

WYROK

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - **w składzie:**

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Adamietz Sp. z o.o.

z siedzibą w Strzelcach Opolskich w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie:

A. po stronie Zamawiającego - B. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Głogowie Małopolskim,

B. po stronie Odwołującego - TEXOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu numer 1 oraz 2 zawartego w *petitum* odwołania,
2. uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu - Komendzie Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odstąpienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonymi przez B. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Głogowie Małopolskim i udostępnienie ich Odwołującemu oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża w 1/2 Odwołującego i w 1/2 Zamawiającego:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego oraz Odwołującego z tytułu reprezentacji w kwocie 7200zł.
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy),
 - 3.3. znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym koszty z tytułu reprezentacji przez Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie pn.: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dotyczących zadania pn. „Zarząd w Rzeszowie Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości – budowa nowej siedziby”.*

Ogłoszenie o zamówieniu, zostało opublikowane przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 listopada 2023 r. pod nr 00711316-2023.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawca - Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

(1) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez B. Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim („B.” lub „Przystępujący”) i w efekcie przyjęcie, że ww. wykonawca wykazał, iż nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia, co finalnie doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji w której co najmniej część podmiotowych środków dowodowych została przedłożona przez B. w niewłaściwej formie (sprzecznej z przepisami prawa powszechnie obowiązującego), a zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu;

(2) nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę B. w dniu 28 lutego 2024r., oraz większości dokumentów (załączników) złożonych wraz z wyjaśnieniami, w tym mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty B., i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia te oraz dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co też nie zostało wykazane przez B., a zatem zastrzeżone informacje nie spełniają ustawowych przesłanek (wartość gospodarcza, poufność etc.), które uprawniają do objęcia wspomnianych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;

(3) braku udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień B. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień, w tym do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że Wykonawca ten nie

wykazał skutecznie, iż stanowią one (wszystkie) tajemnicę przedsiębiorstwa;

(4) zaniechaniu odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami i zawierającej błędy w obliczeniu ceny, ewentualnie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie złożonej przez B. polegających na błędnym określeniu ceny za wykonanie pozycji 35 i 44 wyceny (tabeli) zawartej w formularzy ofertowym, która powinna wynikać z zsumowania pozycji tabeli składających się na daną branżę określoną w rzeczonych pozycjach.

ewentualnie – z ostrożności procesowej:

(5) zaniechania odrzucenia z Postępowania oferty złożonej przez B., w sytuacji w której oferta ta zawiera cenę rażąco niską;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 118 ust. 1 Pzp w zw. z art. 125 ust. 5 Pzp w zw. z art. 126 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z §5 ust. 1 i §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie dokumentowe”) poprzez przyjęcie, że B. skutecznie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania, w sytuacji w której w odniesieniu do samego wykonawcy, jak i podmiotów trzecich, na zasoby które powołał się ten wykonawca, tj. Klimar Sp. z o.o. z siedzibą w Rudnej Małej („Klimar”), ARP Manecki Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie („ARP Manecki”) i BETA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie („BETA”), przedłożono celem wykazania braku podstawy wykluczenia, zeskanowane dokumenty, w tym pochodzące z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”) oraz z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, które swoją formą nie czynią zadość wymaganiom narzuconym przez ustawodawcę, a zatem ww. podmioty trzecie, jak i B., nie wykazały, że nie podlegają wykluczeniu z Postępowania;

ewentualnie – gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że B. winien zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych:

(2) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie wezwania B. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do samego wykonawcy, jak i podmiotów trzecich: Klimar, ARP Manecki oraz BETA, w szczególności w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego informacji z Zakładu Ubezpieczeń społecznych w formie zgodnej z treścią Pzp oraz Rozporządzenia dokumentowego;

(3) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) poprzez uznanie, że B. w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta B. nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy B. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

- zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;
- B. dokonał prawidłowego zastrzeżenia,

obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) – zastrzeżone zostały całe wyjaśnienia, a nie konkretne informacje, które mogłyby ewentualnie być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, co wskazuje, iż zastrzeżenie to zostało dokonane całkowicie bezrefleksyjnie;

- informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta B. nie zawiera rażąco niskiej ceny;

(4) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty B., a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny. Oferta B. została wyceniona wbrew instrukcjom narzuconym przez Zamawiającego. Popołniony błąd przez B. spowodował, że (i) suma pozycji II.3.2.1 – II.3.2.8 nie została uwzględniona we właściwej pozycji tabeli tj. poz. II.3.2 oraz (ii) suma pozycji II.3.3.1 – II.3.3.11 nie została uwzględniona we właściwej pozycji tabeli tj. poz. II.3.3.

Podobnie nie sposób przy tym domniemywać wyceny B. dot. pozycji II.3.2 oraz II.3.3, gdyż składające się na nią elementy nie sumują się we wskazanym przez B. miejscu w tabeli. Przedmiotowe czynności B. uniemożliwiają weryfikację ceny tego wykonawcy i prowadzą do wyceny zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego (na skutek popełnionego błędu),

ewentualnie:

(5) art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych stwierdzonych w ofercie złożonej przez B. w ramach pozycji 35 i 44 wyceny (tabeli) zawartej w formularzu ofertowym, w sytuacji, gdy wartości podane w rzeczonych pozycjach powinny być: dla pozycji 35 sumą pozycji 36-43 tabeli; dla pozycji 44 sumą pozycji 45-55 tabeli.

(5) art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 Pzp i art. 74 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk” poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez B. informacji (wyjaśnień RNC wraz z wszystkimi załącznikami), mimo takiego obowiązku (art. 74 Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk;

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

art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia B., pomimo, iż cena ofertowa tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczająca do jego wykonania, co też winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty B. jako najkorzystniejszej;

a w konsekwencji powyższych:

(6) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z tak sformułowanymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert;

(3) odrzucenia oferty B.;

ewentualnie

(4) wezwanie B. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;

a ponadto do:

(5) nakazania odtajnienia i udostępnienia dokumentów B. jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa (nie zawierających takiej tajemnicy z uwagi na brak wykazania stosownych przesłanek).

