

Warszawa, 18 marca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **13 marca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **26 lutego 2024 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Huzar Orzechowski sp.j. z siedzibą w Sierpcu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez SUFO na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu* (ZP/100/2023) – w zakresie części nr 1, 4 i 10

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu** [„Zamawiający”]

przy udziale jako uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie „STEKOP-OCHRONA” sp. o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez nich tytułem wpisu od odwołania.**

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez SUFO na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu* (ZP/100/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 sierpnia 2023 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_163 pod poz. 514923.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

14 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w częściach nr 1, 4 i 10 zamówienia oferty złożonej wspólnie przez „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie „STEKOP-OCHRONA” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Konsorcjum Stekop” lub „Przystępujący”}.

26 lutego 2024 r. Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Huzar Orzechowski sp.j. z siedzibą w Sierpcu, którzy wspólnie złożyli ofertę w tych częściach zamówienia {dalej: „Konsorcjum Ekspert” lub „Odwołujący”}, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Stekop oraz zaniechania innych czynności względem tej oferty w tych trzech częściach zamówienia.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3, art. 16 pkt 1 i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej „uznk”} – przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Stekop dotyczących ceny w części dotyczącej kosztów osobowych, pomimo niespełnienia przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieudowodnienia, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. Art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Stekop, a poprzestanie na formalnej ich ocenie, co doprowadziło do

zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Stekop, mimo nieobalenia domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska.

- 3.Art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Stekop w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub jej istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż podane stawki roboczogodziny nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, a także pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji postępowania.
- 4.Art. 239 w zw. z art. 395 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Stekop, pomimo że to oferta Konsorcjum Ekspert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza.
- 5.Art. 16 pkt 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Konsorcjum Stekop oraz zaniechanie badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odtajnienia części załącznika nr 1 do wyjaśnień w zakresie danych dotyczących kosztów osobowych.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 4.Odrzucenia oferty Konsorcjum Stekop.
- 5.Wyboru oferty Konsorcjum Ekspert jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania główne zarzuty zostały następująco sprecyzowane.

{ad pkt 1. listy zarzutów – dalej jako „zarzut nr 1”}

{okoliczności faktyczne}

Wyjaśnienia Konsorcjum Stekop z 5 lutego 2024 r. składają się z części jawnej oraz z objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 1 pn. „Szczegółowe wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny wraz z załącznikami”, którego udostępnienia Zamawiający odmówił.

W ramach uzasadnienia powyższego zastrzeżenia brak jest odniesienia do kosztów osobowych, w głównej mierze sprowadza się ono do przytoczenia poglądów orzecznictwa oraz ogólnikowego zapewnienia o istotności utajnionych informacji.

Ponieważ Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień treści SWZ nie dopuścił:

- wykonywania usługi z udziałem osób niepełnosprawnych jako pracowników ochrony (odpowiedzi na pytania nr 2 i 8), czyli nie wchodzi w grę powołanie się na dofinansowanie z PFRON kosztów zatrudnienia takiego pracownika,
- zatrudnienia pracowników ochrony w niepełnym wymiarze etatu (odpowiedź na pytanie nr 4),
- umów cywilnoprawnych zamiast godzin nadliczbowych pracowników ochrony (odpowiedź na pytanie nr 7) Z powyższego wynika, że jedyny dopuszczalny sposób zatrudnienia pracowników – każdy wykonawca musiał skalkulować zatrudnienie pracowników pełnosprawnych na podstawie umowy o pracę z uwzględnieniem wynagrodzenia za pracę w godzinach nocnych stosowanie do opisu przedmiotu zamówienia. Skoro wszystkie koszty związane z zatrudnieniem pracowników ochrony na potrzeby realizacji tego zamówienia wymagają uwzględnienia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, sposób ich kalkulacji nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, jeżeli załącznik nr 1 zawiera wyliczenie kosztów zastępstw urlopowych, nie jest to informacja posiadająca walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący posiadają wiedzę o mechanizmach stosowanych w tym zakresie przez Konsorcjum Stekop, które odnosiło się do tej kwestii w postępowaniu odwoławczym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt; KIO 526/23, a także w innych sprawach, tym samym udostępniając te informacje do powszechnej wiadomości.

