

WYROK

Warszawa, dnia 25.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Kwidzyn przy udziale wykonawcy: Energa Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. ujawnienie i udostępnienie Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załącznika numer 1) przedstawionych przez wykonawcę Energa Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie;

1.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym w jego toku odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę J.T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa J.T. w Kwidzynie oraz oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnię Produkcyjno-Usługową „Rodło z siedzibą w Kwidzynie na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 455 zł (słownie: jedenaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt pięć złotych) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłat skarbowych.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1076/24

Uzasadnienie

Miasto Kwidzyn, zwane dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Modernizacja oświetlenia – wymiana opraw na energooszczędne w technologii LED na terenie Miasta Kwidzyna”, numer referencyjny: RZP.271.2.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00212437/01.

Dnia 2 kwietnia 2024 r. wykonawca Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu obejmujących:

1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa J.T. [dalej: „Firma Handlowo-Usługowa JT”];

2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Produkcyjno-Usługowa Rodło z siedzibą w Kwidzynie [dalej: „Spółdzielnia Rodło”];

3) zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4

części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionych przez wykonawcę Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie [dalej: „Energa”];

4) *względnie - zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energa.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Rodło, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3) art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionej przez wykonawcę Energa, podczas gdy wykonawca Energa nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

4) *zarzut ewentualny - art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energa, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*

W związku z powyższymi żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT;

b) odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Rodło;

c) udostępnienia Odwołującemu pozostałej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionych przez wykonawcę Energa;

d) *względnie – odrzucenia oferty wykonawcy Energa.*

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartej pozycji.

Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia ofert wykonawców Firma Handlowo-Usługowa JT oraz Spółdzielnia Rodło, to oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednocześnie gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa, to Odwołujący miałby możliwość zapoznania się z nimi, a w konsekwencji podnieść zarzuty zmierzające do odrzucenia również oferty wykonawcy Energa. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

W zakresie pierwszego z zarzutów wskazał, że w dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:

1) Wyjaśnienia powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty.

2) To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

3) Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należyte, w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.

4) Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej realności.

5) Wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami, a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.

6) Zamawiający zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jest wskazujące, że wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące oraz poparte dowodami.

Wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT udzielił wyjaśnień w dniu 8 marca 2024 r.

1) Wyjaśnienia składają się z bardzo krótkiej części opisowej oraz oferty na zakup opraw oświetleniowych.

2) W części opisowej wykonawca wskazał:

„Kalkulacja cenowa 1 szt oprawy 1340 zł brutto:

947,1 zł brutto – koszt zakupu oprawy (w załączeniu oferta od dostawcy)

392,9 zł brutto – koszt robocizny, koszt sprzętu, zysk

Posiadamy w swoich zasobach odpowiedni sprzęt do wykonania zadania, tj. podnośnik montażowy.

W związku z powyższym informuję, że skalkulowaliśmy wszelkie niezbędne elementy do wykonania zadania”.

3) Oferta na zakup lamp oświetleniowych opiewa na 770 zł netto za jedną sztukę.

Odwołujący wskazał, że do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

W ocenie Odwołującego niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.

2) Kalkulacja ma zbyt uproszczony charakter oraz nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia.

3) Brak wykazania dysponowania niezbędnym sprzętem.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystyka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwości do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 178/15: „Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie, jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności”.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20: „Wyjaśnienia składane na wezwanie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Ogólne zapewnienia czy ogólniki dotyczące np. wieloletniego doświadczenia wykonawcy, jeśli w ślad za nimi nie idą wyczerpujące wyjaśnienia, wskazujące na wykorzystanie tych przymiotów dla możliwości obniżenia wynagrodzenia, nie wnoszą do sprawy istotnych treści, bowiem nie wskazują na wymierne efekty ekonomiczne. Wyjaśnienia powinny zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, przy czym powinny to być wszystkie konieczne elementy związane z przedmiotem zamówienia i wynikające z obowiązujących przepisów prawa. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień zawierających wymienienie wysokości ponoszonych kosztów, bez wykazania prawidłowości ich określenia na takim poziomie. Wyjaśnienia powinny odpowiadać na wezwanie

Zamawiającego nie tylko co do formy, ale też co do treści”.

Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT cechują się znacznym poziomem ogólności. Znamienny jest fakt, że treść wezwania, które wystosował Zamawiający do wykonawcy, jest dużo obszerniejsza od samych wyjaśnień, których udzielił wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT.

W następnej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że w części opisowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT znajduje się bardzo uproszczona kalkulacja, która ma następującą postać:

„Kalkulacja cenowa 1 szt oprawy 1340 zł brutto:

947,1 zł brutto – koszt zakupu oprawy (w załączeniu oferta od dostawcy)

392,9 zł brutto – koszt robocizny, koszt sprzętu, zysk”

Oznacza to, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT wyodrębnił zaledwie dwie pozycje, to jest:

- 1) Koszt zakupu opraw.
- 2) Koszt robocizny, koszt sprzętu, zysk.

Taki sposób kalkulacji uniemożliwia Zamawiającemu jakąkolwiek weryfikację okoliczności, czy wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Wykonawca pod jedną pozycją o wartości 392,90 zł brutto uwzględnił bowiem zarówno koszt robocizny, koszt pracy sprzętu oraz zysk.

Tym samym nie jest możliwe ustalenie:

1) Ile dokładnie spośród kwoty 392,90 zł brutto wykonawca planuje przeznaczyć na koszt robocizny, ile dokładnie na koszt sprzętu, a ile dokładnie na zysk.

2) W kwestii kosztów robocizny nie wiadomo:

- a) Ile dokładnie wynosi koszt robocizny.
- b) Ilu pracowników zatrudnia wykonawca, za jakim wynagrodzeniem – w konsekwencji, jakie są jednostkowe koszty pracy (np. koszt jednej roboczogodziny).
- c) Ile czasu zakłada wykonawca na realizację zamówienia.
- d) A w konsekwencji, czy te założenia są realistyczne w kontekście jednostkowych kosztów pracy (np. kosztów jednej roboczogodziny) oraz założonych całościowych kosztów na robociznę.

e) Niezależnie od braku jakichkolwiek danych, brak jest również dowodów na okoliczność kosztów pracy, np. umów o pracę, umów przedwstępnych, czy listy płac.

3) W kwestii kosztów sprzętu nie wiadomo:

- a) Ile dokładnie wynosi koszt pracy sprzętu.
- b) Jaki dokładnie sprzęt będzie użyty.
- c) Jakie są jednostkowe koszty sprzętu (wynikające ze spalania, czy amortyzacji).
- d) Ile czasu pracy sprzętu zakłada wykonawca na realizację zamówienia.
- e) A w konsekwencji, czy te założenia są realistyczne w kontekście jednostkowych kosztów sprzętu oraz założonych całościowych kosztów sprzętu.

4) W kwestii zysku nie wiadomo:

a) Ile dokładnie będzie wynosił zysk po odjęciu od kwoty 392,90 zł brutto zakładanych kosztów robocizny, kosztów sprzętu oraz innych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

b) Nie wiadomo również (nie jest w żaden sposób możliwe do weryfikacji), czy wykonawca faktycznie będzie w stanie wypracować jakikolwiek zysk, czy może realizacja zamówienia będzie się wiązać ze stratą.