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaakceptował podmiotowe środki dowodowe w niedopuszczalnej formie, która w żadnym wypadku nie powinna spotkać się z jego aprobatą. Skany dokumentacji (które zostały podpisane tylko i wyłącznie odręcznie; ewentualnie zeskanowano „znak” podpisu elektronicznego), Zamawiający zdaje się postrzegać jako właściwe, co jest sprzeczne z przepisami prawa. Odwołujący wskazał na §15 Rozporządzenia dokumentowego, który stanowi, że podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub

podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że sposób sporządzania oraz przekazywania podmiotowych środków dowodowych został określony w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie („Rozporządzenie w sprawie sporządzania i przekazywania informacji”). W treści przedmiotowego Rozporządzenia można odnaleźć dalszą szczegółową instrukcję co do m.in. formy podmiotowych środków dowodowych. Z §6 ust. 2 niniejszego aktu wynika, że podmiotowe środki dowodowe, wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się w cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiednio przez wykonawcę lub podmiot udostępniający zasoby. Tym samym podmiot, którego przedmiotowy dokument dotyczy winien samodzielnie go poświadczyć przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W konsekwencji Odwołujący podkreślił, że jeśli dany dokument pierwotnie został wytworzony w oryginale w formie papierowej, może być on traktowany jako podmiotowy środek dowodowy tylko i wyłącznie w sytuacji „przekształcenia go” w formę elektroniczną, odpowiednio „podpisując” kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zaniechanie takiego działania powoduje zasadniczo brak wykazania braku podstaw do wykluczenia. Jak wynika z dokumentacji przekazanej Odwołującemu przez Zamawiającego, istotna część podmiotowych środków dowodowych, przedłożonych przez B., jest zasadniczo taka sama, jak wskazywała w powyższym orzeczeniu Izba, tj. dokumenty zostały – albo – po prostu podpisane odręcznie, zeskanowane a następnie przedłożone Zamawiającemu – albo – wydrukowano dokumenty podpisane elektronicznie (pozbawiając ich w istocie waloru dokumentu elektronicznego), podpisano je odręcznie, zeskanowano, a dopiero następnie złożono. Powyższe działania ponad wszelką wątpliwość urągają przepisom Pzp, rozporządzeń wykonawczych a nawet samym wymaganiom Zamawiającego wyrażonych SWZ. Na podstawie aktualnie przedstawionych dokumentów przez B. (samego wykonawcę jak i podmioty trzecie) nie sposób wyprowadzić wniosku, jakoby nie podlegali oni wykluczeniu z Postępowania. Wskazane dokumenty w formie skanów (wymienione powyżej – wskazane jako pochodzące – rzekomo – z KRK i ZUS/US) nie posiadają jakiegokolwiek waloru dowodowego i nie mogą być rozpatrywane w kategorii podmiotowych środków dowodowych. Z uwagi na fakt, że B. nie

potwierdził, że nie podlega wykluczeniu z Postępowaniu (przedłożył dokumenty całkowicie pozbawione znaczenia z tej perspektywy), należy wykluczyć tego wykonawcę, a jego ofertę odrzucić. Ewentualnie – wezwać do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odpowiednim zakresie.

Uzasadniając zarzut drugi odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że konkretna informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu (a wręcz informacji) zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu (informacje w nim zawarte). Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Niezależnie jednak od tego, jaki w istocie walor dla B. mają dokumenty zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący podkreśla, że przesłanki uzasadnienia tajemnica przedsiębiorstwa postrzegane liberalnie prowadzą do wypaczenia zasady jawności w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego B. nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (a już na pewno, że wszystkie z nich, niejako en bloc), w tym przede wszystkim nie wykazało, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą czy też zachowana jest ich poufność.

W ocenie Odwołującego B. niezasadnie utajnił całość dokumentacji, stanowiącej obszerny katalog informacji, a nie „informację”, literalnie wskazaną w art. 11 ust. 2 Uznk. Jest to istotne, gdyż każda taka „informacja” ma spełniać przesłanki opisane powyżej, po drugie, powinna zostać szczegółowo zbadana i oceniona przez Zamawiającego, czy może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. B. natomiast dokonał ogólnego utajnienia niemalże wszystkich przedłożonych wraz z Wyjaśnieniami załączników (oraz samych Wyjaśnień), nie usiłując nawet przeprowadzić odpowiedniej selekcji informacji tam uwzględnionych (co najwyżej pogrupował je w bardzo ogólne katalogi). Nie ulega przy tym wątpliwości, że celem przedmiotowego działania B. jest w rzeczywistości utrudnienie innym wykonawcom próby oceny oferty tego Wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. Nie jest natomiast zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji, kiedy – ewentualnie - tylko pewna jego część odpowiada wymaganiom wskazanym w art. 11 ust. 2 Uznk. W przypadku uznania, że jedynie fragment informacji zawartych w załącznikach do Wyjaśnień stanowi informacje wrażliwe dla B., należałoby „zakryć” jedynie stosowany wycinek dokumentacji, czego jednak nie dokonano w Postępowaniu. Tymczasem, w ramach Postępowania, B. „mechanicznie” (automatycznie; hurtowo) zastrzegł rażącą część Wyjaśnień oraz niemalże wszystkie załączniki złożone wraz z pismem przewodnim w ramach złożonych wyjaśnień. Jako przykład niech posłużą oferty dostawców (podwykonawców), które z pewnością zawierają (również) informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Mogłyby one zostać (co nierzadko ma miejsce) udostępnione np. bez samych nazw poszczególnych firm. Zamawiający jednak zdecydował o utrzymaniu w tajemnicy wszystkiego, bez względu na wartość takich informacji, co jest zachowaniem błędnym, naruszającym przepisy Pzp. Podobnie rzecz ma się z treścią samych wyjaśnień – z pewnością na stronach utajnionych znajdują się informacje nie posiadające jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Pojawia się zatem pytanie, na jakiej podstawie zostały utajnione? W ocenie Odwołującego, choć nie ma on dostępu do Wyjaśnień, z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, już choćby na podstawie powyższych przykładów można przyjąć, że B. miał możliwość przedłożenia Wyjaśnień z ewentualnie „zakrytymi” fragmentami wrażliwymi, które w ocenie tego Wykonawcy – oczywiście obiektywnie rzecz ujmując - nie powinny zostać ujawnione. Tego jednak ten podmiot zaniechał. B. nie udowodnił przy tym, że charakter zastrzeżonych informacji, jest tego rodzaju, że muszą być traktowane jako nierozzerwalna całość podlegająca ochronie. Za nieuzasadnioną uznać należy akceptację tego typu zachowań przez Zamawiającego, który nie przeprowadził analizy całości zastrzeżonych Wyjaśnień i załączników, akceptując automatycznie czynność dokonaną przez B.. Podsumowując Odwołujący wskazał, że B. nie wykazał, że Wyjaśnienia i dokumentacja przedłożona Zamawiającemu zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to zasługuje na utajnienie, pomimo wąskiego postrzegania wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający natomiast bezrefleksyjnie zaakceptował utajnienie Wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów oraz dokonał niezasadnej akceptacji zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych Wyjaśnień B., czym dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejno Odwołujący wskazał, że w ramach złożonych Wyjaśnień, B. usiłował wykazać wartość gospodarczą informacji, które w istocie dotyczą systemu wyceny przyszłych usług (robót budowlanych realizowanych w przyszłości). Niejako „fundament” wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, B. upatruje w wypracowanych kontaktach handlowych, których ujawnienie może narazić wykonawcę stratę. Dokonując jednak lektury uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa – zwłaszcza w kontekście próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych – w oczy „rzuca się”