{okoliczności prawne}

Pomimo wejścia w życie w 1 stycznia 2021 roku nowego Prawa zamówień publicznych orzecznictwo zapadłe na gruncie poprzednio obowiązującego art. 8 ustawy pzp w ostatecznym brzmieniu, w którym skuteczność zastrzeżenia nieudostępnienia informacji została obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, jest nadal aktualne. Literalne brzmienie obowiązującego art. 18 ust. 3 ustawy pzp sugeruje, że nieuczynienie temu zadość powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (informacje nie nabierają charakteru poufnej i nie podlegają ochronie). Zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie przedstawionego wraz z nim uzasadnienia, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to miało miejsce w dawniejszym stanie prawnym. Obecnie to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Wykonawca jest tym samym obowiązany do podjęcia niezbędnych działań, aby utrzymać niejawnosć zastrzeganych informacji, co jednocześnie stanowi konieczny – na gruncie art. 11 ust. 2 uznk – wymóg do uznania, że informacje te rzeczywiście mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji zawartej w tym przepisie uznk.

(...) Zdaniem Izby w skazać należy, że słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust. 3 pzp jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ocen ich ofert, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów treści

złożonej oferty. Podkreślić należy za dotychczasowym orzecznictwem KIO, że zasada jawności i zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 23 listopada 2012 r. KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12). Jawność postępowania jest zasadą, ma ona zatem zawsze pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest najbardziej poważnym naruszeniem przepisów ustawy pzp. Zamawiający muszą brać pod uwagę to, że uchybienie zasadzie jawności stanowi rażące naruszenie przepisów prawa o udzielenie zamówienia publicznego i może prowadzić do naruszenia prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty i może skutkować poważną korektą przyznanych na realizację tego zamówienia środków publicznych. Wskazać należy także, iż wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkracają w reżim opartą na zasadzie jawności. Powinni zatem mieć świadomość konsekwencji, iż jeśli ubiegają się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych to ich oferty muszą być poddane procedurom określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o ich działalności (wyrok KIO z 15 marca 2013 r., KIO 364/13, KIO 368/13). Ten wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych w zbiegu z prawem wykonawcy do utajnienia niektórych treści oferty, nakłada na Zamawiającego szczególnie obowiązek wyważenia racji wykonawcy mając na względzie zasady pzp, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu [z uzasadnienia wyroku Izby z 20 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1530/21].

Wykonawcy, redagując wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, często ograniczają się do ogólnie znanych twierdzeń, bez wskazania na konkretne uwarunkowania, pozwalające na ustalenie zasadności odstąpienia od zasady jawności informacji. Takie ogólnikowe stwierdzenia, bez przywołania okoliczności, potwierdzających konieczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą skutkować utajnieniem określonych informacji, a same deklaracje i twierdzenia to zbyt mało, ponieważ wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Aby skutecznie zastrzec informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, oznaczyć określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa (z uwzględnieniem trzech elementów, omówionych wyżej: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności). Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnica przedsiębiorstwa [z uzasadnienia wyroku Izby z 20 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1530/21].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, dodatkowo wywodząc, że Zamawiający powinien zbadać, czy rzeczywiście Konsorcjum Stekop sprostало ciężącemu na nim ciężarowi dowodu wykazania, że zawarte w załączniku nr 1 do wyjaśnień informacje dotyczące kosztów osobowych spełniają definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy czym zdaniem Odwołującego Konsorcjum Stekop nie wykazało, że istnieje konieczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji o kosztach osobowych.

{ad pkt 2.- 3. listy zarzutów – dalej jako „zarzut nr 2”}

{okoliczności faktyczne}

W postępowaniach dotyczących ochrony najważniejszym elementem cenotwórczym, generującym powyżej 90% ceny oferty, jest koszt wynagrodzenia pracowników.