Kwota 392,90 zł brutto stanowi bowiem zarówno koszt robocizny, koszt sprzętu, jak i zysk. Nie znając kosztów robocizny i kosztów sprzętu nie sposób stwierdzić, że po odjęciu od kwoty 392,90 zł brutto kosztów robocizny i kosztów sprzętu pozostanie jakakolwiek kwota na zysk, czy może koszty okażą się wyższe od założonej kwoty 392,90 zł brutto.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, że koszt zakupu opraw, koszt robocizny oraz koszt sprzętu to nie jedyne koszty, jakie należy ponieść w związku z realizacją zamówienia. Oprócz kosztów wskazanych przez wykonawcę pod uwagę należy również wziąć chociażby:

1) Koszty wymiany przewodów od oprawy do tabliczki bezpiecznikowej, zakonserwowania i pomalowania wysięgników, zabezpieczenia śrub mocujących, przetransportowania starych opraw do miejsca wskazanego przez Zamawiającego, pomiaru skuteczności samoczynnego wyłączenia zasilania dla każdej wymienionej oprawy wraz ze sporządzeniem i dostarczeniem z tych pomiarów protokołu. (zgodnie z odpowiedzią na wniosek numer 11 o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 26 lutego 2024 r.).

2) Koszt wykonania projektu organizacji ruchu i tymczasowej organizacji ruchu (nie zostało to wprowadzić wprost wskazane w dokumentacji zamówienia, jednak z całą pewnością będzie to konieczne do należytego wykonania

zamówienia, a Zamawiający w § 3 ust. 2 projektu umowy (stanowiącego załącznik numer 6 do SWZ) wskazał: „Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu niedoszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”). Wykonawca w ogóle nie wziął pod uwagę tych kosztów.

W tych okolicznościach jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaakcentował, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty, należy dokładnie wytłumaczyć sposób skalkulowania ceny oraz że wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami.

Sposób, w jaki do przedstawienia bardzo uproszczonej kalkulacji podszedł wykonawca Firma Handlowo-Uslugowa JT (tj. przedstawienie zaledwie dwóch pozycji, w tym jednej zawierającej w sobie kilka elementów), z całą pewnością nie koresponduje z treścią wezwania Zamawiającego.

Odwolujący podkreślił również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że kalkulacja dołączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może mieć aż tak uproszczonego charakteru. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał:

1) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3506/22: „Załączona do wyjaśnień kalkulacja ma wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym dla stawki jednostkowej założeniom. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów. Z kalkulacji nie wynika przykładowo, dlaczego dla kosztów prądu i gazu przyjęto wielkość 1 500 zł, a dla kosztów utylizacji odpadów 150 zł. Przystępujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że koszty najmu lokalu wynoszą 500 zł a koszty administracyjne będą ponoszone w wysokości 200 zł”.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 212/23: „Załączona do wyjaśnień kalkulacja w postaci załączników nr 1 i 2 ma w ocenie Izby wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym stawkom za poszczególne czynności, czy materiały. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów. Z kalkulacji nie wynika przykładowo, dlaczego za blachę perforowaną, czy usługę cięcia i gięcia blachy przyjęto określone wysokości kosztów”.

Odwolujący wskazał, że w treści wyjaśnień zaoferowanej ceny wykonawca Firma Handlowo-Uslugowa JT wskazał, że posiada w swoich zasobach odpowiedni sprzęt do wykonania zadania, tj. podnośnik montażowy. Wykonawca nie udowodnił w żaden sposób,

że faktycznie dysponuje podnośnikiem montażowym (nie przedstawił np. dowodu zakupu). Podnośnik montażowy to nie jedyny sprzęt, który należy użyć do realizacji zamówienia.

Do realizacji zamówienia z pewnością niezbędne jest również posiadanie chociażby samochodu dostawczego, przy pomocy którego można przetransportować stare oprawy do miejsca wskazanego przez Zamawiającego (zgodnie z odpowiedzią na wniosek numer 11 o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 26 lutego 2024 r.).

Należy więc wskazać, że wykonawca Firma Handlowo-Uslugowa JT nie dysponuje w całości sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia. Tym samym albo będzie musiał zakupić (wziąć w leasing) brakujący sprzęt, albo wynająć go od innego podmiotu. W każdym

z przypadków powstaną po stronie wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT dodatkowe koszty, które nie zostały w żaden sposób uwzględnione ani opisane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odwolujący podniósł również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3216/21: „Wykonawca biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalista, zobowiązany jest udzielić wyczerpujących wyjaśnień na pierwsze wezwanie zamawiającego, które jasno określało zakres wymaganych wyjaśnień. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby

naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne. Nie można zastosować ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne”.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1166/21: *„Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. (...) Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i nieoparte żadnymi dowodami”.*

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21: *„Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień nieopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.*

W tych okolicznościach należy uznać, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z kolei w odniesieniu do zarzutu drugiego Odwołujący wskazał, że w dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Spółdzielnia Rodło wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:

- 1) Wyjaśnienia powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty.
- 2) To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska.
- 3) Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należyte, w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.
- 4) Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej realności.
- 5) Wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami, a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.
- 6) Zamawiający zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jest wskazujące, że wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące oraz poparte dowodami.

Wyjaśnienia wykonawcy Spółdzielnia Rodło składają się wyłącznie z bardzo krótkiej części opisowej do której nie zostały dołączone żadne dowody:

„Jesteśmy Firmą działającą na rynku już od ponad 50 lat.

Posiadamy solidny zespół pracowników, co pozwala Nam na efektywniejszą pracę i działanie w wielu dziedzinach budownictwa. Realizacja niektórych zamówień zmusza niejednego Wykonawcę do pozyskania podwykonawców, dodatkowych osób z rynku na potrzeby wykonania danego zlecenia. Koszt jednostkowy osoby pracującej doraźnie jest często wyższy niż w sytuacji, takiej jak Nasza, kiedy to zatrudniamy kompetentnych ludzi i w stałym zespole realizujemy konkretne zamówienia, powierzając je pracownikom w ramach stałych umów o pracę.

Posiadamy wykwalifikowaną kadrę kierowniczą, , co powoduje obniżenie kosztów. Nie musimy zatrudniać osób do prowadzenia danego zlecenia.

Posiadamy swój sprzęt techniczny, którego użycie jest tańsze w porównaniu do kosztów jego wynajęcia lub dzierżawy. Posiadamy własne podnośniki umożliwiające montaż lamp oświetleniowych.

Zakup materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia odbywa się na preferencyjnych zasadach. Ze względu na długoletnie kontakty z Producentami mamy wynegocjowane duże rabaty przy zakupie materiałów w kraju i za granicą.

Miejsce realizacji zamówienia znajduje się na terenie Naszej działalności. Także nie musimy ponosić kosztów dojazdów

pracowników na miejsce zlecenia jak i ewentualne pokrycie kosztów noclegów.

Nasza Oferta została skalkulowana rzetelnie i z należytą starannością. Biorąc pod uwagę wszystkie czynniki cenotwórcze i obecną sytuację na rynku nasza oferta wyceniona jest prawidłowo.

Biorąc pod uwagę przedsiębiorstwa, które stanęły do przetargu i patrząc na miejsce prowadzenia ich działalności. Można domyślać się iż do wyceny musieli przyjąć wszystkie wymienione koszty przedstawione wyżej, których my nie musieliśmy brać pod uwagę sporządzając wycenę”.

W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
- 2) Brak jakiegokolwiek kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.
- 3) Brak dołączenia dowodów

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Spółdzielnia Rodło mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji (zgodnie z wyżej przywołanym orzecznictwem). Tymczasem wykonawca Spółdzielnia Rodło przykładowo wskazuje, że:

1) „Jesteśmy Firmą działającą na rynku już od ponad 50 lat”.

Nie wiadomo jednak, w jaki sposób ta okoliczność przekłada się na cenę zaoferowaną w postępowaniu

2) „Zakup materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia odbywa się na preferencyjnych zasadach. Ze względu na długoletnie kontakty z Producentami mamy wynegocjowane duże rabaty przy zakupie materiałów w kraju i za granicą”.