szereg ogólników, którymi operuje B.. Można przy tym powiedzieć, że tezy forsowane przez tego wykonawcę, zdają się być właściwe dla zasadniczo każdego z podmiotów, który prowadzi działalność jako uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Strategia przyjęta przez B. zdaje się prowadzić do opisywania okoliczności, które – co prawda mogą stanowić tajemnicą przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem właściwego wykazania spełnienia przesłanek wskazanych w Uznk. Z taką sytuacją ponad wszelaką wątpliwość nie mamy do czynienia w Postępowaniu. Zamiast tego, czytamy gołosłowne zapewnienia takie jak: „Ujawnienie przedmiotowych wrażliwych informacji na temat sposobu ukształtowania ceny może wiązać się z poniesieniem realnych szkód przez Wykonawcę, które wyniknąć mogą m.in. z utraty przewagi konkurencyjnej z uwagi na ujawnienie polityki kształtowania kosztów w organizacji Wykonawcy i wysokości tych kosztów, a także warunków współpracy z parterami, możliwości Wykonawcy w oferowaniu rabatów oraz obniżania marży, i związanego z tym prawdopodobieństwa utraty zysku. Istotną wartość gospodarczą ma dla Wykonawcy również informacja o wysokości m.in. przyjmowanych rezerw (szacowania ryzyk), jak również sposobie kształtowania zysku. (...) ujawnienie informacji pochodzących od parterów handlowych – a stanowiących nie tylko dane poufne Wykonawcy, ale przede wszystkim tychże parterów – skutkować może dla Wykonawcy utratą zaufania parterów oraz generalnie na rynku – utratą statusu wiarygodnego kontrahenta (...) Ujawnienie przedmiotowych, wrażliwych i mających kluczowe znaczenie dla Wykonawcy, Informacji może więc generować realną i poważną szkodę, wynikającą m.in. z możliwości utraty zysku (...). W konsekwencji przekazanie konkurencji przewag Wykonawcy, może w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić Wykonawcy przedkładanie konkurencyjnych ofert. (...) Ujawnienie szczegółowej informacji odnoszącej się do wysokości zysków Wykonawcy, zakładanych ryzyk, rezerw i in., naraża Wykonawcę na szkody majątkowe wyrażające się utratą pozycji konkurencyjnej i zysków płynących z wygranych kontraktów. W efekcie, strategię rynkowe tworzone z uwzględnieniem wiedzy uzyskanej pochodzącej z zastrzeżonych dokumentów, mogą być dla konkurencji bardziej skuteczne i przynieść jej wymierną korzyść w postaci zrealizowanego zysku lub przynajmniej możliwości realizacji tego zysku, osłabiając pozycję biznesową B.. 48. W ocenie Odwołującego powyższy fragment pokazuje, że B., w złożonym piśmie, nieustannie sam siebie parafrazuje, za każdym razem sprowadzając wartość gospodarczą do bliżej nieokreślonego zysku. Za tak przedstawionymi informacjami nie stoją żadne wymierne dane, które faktycznie wskazywałyby na jakikolwiek realny i unikalny zysk dla B., który może on stracić. Wykonawca w żadnym wypadku nie udowodnił, że ujawnienie zastrzeżonych informacji pociągnie ze sobą jakikolwiek daleko idący skutek dla „zysku”. Wręcz przeciwnie – B. operują ogólnikami, sprowadzając swoje rozważania de facto do błędnego koła na zasadzie (idem per idem), tj. – zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, bo ich ujawnienie prowadzi do utraty zysku, a tym samym posiadają wartość gospodarczą. Ponadto, zdaniem Odwołującego, B. nie jest w stanie merytorycznie odnieść się do utraty rzekomego „zysku”. Usiłując w jakikolwiek sposób (choćby i oderwany od realiów rynkowych) odnieść się do tego elementu swoich wyjaśnień RNC (utraty zysku) wykonawca postawił w istocie dwie, całkowicie sprzeczne ze sobą tezy, z jednej strony operując kwotą 5 000 000.00 zł – żeby w dalszej części uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa podnieść, że utrata zysku to tak naprawdę strata w wysokości kilkudziesięciu procent poziomu aktualnych przychodów B., które na podstawie wstępnego rachunku zysków i strat za rok 2023 r. wyniosły około 150 mln netto. W przedmiotowym zakresie, B. usiłuje wskazywać na konkretne liczby, które jednak – po pierwsze – są abstrakcyjne (równie dobrze mógłby wpisać coś zupełnie innego) – po drugie – nieudowodnione, a także – niekiedy – wręcz irracjonalne. Odwołujący podkreślił, że B. całkowicie nie sprostał, w tym przede wszystkim nie przedłożył żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. Ograniczono się jedynie do zdawkowych twierdzeń, jakoby rzekomo „Ujawnienie przedmiotowych wrażliwych danych daje konkurencji wiedzę o granicach, w jakich Wykonawca ma możliwość kalkulowania ceny, w jakich obszarach ma możliwość ograniczenia kosztów, w jakich marginesach marży może się poruszać budując ofertę”, czy innych w rzeczywistości pustych frazesów, co nie wyczerpuje kwestii udowodnienia z art. 11 ust. 2 Uznk, iż zastrzeżone informacje stanowią dla B. wartość gospodarczą. Tradycyjnie bowiem także tutaj pojawia się beletrystyka na temat „waloru negocyjacyjnego konkurencji B.” (s. 8) czy: „Relacji biznesowych B.” (s. 9). Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożone przez B. zasadniczo równie dobrze mógłby złożyć każdy wykonawca ze swoimi wyjaśnieniami. Pokazuje to ich ogólnikowość i brak rzeczowości. Brakuje przede wszystkim rzetelnej analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. Z perspektywy fundamentalnej zasady, jaką jest zasada jawności, kluczowe jest bowiem, aby wykonawca domagający się ochrony danych informacji/ dokumentów nie ograniczał się do gołosłownych deklaracji, ale był w stanie wykazać faktyczne skutki ewentualnego odtajnienia dokumentów.