30 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Stekop do złożenia wyjaśnień, gdyż cena jego oferty, w tym stawka godzinowa netto ...wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach i opisie przedmiotu zamówienia w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. (...) W szczególności Zamawiający dociekał, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ oraz czy cena oferty obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

5 lutego 2024 r. Konsorcjum Stekop złożyło wyjaśnienia, w których dla każdej z trzech części przyjęło

analogiczne założenia.

Po pierwsze, że realizacja usługi rozpoczyna się 1 grudnia 2023 r., podczas gdy zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 SWZ (str. 7) miało to nastąpić 30 listopada 2023 r. o godz. 12:00. Tym samym nie uwzględniono kosztów zatrudnienia pracowników przez pierwsze 12 godzin realizacji usługi, przy czym z treści wyjaśnień nie wynika, czy okres ten nie został w ogóle uwzględniony przy kalkulowaniu ceny ofertowej, czy wyjaśnienia w tym zakresie są niekompletne.

Po drugie, w tabeli na 2. str. w wierszu oznaczonym jako koszt Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wstawiono znak „-”, przy czym nie wiadomo, czy koszt ten nie został w ogóle uwzględniony, czy też wynosi on 0 zł.

Po trzecie, w części jawnej wyjaśnień brak określenia wysokości lub przyjętych założeń kosztów zastępstwa urlopowych. Niezależnie od treści utajnionego załącznika nr 1, skoro usługa miała być realizowana od 30 listopada 2023 r. do 30 listopada 2024 r., należało uwzględnić urlop w wymiarze: 4 dni dla 2023 r. oraz 20 lub 26 dni dla 2024 r.

Ponieważ okres realizacji usługi nie pokrywa się z rokiem kalendarzowym nieadekwatne byłoby stosowanie ewentualnych statystyk.

Odwolujący pragnie zwrócić uwagę na istotną okoliczność związaną z wyliczaniem oraz składowymi kosztów pracowniczych stosowaną przez Stekop, które przed KIO w dwóch postępowaniach tożsamy (ten sam Zamawiający, ten sam OPZ, te same wymogi), gdzie jak sam wskazuje nie są to wyliczenia dowolne a oparte na powszechnie obowiązujących przepisach prawa i nie jest tu możliwa jakakolwiek optymalizacja w jednym postępowaniu uwzględnia koszt świadczenia urlopowego (sygn. akt: KIO 526/23), gdzie przed zbliżającym się postępowaniem odwoławczym w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu w części jawnej ten istotny element pomija, przenosząc go do części jak domniemam zastrzeżonej celem jego znacznego obniżenia – co w sposób drastyczny stać będzie w sprzeczności wobec stanowiska STEKOP zawartego w odwołaniu (nr postępowania: ZP/100/2023) [ostatni akapit na str. 19. odwołania].

Na str. 20.-21. odwołania zestawiono wyliczenia Konsorcjum Stekop kosztu roboczogodziny pracownika ochrony ze str. 2. wyjaśnień z prezentowanymi w powyżej wskazanej sprawie odwoławczej, co doprowadziło do wniosku, że samo uwzględnienie kosztu zastępstwa urlopowego, wskazywanego przez Konsorcjum Stekop jako odwołującego w tamtej sprawie na poziomie 300,58 zł, oznacza, że stawka roboczogodziny już w przypadku 2023 r. wynosiłaby nie 29,61 zł, a 31,58 zł $[(4500,12 + 300,58 \text{ zł}) / 152 \text{ h}]$, czyli o 1,97 zł więcej.

Str. 28.-38. odwołania zawiera z kolei wyliczenia minimalnych kosztów wynagrodzenia pracowniczego – jak to określono: *...przy wszystkich najniższych warunkach dopuszczalnych w warunkach zamówienia przepisami prawa (w tym 20 dni urlopu bez funduszy z tytułu FP i FGSP jak przyjęło konsorcjum Stekop) w celu wykazania, że cena oferty Konsorcjum Stekop nie pozwala na ich pokrycie w żadnej z trzech części zamówienia. Przy czym wynik tych wyliczeń w zestawieniu z ceną oferty Konsorcjum Stekop i wynikającą z niej stawką godzinową w ujęciu netto jest następujący dla poszczególnych części: 1. – 2.097.147,36 zł (33,97 zł/h) do 2.087.517,60 zł (33,95 zł/h), czyli 9.629,76 zł straty; 4. – 2.097.147,36 zł (34,11 zł/h) do 2.078.294,39 zł (33,80 zł/h), czyli 18.852,96 zł straty; 10. – 1.807.706,88 zł (34,11 zł/h) do 1.798.300,80 (33,76 zł/h), czyli 18.406,09 zł straty.*