Brak jest jednak informacji z jakimi producentami wykonawca współpracuje oraz ile dokładnie wynoszą rabaty, które wykonawca posiada.

3) „Miejsce realizacji zamówienia znajduje się na terenie Naszej działalności. Także nie musimy ponosić kosztów dojazdów pracowników na miejsce zlecenia jak i ewentualne pokrycie kosztów noclegów”.

Brak wskazania, ile te koszty miałyby wynosić, a w konsekwencji, o ile dokładnie wykonawca mógł obniżyć cenę.

4) „Biorąc pod uwagę przedsiębiorstwa, które stanęły do przetargu i patrząc na miejsce prowadzenia ich działalności. Można domyślać się iż do wyceny musieli przyjąć wszystkie wymienione koszty przedstawione wyżej, których my nie musieliśmy brać pod uwagę sporządzając wycenę”.

Ponownie, brak informacji na temat konkretnej wysokości oszczędności.

Można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Spółdzielnia Rodło nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

Odwołujący podkreśla również, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Spółdzielnia Rodło nie zawierają żadnej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. W tych okolicznościach jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaakcentował, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty, należy dokładnie wytłumaczyć sposób skalkulowania ceny oraz że wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami. Tego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy Spółdzielnia Rodło w ogóle nie ma. Wykonawca całkowicie zignorował żądanie Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji nie dość, że sprawia, że wyjaśnienia wykonawcy Spółdzielnia Rodło nie odpowiadają treści wezwania, to jeszcze uniemożliwiają jakąkolwiek weryfikację, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Bez szczegółowej kalkulacji nie sposób bowiem ustalić, jakie koszty wykonawca bierze pod uwagę przy realizacji zamówienia i czy założenia te są realistyczne.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2022 r., sygn. akt KIO 2220/22: *Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości. Wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego”.*

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1176/22: *Zgodnie z art. 224 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Dlatego wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w wyjaśnieniach takie dowody powinien przedstawić”.*

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 776/22: „To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”.

Minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:

- 1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz na okoliczność ustalenia rabatów, które rzekomo ma posiadać wykonawca.
 - 2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.
 - 3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca.
- Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Spółdzielnia Rodło jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podniósł również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Spółdzielnia Rodło do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie (odpowiednie orzecznictwo zostało przywołane wcześniej).

W tych okolicznościach należy uznać, że wykonawca Spółdzielnia Rodło nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W kontekście zarzutu trzeciego Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie Odwołującemu dokumentacji złożonej przez wykonawcę Energa, Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez tego wykonawcę w następującym zakresie:

- 1) Część opisową wyjaśnień rażąco niskiej ceny – strony numer 1, 2, 3 oraz 5.
- 2) Załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – załączniki numer 3, 4, 4, 5, 6, 7, 8, 9 oraz 10.

Zamawiający nie udostępnił natomiast wyjaśnień rażąco niskiej ceny w następującym zakresie:

- 1) Część opisową wyjaśnień rażąco niskiej ceny – strona numer 4.
- 2) Załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – załączniki numer 1 oraz 2.

Zamawiający nie poinformował Odwołującego w formie pisemnej o przyczynach braku udostępnienia tych dokumentów. Natomiast w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Odwołującego wskazał, że dokumenty w tym zakresie zostały zastrzeżone przez wykonawcę Energa jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 28 marca 2024 r. Odwołujący za pośrednictwem platformy przetargowej wystosował do Zamawiającego następującą wiadomość:

„Udostępnione dokumenty firmy Energa Oświetlenie są niekompletne brakuje w nich strony nr. 4 oraz zał. nr.1 i zał. nr 2 - w naszej opinii te dokumenty nie mogły zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeżeli jednak zostały one zastrzeżone prosimy o udostępnienie dokumentu, w którym miało miejsce zastrzeżenie.

Podkreślam, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca chce zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, to musi wykazać, że dana informacja faktycznie jest tajemnicą przedsiębiorstwa (czyli że spełnia wszystkie przesłanki definicji z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 3027/23):

„Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako

obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji.

Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisem art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Tym samym Izba uznała za nieprawidłową czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu ujawnienia zastrzeżonego przez przystępującego pisma z dnia 19 września 2023 roku i uznała odwołanie w tym zakresie za zasadne oraz nakazała zamawiającemu ujawnienie przedmiotowego pisma i jego udostępnienie odwołującemu”.

Wyznaczamy termin na udostępnienie do dnia 29-03-2024 do godziny 12:00.”.

Zamawiający na moment wniesienia niniejszego odwołania nie udzielił odpowiedzi na niniejszą wiadomość.

Podstawową zasadą dotyczącą systemu zamówień publicznych, określoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada jawności. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę nieudostępnienia określonych informacji jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności i – jak każdy wyjątek – musi być interpretowany w sposób ścisły i bardzo ostrożny.

Konkretyzacją zasady jawności jest art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z nim:

„1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu”.

Ponadto zgodnie z § 5 ust. 2 i ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 18 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434):

„2. Udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

4. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie”.

Natomiast problematyka zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została uregulowana w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem:

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”.

Oznacza to, że żeby dana informacja nie została ujawniona, wykonawca musi dokonać dwóch czynności. Po pierwsze musi w odpowiednim terminie zastrzec, że informacje nie mogą zostać udostępnione. Po drugie, musi wykazać, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z kolei definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) [dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”]:

„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”.

Oznacza to, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

- 1) musi być informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją i posiadać wartość gospodarczą;
- 2) informację jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.

W piśmiennictwie podkreśla się, że aby skutecznie zastrzec informację jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające samo zastrzeżenie, ale konieczne jest również wykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

„Wykonawca w celu ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest:

- zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa,*
- wskazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ZNKU*

- przy czym obie te czynności powinny nastąpić wraz z przekazaniem tych informacji w postępowaniu.

Wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, zobowiązany jest do wskazania (tj. dokonania zastrzeżenia), które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te powinny być wyraźnie oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie zobowiązany jest wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia, tj. wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ZNKU. Nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być – stosownie do możliwości i potrzeby – poparte dowodami (np. w zakresie wykazania, jakie czynności lub środki bezpieczeństwa zostały przez wykonawcę podjęte w celu zachowania określonej informacji w poufności)” (M. Jaworska, Komentarz do art. 18 [w:] red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022).

W tożsamy sposób zagadnienie to jest rozstrzygane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt KIO 674/23: *„Jedną z naczelnych zasad Prawa Zamówień Publicznych jest zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 PrZamPubl ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia” czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.*
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt KIO 488/23: *„Wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych)”.*
- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 313/23: *„Aby wykonawca w skuteczny sposób zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa niektóre informacje udostępniane w toku przetargu, koniecznym jest „wykazanie” przez tego wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Używając terminu*

„wykazał” w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na wykonawcę powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązek udowodnienia, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Natomiast w niniejszym stanie faktycznym wykonawca Energa ani nie zastrzegł, że zastrzega określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ani tym bardziej nie wykazał, że dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ze strony wykonawcy Energa nie pojawił się jakikolwiek dokument, który stanowiłby chociażby próbę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz próbę wykazania spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, które to przesłanki zostały określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu pełną dokumentację złożoną przez tego wykonawcę w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czego jednak zaniechał.