Odwołujący podkreślił również, że nie domaga się odtajnienia stricte np. „modelu dotyczącego współpracy”. Raczej niniejszym odwołaniem wnosi jedynie o odtajnienie dokumentacji, która pozwoli mu na weryfikację realności zaoferowanej przez B. ceny w Postępowaniu. Co ważne, sam przedmiot zamówienia nie wymaga wdrożenia czy zastosowania jakichkolwiek modeli czy „metodologii” obliczenia zaoferowanej ceny. Odwołujący podaje w tym miejscu w wątpliwość faktyczną zasadność zastosowania takiego rozwiązania.

Podobnie jak w przypadku kwestii wartości gospodarczej, tak w przypadku kwestii know-how, B. poprzestało na

gołosłownych twierdzeniach, niepopartych jakimikolwiek dowodami. Odwołujący ponownie w tym miejscu podkreśla, że samo złożenie oświadczenie przy dokonaniu analizy wartości gospodarczej czy opisu w związku z tym know-how jest niewystarczające, toteż Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że Przystępujący B. nie wykazał również poufności i podjęcia stosownych działań w tym zakresie. Odwołujący nie ma dostępu do treści dokumentów, wskazanych jako załączniki do pisma z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (Zamawiający nie przekazał ich Odwołującemu), dlatego też ma utrudnioną możliwość odniesienia się do podjętych przez B. działań. O ile okazałoby się, że Zamawiający ich nie przekazał Odwołującemu, gdyż to samo względem niego uczynił Wykonawca, nie powinno budzić wątpliwości, że nie wykazał on przesłanek dotyczącej podjęcia odpowiednich środków i poufności zastrzeżonych informacji. 64. Z przekazanych Odwołującemu informacji (dokumentów) nie wynika, jakoby B. faktycznie podjął realne działania nakierowane na ochronę zastrzeżonych informacji. Uwzględnione czynności, rzekomo podjęte przez wykonawcę, charakteryzuje lakoniczność i gołosłowność. Tym samym – co najmniej wątpliwe jest spełnienie przesłanki niezbędnej do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dot. dochowania informacji w poufności i powzięcie w tym zakresie odpowiednich działań).

Uzasadniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny Odwołujący na wstępie wyjaśnił, że zarzut ten został postawiony z daleko idącej ostrożności – na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza immanentnie powiązała się sobą dwa rodzaje tego typu rzutów, uniemożliwiając postawienie przedmiotowego zarzutu jako zarzut samodzielny na dalszym etapie Postępowania. W ocenie Odwołującego, aktualnie zaoferowana cena przez B. w żadnym wypadku nie pozwala na rzetelną (prawidłową) realizację zamówienia. Jest ona zaniżona i w żadnym wypadku nie pozwoli na osiągnięcie przez B. jakiegokolwiek zysku. Złożone wyjaśnienia dot. wysokości zaoferowanej ceny, nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, wobec czego, ofertę B. należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny Odwołujący wskazał, iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a także zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z treścią SWZ dla zadania „w formularzu ofertowym w tabeli należy podać cenę brutto za wykonanie całości zamówienia, która wynika z sumy wyceny prac z tabeli – zestawienie kosztów zawartej w formularzu ofertowym. [...] W ofercie wszystkie wyszczególnione pola tabeli muszą być wypełnione” (zob. rozdział 9 ust. 2 i 4 SWZ). Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia był zobowiązany do uzupełnienia tabeli (wyceny) o treści określonej przez Zamawiającego. Wypełnienie przedmiotowego dokumentu powinno odbyć się przy tym przy poszanowaniu zasad i reguł wynikających z SWZ, prawa zamówień publicznych oraz powszechnie obowiązujących zasad, w tym zasad arytmetyki. Zasadniczo „kosztorys ofertowy” („kosztorys”) (wycena zawarta w treści formularza ofertowego) została podzielona na siedem niezależnych działów składających się na przedmiot zamówienia. Do działów tych należy zaliczyć m.in. Opracowanie Świadectwa energetycznego, Zagospodarowanie Terenu czy też Instalacje Sanitarne. Odwołujący zwrócił uwagę, że niektóre działy (tudzież branże) zostały podzielone na podrozdziały oraz dalsze ustępy, tak przykładowo „instalacje elektryczne” – poz. 35, na którą składa się enumeratywnie 8 ustępów oraz „instalacje NN” - poz. 44, na którą składa się 11 ustępów. Każdy z tych ustępów powinien być wyceniony indywidualnie przez każdego z wykonawców. W ocenie Odwołującego nie ulega przy tym wątpliwości, że kwota za wykonanie danej branży (działu) jest sumą poszczególnych enumeratywnych punktów na nią się składających. Jest to jedyne rozwiązanie, zgodne z prawidłami logiki i treścią formularza oraz SWZ. Z oferty złożonej przez B. wynika jednak, że reguły te nie zostały uwzględnione przez rzeczzonego wykonawcę, a Zamawiający zaniechał ich „wyegzekwowania” w ramach przysługujących mu na gruncie Pzp uprawnień. Odwołujący przedstawił tabelę, z której wynikają błędy dostrzeżone w ofercie złożonej przez B.:

	DZIAŁ II.3	INSTALACJE ELEKTRYCZNE I NN		
34	Podrozdział II.3.1	Oświetlenie zewnętrzne	68 800,00 zł	84 624,00 zł
35	Podrozdział II.3.2	Instalacje elektryczne	1 167 550,00 zł	1 436 086,50 zł
35	Na dział II.3.2. pn. "instalacje elektryczne" składają się pozycje od II.3.2.1. do II.3.2.8. - łączna wartość tych prac wynosi: Oznacza to, że pkt 35 formularza został uzupełniony przez B. w sposób nieprawidłowy		2 426 240,00 zł	2 984 275,20 zł
36	1) II.3.2.1	Rozdzielnice elektryczne	624 800,00 zł	768 504,00 zł
37	2) II.3.2.2	Trasy kablowe	73 920,00 zł	90 921,60 zł
38	3) II.3.2.3	WLZ	164 640,00 zł	202 507,20 zł
39	4) II.3.2.4	Przewody i kable	752 640,00 zł	925 747,20 zł

