych do wyjaśnienia ofert dostawców.

Twierdzenia, że uzasadnienie rażąco niskiej ceny powinno zawierać konkretnie nazwane rodzaje dokumentów załączonych do wyjaśnień, rodzaje materiałów czy towarów, których dotyczą, nie wynika z żadnego aktu prawa lub doktryny. Ponadto nikt racjonalny nie może oczekiwać, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na meble wyjaśnienia będą dotyczyć innych towarów niż meble i materiały dotyczące ich wyrobu. Nawet uzyskane dla danego zamówienia oferty na konkretne produkty mają wartość gospodarczą wykraczającą poza dane zamówienie, bo na ich podstawie pomiot działający na rynku może ocenić poziom rabatów uzyskiwanych przez odbiorcę., Przystępujący wprost w uzasadnieniu wskazał jakie to okoliczności mogą mu zagrozić, co odwołujący pominął. Również wskazano w uzasadnieniu sposób ochrony informacji. Stanowisko odwołującego jest tym bardziej chybione, bo dokładnie identyczne zachowanie nastąpiło w tym postępowaniu po stronie odwołującego. Także zastrzegł własne wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a uzasadnienie tego zastrzeżenia jest w swojej treści praktycznie identyczne jak uzasadnienie przystępującego, jeśli pominąć przytoczone przepisy i orzecznictwo. Powołał wyrok TSUE z 17 listopada 2022 r. sygn. akt C-54/21.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny, to są to wyłącznie spekulacje odwołującego. Wyjaśnienia zawierają szczegółową kalkulację wykonania zamówienia, której wymagał zamawiający, ale także szereg innych elementów w tym oferty dostawców. Nie jest istotna ilość wyjaśnień, ale w jaki sposób dowodzą one rzetelności zaoferowanej ceny. Odwołujący nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń, a wyjaśnienia uczestnika wskazują, że zamówienie jest możliwe do zrealizowania nie tylko na warunkach rynkowych, ale także z godziwym zyskiem. Cena oferty przystępującego stanowiła ponad 92% oferty odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, informacji podanych przy otwarciu ofert, oferty Starpol, wezwania uczestnika do złożenia wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień, wyjaśnienia TRONUS POLSKA z 7 marca 2024 r., wyciąg ze strony 3 umowy z Nowym Stylem.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

XVIII. Sposób obliczenia ceny

1.Cena oferty musi zostać obliczona zgodnie z formularzem cenowym (załącznik nr 2a), a następnie przeniesiona do formularza ofertowego (załącznik nr 1).

2.Cena ofertowa musi być wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W złotych polskich będą prowadzone rozliczenia między stronami.

3.Jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2018 r. poz. 2174, ze zm.), dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć.

4.W ofercie, o której mowa w ust. 3, wykonawca ma obowiązek:

1) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;

2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;

3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku;

4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Kryteria oceny oferty

Cena 60% i Gwarancja 40%

Zamawiający, przed otwarciem ofert, udostępnił na Platformie e Zamawiający prowadzonego postępowania pod adresem: <https://wfosgw-poznan.ezamawiajacy.pl> informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 3 000 000,00 zł brutto.

Informacja z otwarcia ofert:

1 Tronus Polska Sp. z o.o., Ordona 2a, 01-237 Warszawa
cena 2 499 798,54

2 Starpol Meble A.K., Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy
cena 2 140 200,00

3 PB Logistyka S.B., J.K. 38/1, 85-657 Bydgoszcz
cena 1 751 406,84

4 L. Sp. z o.o., ul. Toruńska 39, 86-050 Solec Kujawski
cena 1 924 129,59

Załącznik nr 2a z oferty Starpol, przy czym Izba ograniczyła się do przytoczenia cen jednostkowych netto za poszczególne meble:

1 B2 biurko szt. 7 - 4600,00

2 B3 biurko szt. 49 - 4590,00
3 B6E biurko elektryczne szt. 2 - 9710,00
4 B7S biurko_dostawka szt. 2 - 3564,00
5 B8S biurko_dostawka szt. 1 - 3672,00
6 B9 biurko szt. 1 - 2110,00
7 B9S biurko_dostawka szt. 1 - 3630,00
8 F1 fotel tapicerowany szt. 4 - 1175,00
9 F10 fotel stacjonarny szt. 14 - 1115,00
10 F2 fotel na płozie szt. 6 - 2785,00
11 F3 sofa na płozie szt. 1 - 3940,00
12 F5 krzesło gabinetowe szt. 2 - 3300,00
13 F6 krzesło stacjonarne szt. 12 - 1415,00
14 F7 krzesło szt. 19 - 783,00
15 F9 fotel tapicerowany szt. 10 - 4910,00
16 FO1 krzesło obrotowe szt. 36 - 2182,00
17 K1 kontener szt. 118 - 1110,00
18 K10 krzesło stacjonarne szt. 40 - 1093,00
19 K5 krzesło na płozie szt. 1 - 844,00
20 L4 szafa ubraniowa, metalowa szt. 1 - 1720,00
21 LM listwa multimedialna szt. 124 - 344,00
22 NA11 nadstawka szt. 61 - 1230,00
23 NA12 nadstawka szt. 128 - 1035,00
24 NR1 nadstawka otwarta szt. 2 - 865,00
25 SB1_1 blat biurka do integracji szt. 1 - 17100,00
SB1_2 panel osłona do integracji szt. 1 - 1210,00
SB1_3 szafka kontener do integracji szt. 1 - 16970,00
SB1_1/2 media port szt. 1 - 670,00
26 SB2_1 blat biurka do integracji szt. 1 - 16410,00
SB2_2 panel osłona do integracji szt. 1 - 1100,00
SB2_3 szafka kontener do integracji szt. 1 - 19600,00
SB2_1/2 media port szt. 1 - 670,00
27 SF3 sofa wolnostojąca 2os szt. 10 - 7568,00
28 SF4 sofa 2os szt. 4 - 5347,00
29 SR1 regał otwarty szt. 2 - 1280,00
30 ST3 stół konferencyjny szt. 2 - 12615,00
31 ST5 stół konferencyjny na kółkach szt. 12 - 3470,00
32 Ł. ST5 łącznik do stołu szt. 12 - 72,00
33 ST6 stolik kawowy szt. 2 - 650,00
34 ST7 stolik niski szt. 15 - 300,00
35 STM1 stolik kolumnowy szt. 9 - 1390,00
36 STM3 stolik kolumnowy szt. 3 - 1110,00
37 STM4 stół szt. 3 - 2400,00
38 STM6 stolik kawowy szt. 1 - 810,00
39 SU1 szafa ubraniowa szt. 22 - 1580,00
40 SU2 szafa skrytkowa szt. 10 - 2660,00
41 SZ10 szafa szt. 7 - 955,00
42 SZ11 szafa aktowa szt. 61 - 1790,00
43 SZ12 szafa aktowa szt. 196 - 1504,00
44 SZ6 komoda gabinetowa: blat szafy, szafa moduł środkowy, szafa moduł zewnętrzny szt. 2 - 1660,00
SZ7 szt. 2 - 8310,00
SZ8 szt. 4 - 8200,00
45 TW stanowisko tymczasowe szt. 2 - 7600,00

W dniu 28 lutego 2024 zamawiający wezwał Starpol wskazując, że:

Zamawiający powziął wątpliwość, czy przedmiot zamówienia zostanie należycie zrealizowany za wskazaną w ofercie kwotę - w szczególności czy w ramach zaoferowanego wynagrodzenia Wykonawca jest w stanie zrealizować

zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - albowiem według wiedzy Zamawiającego oferta Wykonawcy odbiega bardzo istotnie od warunków i stawek rynkowych.

W związku z powyższym, działając w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za wykonanie zamówienia, w szczególności dotyczących:

1. sposobu kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie – z uwzględnieniem czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 Ustawy Pzp,

2. możliwości wykonania zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie.

W celu zadośćuczynienia w/w wezwaniu Wykonawca zobowiązany jest:

1. złożyć szczegółowe wyjaśnienia w zakresie przyczyn zaoferowania ceny na poziomie wskazanym w ofercie, w tym w szczególności powołując i uwzględniając m.in. następujące czynniki:

a) zarządzanie procesem produkcji, który związany jest z realizacją dostawy;

b) wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunków dostaw lub usług;

c) oryginalność dostaw lub usług oferowanych przez wykonawcę;

d) zgodność 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

2. opracować i dostarczyć kalkulację ceny ofertowej, zawierającą szczegółowe wyliczenie obrazujące sposób skalkulowania ceny ofertowej i przyjęte przez Wykonawcę czynniki cenotwórcze w tym w m.in. koszty osobowe, koszty związane z działalnością, zysk, etc.

3. dostarczyć dowody (np. kopie dokumentów, pism, faktur, umów, decyzji administracyjnych itp.) dotyczące wyliczenia ceny, potwierdzające prawidłowość kalkulacji ceny, w zakresie wynikającym ze złożonych wyjaśnień oraz przedstawionej przez Wykonawcę kalkulacji.

Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami powinny w sposób przekonujący Zamawiającego wskazywać obiektywne czynniki, okoliczności oraz uwarunkowania powodujące przyjęcie zaoferowanej ceny na realizację przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia Starpol z 4 marca 2024 r.

Wykonawca oświadczył, że przedmiot zamówienia został skalkulowany dokładnie i z należyłą starannością, z uwzględnieniem wszelkich kosztów niezbędnych do poniesienia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym kosztów pracy, które są zgodne z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (choć zwrócił uwagę, że żądanie zamawiającego, w tym zakresie wykracza poza normę ustawy w związku z art. 224 ust. 4 ustawy – przedmiotowe zamówienie dotyczy dostaw, a nie usług lub robót) i nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przesłał zestawienia obejmujące wymagane przez zamawiającego elementy w rozbiciu dla poszczególnych pozycji oraz dowody potwierdzające wysokość głównych elementów kosztów, w szczególności ofert dostawców gotowych wyrobów stanowiących przedmiot zamówienia (stanowiących jednocześnie potwierdzenie, że oferowane ceny są cenami rynkowymi, stosowanymi w innych transakcjach). Złożone załączniki potwierdzają, że cena ofertowa jest realistyczna, wiarygodna i gwarantująca należyte wykonanie zamówienia. Obejmuje wszelkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ, w tym koszty pracy w wysokości zgodnej z przepisami, a także uwzględnia zysk wykonawcy. Wyjaśnienia obejmują wszelkie niezbędne informacje i konkretne dowody na potwierdzenie danych zawartych w zestawieniach, wypełniając tym samym okoliczności, jakie są wymagane w takim przypadku w doktrynie (por. np. wyrok KIO 2309/19).

Na wysokość ceny miały wpływ obiektywne czynniki, takie jak wyjątkowo korzystne warunki dostaw związanych z przedmiotem zamówienia wynikające z wieloletniej i bliskiej współpracy firmy wykonawcy z producentem zdecydowanej większości elementów oferowanych zamawiającemu w ramach przedmiotowego zamówienia.

Podkreślił jednocześnie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, sama różnica ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia lub do cen innych ofert nie oznacza, że jest to cena rażąco niska. „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest cena rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzonej działalności określonego podmiotu” (wyrok KIO 1958/17). „Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych” (wyrok KIO 2315/19). Takie okoliczności z pewnością w tym przypadku miejsca nie mają, a udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że oferowana przez niego cena wprost wynika z kosztów ponoszonych w celu realizacji zamówienia i nie

mamy w tym przypadku do czynienia z ceną rażąco niską, rozumianą w doktrynie jako „cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi” (wyrok KIO 992/19). Przypomniał, że „za cenę rażąco niską nie może być uznana taka cena, która pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia i zawiera minimalny choćby zysk” (wyrok KIO 1873/18).

UWAGA: Pozostała część wyjaśnień oraz załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa „Starpol Meble” w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym zastrzegamy zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że nie mogą być one udostępniane przez zamawiającego innym podmiotom.

Poniżej przedstawiono kalkulację kosztów realizacji zamówienia obejmującą koszty dostawy mebli, portów wysuwanych, koszty montażu, koszty ogólne oraz zysk.

Wykonawca wskazał, co stanowi istotną część zamówienia i podał okoliczności korzystne dla niego, które pozwalają mu zaoferować korzystną cenę w dwóch aspektach pierwszym dotyczącym dostaw i drugim dotyczącym kosztów montażu. Przedstawiono też wykaz dołączanych do wyjaśnień dowodów. Złożono zapewnienie o rynkowości i realności ceny oraz podkreślono, że oferta jest trzecią cenowo najkorzystniejszą ofertą.

Uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa

Wykonawca poinformował, że wskazane wyżej informacje zawarte w piśmie oraz załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie powinny pozostać niejawnie i nie mogą być udostępniane przez zamawiającego innym podmiotom.

Zgodnie z wspomnianym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Przedmiotowe wyjaśnienia obejmują szereg informacji na temat sposobów uzyskiwania przez wykonawcę przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku (w zakresie rozwiązań technicznych, sposobów uzyskiwania oszczędności) i wielkości uzyskiwanych w ten sposób oszczędności. Załączniki do wyjaśnienia obejmują szereg informacji na temat źródeł kosztów odwołującego, w tym w szczególności informacje o cenach uzyskiwanych od dostawców towarów i materiałów, które stanowią wynik negocjacji i kontaktów handlowych.

Informacje te posiadają wartość gospodarczą, bowiem odnoszą się do najważniejszych aspektów działalności przedsiębiorstwa wykonawcy, a rozpowszechnianie ich może zagrażać pozycji konkurencyjnej wykonawcy na rynku. Określają one podstawy przewagi konkurencyjnej na rynku. W szczególności ujawnienie kosztów nabycia towarów i materiałów może skutkować poprawą pozycji negocjacyjnej konkurencyjnych podmiotów w negocjacjach z tymi samymi dostawcami i przez to uzyskaniem przez nich podobnych lub lepszych warunków u tych dostawców. Może także posłużyć podmiotom konkurencyjnym do lepszego przygotowania się do innych postępowań przetargowych, w których możemy brać udział. Takie działanie prowadziłoby do istotnej szkody naszego przedsiębiorstwa, wynikającej z mniejszej liczby zamówień, którą w takiej sytuacji uzyskamy.

Informacje te nie są informacjami powszechnie znanymi, ani łatwo dostępnymi dla osób zajmujących się takimi informacjami, a niezwiązanymi z organizacją wykonawcy. Są to bowiem informacje chronione zarówno przez wykonawcę, jak i przez jego dostawców.

Starpol Meble nie podawała, ww. informacji zawartych w złożonym piśmie, do informacji publicznej oraz zadbała o zachowanie ich poufności poprzez zobowiązanie swoich pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania poufności. Stosowne klauzule są zawierane w umowach z pracownikami, współpracownikami, dostawcami, przy czym obejmują one także pracowników tych dostawców. Informacje powyższe były i nadal pozostają nieujawnione do publicznej wiadomości.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają dużą wartość gospodarczą, a ich ujawnienie dostarczyłoby wiedzy na temat działalności firmy, jej klientów i partnerów, technologii, co mogłoby doprowadzić do wykorzystania tych informacji przez konkurencję zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i w postępowaniach przyszłych, a tym samym osłabienia pozycji firmy. Wyżej wymienione informacje podnoszą konkurencyjność przedsiębiorstwa, co świadczy o ich wartości ekonomicznej.

W treści wyjaśnień znajduje się kalkulacja istotnych elementów składowych ceny, jak koszty dostawy, koszty transportu, koszty montażu, koszty ogólne i zysk.

Jako dowody złożono oferty producentów mebli - 4 sztuki, z których wynika jakie ceny za poszczególne meble zaoferowano wykonawcy Starpol, a także jakich udzielono mu rabatów. Izba porównała podane tam ceny towarów z cenami zawartymi w załączniku nr 2A i wszystkie zbadane ceny wskazane w załączniku nr 2a były wyższe niż w

przedstawionych ofertach. Ponadto przedstawiono kalkulację kosztów montażu obejmującą koszty transportu mebli oraz koszty dojazdu, w tym koszty pracy pojazdów, zakwaterowania, diet i wynagrodzenia montażystów.

Załączono zanonimizowane dwie umowy o pracę z montażystami wraz z aneksami, z których wynika, że osoby te otrzymują wynagrodzenie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Przedłożono też karty katalogowe, atesty i certyfikaty dla oferowanego umeblowania.

Z par. 10 ust. 4 umowy z Nowym Stylem wynika, że „Każda ze stron zobowiązuje się do zachowania w ścisłej tajemnicy wszelkich informacji handlowych wynikających z tej umowy, a także wszelkich innych informacji, których ujawnienie mogłoby narazić drugą stronę na szkodę. Każda ze stron jest zobowiązana do wykorzystania wspomnianych informacji wyłącznie w celu realizacji tej umowy. W przypadku naruszenia któregokolwiek z zobowiązań określonych w ust. 4, przez jedną ze stron, druga strona będzie uprawniona do żądania naprawienia szkody na zasadach ogólnych.

Z wyjaśnień Tronus wynika, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają informacje stanowiące wartość organizacyjną przedsiębiorstwa, dane dotyczące sposobu produkcji towarów i kontrahentów, oraz procentowy udział konkretnych czynników etapu produkcyjnego. To samo dotyczy następujących załączników do wyjaśnień w oddzielnym pliku. Informacje mogą być chronione jako zbiory informacji. Takie charakter mają informacje na temat kontrahentów wykonawcy, sposobu zorganizowania produkcji mebli, dostępnych wykonawcom i kontrahentom warunków organizacyjnych i handlowych, dokonywania między wykonawcą, a kontrahentami transakcji, rozliczeń. Do informacji posiadających wartość gospodarczą należy zaliczyć informacje na temat sposobu kalkulowania ceny oferty, zakładanych kosztów nabycia towarów i usług, informacje o poziomie wynagrodzeń i kosztów pracy u wykonawcy i jego głównych kontrahentów, o sposobie organizacji produkcji i rozliczeniach z kontrahentem. Informacje nie zostały podane do powszechnej wiadomości. Treść znają wyłącznie osoby reprezentujące wykonawcę oraz pracownicy wykonawcy, którzy byli zaangażowani w przygotowanie oferty i pracownicy zajmujący się sprawami finansowymi i rozliczeniowymi, a także kontrahenci, pomiędzy którymi a wykonawcą są ustalone zasady zachowania tych informacji, jako poufnych, udostępnianych podmiotom trzecim wyłącznie przy zobowiązaniu odbiorców do zachowania poufnego charakteru tych informacji. Ich zestawienie opracowane na potrzeby tego postępowania ma charakter unikalny. Wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności informacji:

- ściśle określony zespół pracowników do konkretnego projektu,
- pouczenie pracowników, które informacje mają chronić,
- ochrona przez ustanowienie polityki bezpieczeństwa i poufności danych,
- odpowiedzialność umowna pracownika za naruszenie zasady poufności,
- zobowiązanie osób trzecich do zachowania tajemnicy i niepowielania informacji bez zgody wykonawcy,
- forma elektroniczna informacji przechowywana na komputerach odpowiedzialnych pracowników i archiwizowana odrębnie na serwerze bazodanowym z dostępem chronionym hasłem, a dane na serwerze szyfrowane,
- zakaz przesyłania informacji drogą elektroniczną bez zgody wykonawcy,
- formułowanie takich zastrzeżeń we wszystkich postępowaniach lub negocjacjach,

Niepublikowanie dokumentów ujętych w zastrzeżeniu w dokumentach ujawnionych, ogólnodostępnych materiałach handlowych, stronie internetowej, czy mediach społecznościowych.