Odwołujący podkreślił również, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost stanowi, że wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, musi być dokonane wraz z przekazaniem informacji. Tym samym nie jest możliwe uzupełnienie wykazania na późniejszym etapie. W celu potwierdzenia Odwołujący wskazał przykładowy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący tego zagadnienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt KIO 567/23):

„Z literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W efekcie, zaniedbanie przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest zatem uprawniony, a tym bardziej zobowiązany do dociekania w ramach wezwań kierowanych do wykonawcy, czy zastrzeżone informacje istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Badanie tej okoliczności powinno odbywać się na podstawie danych przekazanych przez wykonawcę wraz z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

W związku z faktem, że komunikacja z Zamawiającym była bardzo utrudniona, na wypadek gdyby okazało się, że wykonawca Energa jednak przedstawił Zamawiającemu dokument zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale dokument ten nie został Odwołującemu przez Zamawiającego udostępniony, Odwołujący – z daleko idącej ostrożności procesowej – obejmuje zarzutem również taką sytuację.

W takim bowiem przypadku Zamawiający narusza art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak udostępnienia Odwołującemu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Energa. Jeżeli taka sytuacja miała miejsce, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślam również, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokument zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może sam w sobie zostać odrębnie zastrzeżony jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie nie zawiera bowiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz jest dokumentem zawierającym argumenty i motywy przemawiające za uznaniem konkretnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdza to liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2498/18: *„Podkreślenia wymaga, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca S. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia przedstawionego w pismach S. z dnia 5 i 23.11. 2018 r. nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne”.*

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt 2314/18: *„Izba uznaje zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym”.*

Stawiając przedmiotowy zarzut Odwołujący składa równocześnie wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podejrzewa, że dokumenty nieskutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Energa potwierdzają, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę. Jednak do czasu zapoznania się z tymi dokumentami Odwołujący nie jest w stanie postawić w tym zakresie konkretnych i precyzyjnych zarzutów. W związku z powyższym, dopiero po zapoznaniu się z niezasadnie zastrzeżonymi dokumentami, Odwołujący, znając już pełną treść wyjaśnień i stanowisko wykonawcy Energa, będzie mógł wystąpić z kolejnym odwołaniem zawierającym pełną argumentację. Z tego powodu uwzględnienie przedmiotowego

zarzutu, ale bez nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej sprawiłoby, że postawienie tego zarzutu byłoby bezcelowe, ponieważ Odwołujący nie mógłby już zakwestionować prawidłowości badania i oceny ofert konkurenta, ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Wskazuję na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2019 r., sygn. akt 2519/18: „Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez przystępującego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powoduje niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym po zapoznaniu się z ofertą konkurenta mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny oferty konkurenta, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej”.

Odwołujący podkreślił również, że w przypadku gdyby Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, bądź w jakikolwiek inny sposób po wypłynięciu odwołania sam zdecydował się udostępnić Odwołującemu niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty, to może to zrobić tylko z jednoczesnym unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający był zobowiązany do udostępnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionej przez wykonawcę Energa. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzut czwartego, tj. zarzutu ewentualnego Odwołujący wnosil o rozpoznanie zarzutu ewentualnego jedynie w przypadku oddalenia zarzutu stanowczego numer 3.

Odwołujący wskazał, że w dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Energa wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:

- 1) Wyjaśnienia powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty.
- 2) To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska
- 3) Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należyte, w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.
- 4) Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej realności.
- 5) Wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami, a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.
- 6) Zamawiający zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jest wskazujące, że wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące oraz poparte dowodami.

Wykonawca Energa przedstawił wyjaśnienia w dniu 7 marca 2024 r.

- 1) Wyjaśnienia składają się z części opisowej oraz z dowodów.
- 2) W części opisowej wskazane zostały ogólne okoliczności, nie mające większego znaczenia dla wykazania, że wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.
- 3) Do wyjaśnień zostały dołączone dowody w postaci dowodów rejestracyjnych podnośników, potwierdzenia braku otrzymania pomocy publicznej, zaświadczeniu o niezaleganiu w opłatach środowiskowych, certyfikatów, deklaracji zgodności oraz kart katalogowych.

W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
- 2) Brak jakiegokolwiek kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.
- 3) Brak dołączenia odpowiednich dowodów.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Energa mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Odwołujący wskazują, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji (zobacz wyżej przywołane orzecznictwo).

Tymczasem wykonawca Energa przykładowo wskazuje, że:

- 1) „Energa Oświetlenie Sp. z o.o. jest największą w Polsce specjalistyczną spółką świadczącą usługi w zakresie budowy, modernizacji i konserwacji oświetlenia drogowego, modernizacji oświetlenia wewnętrznego, konserwacji sygnalizacji

drogowej, iluminacji obiektów, dekoracji świątecznych i innych usług oświetleniowych. Spółka jest właścicielem ok. 340 tysięcy opraw oświetleniowych i dodatkowo obsługuje kilkadziesiąt tysięcy opraw oświetleniowych, sygnalizatorów sygnalizacji drogowej, opraw iluminacyjnych i innych. Z racji liczby obsługiwanych opraw jest firmą nieporównywalną z innymi komercyjnymi przedsiębiorstwami zajmującymi się obsługą od kilkuset do kilkunastu tysięcy opraw.

Wielkość i skala działań Spółki sprawiają, że zarządzanie procesem świadczonych usług jest niezwykle płynne i klarowne. Wynika to też z faktu dysponowania przez Spółkę wykwalifikowaną kadrą pracowników zaangażowanych do każdego etapu realizacji zamówienia, działających w ramach szczegółowych procedur wewnętrznych”.

Nie wiadomo jednak, w jaki sposób te okoliczności przekłada się na cenę zaoferowaną w postępowaniu.

2) „Energia Oświetlenie Sp. z o.o. od samego początku funkcjonowania Spółki, prężnie rozwija swoją działalność na terenie województwa pomorskiego, o czym stanowi chociażby fakt, że na tym terenie Spółka świadczy usługi utrzymania i konserwacji urządzeń oświetlenia zewnętrznego na majątku własnym, obsługując kilkadziesiąt tysięcy opraw oświetleniowych. (...) W związku z powyższym, Spółka do celów objętym zakresem przedmiotowego zamówienia nie musi ponosić dodatkowych kosztów stałych związanych z posiadaniem dodatkowego majątku trwałego”.

Brak wskazania, ile te koszty miałyby wynosić, a w konsekwencji, o ile dokładnie wykonawca mógł obniżyć cenę.

3) „Oświadczamy jednocześnie, że wynagrodzenie pracowników biorących udział w realizacji zamówienia jest zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i przekracza ono wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2023 r. poz. 1667 z późn. zm.), z uwzględnieniem Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (tj. minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2024 r. – 4242 zł oraz od 1 lipca 2024 r. – 4300 zł, a także minimalnej stawki godzinowej dla określonych umów cywilnoprawnych od 1 stycznia 2024 r. – 27,70 zł oraz od 1 lipca 2024 r. do 28,10 zł). Ponadto, oświadczamy, że wszyscy pracownicy skierowani do realizacji przedmiotowego zamówienia są zatrudnieni na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465 z późn. zm.)”.

Wykonawca nie wskazał jednak konkretnych informacji:

a) Ilu pracowników zatrudnia wykonawca.

b) Ile dokładnie zarabiają pracownicy – w konsekwencji, jakie są jednostkowe koszty pracy (np. koszt jednej roboczogodziny).

c) Ile czasu zakłada wykonawca na realizację zamówienia.

d) A w konsekwencji, czy te założenia są realistyczne w kontekście jednostkowych kosztów pracy (np. kosztów jednej roboczogodziny) oraz założonych całościowych kosztów na robociznę.