40	5) II.3.2.5	Osprzęt	60 480,00 zł	74 390,40 zł
41	6) II.3.2.6	Oświetlenie podstawowe	637 200,00 zł	783 756,00 zł
42	7) II.3.2.7	Oświetlenie awaryjne	70 560,00 zł	86 788,80 zł
43	8) II.3.2.8	Instalacje uziemienia i odgromowa, podłączenia wyrównawcze	42 000,00 zł	51 660,00 zł
44	Podrozdział II.3.3:	Instalacje NN	75 600,00 zł	92 988,00 zł
44	Na dział II.3.3. pn. "instalacje nn" składają się pozycje od II.3.3.1. do II.3.3.11. - łączna wartość tych prac wynosi: Oznacza to, że pkt 45 formularza został uzupełniony przez B. w sposób nieprawidłowy		2 299 760,00 zł	2 828 704,80 zł
45	1) II.3.3.1	Przyłącze teletechniczne	47 040,00 zł	57 859,20 zł
46	2) II.3.3.2	Instalacja okablowania strukturalnego	614 800,00 zł	756 204,00 zł
47	3) II.3.3.3	Instalacja przywoławcza i przyzywowa	23 520,00 zł	28 929,60 zł
48	4) II.3.3.4	System sygnalizacji włamań i napadu	30 464,00 zł	37 470,72 zł
49	5) II.3.3.5	Instalacja CCTV	257 040,00 zł	316 159,20 zł
50	6) II.3.3.6	Instalacja KD i monitoring	104 720,00 zł	128 805,60 zł
51	7) II.3.3.7	Instalacja SSP	41 888,00 zł	51 522,24 zł
52	8) II.3.3.8	Instalacja audiowizualna	466 960,00 zł	574 360,80 zł
53	9) II.3.3.9	Instalacja antenowa	114 240,00 zł	140 515,20 zł
54	10) II.3.3.10	Instalacja wideofonowa	26 656,00 zł	32 786,88 zł
55	11) II.3.3.11	Agregat prądotwórczy, UPS	572 432,00 zł	704 091,36 zł
		suma wartości Działu II.3	6 037 950,00 zł	7 426 678,50 zł

Z analizy zaprezentowanej powyżej tabeli wynika, że B. w poz. 35 i 44 „kosztorysu” zawartego w formularzu ofertowym zamiast zsumować poszczególne pozycje składające się na daną branżę, wpisał wartości, które nie wynikają w żaden sposób z precyzyjnych postanowień SWZ (nie stanowią one sumy). Jak wskazano powyżej był to jego obowiązek. Należy w tym miejscu wskazać, że w taki dokładnie sposób B. postąpił w ramach wyceny pozycji pn. Budowa budynku garażowego, por. poniżej:

	Podrozdział II.1.5:	Budowa budynku garażowego		
223	II.1.5.1	Fundamenty	157 580,38 zł	193 823,87 zł
224	II.1.5.2	Konstrukcja projektowanego budynku	388 547,18 zł	477 913,03 zł
225	II.1.5.3	Dach- pokrycie z obróbkami	199 791,97 zł	245 744,12 zł
226	II.1.5.4	Posadzki	331 692,41 zł	407 981,66 zł
227	II.1.5.5	Stolarka drzwiowa kompletna z montażem	178 810,88 zł	219 937,38 zł

Z powyższego wynika, że na przedmiotową branżę składa się pięć ustępów, które tworzą funkcjonalną całość (obejmują pełen zakres prac związanych z jej wykonaniem). Zamawiający powinien dostrzec omawianą powyżej zależność oraz wynikającą z niej „niezgodność”. Nie są przy tym przekonujące tłumaczenia Wykonawcy dotyczące przyczyn takiego wypełnienia formularza, tj. iż zobowiązany on był wypełnić wszystkie ponumerowane pozycje. Nawet taka instrukcja Zamawiającego nie zwalnia jednak wykonawcy z odpowiedniego wypełnienia formularza (poszczególnych pozycji) zgodnie z treścią, a dalej ich zsumowania. Wykonawca jednak zaniechał takiego działania, wypełniając poszczególne rubryki (pola) całkowicie bezrefleksyjnie. Na uwagę przy tym zasługuje, iż pozostali wykonawcy nie mieli problemu z wypełnieniem formularza. Powyższe uwagi są o tyle istotne, iż nie wiadomo do końca, jaka powinna być finalna cena Wykonawcy. Czy Zamawiający powinien ewentualnie poprawić ofertę poprzez zsumowanie poszczególnych składowych (np. II.3.3.1-11) i poprawę pola, na które te wartości się składają (II.3.3), a dalej cenę finalną, czy też odwrotnie,

zmodyfikować poszczególne składowe (np. II.3.3.1-11) tak, aby sumowały się do pozycji zbiorczej (II.3.3) i były przez to zgodne z ceną końcową. W zależności od przyjętego rozwiązania, cena ofertowa będzie różna („wariantowa”). Zamawiający w takiej sytuacji postanowił wezwać Wykonawcę, aby ten wskazał mu, która z alternatyw (a zatem, jaka powinna być cena ofertowa) powinna znaleźć zastosowanie, co jest niczym innym jak negocjowaniem Zamawiającego i Wykonawcy ceny oferty. To z kolei jest w sposób oczywisty niedopuszczalne. Oferta taka powinna zostać odrzucona. Zgodnie z SWZ(warunkami zamówienia): *Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty.* Co więcej, zgodnie z częścią SWZ, która odnosi się do sposobu obliczenia ceny – po pierwsze - W formularzu ofertowym w tabeli należy podać cenę brutto za wykonanie całości zamówienia, która wynika z sumy wyceny prac z tabeli – zestawienie kosztów zawartej w formularzu ofertowym – po drugie – W ofercie wszystkie wyszczególnione pola tabeli muszą być wypełnione, przy czym powinno mieć to miejsce zgodnie z ich treścią. Natomiast w przypadku Wykonawcy cena nie wynika z wyceny prac w tabeli. W świetle powyższego należałoby uznać, że Zamawiający (pismem z dnia 7 lutego 2024 roku) zwrócił się do B. o wskazanie zakresu robót i prac, które zostały wycenione w ofercie przez tego wykonawcę – i jak się okazuje na tak postawione pytanie rzeczony wykonawca mógł odpowiedzieć w dowolny sposób, mimo że z treści SWZ wynika wprost, że mają zostać wypełnione tylko te pozycje, które wskazał wprost sam Zamawiający.