{okoliczności prawne}

Konstrukcja przepisów zawartych w art. 224 ustawy pzp pozwala na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie ceny oferty stwarza domniemanie, że jest ona rażąco niska. Stąd na wezwany wykonawcy spoczywa ciężar dowodu wykazania prawidłowości wyliczenia ceny, co wynika wprost z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 w poprzednio obowiązującej ustawie pzp), w tym poparcia wyjaśnień stosownymi dowodami. Ponieważ wyjaśnienia są składane w celu wzruszenia przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy pzp jeśli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oferta ulega odrzuceniu.

Przepis art. 224 ust. 6 pzp, będący odpowiednikiem art. 90 ust. 3 pzp z 2004 r., stanowi odrębną od art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp i samodzielną podstawę odrzucenia oferty. Z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nie tylko bezpośrednie twierdzenie, że taka cena rzeczywiście wystąpiła, lecz także brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przepis ten jest więc bardziej kategoryczny, jeśli chodzi o obowiązek udowodnienia przez wykonawcę braku zaistnienia ceny rażąco niskiej i konsekwencje owego braku uzasadnienia danego poziomu ceny niż art. 90 ust. 3 pzp z 2004 r., który odnosił się do dokonanej przez zamawiającego oceny [z uzasadnienia wyroku Izby z 23 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 290/22].

Zgodnie z utrwalonym – pod rządami pzp z 2004 r. – poglądem, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów pzp, złożone przez wykonawcę, wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. 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 wykonawcą, 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 [z uzasadnienia wyroku Izby z 18 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3741/21; podobnie Izba w uzasadnieniu wyroków wydanych: 23 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3571/21 i 19 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 619/19].

Efektom składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 pzp) [z uzasadnienia wyroku Izby z 3 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1679/21].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, dodatkowo wywodząc, co następuje.

Po pierwsze, Konsorcjum Stekop, które kwestionując w 2023 r. cenę oferty Konsorcjum Ekspert w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, prezentowało określone kalkulacje stawek roboczogodziny jako najniższe możliwe zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami, jest związane takim sposobem kalkulacji również w tym postępowaniu. Jeżeli zatem zaprezentowało odmienne założenia w części niejawniej wyjaśnień, Zamawiający powinien ocenić je jako nierzetelne i odrzucić ofertę Konsorcjum Stekop w tych trzech częściach obecnie procedowanego zamówienia. Nie można również tolerować sytuacji, w której Konsorcjum Stekop zależnie od tego, czy próbuje bronić swojej ceny czy też wykazywać zaniżenie ceny innej oferty, zmienia tak radykalnie swoje zapatrywania na sposób kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników.

Po drugie, niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że cena oferty Konsorcjum Stekop dla tych trzech części zamówienia obiektywnie nie pozwala na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników koniecznych dla wykonania usługi w sposób zgodny z warunkami tego zamówienia i w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa, nie mówiąc o pozostałych kosztach związanych z wyposażeniem tych pracowników, wymaganymi szkoleniami i zapewnieniem grupy interwencyjnej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 marca 2024 r. wniósł o jego oddalenie, co następująco uzasadnił.