Można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Energia nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

Odwolujący podkreśla również, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Energia nie zawierają żadnej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. W tych okolicznościach jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaakcentował, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty, należy dokładnie wytłumaczyć sposób skalkulowania ceny oraz że wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami.

Tego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy Energia w ogóle nie ma. Wykonawca całkowicie zignorował żądanie Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwolujący – z daleko idącej ostrożności procesowej – podnosi, że ma świadomość, że na stronie numer 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energia (czyli stronie, która nie została Odwołującemu udostępniona) może znajdować się jakaś namiastka kalkulacji.

Odwolujący nie ma jednak wiedzy w tym zakresie z uwagi na fakt, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu brakującej strony.

Niemniej jednak Odwołujący podkreśla, że nawet jeżeli na stronie numer 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energia znajduje się jakaś namiastka kalkulacji, to z pewnością nie jest to kalkulacja o odpowiednim stopniu szczegółowości.

Świadczy o tym fakt, że z systematyki części opisowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energia wynika, że cała strona numer 4 dotyczy rozdziału „Jednoznaczne potwierdzenie, że zaoferowane oprawy w pełni spełniają warunki opisane w SWZ”, który to rozdział nie jest odpowiednim miejscem na przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. Ponadto, brakuje tylko jednej strony, z której część zawiera z pewnością tabela kontynuowana na stronie numer 5 (dotycząca zupełnie innego zagadnienia). Nie sposób więc uznać, że na zaledwie jednej stronie wykonawca Energia przedstawił szczegółową kalkulację zgodną z wezwaniem Zamawiającego.

Brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji nie dość, że sprawia, że wyjaśnienia wykonawcy Energa nie odpowiadają treści wezwania, to jeszcze uniemożliwiają jakąkolwiek weryfikację, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Bez szczegółowej kalkulacji nie sposób bowiem ustalić, jakie koszty wykonawca bierze pod uwagę przy realizacji zamówienia i czy założenia te są realistyczne.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (odpowiednie orzecznictwo zostało przywołane wcześniej), do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody.

Minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:

- 1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz na okoliczność ustalenia rabatów, które rzekomo ma posiadać wykonawca.
- 2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.
- 3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca. Wykonawca Energa przedstawił wprawdzie dowód na posiadanie podnośnika, nie jest jednak jedyny sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia. Brakuje chociażby pojazdów, którymi przetransportuje oprawy do Zamawiającego.

Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Energa jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Tymczasem wykonawca Energa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dołączył wprawdzie dokumenty, ale w zdecydowanej większości nie są to dowody przydatne do oceny, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Takie dokumenty jak na przykład zaświadczenie o niezaleganiu w opłatach środowiskowych, certyfikaty, deklaracje zgodności czy karty katalogowe nie mają bezpośredniego znaczenia dla udowodnienia możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podniósł również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Energa do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie (odpowiednie orzecznictwo zostało przywołane wcześniej).

W tych okolicznościach w ocenie Odwołującego należy uznać, że wykonawca Energa nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2024 r. zgłosił wykonawca Energa Oświetlenie sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, który wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił argumentację na poparcie przedmiotowego wniosku.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

W dniu 23 kwietnia 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe zawierające rozszerzenie argumentacji prawnej zawartej w uzupełnieniu odwołania z dnia 2 kwietnia 2024 r. w związku z udostępnieniem Odwołującemu przez Zamawiającego treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę Energa oraz załącznika nr 2 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ponadto pismo zawierało replikę w stosunku do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 kwietnia 2024 r. oraz wykonawcy Energa zgłaszającego przystąpienie zaprezentowanego w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 8 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika

postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy Energa Oświetlenie sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Modernizacja oświetlenia – wymiana opraw na energooszczędne w technologii LED na terenie Miasta Kwidzyna; numer referencyjny: RZP.271.2.2024* (dalej „Postępowanie”).

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 04.03.2024 r. o godz. 10:15. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 646 000,00 zł brutto

W toku postępowania oferty złożyło pięciu wykonawców:

Oferta nr 1 Wykonawca: LIGHT ON Spółka z o. o, ul. Krasińskiego 18/97, 01-581 Warszawa

Cena oferty brutto: 535.418,40 zł Okres gwarancji: 8 lat

Oferta nr 2 Wykonawca: TIOMAN Group Sp. z o.o., Ostaszewo 57 E, 87-148 Łysomice

Cena oferty brutto: 543.660,00 zł Okres gwarancji: 7 lat i 6 miesięcy

Oferta nr 3 Wykonawca: Firma Handlowo-Uslugowa J.T., ul. Warszawska 35, 82-500 Kwidzyn (dalej „Firma Handlowo-Uslugowa JT”)

Cena oferty brutto: 455.600,00 zł Okres gwarancji: 10 lat

Oferta nr 4 Wykonawca: Spółdzielnia Produkcyjno- Usługowa RODŁO, ul. 11 Listopada 26, 82-500 Kwidzyn (dalej „Spółdzielnia Rodło”)

Cena oferty brutto: 354.633,60 zł Okres gwarancji: 10 lat

Oferta nr 5 Wykonawca: Energa Oświetlenie Sp. z o.o., ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot (Przystępujący)

Cena oferty brutto: 348.534,00 zł Okres gwarancji: 8 lat

Wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania wynosiła 552 845,53 zł netto, 680 000,00 zł brutto.

Z uwagi na fakt, że ceny zaoferowane przez Firma Handlowo- Usługowa JT, Spółdzielnia Rodło oraz Przystępującego była niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, zamawiający wezwał ww. wykonawców dnia 5 marca 2024 r. do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty. W wezwaniach – których treść w przypadku wszystkich ww. wykonawców była jednakowa – Zamawiający wskazał, że wyjaśnienie powinno przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenie zaproponowanej ceny oferty, w szczególności:

- a) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;
- b) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług;
- c) oryginalności dostaw, usług oferowanych przez Wykonawcę;
- d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach pomocy publicznej;
- e) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- f) wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy,
- g) jednoznacznego potwierdzenia, że zaoferowane oprawy w pełni spełniają warunki opisane w SWZ.

Zamawiający przypomniał także o treści art. 224 ust. 5 Pzp oraz wskazał, że:

- Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należycie w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona

rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.

- Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej nierealności.
- Wykonawca musi mieć świadomość, że wraz z wątpliwościami Zamawiającego pojawia się domniemanie, że cena zaoferowana przez niego jest rażąco niska.
- Wykonawca musi swoimi wyjaśnieniami i wszelkimi dostępnymi dowodami takie domniemanie obalić;
- Wykonawca powołujący się na czynniki, które jego zdaniem spowodowały możliwość obniżenia ceny oferty, winien w ramach wyjaśnień wskazać je precyzyjnie i szczegółowo wykazać ich wpływ na wysokość ceny ofertowej, tj. wskazać jaki czynnik i o ile obniża koszt wykonania zamówienia, przy czym powyższe powinno być poparte dowodami i wyliczeniami a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT złożył pismo z dnia 8 marca 2024 r. o treści:

Kalkulacja cenowa 1 szt oprawy 1340 zł brutto:

947,1 brutto – koszt zakupu oprawy (w załączeniu oferta od dostawcy)

392,9 zł brutto – koszt robocizny, koszty sprzętu, zysk.

Posiadamy w swoich zasobach odpowiedni sprzęt do wykonania zadania, tj. np. podnośnik montażowy.

W związku z powyższym informuję, że skalkulowaliśmy wszelkie niezbędne elementy wykonania zadania.

Do ww. pisma wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT dołączył dowód w postaci oferty cenowej na zakup opraw oświetleniowych.