O ile Izba doszłaby jednak do innych wniosków, podkreślenia wymaga, że oferta Wykonawcy powinna zostać co najmniej poprawiona. Nie może być tak, że Zamawiający pozostawia „w obiegu” ofertę z błędami (omyłkami). W konsekwencji w ocenie Odwołującego ewentualnie powinien zostać zastosowany mechanizm określony w art. 223 ust. 2 pkt 2) Pzp polegający na samodzielnym poprawieniu stwierdzonej omyłki rachunkowej, wraz z wynikającymi z nań konsekwencjami. Takie działanie miało miejsce w ramach pozycji 1, 1.1., 1.2. i 2 „kosztorysu” por. poniżej:

Zdaniem Odwołującego, o ile Izba nie uzna niezgodność z warunkami oferty(błędu w obliczeniu ceny), było to jedyne działanie zgodne z przepisami Pzp, które powinno być konsekwentnie stosowane przez Zamawiającego w toku Postępowania. Zamawiający dostrzegł omyłkę rachunkową polegającą na tym, że w ramach pozycji 1 B. zamiast wpisać sumę wynikającą z pozycji 1.1. i 1.2 – wpisał sumę wynikającą z całego działu I „kosztorysu”. Z dokładnie analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku pozycji 35 i 44 powyżej. B. zamiast sumy wynikającej z poszczególnych ustępów składających się na daną branżę wpisał błędny wynik zsumowania (tj. na skutek błędnych działań arytmetycznych). Zamiast poprawić omyłki rachunkowe Zamawiający zdecydował się na wszczęcie względem oferty B. procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 223 ust. 1 Pzp. Pismem z dnia 2 lutego 2024 roku Zamawiający poprosił B. o:

Na tak sformułowane wezwanie, w swoim charakterze oczywiste i nie budzące wątpliwości, B. odpowiedział w wymijający sposób: „*Nawiązując do treści wezwania, wskazujemy również, że w ocenie Wykonawcy w pkt II.3.2. (poz. 35) oraz pkt II.3.3. (poz. 44) nie należało podać sumy wartości elementów ujętych odpowiednio w pkt II.3.2.1 do II.3.2.8 (poz. 36 – 43) oraz II.3.3.1 – II.3.3.11 (poz. 45-55) albowiem Zamawiający wyraźnie wskazał w tabeli ujętej w Formularzu, gdzie należy podać „sumę wartości Działu” i to w tych wierszach Wykonawca dokonywał sumowania wartości składowych. Ponadto, dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, Wykonawca w swojej ofercie dodatkowo oznaczył kolorem zielonym wszystkie pola przedstawiające sumy wartości poszczególnych działów.*” Z treści takich wyjaśnień wynika bardzo daleko idąca dowolność B., który raz podaje sumę poszczególnych ustępów składających się na daną branżę (por. 23-27 „kosztorysu”) a raz wpisuje tam wartości, które nie są związane z dokumentami zamówienia. Następnie pismem z dnia 7 lutego 2024 roku Zamawiający poprosił B. o wskazanie szczegółowego zakresu prac skalkulowanych w poz. 35 i 44 „kosztorysu”:

Na tak sformułowane pytanie B. odpowiedział, że „*w pkt II.3.2. - poz. 35 Tabeli ujęte zostały „pozostałe” instalacje elektryczne (nie ujęte w poz. 36-43 Tabeli) a w pkt II.3.3. - poz. 44 Tabeli ujęte zostały „pozostałe” instalacje NN (nie ujęte w poz. 45-55 Tabeli), w szczególności.*” Zdaniem B. wynika to z systematyki przyjętej przed Zamawiającym, który we wzorze formularza ofertowego „*w odniesieniu do części II (PRACE OGÓLNOBUDOWLANE) i części (ZAGOSPODAROWANIE TERENU) wynika, że niektóre wiersze tabeli zostały przez Zamawiającego ponumerowane pozycjami od 3 do 6 (wyszczególnione), a niektóre pozostały bez numeru pozycji (vide kolumna 1 Tabeli – zestawienie kosztów). [...] Tym samym Zamawiający przesądził, iż cenę zakresu prac ogólnobudowlanych i zagospodarowania terenu należy obliczyć poprzez zsumowanie cen wpisanych w pozycjach od 3 do 61. A zatem Zamawiający przesądził, iż w pkt II.3.2. (poz. 35, a więc wedle ww. instrukcji Zamawiającego pozycja podlegająca sumowaniu) oraz pkt II.3.3. (poz. 44, a więc a więc wedle ww. instrukcji Zamawiającego podlegająca sumowaniu) należy podać wartości, które sumują się na wykonanie przedmiotu zamówienia (w zakresie prac ogólnobudowlanych i zagospodarowania terenu). A zatem należało przyjąć, że pozycje od 3 do 61 odpowiadają zakresom prac, które należy wycenić a następnie zsumować.*” W ocenie Odwołującego przedstawiona powyżej argumentacja pozbawiona jest jakiegokolwiek sensu i została sporządzona celem uniknięcia odrzucenia oferty, a następnie poprawy oczywistej omyłki rachunkowej (co tylko potwierdza negocjacyjny charakter tej oferty), która skutkowałaby znacznym obniżeniem wynagrodzenia przysługującego B. za wykonanie

zamówienia. Logicznym jest, że poprzez przyjęcie określonej numeracji głównej np. „II.3.2.” Zamawiający określił daną branżę, a poprzez dodanie numeracji dodatkowej np. „II.3.2.1. itd.” określił składające się na nią podzadania, które sumarycznie tworzą funkcjonalną całość. Nie ulega przy tym wątpliwości, że część zadań wskazanych przez Odwołującego w ramach pozycji 35 i 44 zostały uwzględnione w owych „ustępach”. Zgodnie z wyjaśnieniami przekazanymi przez B. w poz. 44 oferty ujęli niżej podane roboty dodatkowe:

Zgodnie z koncepcją tabeli przyjętą przez zamawiającego roboty te należało przyporządkować w pozycjach od 45 do 55. B. próbuje udowodnić ponadto, że w poz. 44 uwzględnił np.:

Gdy tymczasem, jako integralne część instalacji SSP, powinny one zostać uwzględniona w poz.51 „kosztorysu”. Innymi słowy B. wskazuje jako koszty, które powinny zostać rzekomo ujęte w pozycji 35 i 44 „kosztorysu” elementy, które i tak powinny zostać wycenione w ramach dalszych pozycji, działów, rozdziałów i ustępów tego dokumentu.

Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że złożone przez B. wyjaśnienia w sposób niezbity potwierdzają istnienie oczywistej omyłki rachunkowej, wbrew jego pierwotnym intencjom. Pokazują bowiem, że każdy „duży” dział kosztorysu składa się z „mniejszych” pozycji, które powinny zostać wycenione indywidualnie.