{ad zarzutu nr 1}

W ocenie Zamawiającego Przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk, czyli że informacje te posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, a także podjęte zostały przez Przystępującego w stosunku do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Jak to uzasadniło Konsorcjum Stekop, chodzi tu o konkretny zbiór informacji na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia, na który składają się informacje dotyczące pracowników, którymi dysponuje wykonawca (ich stażu pracy, stanu wykorzystania urlopów, kwestii udziału w PPK, posiadanych badań lekarskich) oraz szczegółowe wyliczenia kosztów wykonawcy i zasady wyliczenia kosztów realizacji usługi ochrony osób i mienia. Zdaniem Zamawiającego te konkretne informacje organizacyjne, a także inne informacje, posiadają wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne, a jednocześnie Przystępujący przedstawił dokumenty wskazujące na wprowadzenie stosownych polityk wewnętrznych dotyczących ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przekonaniu Zamawiającego jego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu wyroku z 25 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 293/13, wywiodła, że *„jeżeli wyjaśnienia wykonawcy zawierają kalkulację składników ceny oferty oraz szczegółowy opis w tym zakresie, a ponadto opis czynników wpływających na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp. to powyższe informacje nie są powszechnie dostępne, mają charakter handlowy, a przez to posiadają istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie ma podstaw do ich udostępnienia innym wykonawcom... Dodatkowo wyjaśnienia złożone przez przystępującego zawierają szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, w tym co do kosztów, jakie planuje ponieść przystępujący w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja przystępującego będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować na ile przystępujący wycenił swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.*

Podobnie Izba stwierdziła w uzasadnieniach innych wyroków. Zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element

konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa [z 20 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1432/12]. Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku [z 31 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1618/18].

Zamawiający podziela też stanowisko, że: *Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne* [z uzasadnienia wyroku Izby z 24 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 374/23].

{ad zarzutu nr 2}

Formalna i merytoryczna ocena złożonych wyjaśnień odnośnie części 1, 4 i 10 pozwoliła Zamawiającemu stwierdzić wykazanie, zarówno przez Konsorcjum Stekop, jak i Konsorcjum Ekspert, że cena oferty nie jest rażąco niska, w tym że wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Przy czym różnice pomiędzy oboma konsorcjami wynikają jedynie z odmiennie przyjętych założeń co do np. stażu pracy, wymiaru urlopu do wykorzystania przez pracowników w okresie realizacji usługi, obowiązku uiszczania opłat na Fundusz Pracy czy przynależności do PPK.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący na potrzeby uzasadnienia sformułowanych zarzutów zawyżył przedstawione w odwołaniu koszty związane z zatrudnieniem pracowników w zakresie zastępstwa urlopowego, opierając swoje wyliczenia na założeniu, że za okres do końca 2023 r. pracownikom będzie przysługiwał urlop w wymiarze 4 dni (podczas gdy w swoich wyjaśnieniach wskazał na brak kosztów zastępstw urlopowych w tym okresie dzięki temu, że pracownicy już wykorzystali należny im urlop), a za okres do 30 listopada 2024 r. pracownikom będzie przysługiwał urlop w pełnym wymiarze.

Zamawiający podniósł, że z uwagi na ochronę danych osobowych pracowników nie ma możliwości żądania od żadnego z wykonawców dokumentów kadrowych czy ubezpieczeniowych, z których wynikałoby m.in. zakres wykorzystania urlopów przez osoby, które będą skierowane do wykonywania usługi. Dlatego nie miał podstaw, aby kwestionować założone przez Konsorcjum Stekop optymalizacje kosztów pracowniczych.

Przystępujący w piśmie z 11 marca 2024 r. również wniósł o oddalenie odwołania, argumentując w sposób zbieżny z treścią odpowiedzi na odwołanie, a jednocześnie szczegółowo odnosząc się do poszczególnych twierdzeń i okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na te trzy części zamówienia, wykazali, że mają taki interes, a ponadto, że w związku z objętym niektórymi zarzutami zaniechaniem odrzucenia wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępujących może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie zamówienia w tych częściach. Przy czym drugą przesłankę Izba przyjęła w sposób dorozumiany za oczywiście spełnioną na podstawie całokształtu okoliczności podniesionych w odwołaniu, gdyż podane w ramach wykazania legitymacji uzasadnienie najwyraźniej zostało powielone z poprzedniego odwołania, w którym Odwołujący domagali się nakazania wezwania Przystępujących do wyjaśnienia ceny oferty.