Z kolei wykonawca Spółdzielnia Rodło w odpowiedzi na wezwanie złożył wyjaśnienia o treści:

Jesteśmy Firmą działającą na rynku już od ponad 50 lat.

Posiadamy solidny zespół pracowników, co pozwala Nam na efektywniejszą pracę i działanie w wielu dziedzinach budownictwa. Realizacja niektórych zamówień zmusza niejednego Wykonawcę do pozyskania podwykonawców, dodatkowych osób z rynku na potrzeby wykonania danego zlecenia. Koszt jednostkowy osoby pracującej doraźnie jest często wyższy niż w sytuacji, takiej jak Nasza, kiedy to zatrudniamy kompetentnych ludzi i w stałym zespole realizujemy konkretne zamówienia, powierzając je pracownikom w ramach stałych umów o pracę.

Posiadamy wykwalifikowaną kadrę kierowniczą, co powoduje obniżenie kosztów. Nie musimy zatrudniać osób do prowadzenia danego zlecenia.

Posiadamy swój sprzęt techniczny, którego użycie jest tańsze w porównaniu do kosztów jego wynajęcia lub dzierżawy. Posiadamy własne podnośniki umożliwiające montaż lamp oświetleniowych.

Zakup materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia odbywa się na preferencyjnych zasadach. Ze względu na długoletnie kontakty z Producentami mamy wynegocjowane duże rabaty przy zakupie materiałów w kraju i za granicą.

Miejsce realizacji zamówienia znajduje się na terenie Naszej działalności. Także nie musimy ponosić kosztów dojazdów pracowników na miejsce zlecenia jak i ewentualne pokrycie kosztów noclegów.

Nasza Oferta została skalkulowana rzetelnie i z należytą starannością. Biorąc pod uwagę wszystkie czynniki cenotwórcze i obecną sytuację na rynku nasza oferta wyceniona jest prawidłowo.

#x200eBiorąc pod uwagę przedsiębiorstwa, które stanęły do przetargu i patrząc na miejsce prowadzenia ich działalności. Można domyślać się iż do wyceny musieli przyjąć wszystkie wymienione koszty przedstawione wyżej, których my nie musieliśmy brać pod uwagę sporządzając wycenę.

#x200eDo wyjaśnień wykonawca Spółdzielnia Rodło nie dołączyła żadnych dokumentów i dowodów.

Z kolei Przystępujący w dniu 7 marca 2024 r. złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do poszczególnych kwestii wskazanych przez Zamawiającego w skierowanym do niego wezwaniu oraz zawarł w niej tabelę kosztorysową dla zadania. Ponadto do wyjaśnień Przystępujący załączył szereg dowodów, na potwierdzenie podnoszonych w wyjaśnieniach okoliczności.

Jednocześnie Przystępujący w dołączonym do wyjaśnień piśmie z dnia 7 marca 2024 r., na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp, oświadczył, że informacje zawarte w tabeli kosztorysowej znajdującej się na stronie 4 dokumentu „Miasto Kwidzyn_Wyjaśnienia RNC – Energa Oświetlenie Sp. z o. o.” oraz informacje zawarte w załącznikach do ww. dokumentu, tj. w załączniku nr 1 „Oferta dostawcy opraw oświetleniowych” oraz w załączniku nr 2

„Tabela dot. własności nieruchomości”, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.; dalej: „u.z.n.k.”). Uzasadniając powyższe Przystępujący wskazał, że:

Zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj.:

1) Zastrzeżone treści stanowią informacje organizacyjne Spółki, posiadające wartość gospodarczą. Informacje zastrzeżone w dokumencie „Miasto Kwidzyn_Wyjaśnienia RNC – Energa Oświetlenie Sp. z o. o.” dotyczą szczegółowej kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem marży handlowej. Informacje zawarte w zastrzeżonym w całości załączniku nr 1, wskazują na charakter relacji handlowych pomiędzy podmiotem oferującym dostawę a Energa Oświetlenie Sp. z o. o. W załączniku nr 2 zostały natomiast zawarte informacje organizacyjne o charakterze strategicznym. Sposób kalkulacji ceny, ofertę dostawcy, a także informacje dotyczące prawa własności nieruchomości bezwzględnie należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji.

2) Informacje te zarówno jako całość, jak i 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. Wszystkie informacje mające wpływ na podjęcie decyzji dot. organizacji Spółki, w tym wyliczenia wszystkich składników cenotwórczych w danym postępowaniu, są informacjami o szczególnym charakterze. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i są one znane jedynie ograniczonej liczbie osób w Spółce.

3) Spółka podjęła w stosunku do wskazanych informacji niezbędne działania w celu utrzymania ich w poufności. Sposób operowania przez pracowników Spółki strategicznymi czynnikami cenotwórczymi oferty, opracowany jest w sposób zindywidualizowany, w oparciu o wewnętrzne regulacje Energa Oświetlenie Sp. z o. o., które w restrykcyjny sposób określają łańcuch przepływu informacji. Jedynie ściśle grono osób opracowujących ostateczną cenę oferty, dysponuje kompletem wskazanych informacji.

Niniejsze oświadczenie wraz z uzasadnieniem również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp wnoszę o ich nieudostępnianie pozostałym uczestnikom postępowania.

Dnia 25 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z uwagi na udostępnienie Odwołującemu przez Zamawiającego oświadczenia Przystępującego z dnia 7 marca 2024 r. zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załącznika nr 2 „Tabela dot. własności nieruchomości”, na moment orzekania zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa pozostawały objęte informacje zawarte w tabeli kosztorysowej znajdującej się na stronie 4 dokumentu „Miasto Kwidzyn_Wyjaśnienia RNC – Energa Oświetlenie Sp. z o. o.” oraz informacje zawarte w załączniku nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny „Oferta dostawcy opraw oświetleniowych”

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za uzasadnione zarzuty odwołania wskazujące, że zamawiający naruszył przepisy art. 224 ust. 6 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa J.T. oraz przez wykonawcę Spółdzielnia Produkcyjno-Usługowa Rodło z siedzibą w Kwidzynie i w konsekwencji zaniechał odrzucenia ofert ww. wykonawców pomimo, iż nie złożyli oni w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 Pzp, nie udzielili odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny oferty i, wbrew ciążącym obowiązkom, wynikającym z przepisów Pzp, nie przedłożyli dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość przyjętych przez niego kalkulacji i założeń.

W pierwszej kolejności skład orzekający pragnie zaznaczyć, że Izba w ramach postępowania odwoławczego nie ocenia działań wykonawcy, podejmowanych w toku postępowania, nie bada też czy cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest czy nie jest rażąco niska, ale ocenia czynności zamawiającego. W tym przypadku, w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów, istotą oceny składu orzekającego w tej sprawie była weryfikacja tego, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby uznać, że złożone przez wykonawców Firma Handlowo-Usługowa J.T. oraz przez wykonawcę Spółdzielnia Produkcyjno-Usługowa Rodło z siedzibą w Kwidzynie wyjaśnienia w zakresie rażąco

niskiej ceny były wystarczające z punktu widzenia przepisów ustawy, jak też w świetle treści wezwania zamawiającego, skierowanego do tych wykonawców oraz, czy zamawiający trafnie, dokonując oceny złożonych wyjaśnień uznał, że te w sposób pełny odpowiadają na sformułowane przez niego w piśmie wątpliwości lub też czy należy dojść do wniosku, że w świetle złożonych wyjaśnień zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu ofert ww. wykonawców, jako zawierających cenę rażąco niską.