Konkludując, w ocenie Odwołującego zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu sprostowanie oczywistych omyłek rachunkowych poprzez wpisanie w pozycji 35 oraz 44 „kosztorysu” następujących wartości, które stanowią sumę ze wykonanie poszczególnych podzadań składających się na daną branżę (dany „dział”).

	DZIAŁ II.3	INSTALACJE	ELEKTRYCZNE I NN	
35	Podrozdział II.3.2	Instalacje elektryczne	2 426 240,00 zł	2 984 275,20 zł
44	Podrozdział II.3.3:	Instalacje NN	2 299 760,00 zł	2 828 704,80 zł

W konsekwencji wprowadzony zmian cena ofertowa B. powinna wynieść 21.986.370,23 złote netto (27.043.235,38 złotych brutto). W ocenie Odwołującego nie ulega żadnej wątpliwości, że na Zamawiającym jako gospodarzu i dysponentcie Postępowania ciąży obowiązek czuwania nad przebiegiem procedury w sprawie udzielenie zamówienia publicznego oraz nad prawidłowością działań wykonawców. Bezsporne przy tym jest to, że postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu - aby było to jednak możliwe muszą zostać dochowane wszystkie wymogi i standardy wynikające z przepisów Prawa zamówień publicznych. Analizując ofertę B. oraz treść zawartą w niej „kosztorysu” nie sposób nie dostrzec, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, ewentualnie poprawienia omyłek rachunkowych w zaprezentowanym powyżej brzmieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz Odwołującego.

Izba w związku z wycofaniem zarzutów nr 1 oraz 2 odwołania umorzyła na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba zważyła:

Podkreślić należy, że jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”. Zgodnie natomiast z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Jak wynika z art. 11 ust. 2 uznk na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że sformułowanie użyte w art. 11 ust. 2 uznk, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (...). Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Przypomnieć należy, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący B. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w tym między innymi ofertami podwykonawców, kosztorysem ofertowym jak również kalkulacjami stawki rbg i umowy o pracę. Zgodnie natomiast z:

Oceniając więc możliwość zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazać należy, że Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21, gdzie Izba wskazała, że: *„Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”*

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że wyjaśnienia B. dot. wartości gospodarczej kalkulacji szczegółowej zawartej w kosztorysie wraz z założeniami, zostały sformułowane w oparciu o ogólne stwierdzenia dotyczące charakteru informacji obejmowanych kalkulacjami cenowymi oraz niesprecyzowanych ryzyk wynikających z ich ujawnienia. Tak skonstruowane przez Przystępującego wyjaśnienia mogłyby zatem stanowić ewentualnie o możliwości zastrzeżenia kalkulacji cenowej oraz załączników w pewnych warunkach i zakresie, przy czym w żaden sposób nie uzasadniają podstaw do stwierdzenia, iż takie wyjątkowe warunki, uzasadniające odstępianie od zasady jawności postępowania, zaszyły wobec całości informacji zawartych w kalkulacji cenowej oraz załączonych do wyjaśnień dokumentów przekazanych przez Przystępującego. Podkreślić należy, że konieczność wykazania wyjątkowości zastrzeganych informacji ma natomiast szczególne znaczenie w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które mają kluczowe znaczenie dla wyboru oferty jako najkorzystniejszej i jako takie stanowią przedmiot weryfikacji prawidłowości zaoferowanej ceny. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów Pzp winien więc mieć świadomość, że w przypadku, gdy zaoferowana przez niego cena będzie budzić wątpliwość Zamawiającego (bądź zająd przesłanki obligujące do żądania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp), to wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień potwierdzających w jaki sposób obliczył cenę. Jak wskazała słusznie zatem KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. KIO 108/15: *„Nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny – kalkulacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Uwzględniając powyższe rozważania, wskazać należy, że Przystępujący B. wskazywał, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają informację dotyczące stosowanej przez wykonawcę polityki cenowej obejmującej zarówno poczynione przez niego założenia dotyczące rezerw (szacowania ryzyk), jak również sposobie kalkulowania zysku. Izba wskazuje po pierwsze, że ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie robót budowlanych w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamione z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy, która może być wykorzystywana w innych postępowaniach przetargowych. Przystępujący w żaden sposób nie wskazał jakie czynniki krótkoterminowe lub długoterminowe składają się na ową politykę cenową i w jaki sposób zostały one ujęte w wycenie przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił również w jaki sposób jej ujawnienie w postępowaniu może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy poza gołosłownym wskazaniem, że *„ujawnienie tych informacji może doprowadzić do dublowania warunków wycen przyjmowanych przez wykonawcę przez podmioty konkurencyjne”*. Nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłaby go narazić na szkodę. Izba nie zgodziła się również z Przystępującym w zakresie zaistnienia ryzyka wynikającego z powzięcia przez pozostałych wykonawców wiedzy o ściśle zindywidualizowanej metodyce obliczania ceny przez B.. Podnoszona bowiem

przez B. możliwość ujawnienia wzorców zachowania Wykonawcy nie będzie w ocenie Izby skutkować automatycznym przeniesieniem tych rozwiązań do kalkulowania cen przez pozostałych Wykonawców, mając na uwadze, że konkretny sposób wyceny ceny oferty każdorazowo jest uzależniony od indywidualnych uwarunkowań konkretnego podmiotu. Podmioty przystępujące do postępowań dotyczących wykonywania robót budowlanych są natomiast profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego i Wykonawca w żaden sposób nie wykazał dlaczego przedstawiona przez niego metodyka obliczania ceny mogłaby cechować się atrakcyjnością, prowadzącą do jej wykorzystania przez pozostałych uczestników. Izba wskazuje, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Przystępujący nie wykazał, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Przystępujący wskazywał jedynie ogólnie, że „elementy kalkulacji ceny mają w pewnym zakresie charakter uniwersalny”. Podkreślić jednak należy, że czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Analiza zaś treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje, że ryzyka i założenia na jakie Przystępujący powołuje się w treści wyjaśnień, które rzekomo, w przypadku ich ujawnienia „mogą w przyszłości utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy przedkładanie konkurencyjnych ofert” są znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność na obszarze objętym przedmiotem zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący po raz kolejny nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Co więcej, Przystępujący nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych.