Odmiennie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia przez Przystępujących jako tajemnicy przedsiębiorstwa części już złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Odwołujący nie przedstawił żadnego konkretnego uzasadnienia dla wykazania przesłanki możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w ramach pierwszego zarzutu. Odwołujący wyrazili jedynie przekonanie, że nieudostępnienie mu przez Zamawiającego załącznika nr 1 do wyjaśnień Przystępujących w zakresie informacji o kalkulacji kosztów osobowych narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie

byli w stanie sprecyzować, na czym miałyby polegać możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu nieudostępnienia mu części wyjaśnień w sytuacji, gdy w tym samym odwołaniu podnosi równolegle drugi zarzut, *de facto* oparty na założeniu, że i bez zapoznania się z utajnionymi informacjami jest w stanie wykazać, że Przystępujący nie mogli uzasadnić ceny oferty, więc podlega ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Ponieważ brak legitymacji stanowi materialnoprawną przesłankę warunkującą możliwość uwzględnienia odwołania, jest to wystarczające do stwierdzenia, że odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu podlega oddaleniu. Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem powołany powyżej przepis wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych. Okoliczności te mają charakter materialnoprawny, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka ochrony prawnej. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia, albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone, bądź też, że zostanie oddalona skarga [z uzasadnienia postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 września 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 111/22].

Izba ustaliła ponadto następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione na str. 1.-2. Załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny Konsorcjum Stekop z 5 lutego 2024 r. „Dodatkowe założenia do wyliczeń kosztów osobowych w cz. 1, 4 i 10” nie mają wartości gospodarczej i dotyczą obszaru wiedzy powszechnie znanego co najmniej osobom zajmującym się taką dziedziną, gdyż sprowadzają się do zadeklarowania odpowiednio przedziału wieku, stanu aktualności badań lekarskich, stanu uczestnictwa w Pracowniczych Planach Kapitałowych (PPK) oraz wymiaru urlopu dla bliżej niesprecyzowanych osób, które miałyby być skierowane do wykonywania ochrony fizycznej w każdej z trzech części zamówienia. Innymi słowy każde z tych założeń dotyczy kwestii uregulowanej w powszechnie obowiązujących przepisach z zakresu prawa pracy lub ubezpieczeń społecznych, gdyż sprowadza się do zadeklarowania, czy w stosunku do zatrudnionych na umowę o pracę na potrzeby realizacji tego zamówienia osób wystąpią po stronie wykonawcy jako pracodawcy obowiązki odpowiednio odprowadzania składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesienia kosztów badań lekarskich, odprowadzenia składek na PPK, udzielenia urlopu wypoczynkowego. Przy czym w przypadku wszystkich tych zagadnień, z wyjątkiem urlopu, do wyboru jest *de facto* jedna z dwóch alternatyw: pierwsza – wiążąca się z kosztami w ściśle określonej odnośnymi przepisami wysokości, albo druga – zwalniająca z ich ponoszenia w ogóle. Z kolei w przypadku urlopu wiadomo że trzeba go będzie udzielić w 12-miesięcznym okresie realizacji usług, w grę wchodzi dwa możliwe wymiary urlopu w skali roku kalendarzowego (20 lub 26 dni) i zamknięty zbiór możliwych wariantów długości udzielanego urlopu, w zależności od stopnia wykorzystania urlopu za 2023 r. oraz planowanego rozkładu urlopów w 2024 r., biorąc pod uwagę, że rozpoczęcie i zakończenie wykonywania usług miało nastąpić 30 listopada.

Zatem fakt przyjęcia przez Konsorcjum Stekop założeń co do urlopu udzielanego w 2024 r., których nie domyślił się lub, z racji przyjętego sposobu argumentacji co do minimalnej wysokości kosztów osobowych, nie chciał domyślić Odwołujący, nie przesądza automatycznie o ich wartości gospodarczej, tym bardziej, że każdy kto zna się na obowiązujących w tym zakresie przepisach prawa wie w szczególności, że co najmniej jedna część urlopu powinna trwać nie mniej niż 14 kolejnych dni kalendarzowych, a urlopu niewykorzystanego w danym roku kalendarzowym należy pracownikowi udzielić najpóźniej do dnia 30 września następnego roku kalendarzowego.

Poczynione w zakresie tych danych przez Konsorcjum Stekop zastrzeżenie w istocie służy zatem wyłącznie utrudnieniu konkurentom ubiegającym się o zamówienie w tych samych częściach ewentualnego zakwestionowania założeń jako sprzecznych z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa lub niemożliwych faktycznie do zrealizowania.

Odwołujący co prawda zadeklarowali, że w ramach uzasadnienia odwołania prezentują [na str. 28.-40.] wyliczenia minimalnych kosztów wynagrodzenia pracowniczego (stawki roboczogodziny pracownika ochrony), tj. przyjmując najbardziej optymalne kosztowo założenia niesprzeczne z warunkami zamówienia i obowiązującymi w tym zakresie przepisami, co miało być koronnym dowodem na zaniżenie przez Konsorcjum Stekop ceny oferty w każdej z trzech części poniżej tych kosztów, jednakże przyjęte w odwołaniu założenia dotyczące wymiaru udzielanego urlopu wcale nie są optymalne i jedyne możliwe.

Odwołujący zresztą nie był w stanie podważyć, a wręcz na rozprawie w ogóle nie odniósł się do trafnie zidentyfikowanych w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym twierdzeń odwołania w 3. akapicie na str. 19 [*Usługa realizowana jest w okresie od 30 listopada 2023 roku do 30 listopada 2024 roku, a zatem mamy dwa okresy za które pracownicy posiadają urlop tj. 30 listopada 2023 roku - 31 grudnia 2023 roku (4 dni) oraz 1 stycznia 2024 roku - 30 listopada 2024 roku (20 lub 26 dni).*] jako założeń oczywiście nieoptymalnych kosztowo. Obowiązujące przepisy prawa

pracy wcale nie determinują bowiem konieczności uwzględnienia 4 dni urlopu za ostatni miesiąc 2023 r. i pełnego wymiaru urlopu (tj. 20 lub 26 dni) za 11 miesięcy 2024 r. Z treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Ekspert wynika, że Odwołujący doskonale zdaje sobie z tego sprawę. W szczególności skoro Konsorcjum Ekspert w swoich wyjaśnieniach założyło skierowanie do realizacji tego zamówienia pracowników, którzy wykorzystali już w 2023 r. cały urlop, nie może *a priori* podważać istnienia takiej możliwości w przypadku Konsorcjum Stekop.

Niezależnie od powyższego Odwołujący, który zakwestionował w ciemno utajnioną część wyjaśnień, nie był w stanie podważyć innych założeń przyjętych przez Konsorcjum Stekop w celu obniżenia kosztów pracowniczych realizacji usługi jako niezgodnych z warunkami zamówienia lub obowiązującymi przepisami. W szczególności nic nie wnosi w tej kwestii obszerne powoływanie się na twierdzenia i wyliczenia Konsorcjum Stekop jako odwołującego w sprawie dotyczącej analogicznych zamówień, gdzie Konsorcjum Ekspert przystąpiło po stronie Zamawiającego, tym bardziej skoro odwołanie zostało przez Izbę oddalone. Oczywiście jest przy tym, że argumentacja podnoszona przez tych samych wykonawców jest uzależniona od ich roli procesowej w danej sprawie odwoławczej.

Ponadto całe uzasadnienie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny skupia się wyłącznie na kosztach osobowych, co oznacza, że *de facto* nie została zakwestionowana założona w wyjaśnieniach Konsorcjum Stekop wysokość pozostałych kosztów wykonania usługi. Odwołujący uznali w tym zakresie za wystarczające zarzucenie na wstępie odwołania, że skoro cena oferty Konsorcjum Stekop nie pokrywa kosztów osobowych, tym bardziej nie może pokryć pozostałych kosztów.

Reasumując, ponieważ wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Stekop w pełni czyniły zadość wezwaniu Zamawiającego, zarówno co do poziomu ich szczegółowości, jak i co do treści, która wystarczająco uzasadnia cenę złożonej oferty. Natomiast kwestionowanie tego faktu w odwołaniu zasada się na nieuprawnionym prezentowaniu własnych wyliczeń jako najbardziej optymalnych i jedynie możliwych z uwagi na warunki tego zamówienia i uwarunkowania wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Nie zostało to jednak w żadnej mierze udowodnione, choć z art. 534 ust. 1 ustawy pzp wynika, że Odwołujący był obowiązany wskazywać dowody dla stwierdzenia tych okoliczności, z których chciał wywieść skutki prawne zmierzające do podważenia oceny wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego, czemu jednak nie sprostał.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domagają się odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp oferty Przystępujących, która miałaby zawierać rażąco niską cenę z tego względu, że rzekomo nie wystarczy ona na pokrycie kosztów osobowych wykonywania usług objętych przedmiotem tego zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego

jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z kolei według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym

stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Odwolujący zdecydowali się podnieść w ciemno zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie, w jakim nie zostały one mu udostępnione, domagając się odrzucenia oferty. Co prawda w odwołaniu zostały sprecyzowane wady, jakimi miałyby być obarczone wyjaśnienia Przystępujących, jednakże nie zostało wykazane, że inny niż sugerowany sposób kalkulacji kosztów osobowych nie ma racji bytu.

Reasumując, zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień, co miałyby obligować go do odrzucenia oferty, którą wybrał jako najkorzystniejszą, nie potwierdził się.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, 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 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie pzp analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawa ta nie wskazywała wprost na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co powodowało, że nierzadko wykonawcy czynili to dopiero na odrębne wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia tej kwestii.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostął, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądzo, że to po stronie wykonawcy leży dolożenie należytej staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym niemniej już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sąd Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata przepis art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostął. Przy czym użyte przez

ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przede wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Jak przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować, czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, należy zgodzić się z Odwołującym, że w ustalonych powyżej okolicznościach Przystępujący nie mógł dokonać skutecznego zastrzeżenia informacji dotyczących założeń kalkulacji kosztów osobowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż obiektywnie rzecz biorąc nie mają one wartości gospodarczej, a ocena skuteczności zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego była w tym zakresie powierzchowna i czysto formalna.

Abstrahując od niewykazania przez Odwołujących legitymacji do podniesienia pierwszego zarzutu odwołania, pomimo jego merytorycznej zasadności nie mógł on spowodować uwzględnienia odwołania również z uwagi na uregulowanie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Z przepisu tego wynika bowiem, że Izba w tej sprawie mogłaby uwzględnić częściowo odwołanie w tym zakresie, gdyby naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania w tych trzech częściach zamówienia. Tymczasem w sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie niezasadność drugiego zarzutu powoduje, że naruszenia przepisów objęte pierwszym zarzutem nie mogą już mieć wpływu na ustalony przez Zamawiającego wynik postępowania o udzielenie zamówienia w tych częściach. Odwołujący domagał się udostępnienia w całości utajnionej części wyjaśnień, a ponadto równolegle domagał się odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Skoro ujawnienie wyjaśnień dotyczących ceny miałoby służyć na potrzeby sformułowania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji gdy zarzut taki został już rozstrzygnięty w tej sprawie, udostępnienie Odwołującemu zakresu informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień nie mogłoby już mieć wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a zatem również na zasadzie art. 544 ust. 1 pkt 1 pzp odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Prawidłowość powyższego rozstrzygnięcia takiej sytuacji procesowej została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie działający jako Sąd Zamówień Publicznych, który stwierdził, że przy takiej konstrukcji zarzutów odwołania odwołujący niejako pozbawia się możliwości skorzystania z ochrony prawnej w zakresie dotyczącym dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty. Odmiennie przedstawia się sytuacja, gdy najdalej idący zarzut, zmierzający do odrzucenia oferty przystępującego, integralnie powiązany z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, zostaje postawiony jako ewentualny, czyli rozpoznawany dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa [zob. uzasadnienie wyroku z 30 maja 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 43/22]

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, stosownie do jej wyniku obciążono nimi Odwołującego na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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 (Dz.U. poz. 2437).