Odpowiadając na powyżej sformułowane pytania zauważyć należy, iż wyjaśnienia, składane przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny, są sformalizowaną instytucją prawną uregulowaną w art. 224 Pzp. Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje żądanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, jest bowiem wyjaśnienie tych kwestii, które budzą wątpliwości zamawiającego i o które ten pyta w piśmie skierowanym do wykonawcy. Wynika to z treści przepisu, zgodnie z którym, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Z kolei zamawiający, oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które sam zadał (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 68/22).

Należy też przypomnieć, że w myśl przepisu art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przy czym, zgodnie z poglądem zaprezentowanym w doktrynie: *W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...) Nie jest możliwe, odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu.* (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712).

Celem zatem procedury badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, jest definitywne rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, czy podlega odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, jak też w kontekście skierowanego do wykonawcy wezwania. Przypomnienia również wymaga, że podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame (zwracał na powyższe uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 116/21).

W przepisach prawa i orzecznictwie, nie istnieje jeden ugruntowany wzorzec, który precyzuje w jaki sposób zamawiający ma przygotować wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zależy to bowiem od wielu okoliczności i zmiennych, takich jak przedmiot zamówienia, sposób rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w końcu też wątpliwości jakie ma zamawiający w związku z zaprezentowaniem ceny w ofercie w określony sposób. Nie ma też przyjętego powszechnie, ogólnego wzorca sposobu sporządzenia takich wyjaśnień przez wykonawcę wezwanego do ich przedłożenia. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień po stronie wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że powinny być one spójne i przekonujące, a także niepozostawiające wątpliwości co do rzetelności przygotowanej wyceny prac. Z treści przepisów Pzp wynika bowiem, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien przedłożyć zatem takie wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi jednak w wezwaniu kierowanym do wykonawcy, w sposób możliwie precyzyjny, określić żądany zakres wyjaśnień a także wskazać jakie ma konkretnie wątpliwości, odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zasadą przy ocenie

złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji przy ocenie postępowania zamawiającego jest, że im bardziej precyzyjnie sformułowane wezwanie do złożenia wyjaśnień, tym bardziej szczegółowe wyjaśnienia i tym łatwiej jest zamawiającemu ocenić, czy zaproponowana w ofercie cena jest rażąco niska.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, iż w niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, że zachodziły przesłanki zwrócenia się zarówno do wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa J.T., jak również do wykonawcy Spółdzielnia Produkcyjno-Uslugowa Rodło z siedzibą w Kwidzynie o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przewidziane przepisem art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp gdyż, jak wskazał zamawiający w treści wezwania, cena całkowita jego oferty była niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia. Zaznaczyć należy, że powyższa przesłanka jest samodzielną przesłanką, obligującą zamawiającego do skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień, niezależnie od tego czy występują i jak duże są różnice w cenach, proponowanych przez innych oferentów ubiegających się o dane zamówienie. Za bez znaczenia należy zatem uznać rozważania Zamawiającego, że w świetle cen zaoferowanych w postępowaniu należy uznać niewłaściwie oszacował wartość zamówienia, przyjmując na potrzeby oszacowania ceny katalogowe oprav oświetleniowych. Przypomnieć należy, że jeśli zamawiający doszedł do takich wniosków w toku postępowania, mógł odstąpić od czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż taką możliwość przewidują przepisy Pzp. Przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 zawiera w sobie sformułowanie stanowiące o tym, że możliwe jest odstąpienie od badania rażąco niskiej ceny, jeśli ma się do czynienia z okolicznościami oczywistymi. Jeśli zamawiający uznał, że takie okoliczności, widoczne na pierwszy rzut oka i niewymagające analizy zaistniały - od badania ofert winien odstąpić.

Jeśli jednak tego nie uczynił, to skierowanie do wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa J.T. oraz wykonawcy Spółdzielnia Produkcyjno-Uslugowa Rodło z siedzibą w Kwidzynie wezwania w trybie wskazanego przepisu, nakładały na wezwanych wykonawców obowiązek złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zakresie, w jakim wyznaczała to treść sformułowanego przez zamawiającego wezwania.

W ocenie Izby nie budzi także wątpliwości, na co wskazuje analiza treści obu skierowanych wezwań do wyjaśnień, jakich informacji oczekiwał Zamawiający. Z ich treści wynika, że wyjaśnienie powinno *„przedstawić w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenie zaproponowanej ceny oferty”*, a także *„w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej nierealności”*. Wezwania zawierały także wskazanie czynników, których wpływ na wyliczenie ceny należało wskazać w wyjaśnieniach. Zamawiający przypomniał także treść przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do obowiązków, jakie nakładają one na wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, w zakresie dotyczącym obowiązku przedłożenia dowodów, w celu wykazania kosztów przyjętych w kalkulacjach i poinformował, że przedmiotowe wyjaśnienia posłużą celem dokonania oceny czy przyjęta przez niego cena nie jest rażąco niska, a także konsekwencje związane z brakiem spełnienia tychże obowiązków.

Odpowiadając na powyższe Firma Handlowo-Uslugowa J.T. w piśmie z 8 marca 2024 r. ograniczył się do wskazania ogólnych kwot, które przyjął wyceniając przedmiot zamówienia. Nie przedstawił zatem, jak tego oczekiwał zamawiający, kalkulacji ceny, ale wymienił jedynie jakie elementy składają się na koszty ponoszone w tym zamówieniu i przedstawił w tym zakresie zbiorcze wartości (koszt zakupu oprawy, koszt robocizny, koszty sprzętu, zysk). Nie wynika zatem z treści wyjaśnień na jakiej podstawie wykonawca ten przyjął w tym zakresie takie, a nie inne kwoty, co składa się na wyszczególnione elementy. Nie odniósł się także do żądania w zakresie przedstawienia czynników cenotwórczych, ograniczając się w treści pisma do ogólnego wskazania, że skalkulowano wszelkie niezbędne elementy do wykonania zadania. Wykonawca ten nie wskazał jednak jakie są to elementy oraz jaki jest ich wpływ na kalkulację ceny ofertowej. Jedynym czynnikiem wskazanym w treści wyjaśnień jest fakt posiadania podnośnika montażowego, jednak również w tym zakresie nie wskazano wbrew treści wezwania jaki jest wpływ tego czynnika na kalkulację ceny oraz czy jest to cały sprzęt niezbędny do wykonania zadania. W pozostałym zakresie wezwanie Zamawiającego pozostało bez odpowiedzi.

Powyższe, w ocenie Izby dowodzi, że wykonawca Firma Handlowo-Uslugowa J.T. odpowiadając na wezwanie nie złożył wyjaśnień w takim zakresie, w jakim Zamawiający określił swoje oczekiwania i nie udzielił odpowiedzi w odniesieniu do czynników kosztotwórczych sprecyzowanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Brak jest w piśmie jakiegokolwiek szczegółowej kalkulacji, odniesienia się do kwestii przyjętych do kalkulacji czynników cenotwórczych, jak też nie odniesiono się do kwestii kosztów pracy. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Firma Handlowo-Uslugowa J.T. mają charakter wybitnie lakoniczny, obejmują de facto trzy zdania, których treść również ma ogólny charakter i nie zawierają informacji, które dawałyby podstawę Zamawiającemu do oceny rzetelności przygotowanej wyceny prac. Tym

samym należy stwierdzić, że już sama ta okoliczność, że wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach szczegółowych wyliczeń, w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób kalkulował cenę swojej oferty, jak również nie wymienił okoliczności, które jego zdaniem wpływały na poziom ceny - winna skutkować uznaniem, że nie wykazał, mimo konkretnego wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Z kolei wykonawca Spółdzielnia Rodło w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się do ogólnych, nie popartych żadnymi dowodami twierdzeń o tym, że: posiada wieloletnie doświadczenie, solidny zespół pracowników oraz wykwalifikowaną kadrę kierowniczą, posiada własny sprzęt techniczny, możliwość zakupu materiałów na preferencyjnych zasadach czy położenie miejsca realizacji zamówienia na terenie działalności wykonawcy. Do wyjaśnień wykonawca Spółdzielnia Rodło nie dołączył żadnych dokumentów i dowodów. W treści złożonych wyjaśnień nie zawarto również jakiegokolwiek kalkulacji czy wyliczeń wynagrodzenia ofertowego.