Izba nie odnalazła żadnych „innowacyjnych” ryzyk, których ujawnienie narażałoby Przystępującego na utratę pozycji rynkowej czy określoną, identyfikowalną stratę ekonomiczną. Zresztą Przystępujący w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy odtajaniem wyjaśnień, a możliwością utraty pozycji rynkowej.

W opinii Izby nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej lakoniczne twierdzenia Przystępującego, że „informacje te obrazują sposób kalkulacji ceny, przypisywania wartości do poszczególnych pozycji kosztowych, metodyki wyceny istotnych elementów i części składowych ceny stanowiących know-how wykonawcy i założeń do wyceny opartych o wieloletnie doświadczenie wykonawcy, w tym wypracowane stosunki handlowe”. Twierdzeń i argumentów w tym zakresie Przystępujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał, że sposób kalkulacji należy uznać za jego „know-how” posiadającą wartość gospodarczą. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej takie oświadczenia B. mają charakter ogólny i lakoniczny. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Przystępujący nie wykazał, że podwykonawcy, czy kontrahenci oferują mu jakieś wyjątkowe rabaty, upusty, których nie oferują konkurentom albo że dotarcie do takich kontrahentów jest bardzo utrudnione. Ponadto poza lakonicznym zawarciem w treści ofert handlowych informacji odnośnie ich ochrony, w żaden sposób nie wykazano, że również Ci kontrahenci podejmują jakiegokolwiek działania zmierzające do ochrony informacji zawartych w ofertach handlowych. Jeżeli już rzeczywiście, na zasadzie wyjątku, jakiś poziom cen czy ofert może być uznany za tak atrakcyjny, że przedstawia to jakąś wartość gospodarczą, to zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w takiej sytuacji wykonawca powinien przede wszystkim opisać sytuację, a następnie poprzeć swój wywód przekonującym dowodem, tak aby tą wyjątkowość w stosunku do cen rynkowych można było ustalić. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Każdą informację można przyporządkować do określonej kategorii, jednakże ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk wskazał, iż należy wykazać, że informacja ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Ponadto, wykonawca powinien wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie. Takich jednak okoliczności Przystępujący nie wykazał. W ocenie Izby gołosłowne, nie poparte jakąkolwiek analizą oświadczenie, iż szkoda taka powstanie w wysokości 5 mln zł, jest niewystarczające i nie przekonujące. Zabrakło Izbie analizy, że ujawnienie kalkulacji ceny oferty i załączników rzeczywiście spowoduje stratę w takim rozmiarze. Ogólne stwierdzenia B. o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody jaką może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej niewystarczające.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej subiektywne twierdzenie wykonawcy niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji z uwagi na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy i nakazała Zamawiającemu odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez B..

W związku z faktem, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny zgodnie z żądaniem zawartym w treści odwołania był zarzutem ewentualnym, postawionym na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego, tj. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania. Podkreślić bowiem należy, że zarzut ten będzie mógł stać się ponownie przedmiotem odwołania w sytuacji, gdy Odwołujący, po zapoznaniu się z całością wyjaśnień B., dojdzie do przekonania, że zarzut ten jest uzasadniony i wymaga rozpoznania przez Izbę. Zarzut ten nie będzie mógł zostać potraktowany jako podniesiony po terminie. Dopiero po zapoznaniu z wyjaśnieniami B., Odwołujący będzie miał możliwość pełnego dokonania oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp Izba uznała, że nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 9 ust. 2 i 4 SWZ wskazał, że *„w formularzu ofertowym w tabeli należy podać cenę brutto za wykonanie całości zamówienia, która wynika z sumy wyceny prac z tabeli – zestawienie kosztów zawartej w formularzu ofertowym. [...] W ofercie wszystkie wyszczególnione pola tabeli muszą być wypełnione”*. Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w Formularzu ofertowym zawarł następujące sformułowanie: *„Suma poz. od 3 do 61 - Działu II i III stanowi wartość brutto za wykonanie prac ogólnobudowlanych i zagospodarowania terenu. Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej (należy wpisać w poz. 1 tabeli) nie może przekroczyć 5 % wartości prac sumy od poz. 3 do poz. 61”*.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty na ww. podstawie musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia, którym Zamawiający daje wyraz w dokumentacji postępowania. Podkreślić należy, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniała podstawa powodująca, że oferta Przystępującego podlegać winna odrzuceniu na podstawie ww. przepisu.

W ocenie Izby, na co słusznie wskazywał Przystępujący B., wbrew twierdzeniom Odwołującego, z SWZ nie wynikało, że kwota wskazana w poz. 35 miała stanowić sumę 8 ustępów, tj. punktów II.3.3.1.-II.3.3.8. Z SWZ wcale nie wynikało też, że w poz. 44 powinna znajdować się suma poz. II.3.3.1.-II.3.3.11. Z rozdziału 9 ust. 2 i 4 SWZ wynikało jedynie, że w formularzu ofertowym w tabeli należy podać cenę brutto za wykonanie całości zamówienia, która wynika z sumy wyceny prac z tabeli oraz, że w ofercie wszystkie wyszczególnione pola tabeli muszą być wypełnione. Ponadto zauważyć należy, że w treści Formularza ofertowego Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że pozycje od numeru 3 do 61 podlegają sumowaniu. W konsekwencji w ocenie Izby Przystępujący w sposób wskazany przez Zamawiającego, a więc zgodny z dokumentacją postępowania zsumował ceny wpisane w pozycjach od 3 do 61. W ocenie Izby skoro w treści formularza nie wynikało w sposób wyraźny, że pozycja 35 ma stanowić sumę 8 ustępów, tj. punktów II.3.3.1.-II.3.3.8, a pozycja 44 sumę poz. II.3.3.1.-II.3.3.11 to nie dopuszczalne jest stanowisko Odwołującego, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia. W ocenie Izby brak jest również podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu, jako oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp). Wskazać należy, że dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby nie sposób uznać, że B. popełnił błąd w obliczeniu ceny. Jak już wyżej wskazano wykonawca ten, w sposób zgodny z wymaganiami SWZ ustalonymi przez Zamawiającego dokonał obliczenia ceny, poprzez zsumowanie m.in. pozycji od 3-61 formularza ofertowego. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut ten podlegał oddaleniu.

W konsekwencji uznania, że cena została skalkulowana zgodnie z wymogami SWZ i nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, brak było podstaw do dokonania – jak żądał Odwołujący – poprawy omyłki rachunkowej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2) Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt

2 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio $\frac{1}{2}$ do $\frac{1}{2}$ to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 27 200 zł). Izba zniósła pomiędzy stronami koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10000 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodnicząca:.....