Udostępnienie informacji może doprowadzić do powielania organizacji przedsiębiorstwa przez inne firmy, przejmowania źródeł zaopatrzenia firmy w materiały czy komponenty. Ich ujawnienie prowadziłoby do pogorszenia pozycji konkurencyjnej wykonawcy i groziło powstaniem poważnej szkody. W wyjaśnieniach brak wylistowania listy niejawnych załączników do wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła A.K. Starpol Meble w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, wynikającą z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ustawa znk) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy (dalej: Starpol) wraz z załącznikami

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Złożone przez uczestnika uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera wszystkie trzy wymagane elementy wynikające z art. 11 ust. 2 uznk. Wskazano jakie informacje zostały zastrzeżone, jaki mają one charakter i jest to przede wszystkim charakter organizacyjny i know-how uczestnika. Unikatowość informacji potwierdzają przede wszystkim złożone oferty dostawców, w których znajdują się zwroty „Cena dla Pani”, „Cena zakupu dla Starpol” świadczące o indywidualnym określeniu poziomu ceny dla tego konkretnego podmiotu, co więcej część ofert wskazuje wprost procentowy poziom udzielonego rabatu, a część wskazuje

na cenę oferowaną dla szerokiego kręgu odbiorców i zarezerwowaną dla uczestnika. To w ocenie Izby potwierdza informacje wynikające z uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że są to informacje na temat źródeł kosztów, w tym w szczególności informacje o cenach uzyskiwanych od dostawców towarów i materiałów, które stanowią wynik negocjacji i kontaktów handlowych.

W zakresie gospodarczej wartości informacji uczestnik wprost wskazał, że „W szczególności ujawnienie kosztów nabycia towarów i materiałów może skutkować poprawą pozycji negocjacyjnej konkurencyjnych podmiotów w negocjacjach z tymi samymi dostawcami i przez to uzyskaniem przez nich podobnych lub lepszych warunków u tych dostawców. Może także posłużyć podmiotom konkurencyjnym do lepszego przygotowania się do innych postępowań przetargowych, w których możemy brać udział. Takie działanie prowadziłoby do istotnej szkody naszego przedsiębiorstwa, wynikającej z mniejszej liczby zamówień, którą w takiej sytuacji uzyskamy.”. Zatem wartości gospodarczej upatrywał w tym, że udzielone mu opusty posiadają swój indywidualny, nieznanym innym wykonawcom charakter. Słusznie też podnosił uczestnik na rozprawie, że poznanie poziomu opustów przez innych wykonawców mogłoby skutkować oczekiwaniem tychże, że dana firma również i wobec nich taki rabat zastosuje. Wówczas możliwość złożenia konkurencyjnej oferty przez uczestnika zdecydowanie by się zmniejszyła, a co za tym idzie obniżyłby się jego zysk. Nadto przedstawiona na rozprawie str. 3 umowy z Nowym Stylem wskazuje, że wobec uczestnika mogłyby być także podnoszone roszczenia odszkodowawcze z tytułu ujawnionej tajemnicy, a tym samym oszczędzenie sobie takich kosztów ma również wymiar korzyści gospodarczej. Co do zachowania poufności, to również i ten aspekt w uzasadnieniu został poruszony, bowiem wskazano w nim „Starpol Meble nie podawała, ww. informacji zawartych w złożonym piśmie, do informacji publicznej oraz zadbała o zachowanie ich poufności poprzez zobowiązanie swoich pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania poufności. Stosowne klauzule są zawierane w umowach z pracownikami, współpracownikami, dostawcami, przy czym obejmują one także pracowników tych dostawców. Informacje powyższe były i nadal pozostają nieujawnione do publicznej wiadomości.” Okoliczność ta została na rozprawie dodatkowo poparta dowodem, więc w ocenie Izby jej wykazanie także nie budzi wątpliwości.

Izba dokonała też analizy treści uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez odwołującego przedstawiając informacje, które w tym uzasadnieniu się znalazły po odjęciu przytoczonych przepisów prawa, stanowisk doktryny i orzecznictwa. W ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu i przystępującemu, że skala argumentacji jest bardzo zbliżona. Co więcej wbrew stanowisku prezentowanemu przez odwołującego na rozprawie, on również nie wyszczególnił nazw załączników dołączanych do wyjaśnień zaoferowanej ceny w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Przeciwnie w tym uzasadnieniu znalazło się wyłącznie wskazanie nazw załączników jawnych. Owszem odwołujący wskazał załączniki tajne w drugim uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Trudno zatem tezy odwołującego w tym zakresie uznać za jakiś standard postępowania z tajemnicą, a już na pewno nie jest to standard wdrożony przez odwołującego. Mając to na uwadze Izba doszła do wniosku, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania odtajnienia informacji, a przeciwnie prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia poczynionego przez uczestnika. Zarzut zatem należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Starpol, pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo że wykonawca ten nie dowiódł tego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. O ile można zgodzić się z odwołującym, że wyjaśnienia uczestnika nie są obszernie pod względem ilościowym, to nie można podzielić jego oceny, że nie są to wyjaśnienia pozwalające na ocenę realności ceny. Uczestnik bowiem nie tylko przedstawił kalkulację cenową obejmującą poszczególne koszty składające się na cenę, ale koszt każdego z dostarczanych mebli i innych elementów wykazał czterema ofertami dostawców. Porównanie ofert dostawców z cenami każdego z elementów wykazanych w załączniku nr 2a jasno wskazywało, że na każdym z tych elementów uczestnik przewidział wartości wyższe od kosztów nabycia ich od dostawców, co świadczy o tym, że na każdym elemencie kalkulował jego koszty transportu, montażu, a także inne koszty składające się na złożoną ofertę. Uczestnik też podał koszty transportu od dostawców wskazując ilość samochodów, które będą dowoziły meble, oraz wysokość kosztu transportu dla każdego z pojazdów. Osobno przewidział i wycenił koszt dojazdu ekipy montażowej i jej sprzętu. Podał ilość i rodzaj przewidzianych pojazdów oraz odległość przebywanej trasy i związany z tym koszt. Wskazał jak dużą ilość osób przewidział jako ekipę montażową, określił czas jej dojazdu i osobno czas wykonywania montażu, wskazał koszt diet i noclegów, co więcej przewidział także koszt zabezpieczenia miejsca wykonywania montażu – te koszty wycenił w załączniku nr 3. Wycenił koszty ogólne, w tym koszty zabezpieczenia wykonania umowy, koszty pośrednie i inne koszty związane z wykonaniem zamówienia. Udowodnił, że swoim pracownikom zatrudnionym na umowy o pracę wypłaca wynagrodzenie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę – przedstawił zanonimizowane umowy o pracę. Po zsumowaniu tych kosztów i odjęciu ich od zaoferowanej ceny uczestnik wykazał przyzwoity zysk. W treści wyjaśnień podał, że możliwość zaoferowania ceny wynika z wieloletniej stałej współpracy z

firmą Nowy Styl, co potwierdził także na rozprawie. Opisał też na czym polega ta współpraca. Wskazał na uzyskiwane korzyści z tej współpracy i ze współpracy z pozostałymi dostawcami, co potwierdziły załączone oferty, które wskazywały na wysokość opustów i to, że jest to cena specjalna dla uczestnika. Tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia powinny być ocenione negatywnie. Przeciwnie Izba uważa, że zamawiający ocenił te wyjaśnienia prawidłowo, jako udowadniające, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Starpol, pomimo że oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest zarzutem wynikowym. Byłby skuteczny jedynie w przypadku potwierdzenia się któregokolwiek z zarzutów poprzedzających, co nie miało miejsca. Z tego względu zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu oraz koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i pełnomocnika zamawiającego i obciążając kosztami uiszczonego wpisu oraz wydatków pełnomocnika zamawiającego - odwołującego. Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o zasądzenie wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury Vat, z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....