Powyższe, w ocenie Izby dowodzi, że wykonawca Spółdzielnia Rodło odpowiadając na wezwanie nie złożył wyjaśnień w takim zakresie, w jakim zamawiający określił swoje oczekiwania i nie udzielił odpowiedzi na pytania zamawiającego tam sprecyzowane. Brak jest w piśmie jakiegokolwiek szczegółowej kalkulacji, odniesienia się do kwestii przyjętych do kalkulacji czynników cenotwórczych, jak też nie odniesiono się do kwestii kosztów pracy. Tym samym należy stwierdzić, że już sama ta okoliczność, że wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych szczegółowych wyliczeń, w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób kalkulował cenę swojej oferty, a jedynie wymieniał szereg okoliczności, które jego zdaniem wpływały na poziom ceny - winna skutkować uznaniem, że nie wykazał, mimo konkretnego wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Dodatkowo w treści złożonych przez wykonawcę Spółdzielnia Rodło wyjaśnień zabrakło także innego, istotnego elementu w postaci dowodów potwierdzających złożone deklaracje. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 Pzp wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków (jak np. w tym przypadku dysponowanie własną bazą, uzyskiwaniem rabatów na paliwo, posiadaniem pojemników do realizacji tego zamówienia czy też własnego sprzętu). Nie dysponując dowodami, potwierdzającymi powyższe okoliczności, zamawiający nie jest w stanie dokonać rzetelnej oceny, czy wszystkie te aspekty, niewątpliwie mające wpływ na możliwość obniżenia ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą. Wprawdzie nie każda z okoliczności jest możliwa do udowodnienia za pomocą dokumentów urzędowych i nie na każdą okoliczność możliwe jest przedstawienie dowodów pochodzących od podmiotów trzecich, jednakże w tym przypadku zabrakło jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że okoliczności, na które powołuje się wykonawca faktycznie mają miejsce (np. ile i jakie pojemniki zakupił, jakim sprzętem aktualnie dysponuje, czy posiada umowę z dostawcą paliwa i na jakich warunkach odbywa się ta współpraca). Bez takich dowodów, wszystkie okoliczności, które wykonawca przywołał w wyjaśnieniach wskazując kilka okoliczności, które miały uprawdopodobnić, że podana przez niego w ofercie cena jest racjonalna i umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, należy uznać wyłącznie za niczym nie poparte deklaracje.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanie sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, gdyż brak

udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Powyższe potwierdzają orzeczenia sądów okręgowych, które również zwracają uwagę na konieczność przedłożenia szczegółowych i kompletnych wyjaśnień. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21: „(...) wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątpienia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.”

Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała, że Odwołujący trafnie zarzucał Zamawiającemu, że ten w sposób wadliwy, z naruszeniem cytowanych przepisów ustawy Pzp ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone zarówno przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa J.T., jak i Spółdzielnię Rodło i zaniechał odrzucenia ofert tych wykonawców. Złożone wyjaśnienia są niewystarczające a wykonawcy nie sprostali ciężącemu na nich obowiązкови wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1 oraz 2 odwołania zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę Energa jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały skutecznie zastrzeżone i nie podlegają ujawnieniu. Izba podzieliła pogląd Odwołującego wraz z tezami wynikającymi z przywołanego orzecznictwa, zaprezentowany w treści odwołania, że wykonawca ten nie wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczność podjęcia przez niego niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji.

Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad, obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 tejże ustawy. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

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

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

zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Ustawodawca nałożył zatem na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą, wykonawca zobligowany jest do wykazania, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla niego właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Przy czym jeśli mowa jest o wykazaniu, to nie chodzi tu o ogólne uzasadnienie, ale przedstawienie wyczerpującej i pełnej argumentacji, która pozwoli uznać, że określone dane z jakiejś przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności. Powyższe również wynika z ugruntowanego już orzecznictwa KIO, tak np. w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21 Izba stwierdziła, że: „obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia (...) dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystanie przez inne podmioty na rynku, w innych postępowaniach".

W świetle art. 11 ust. 2 UZNK jako tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

W konsekwencji, uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że analiza treści uzasadnienia sporządzonego przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że nie zawarto w jego treści wystarczających argumentów potwierdzających, że zastrzeżonym wyjaśnieniom rażąco niskiej ceny, czy też zawartym w nim informacjom, należy przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu ograniczył się jedynie do ogólnikowych twierdzeń wskazując, że zawarto w nich treści stanowiące informacje organizacyjne Przystępującego, posiadające wartość gospodarczą (nie precyzując o jakie treści chodzi i jaka jest ich wartość), zawarto informacje wskazujące na charakter relacji handlowych (nie wyjaśniając jakie relacje chodzi i jaki będzie skutek ich ujawnienia) oraz powołano się na sposób działania firmy i jej wewnętrzne regulacje (nie uzasadniając czy odbiega on od sposobu działania innych podmiotów na tym rynku oraz nie wskazując o jakie regulacje chodzi, jak również ich nie przedstawiając). Wszystkie te twierdzenia, nie poparte żadną szczegółową argumentacją, bez wskazania jakie to konsekwencje i straty poniesie Przystępujący w razie ich ujawnienia, należy uznać wyłącznie za mające na celu uniemożliwienie konkurencji zapoznania się ze sposobem kalkulacji ceny ofertowej. Z pewnością na podstawie treści złożonego uzasadnienia nie sposób dojść do przekonania, że wyjaśnienia zawierają informacje, które mają określoną

wartość gospodarczą dla wykonawcy.

W omawianym stanie faktycznym Przystępujący nie wykazał w sposób dostateczny jakie środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji. W uzasadnieniu Przystępujący wprawdzie stwierdził, że utrzymuje te informacje w zakresie wyliczenia wszystkich składników cenotwórczych w danym postępowaniu w poufności, jako stanowiące ważną kwestię w konkutowaniu na tym rynku, że ich nie udostępnia publicznie, jednak po pierwsze nie przedstawił opisu działań, które podejmuje w swoim przedsiębiorstwie, aby chronić te informacje, nie wskazał metod i środków, które służą celom zapewnienia poufności danych (np. czy osoby, które mają do nich dostęp zobowiązane zostały do zachowania w poufności posiadanych przez nich informacji, czy to tych danych dotyczą wskazane zabezpieczenia, czy sprzęt i dyski na których przechowywane są te konkretne informacje zostały w sposób określony zabezpieczone, czy owi kooperanci zostali zobowiązani do zachowania w poufności w postaci stosownych zobowiązań i umów). Przystępujący powołał się co prawda na wewnętrzne regulacje, jednak nie przedstawił ich wraz z uzasadnieniem, jak również nawet nie wskazał jakie wewnętrzne regulacje służą zachowaniu określonych informacji w tajemnicy (nazwa, data wejścia w życie). Przy tak ogólnym opisie, jak to przygotowane przez Przystępującego, nie sposób jest przesądzić zatem czy wykonawca podjął w ogóle jakiekolwiek środki, celem zabezpieczenia przekazywanych informacji.

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

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

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Wobec uwzględnienia odwołania w całości o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: