

**WYROK**  
**z dnia 5 października 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez: **wykonawcę R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. z siedzibą w Złotnikach, ul. Krzemowa 1** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie, ul. Montelupich 3** przy udziale **Packman spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łąjski, ul. Przemysłowa 4** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2794/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie Packman spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łąjski, ul. Przemysłowa 4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy, gdyż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,**

**2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Skarb Państwa 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie, ul. Montelupich 3 i**

**2.1. Zaliczyć na poczet postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R.J. z siedzibą w Złotnikach, ul. Krzemowa 1 tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. Zasądzić od zamawiającego Skarb Państwa 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie, ul. Montelupich 3 na rzecz R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R.J. z siedzibą w Złotnikach, ul. Krzemowa 1 kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 2794/23**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu gastronomicznego zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2023/S 130-413953.

W dniu 13 września 2023 r. zamawiający w zakresie zadania nr 2 wybrał ofertę wykonawcy Packman spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łąjski.

W dniu 22 września 2023 r. wykonawca R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R.J. z siedzibą w Złotnikach, ul. Krzemowa 1 wniósł odwołanie w zakresie zadania 2. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył, w zadaniu nr 2, prawidłową ofertę. W ocenie odwołującego po wyeliminowaniu błędów zamawiającego wskazanych w tym odwołaniu oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, co może doprowadzić do uzyskania zamówienia objętego zadaniem nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Packman Sp. z o. o., pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Packman Sp. z o. o., pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a oferent ten nie złożył przekonujących wyjaśnień i żadnych dowodów uzasadniających zaferowaną cenę (oferent nie podał obowiązkowi należytego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny);

- art. 16 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości w trakcie prowadzenia przedmiotowego postępowania, polegające na tym, że zamawiający w piśmie z dnia 10 sierpnia 2023 r. (nr

wych. 18975/23) zażądał od Packman Sp. z o. o. dowodów wykazujących, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, po czym dowodów tych nie otrzymał, zupełnie na fakt ten nie reagując i kontynuując czynności w postępowaniu, co budzi uzasadnione wątpliwości co do zachowania zasad określonych w art. 16;

- art. 16 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Packman Sp. z o. o., podczas gdy informacje te nie powinny być utajnione.

Wniósł o:

uwzględnienie odwołania i

- nakazanie zamawiającemu odtajnienia całości wyjaśnień wykonawcy Packman Sp. z o. o., ul. Przemysłowa 4, 05-119 Łąski, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożonych przez tegoż wykonawcę w dniu 16 sierpnia 2023 r.;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, z jednoczesnym odrzuceniem oferty Packman Sp. z o. o., ul. Przemysłowa 4, 05-119 Łąski,

- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący nie zna treści kalkulacji ceny zaoferowanej przez Packman Sp. z o. o., gdyż kalkulacja ta została utajniona. Odwołujący jest jednak przekonany, że cena niższa o 73,11 % od kwoty przeznaczonej na zadanie nr 2 (zaoferowano 250.108,20 zł, a przeznaczono na zamówienie 930.000,00 zł) jest nierealna gospodarczo.

Zamawiający, wobec treści art 224 ust. 2 ustawy był do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający, w piśmie z dnia 10 sierpnia 2023 r. (nr wych. 18975/23) zażądał od Packman Sp. z o. o. złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, przez wskazanie czy oferta przedłożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wezwaniu żądanie „w tym złożenia dowodów” podkreślono. Reakcja zamawiającego była początkowo prawidłowa, zgodna z zasadami wyjaśniania rażąco niskiej ceny określonymi w doktrynie i orzecznictwie, i tak: wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2023 r. o sygn. KIO 824/23, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2022 r. o sygn. KIO 220/22. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia i kalkulację ceny ofertowej (utajniony załącznik nr 1 do pisma Packman Sp. z o. o. z dnia 16 sierpnia 2023 r.), nie otrzymał natomiast żadnych dowodów kalkulację tę popierających – jak wskazuje treść samych wyjaśnień. Niezrozumiałym jest dlaczego zamawiający brak udowodnienia kalkulacji zupełnie zbagatelizował. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przedstawione przez Packman Sp. z o. o. są niemerytoryczne, pobieżne, pozbawione koniecznych szczegółów. Tym samym oferent Packman Sp. z o. o. nie podolał obowiązkowi udowodnienia braku rażąco niskiej ceny. Oferent ten nie powinien być też ponownie wzywany do przedkładania dalszych dowodów – powinny być one przedstawione w piśmie z dnia 16 sierpnia 2023 r. (o konieczności udowodnienia swojego stanowiska oferent ten wiedział – na ostatniej stronie swojego pisma z dnia 16 sierpnia 2023 r. wskazał: „Z uwagi na daleko posuniętą ostrożność wskazujemy, że w przypadku konieczności uzupełnienia naszych wyjaśnień zasadne jest powtórne wezwanie nas do wyjaśnienia ceny.” oraz „Jeśli zamawiający chciałby pozyskać dodatkowe informacje co do wyceny naszej oferty chętnie ich udzielimy.”). Wobec czego oferta Packman Sp. z o. o. powinna zostać odrzucona.

Ewentualnie, przyjmując interpretację możliwie korzystną dla tegoż oferenta, zamawiający powinien ponownie wezwać go do udowodnienia wyjaśnień (konsekwentnie, zgodnie z żądaniem zawartym w piśmie zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2023 r.). Zamawiający zaniechał ponownego wezwania – co jest zachowaniem niekonsekwentnym, budzącym uzasadnione wątpliwości. Nadto jest to zachowanie prowadzące wyjaśnienie rażąco niskiej ceny do zaledwie oświadczenia oferenta, a takie działanie jest nieprawidłowe, co potwierdza stosowne orzecznictwo: wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2023 r. o sygn. KIO 880/22. Odnosząc się do samej warstwy merytorycznej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przedstawionych przez Packman Sp. z o. o., odwołujący wskazał, że poprzestano na dwóch argumentach – zakupach bezpośrednio od producenta oraz zakupach produktu w dużej ilości. Argumenty te przystają do każdego dostawcy tego rodzaju produktów, w tym również do odwołującego, i nie wyjaśniają tak naprawdę niczego. W wyjaśnieniach nie wskazano poziomu osiąganego zysku (chyba że w utajnionej części), choć można było (bez narażenia żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa) przedstawić procentowy udział zysku w zaoferowanej cenie, procentowy udział kosztów pozyskania/zakupu towarów, procentowy udział kosztów związanych z realizacją zamówienia (takich jak cła, transport, pakowanie, certyfikowanie, koszty załadunku, rozładunku u zamawiającego, koszty przygotowania oferty, koszty ubezpieczenia, koszty obsługi bankowej, koszty magazynowania, koszty odprawy na granicy, koszty pracowników obsługujących zamówienie, itp.). W ocenie odwołującego tak sformułowane wyjaśnienia są zdecydowanie niewystarczające i zamawiający nie powinien ich zaakceptować.

Oferent Packman Sp. z o. o. zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, kalkulację cenową – stanowiącą załącznik nr 1 do pisma stanowiącego wyjaśnienie rażąco niskiej ceny datowanego na dzień 16 sierpnia 2023 r. Zamawiający zaakceptował to zastrzeżenie. W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego była błędna – oferent Packman Sp. z o. o. nie wykazał i nie uzasadnił przekonująco zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego

zastrzeżeniu mogłyby podlegać takie informacje jak: dane producenta, umowa z tymże producentem, przedstawiając na to dowody. Nie powinna natomiast podlegać zastrzeżeniu sama kalkulacja cenowa – prowadzi to do niemożliwości weryfikacji gospodarczej realności ceny, tym samym jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zaoferowana cena może być nawet ceną poniżej kosztów pozyskania/wytworzenia towaru, czego weryfikacja nie jest możliwa. Wydaje się, że zamawiający zbyt pobieżnie dopuścił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, popełniając po raz kolejny błąd polegający na poprzestaniu wyłącznie na oświadczeniu Packman Sp. z o. o. (który to oferent w żaden sposób nie udokumentował i nie udowodnił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest konieczne). Działanie zamawiającego wydaje się być też sprzeczne z przyjętym w orzecznictwie modelem postępowania w analogicznych sytuacjach, i tak: wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r. o sygn. KIO 1195/23, wyrok KIO z dnia 31 marca 2023 r. o sygn. KIO 708/23; wyrok KIO z dnia 29 marca 2023 r. o sygn. KIO 717/23; wyrok KIO wyrok z dnia 31 marca 2023 r. o sygn. KIO 701/23.

W dniu 22 września 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 25 września 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Packman spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łajski. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu przystępującego, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

Przystępujący wskazał, że Packman ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty Packman jako oferty najkorzystniejszej (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13.09.2023 r.) w odniesieniu do zadania nr 2, gdyż zgodnie z oceną zamawiającego oferta Packman odpowiada wymogom określonym w przepisach oraz specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) oraz zgodnie z kryterium wyboru – cena- spełnia 100% wymagań. Oferta odwołującego została oceniona przez zamawiającego i przyznane zostały jej 24, 25 punkty, podczas gdy Packman przyznane zostało 100 punktów. Treść odwołania bezpośrednio dotyczy interesu Packman, gdyż ewentualne uwzględnienie odwołania będzie miało bezpośredni i negatywny wpływ na sytuację Packman- tj. uniemożliwiłoby Packman realizację zamówienia publicznego i narażałoby Packman na straty natury finansowej i wizerunkowej, gdyż Packman działał w dobrej wierze w oparciu o dokonany wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego i podjął działania, które mają znaczący wymiar finansowy. W związku z czym interes w rozstrzygnięciu postępowania zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego jest dla Packman uzasadniony i z tego względu przystąpienie Packman do postępowania powinno być uwzględnione.

Podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne zarówno z prawnego, jak i faktycznego punktu widzenia – tym samym nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków odwołującego. Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie i wybrał najkorzystniejszą ofertę nie naruszając w tym żadnych przepisów, w szczególności przepisów ustawy. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Podniesione w odwołaniu kwestie skupiają się na 2 aspektach:

- a) Rażąco niskiej cenie;
- b) Tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rażąca niska cena Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Zamawiający wezwał w dniu 10.08.2023 r. Packman do wyjaśnienia dot. ceny zamówienia (zadania nr 1 oraz zadania nr 2). W dniu 16.08.2023 r. Packman przesłał zamawiającemu wyjaśnienia, na które składało się pismo oraz Załącznik nr 1 – który przedstawiał kalkulację wszystkich kosztów ze wskazaniem na poszczególne kategorie.

Załącznik nr 1 obejmujący kalkulację został zastrzeżony przez Packman jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK. W związku z czym główne pismo otrzymali inni wykonawcy, w tym odwołujący, a załącznik nr 1 – kalkulację – jedynie zamawiający. Packman dodatkowo zastrzegł, że jeżeli zamawiający będzie potrzebował dalszych wyjaśnień lub uzupełnienia – jak najbardziej może je dostarczyć. Zamawiający nie zwrócił się do Packman o żadne dodatkowe informacje i nie podważył żadnych informacji przekazanych przez Packman, a wybierając ofertę Packman jako najkorzystniejszą uznał bezsprzecznie, że wyjaśnienia Packman były w pełni wystarczające i prawidłowe. Przystępujący powołał wyrok KIO z dnia 24 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1090/23, wyrok KIO z dnia 22 maja 2023 r. (sygn. 1166/23). To zamawiający ocenia czy wyjaśnienia były dostateczne i zgodne z wezwaniem i przepisami PZP. Packman w kalkulacjach ujął wszystkie pozycje kosztowe i wskazał relację ceny, kosztów i zysku. Wykazując jednoznacznie, że jest przewidywany zysk w określonej kwocie. W swoich wyjaśnieniach Packman wskazał, że powodem ceny jest zakup produktów bezpośrednio od producenta, a także wielkość zamówienia (ilość produktów). Ponadto Packman w ten sposób zorganizował transport zamówionych towarów, aby cena realizacji usługi transportu była jak najniższa (towar będący zamówieniem wynikającym z zadania nr 2 będzie transportowany również z innymi towarami, co znacząco

obniża cenę transportu). W związku z powyższym nie można w żaden sposób stwierdzić, z czym zgadza się zamawiający, że oferta Packman ma określoną rażąco niską cenę. Ponadto gdyby wyjaśnienia Packman były według zamawiającego niekompletne wówczas w każdej chwili mógł on wezwać Packman do uzupełnienia. Powołał wyrok KIO z 12 maja 2014 r. (KIO 785/14).

Zamawiający jednak podjął inną decyzję, zgodną z przepisami ustawy oraz zgodną ze stanowiskiem Packman i uznał, że wyjaśnienia są wystraszające i prawidłowe. Packman oświadcza, że posiada dokumenty potwierdzające kalkulacje ujęte w Załączniku nr 1, przy czym stanowią one, tak jak treść Załącznika nr 1 – tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tych samych powodów co treść Załącznika nr 1 (uzasadnienie jest w punkcie b) poniżej). Jednym z dokumentów jest chociażby faktura proforma, która potwierdza cenę towaru stanowiącego zamówienie wynikające z zadania nr 2, dodatkowo zawiera ona również cenę innego zamówienia na inny towar (łącznie na jednej fakturze) (Załącznik nr 4 – faktura proforma – tajemnica przedsiębiorstwa). W związku z czym Załącznik nr 4 do pisma nie został wysłany do odwołującego jako, że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Packman, a został bezpośrednio wysłany zamawiającemu (jako dokument niejawnny przez platformę).

Tajemnica przedsiębiorstwa - Packman zastrzegł wyraźnie w wyjaśnieniach z dnia 16.08.2023 r. dotyczących rażąco niskiej ceny, że załącznik nr 1 stanowiący kalkulację kosztów stanowi informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a także uzasadnił dlaczego treść załącznika nr 1 stanowi takie informacje. Zastrzeżenie informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jest umotywowane:

- 1) istotną wartością gospodarczą tych informacji (jaka jest kalkulacja ceny, jaka cena jest ustalona u producenta itd.)
- 2) negatywnym wpływem ujawnienia tych informacji na konkurencyjność;
- 3) wskazaniem przez informacje na poziom kosztów Packman, a więc umożliwieniem na ich podstawie żądania obniżenia ceny przy innych postępowaniach – co negatywnie będzie wpływać na zyski i działalność gospodarczą Packman;
- 4) przedstawieniem sytuacji finansowej Packman oraz prognozowanych zysków – o których wiedzą jedynie bardzo nieliczne osoby w Packman (zarządzające Packman)- co ma bezpośredni wpływ na działalność Packman;
- 5) tym, że informacje te mogą służyć innemu podmiotowi w celu podjęcia skutecznej współpracy z dostawcą/producentem Packman przez zaoferowanie lepszych warunków współpracy i tym samym bardzo negatywny wpływ na działalność Packman przez potencjalne pozbawienie współpracy na rzecz Packman lub znacznego pogorszenia warunków współpracy.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ze względu na wskazane powyżej powody, które zostały przedstawione zamawiającemu, zamawiający uznał, że treść załącznika nr 1 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Packman. Ponownie to zamawiający ocenia czy uzasadnienie danego wykonawcy co do tego, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest wystarczające. Packman w całości podtrzymuje swoje stanowisko ujęte w wyjaśnieniach z dnia 16.08.2023 r. oraz decyzję zamawiającego zachowującą informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzuty odwołującego i ich uzasadnienie nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności stwierdzenie odwołującego, że choć nie zna on treści kalkulacji (załącznik nr 1) to według niego jest to nierealna gospodarczo kwota. Nie sposób zaakceptować stanowiska odwołującego, który ocenia ofertę i wyjaśnienia Packman, co należy do roli zamawiającego, stawiając opinię, że jest ona nierealna gospodarczo. Pozostałe zarzuty również opierają się na bezzasadnej krytyce oceny zamawiającego w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 16.08.2023 r. przedstawionych przez Packman, które jak już było wspomniane powyżej nie muszą zostać sporządzone wedle jakiegoś jednolitego wzoru, gdyż taki nie istnieje, a jeżeli wyjaśnienia spełniły wymagania zamawiającego, co miało miejsce w tej sytuacji, zostały one przyjęte i stanowiły podstawę wyboru oferty Packman jako najkorzystniejszej. W ocenie Packman nie zostały naruszone żadne przepisy ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a zatem odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i powinno zostać w całości oddalone.

W dniu 4 października 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. podnosząc dalsze twierdzenia jak w treści uzasadnienia;
3. oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania według norm przepisanych wraz ze zwrotem poniesionych kosztów dojazdu celem stawiennictwa na posiedzeniu i rozprawie.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2023 roku zamawiający skierował do wykonawcy (przystępujący) — Packman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, poprzez wskazanie czy oferta przedłożona przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa sprzętu

gastronomicznego, nr sprawy 129/2023/D nie zawiera rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedstawił wyjaśnienie ceny oferty, dołączając kalkulację kosztów i zastrzegając, że załącznik ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał wyjaśnienia Packman Sp. z o.o. za przekonywujące, a następnie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Zadanie numer 2 dotyczy tac jednorazowych biodegradowalnych do spożywania posiłków (z minimum 6 przegrodami).

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Packman Sp. z o.o. Z zarzutem tym nie zgadza się zamawiający. Pomimo, iż zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w sposób jawny, to jednak w sytuacji, gdy wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, reguła ta może zostać ograniczona.

Biorąc pod uwagę poczynione przez przystępującego zastrzeżenie, zamawiający dokonał oceny i weryfikacji tego, czy przedstawione w załączniku numer 1 informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający uznał, że kalkulacja kosztów, w tym nie tylko podanie konkretnych kwot przez Wykonawcę, ale także zestawienie składników, na podstawie których kwoty te zostały przedstawione stanowi informacje, które mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że pismo z dnia 16 sierpnia 2023 roku wraz z załącznikiem stanowi nie tylko uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również wyjaśnienia w zakresie ceny. W ocenie zamawiającego wykonawca wykazał łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.:

1) informacje mają wartość gospodarczą — w tym zakresie przystępujący wskazał, że ceny jakie uzyskuje u producenta mogłyby wpłynąć niekorzystnie na konkurencyjność jego działalności, w tym w szczególności:

- ujawnienie poziomu kosztów i możliwość obniżenia ceny w innych postępowaniach;

- kondycja finansowa i prognozowane zyski co mogłoby powodować na podjęcie przez inne podmioty współpracy z dostawcą przystępującego poprzez zaoferowanie lepszych warunków;

2) informacje te nie są powszechnie znane — przystępujący ograniczył dostęp do tych informacji jedynie do osób zarządzających spółką i do producenta;

3) uprawniony do korzystania z informacji podjął działania w celu utrzymania tych informacji w poufności — przystępujący wskazał, że zawarł z producentami umowy o współpracy, które zastrzegają tajemnicę przekazywanych informacji, a ponadto osoby w przedsiębiorstwie, które posiadają dostęp do tych informacji, zobowiązane są do zachowania poufności.

Zamawiający uznał, że wprawdzie sama kalkulacja ceny, bez szczegółów dotyczących np. producenta opakowań prawdopodobnie nie stanowiłaby tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże, w ramach przedmiotowego postępowania wykonawca Packman Sp. z o.o. wskazywał m.in. producenta tac gastronomicznych, a także inne szczegóły, które prowadziły do uznania, że zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający doszedł do takich wniosków m.in. mając na uwadze orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 roku, sygn. KIO 413/23

Zamawiający rozważył ponadto okoliczność czy kalkulacja przedstawiona przez Packman Sp. z o.o., jako dokument wytworzony przez wykonawcę może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie, z uwagi na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uznał, że wytworzony przez wykonawcę dokument może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, przede wszystkim ze względu na metodykę wyliczania ceny, która może stanowić o konkurencyjności firmy na danym rynku, a także na posiadane przez przedsiębiorcę know-how, które pozwala mu na kalkulację ceny na danym poziomie. Powołał wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2023 roku, sygn. KIO 708/23.

Packman Sp. z o.o. w piśmie z dnia 16 sierpnia 2023 roku — Wyjaśnienia ceny oferty, w zakresie odnoszącym się do tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazał uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji zawartych w kalkulacji cenowej oraz omówił z jakich powodów i na jakiej podstawie uznaje, że wskazane tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego zastrzeżenie to było dokonane w sposób wyraźny, skonkretyzowany i nie budzący wątpliwości. Przystępujący nie ograniczył się wyłącznie do przywołania stosownej regulacji prawnej, czy też lakonicznych twierdzeń. Zamawiający uznał, że przedstawione w takiej formie argumenty są wystarczające i uznał, że wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, że ustawodawca nie posłużył się w tym kontekście sformułowaniem „udowodnił”, a jedynie „wykazał”. Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1410/19 W art. 8 ust. 3 p.z.p. nie ma mowy o "udowodnieniu", a "jedynie" o "wykazaniu", co oznacza, że każdorazowo w okolicznościach danej sprawy wymaga rozważenia, czy złożenie dowodu/dowodów jest niezbędne. Ustawodawca dopuszcza w tym zakresie odpowiednią elastyczność, pod warunkiem jednak, że zostanie osiągnięty cel tej regulacji, a więc skuteczne wykazanie przez wykonawcę faktycznego

istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie wskazała KIO w wyroku z dnia 3 marca 2020 r., sygn. KIO 330/20., w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 roku, sygn. KIO 649/23 Zamawiający wziął także wzięć pod uwagę okoliczność, że cena odwołującego jest kilkakrotnie wyższa niż cena wskazana przez przystępującego wskazuje, że informacje zastrzeżone przez Packman Sp. z o.o. mogą mieć istotną wartość gospodarczą.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył art. 16 w zw. z art. 224 ustawy przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości w trakcie prowadzenia przedmiotowego postępowania, polegające na tym, że zamawiający w piśmie z dnia 10 sierpnia 2023 roku zażądał od Packman Sp. z o.o. dowodów wykazujących, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, po czym dowodów tych nie otrzymał, a mimo to kontynuował czynności w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że treść wezwania odpowiada treści art. 224 ust. 1 ustawy. W tym zakresie zamawiający nie wskazywał jakie konkretnie treści (dokumenty, oświadczenia, kalkulacje) ma przedstawić wykonawca i posiłkował się wyłącznie na normie wskazanej w art. 224 ust. 1. W konsekwencji przesłanych wyjaśnień wraz z załącznikiem zamawiający doszedł do wniosku, że wyjaśnienia są przekonywujące, a podana w ofercie cena jest realna i niezaniżona. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że same wyjaśnienia w tej kwestii można uznać za wystarczające. W szczególności w tym zakresie wskazać można na wyrok z dnia 15 maja 2023 roku, sygn. KIO 1191/23.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie, oprócz wyjaśnień wykonawca przedłożył także kalkulację, która podlegała szczegółowej analizie przez zamawiającego. Na podstawie wyjaśnień oraz przedłożonej kalkulacji zamawiający uznał, że Packman Sp. z o.o. podolał obowiązkowi i wykazał, że cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska. W komentarzu do art. 224 ustawy wskazano Z braku definicji dowodu należy przyjąć, że będzie to każdy dokument, opinia, oświadczenie strony (te rodzaje dowodów są przykładowo wymienione w art. 583 ustawy i nie sposób odmówić wykonawcy posługiwania się nimi także w relacjach z zamawiającym). Wykonawca, odpowiadając na wezwanie, musi natomiast przedstawić przede wszystkim wyjaśnienia, gdyż ich niezłożenie skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z ust. 6. Niezłożenie dowodów może natomiast być przyczyną uznania, że wykonawca nie podolał obowiązkowi wykazania realności ceny, a to jego obciąża taki obowiązek. Jeśli jednak złożone same wyjaśnienia okażą się wystarczające do przyjęcia, że cena jest skalkulowana prawidłowo, to niezłożenie dokumentów nie wywoła żadnego negatywnego skutku dla wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że oferta złożona przez Packman Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, wskazując w uzasadnieniu, że cena niższa o 73,11% od kwoty przeznaczonej na zadanie nr 2 jest nierealna gospodarczo. Zamawiający, przed wyborem oferty Packman Sp. z o.o. dokonał jednak analizy w tym zakresie i uznał, że jest to cena osiągalna. Zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 roku.

W przedmiotowej sprawie do zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

- 1) Konrad Burczyński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Konrad Burczyński Corrado — cena 227.181,61 zł — oferta odrzucona — cena jednostkowa netto 1,09 zł
- 2) Packman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością cena 250.108,20 zł - cena jednostkowa netto 1,20 zł
- 3) R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R. J. — cena 1.031.696,33 zł - cena jednostkowa netto 4,95 zł

Dwie oferty były więc zbliżone do siebie cenowo, zaś trzecia oferta zawierała cenę zdecydowanie wyższą od pozostałych dwóch (różnica pomiędzy tymi ofertami wynosi w stosunku do średniej cen złożonych ofert 4,55%). Dodatkowo wskazać należy, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczać na sfinansowanie zadania jest niższa niż oferta odwołującego, a zamawiający nie posiada zabezpieczonych środków finansowych na takim poziomie. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności wątpliwym wydaje się także interes prawny odwołującego w uzyskaniu pozytywnego rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Zamawiający już w trakcie szacowania wartości zamówienia natrafił na problem związany z brakiem takich tac na polskim rynku producentów i importerów tac biodegradowalnych. Z uwagi na powyższe zamawiający w dużej mierze oparł szacunek o informacje uzyskane z azjatyckich stron zakupowych, gdzie rozpiętość cenowa produktów mieściła się w granicy od 1 zł do 7,5 zł za jedną tacę. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę na koszty związane z ewentualnym transportem tac do Polski.

Po wpłynięciu ofert zamawiający w pierwszej kolejności podjął ponowne czynności w celu wyjaśnienia rozbieżności cenowych, zwłaszcza mając na uwadze, że dwie z trzech ofert zawierały ceny znacznie niższe niż trzecia oferta. Zamawiający dokonał ponownego sprawdzenia cen tego typu produktu. Ceny w tym okresie spadły, a koszt zakupu jednej tacy rozpoczął się od kwoty 13 groszy za sztukę. Zamawiający nie miał jednak możliwości dokładnej weryfikacji ceny, ponieważ ostateczna kwota w przeważającej części była zależna od ilości zamówionych produktów oraz organizacji transportu.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że zmiany kalkulacji cen mogą wynikać dodatkowo z regulacji prawnych, w tym w szczególności w związku z wejściem w życie w dniu 24 maja 2023 roku części przepisów wprowadzających do polskiego porządku prawnego tzw. „dyrektywę plastikową” Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/904 z

dnia 5 czerwca 2019 roku w sprawie zmniejszenia wpływu niektórych produktów z tworzyw sztucznych na środowisko. Okoliczności te nie zostały wzięte pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia. Wprawdzie regulacja dotyczyła wyłącznie produktów z tworzyw sztucznych, jednak mogła mieć ona wpływ na wszelkiego rodzaju opakowania jednorazowe.

Zamawiający zwrócił również uwagę na asortyment oferowany na stronie wykonawcy, którego odbiorcami najprawdopodobniej są restauracje i inne punkty gastronomiczne. Wprawdzie na stronie internetowej wykonawcy nie ma produktów, które odpowiadałyby wymaganiom stawianym przez zamawiającego (tzn. brak identycznych produktów), jednak mając na uwadze inne produkty oferowane przez Packman Sp. z o.o. wskazana cena jawiła się jako realna. Jako przykład można wskazać talerz biodegradowalny z trzciny cukrowej — trójdzielnny, którego cena przy zakupie 50 sztuk wynosi około 45 groszy. Mając na uwadze skalę zamówienia — 169.450 sztuk w ramach niniejszego postępowania, zamawiający przyjął, że cena 1.20 zł netto za jedną sztukę tacek nie koniecznie jest kwotą nierealną.

Mając jednak na uwadze szczególnie zasady jakie obowiązują zamawiającego przy dysponowaniu środkami publicznymi, brak informacji o kalkulacji ceny (w tym m.in. kalkulacji transportu) a także treść art. 224 ustawy, zamawiający wezwał Packman Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień. Zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 roku, sygn. KIO 901/23. W tej sprawie trudno wprawdzie oczekiwać od odwołującego szczegółowych wyliczeń w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, jednakże ograniczenie się przez niego do nieopartego niczym stwierdzenia nie pozwala żadnej ze stron odniesienia się w sposób kompleksowy do tych uwag.

Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień zamawiający uznał, że Packman Sp. z o.o. wskazał cenę, która ma charakter rynkowy i została określona powyżej poziomu kosztu realizacji zamówienia oraz uwzględniła warunki określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W szczególności kalkulacja przedstawiona przez przystępującego pozwala na przyjęcie, że poczynione wyliczenia są realne i mogą wynikać z bliskich stosunków z producentem, zakupem produktów w dużej ilości i ograniczeniami kosztów dostawy produktów. Wyjaśnienia wskazują także na skalkulowanie rezerwy z tytułu ryzyka pojawienia się nieprzewidzianych niesprzyjających okoliczności w realizacji zamówienia oraz kwotę oszacowaną na podstawie wcześniejszego doświadczenia w realizacji innych podobnych prac kwotą związaną z ogólnymi kosztami prowadzenia działalności. Packman Sp. z o.o. wziął pod uwagę także zysk. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 roku, sygn. KIO 810/23, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2023 roku, sygn. KIO 266/23. Po przeanalizowaniu wyjaśnień wraz z kalkulacją kosztów, zamawiający uznał, że nie ma wątpliwości, iż Packman Sp. z o.o. ma możliwość zrealizowania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, co skutkowało wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. wniosku o wszczęcie postępowania, SWZ wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez przystępującego ceny, udzielonych wyjaśnień wraz z załącznikiem nr 1 – kalkulacją cenową, wezwania do wyjaśnień treści oferty i udzielonych wyjaśnień.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wyszacował wartość zadania 2 na kwotę 929 985,66 zł. brutto.

W zadaniu 2 zamawiający zamawiał tacę żołnierską jednorazową biodegradowalną do spożywania posiłków w ilości 169 450 sztuk i oczekiwał podania oferowanego modelu i producenta oraz ceny jednostkowej netto, wartości netto, stawki VAT i wartości brutto.

W zadaniu 2 wpłynęły 3 oferty na kwoty:

Konrad Buczyński Corrado – 227 181,62 zł. (po poprawie omyłki)

Przystępującego – 250 108, 20zł.

Odwołującego 1 031 696,33zł.

W dniu 14 sierpnia 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, przez wskazanie czy oferta przedłożona przez wykonawcę w zakresie zadania nr 1 oraz zadania nr 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zaoferowana przez ceną za realizację; zadania nr 2

- jest niższa o 73,11% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. kwoty: 929 985,66 zł;

- jest niższa o 50,28% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10;

Wobec powyższego zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie zaoferowanych za realizację zamówień cen.

Ważnym jest określenie, czy całkowita wartość oferty w zakresie ww. zadań zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania całości poszczególnych zadań, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SWZ. Istotnym

jest, aby wykonawca udowodnił czy przedstawione w ofercie kwoty przeznaczone na realizację zamówień, są kwotami realnymi, pozwalającymi na realizację zamówień z należytą starannością. Czy nie pozwoli na realizację przedmiotów zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, co może skutkować brakiem wygenerowania zysku, wykonawca zobowiązany jest do wskazania, co spowodowało obniżenie cen, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na ich obniżenie.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków realizacji dostaw;
- 2)oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- 3)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;
- 4)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej);
- 5)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienia wraz z dowodami należy przesłać w postaci elektronicznej, w nieprzekraczalnym terminie do 16.08.2023 r.

W dniu 16 sierpnia 2023 r. przystępujący wyjaśnić:

- oświadczamy, iż cena wskazana w naszej ofercie ma charakter rynkowy, została określona powyżej poziomu kosztu realizacji zamówienia oraz uwzględnia wszelkie warunki i wymagania zamawiającego wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1121/14): „rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia”. W dalszej części wyjaśnień wykażemy, iż cena naszej oferty została rzetelnie skalkulowana i jest adekwatna do zakresu przedmiotu zamówienia.

• Kalkulacja kosztów W załączeniu przedstawiamy kalkulację kosztów dla zamówienia stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszych wyjaśnień. Jednocześnie zastrzegamy, że wskazany załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych nie może być ujawniony (uzasadnienie przedstawiamy na końcu pisma).

Kalkulacja zawiera wyszczególnienie kosztów wszystkich istotnych świadczeń wykonawcy wymaganych do należytego zrealizowania zamówienia tj. zakupu produktów, transportu oraz obsługi realizacji zamówienia. Dodatkowo założono odpowiednią rezerwę z tytułu ryzyka pojawienia się nieprzewidzianych niesprzyjających okoliczności w realizacji zamówienia oraz oszacowano na podstawie wcześniejszego doświadczenia w realizacji innych podobnych prac kwotę związaną z ogólnymi kosztami prowadzenia działalności. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 29 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2146/16): „W przypadku dostaw realizowanych przez podmioty będące firmami dystrybucyjnymi - na oferowaną cenę nie mają wpływu oszczędności w metodzie wykonania, oryginalność projektu, ani wybrane rozwiązania techniczne. Wykonawca pośredniczący w handlu między zamawiającym a producentem, czy kolejnymi ogniwami obrotu

- powinien wykazać i udokumentować zdolność nabycia tego towaru za oznaczoną cenę, która po dodaniu dalszych udokumentowanych kosztów logistycznych i marży

- może potwierdzać prawidłową kalkulację ceny oferty”.

W ten sposób postąpiliśmy przedstawiając i dokumentując koszt zakupu urządzeń u producentów (oferty producentów dostarczanych produktów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i na podstawie z art. 8 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych nie mogą być ujawnione zgodnie z uzasadnieniem zawartym na końcu pisma) oraz innych obowiązków wykonawcy.

• Zysk Różnica pomiędzy wskazanymi kosztami, a ceną ofertową stanowi nasz planowany zysk. Jednocześnie pragniemy wskazać, iż przewidywany zysk nie jest wartością sztywną. W razie wystąpienia nieprzewidzianych kosztów zysk ten po prostu ulegnie zmniejszeniu. Stanowi dodatkową rezerwę i zabezpieczenie na wypadek wystąpienia nieprzewidzianych utrudnień w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym nawet w przypadku ewentualnego wzrostu kosztów cena ofertowa nie stanie się rażąco niska, gdyż taki charakter ma tylko cena, która nie pokrywa kosztów, a nie taka, która przynosi niski zysk lub pozwala jedynie na pokrycie kosztów bez zapewnienia zysku. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2014 r. (KIO 3012/13) „Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.”

• Czynniki wpływające na korzystny poziom ceny

Nasza przewaga konkurencyjna nad innymi dostawcami wynika z bliskich stosunków z producentami dostarczany produktów.

- zakup bezpośrednio od producenta,
- zakup produktu w dużej ilości,

Zamawiane pozycje zamawiamy bezpośrednio od producenta

Spełnianie wymogów zamawiającego

Charakterystyka wszystkich oferowanych produktów została przez nas uzgodniona z producentami pod kątem spełniania wymagań zamawiającego.

- Porównanie ofert

Ceny oferowane w postępowaniu oraz budżet określony przez zamawiającego ilustruje poniższa tabela:

Zadanie nr 2 Złożone oferty, Cena, Różnica w stosunku do budżetu, Różnica w stosunku do średniej cen zamawiającego złożonych ofert

Nasza oferta 250108,20 73,11% 50,28%

Kolejna oferta 227 181,61 75,57% 54,83%

Kolejna oferta 1 031 696,33 -10,94% -105,11%

Budżet zamawiającego 930 000,00

Budżet zamawiającego oparty jest najprawdopodobniej na szacowaniu wartości zamówienia, pragniemy zwrócić uwagę, iż różnica znajduje łatwe uzasadnienie w okolicznościach przytoczonych w treści naszego pisma. Warto tu wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 sierpnia 2014 roku (sygn. akt KIO 1680/14): „Jak wynika z orzecznictwa dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejś z ofert.”

- Tajemnica przedsiębiorstwa

W związku z zastrzeżeniem treści załącznika nr 1 do niniejszych wyjaśnień zwracamy uwagę zamawiającego na możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa również informacji przekazywanych w ramach wyjaśnienia ceny oferty. Potwierdza to m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 848/13), gdzie stwierdzono: „Zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności weryfikacyjne w tym zakresie, i nie odtajnił złożonych przez przystępującego wyjaśnień w odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny oferty - stanowiących zasób chroniony i niepodlegający upowszechnieniu bez żadnych ograniczeń, zatem spełniający kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p.". Załącznik ten stanowi tajemnicę naszego przedsiębiorstwa z uwagi na istotną wartość gospodarczą takich informacji. Ujawnienie sposobu kalkulacji ceny oraz ceny jaką uzyskujemy u producentów podmiotom konkurencyjnym mogłoby wpłynąć niekorzystnie na konkurencyjność naszej działalności. Po pierwsze, informacje te wskazują na nasz poziom kosztów, a tym samym i możliwość obniżenia ceny w innych postępowaniach. Po drugie, informacje te pokazują naszą kondycję finansową i prognozowane przez nas zyski. Po trzecie, informacje te mogą służyć innemu podmiotowi w celu podjęcia skutecznej współpracy z naszym dostawcą przez zaoferowanie lepszych warunków współpracy. Informacje te nie są ujawniane do wiadomości publicznej. Oferta dotyczy jedynie tego postępowania, tak samo jak i kalkulacja, jednak wskazują one na generalny poziom naszych kosztów przy realizacji podobnych dostaw. Informacje te pozostają jedynie w dyspozycji osób zarządzających spółką i samego producenta. Dodatkowo jesteśmy związani z producentami umowami o współpracy, które zastrzegają tajemnicę przekazywanych informacji o charakterze handlowym. Również wszystkie osoby w naszym przedsiębiorstwie posiadające te informacje zobowiązane są do zachowania poufności. Informacje te, w sytuacjach takich jak niniejsza, są zawsze przekazywane z zastrzeżeniem konieczności zachowania poufności.

- Uwagi końcowe

Z uwagi na daleko posuniętą ostrożność wskazujemy, iż w przypadku konieczności uzupełnienia naszych wyjaśnień zasadne jest powtórne wezwanie nas do wyjaśnienia ceny. Nasze wyjaśnienia nie są ogólnikowe, lecz wskazują konkretne informacje. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 12 maja 2014 r. (KIO 785/14): „Wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny. Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania.” Zasada ta jest podtrzymana również w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, by wskazać jedynie na wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1021/17): „Celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej

kosztów. Jedyne przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień". Jeśli zamawiający chciałby pozyskać dodatkowe informacje co do wyceny naszej oferty chętnie ich udzielimy. Warto wskazać, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar ostatecznej oceny czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 21 sierpnia 2013 r. (KIO 1904/13) ocena zamawiającego musi być „rzetelna, oparta na faktach, umotywowana i przekonująca.” Taka ocena nie jest możliwa przez samo porównanie naszej ceny z ceną oferowaną w postępowaniu przez konkurencję. W naszym przekonaniu zaoferowana przez nas cena pozwala na rzetelne zrealizowanie zamówienia.

załącznik nr 1 – kalkulacja cenowa (zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa).

W dniu 21 sierpnia 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty

W złożonej ofercie w formularzu cenowym w zakresie zadania nr\_2 widnieje zapis:

Oferowany model, producent:

Taca żołnierska jednorazowa 6 komorowa, Packman Sp. z o. o. produkcja dla Packman Sp. z o. o.

W toku badania ofert zamawiający stwierdził, że na oficjalnej stronie internetowej firmy Packman Sp. z o. o. widnieje jedynie taca żołnierska jednorazowa 6 komorowa posiadająca indeks katalogowy KATT07296,

Z uwagi na brak opisu jej parametrów technicznych zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień potwierdzających, iż oferowany przez Państwa produkt w zakresie zadania nr 2: Taca żołnierska jednorazowa 6 komorowa, Packman Sp. z o. o. produkcja dla Packman Sp. z o. o. spełnia wymagania postawione przez zamawiającego w Załączniku nr 4 do SWZ Wymagania taktyczno-techniczne, ze szczególnym wskazaniem na parametry techniczne wyrobu, których Zamawiający wymagał, tj:

- Odporność na wodę i wilgoć z potraw w czasie 30 minut od serwowania
- Odporność termiczna,
- Struktura tacy,
- Czy taca posiada wzmocnienie na całym obwodzie w postaci wywinięcia obrzeża min 3-5 mm, które tworzy podstawę uchwytu dla konsumenta,
- Czy taca posiada na całym obwodzie rant o szerokości 5-10 mm,
- Czy taca posiada wyokrąglenie 0 promieniu minimum r15-30 mm na styku dna i ścianki bocznej naczynia,
- Czy taca posiada ścianki boczne każdego naczynia pod kątem rozwartym w stosunku do dna min 15 0' pojemności poszczególnych elementów,
- czy wyrób posiada atest (świadectwo jakości zdrowotnej) lub inny równoważny dokument w języku polskim oraz trwałe oznakowanie symbolem „do kontaktu z żywnością lub zgodnie z Rozporządzeniem (WE) 1935/2004, oraz nazwą producenta i bieżącym rokiem produkcji.

Dodatkowo, z uwagi na treść złożonego przez wykonawcę w formularzu cenowym oświadczenia „produkcja dla Packman Sp. z o. o.” — w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia zarówno w zakresie zadania nr 1 oraz 2 zamawiający wzywa do złożenia jednoznacznych wyjaśnień czy wymieniona w formularzu cenowym firma „Packman Sp. z o.o.” jest producentem oferowanych w tych zadaniach wyrobów. Wyjaśnienia należy złożyć do dnia 24.08.2023 r.

W dniu 23 sierpnia 2023 r. przystępujący wyjaśnił, że:

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 sierpnia 2023 r. wzywające do wyjaśnienia treści oferty oświadczamy, iż oferowana przez nas taca w zadaniu 1 spełnia wymagania zamawiającego wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaproponowana taca jest produkowana przez firmę Zhejiang Bosi Technology Co., Ltd pod nazwą „6 Compartment Lunch Tray Item No FTD061”. Wyrób jest produkowany dla Packman sp. z o.o. pod naszą nazwą Taca żołnierska jednorazowa 6 komorowa numer katalogowy kat 07296. Ofertowany model FTD061 można zobaczyć na stronie producenta pod linkiem [https://bosipacking.com/?list\\_37/129.html](https://bosipacking.com/?list_37/129.html)

Materiał wykonania - trzcina cukrowa

duża odporność na wilgoć - Odporna na wrzątek i olej o temperaturze 100°C do 30 min można używać w mikrofalówkach, zamrażarkach od -30 do + 180 °C w 100% biodegradowalne neutralna pod względem przenikania zapachu oraz smaku struktura jednolita – taca stabilna, sztywna, wykonana z jednego elementu kolor jasny wymiary zewnętrzne 220mm x 280 mm x 45mm. Na poniższym zdjęciu widać wywinięcie obrzeża 5mm, rant na całej szerokości 10mm,

wyokrąglenie r15-30mm oraz ścianki boczne pod kątem 25°.

Wyrób jest dopuszczony do kontaktu z żywnością, posiada deklarację zgodności wystawianą przez naszą firmę

Na opakowaniu zbiorczym oraz jednostkowym jest etykieta z symbolem „do kontaktu z żywnością”, rokiem produkcji, nazwą producenta.

Poniższe zdjęcie przedstawia pojemności poszczególnych elementów

Chciałbym poinformować, że w przypadku wątpliwości możemy przesłać próbkę powyższej tacki w celu dokładnego

porównania czy w pełni spełnia oczekiwania zamawiającego.

W zakresie zadania 2 tacka będzie wyprodukowana przez firmę Hessil sp. z o.o. na specjalne zamówienie dla Packman sp. z o.o. zgodnie z przekazanymi wymaganiami taktyczno-technicznymi zawartymi w zamówieniu.

Proces produkcji tacy został dokładnie dostosowany do spełnienia oczekiwań i wytycznych określonych w zamówieniu zgodnie ze specyfikacją techniczną. Wytworzenie formy do wytłaczania tac oraz czas produkcji został ustalony z producentem i zapewnia nam należyte wykonanie zamówienia określone przez zamawiającego.

Dodatkowo, wszelkie szczegóły dotyczące wyglądu, wymiarów i funkcjonalności są rygorystycznie przestrzegane, aby finalny produkt spełniał wszystkie oczekiwania zamawiającego.

W dniu 24 sierpnia 2023 r. przystępujący sprostował pierwotne wyjaśnienia:

Po przeanalizowaniu przesłanych wcześniej wyjaśnień „wyjaśnienia Wezwanie - pismo nr 19589.23” chciałbym skorygować pewne błędy występujące w piśmie. Niestety, zauważyłem, że w moich poprzednich wyjaśnieniach występuje błąd dotyczący omyłki w numeracji zadań. Proszę o przyjęcie poprawionej wersji poprzednich wyjaśnień, uwzględniającej tę korektę.

Oto poprawiona wersja wyjaśnień:

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 sierpnia 2023 r. wzywające do wyjaśnienia treści oferty oświadczamy, iż oferowana przez nas tacka w zadaniu 2 spełnia wymagania zamawiającego wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Model FTD061 jest to kod produktu producenta tacy, wyrób jest produkowany dla Packman sp. z o.o. pod naszą nazwą Taca żołnierska jednorazowa 6 komorowa numer katalogowy kat 07296.

Materiał wykonania - trzcina cukrowa

duża odporność na wilgoć - Odporna na wrzątek i olej o temperaturze 100°C do 30 min można używać w mikrofalówkach, zamrażarkach od -30 do + 180 °C

w 100% biodegradowalne neutralna pod względem przenikania zapachu oraz smaku struktura jednolita – tacka stabilna, sztywna, wykonana z jednego elementu kolor jasny wymiary zewnętrzne 220mm x 280 mm x 45mm. Na poniższym zdjęciu widać wywinicie obrzeża 5mm, rant na całej szerokości 10mm, wyokrąglenie r15-30mm oraz ścianki boczne pod kątem 25°.

Wyrób jest dopuszczony do kontaktu z żywnością, posiada deklarację zgodności wystawianą przez naszą firmę

Na opakowaniu zbiorczym oraz jednostkowym jest etykieta z symbolem „do kontaktu z żywnością”, rokiem produkcji, nazwą producenta.

Poniższe zdjęcie przedstawia pojemności poszczególnych elementów

Chciałbym poinformować, że w przypadku wątpliwości możemy przesłać próbkę powyższej tacki w celu dokładnego porównania czy w pełni spełnia oczekiwania zamawiającego.

W zakresie zadania 1 tacka będzie wyprodukowana na specjalne zamówienie dla Packman sp. z o.o. zgodnie z przekazanymi wymaganiami taktyczno-technicznymi zawartymi w zamówieniu.

Proces produkcji tacy został dokładnie dostosowany do spełnienia oczekiwań i wytycznych określonych w zamówieniu zgodnie ze specyfikacją techniczną. Wytworzenie formy do wytłaczania tac oraz czas produkcji został ustalony z producentem i zapewnia nam należyte wykonanie zamówienia określone przez zamawiającego.

Dodatkowo, wszelkie szczegóły dotyczące wyglądu, wymiarów i funkcjonalności są rygorystycznie przestrzegane, aby finalny produkt spełniał wszystkie oczekiwania zamawiającego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła Packman spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łajski w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Packman Sp. z o. o., pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Packman Sp. z o. o., pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a oferent ten nie złożył przekonujących wyjaśnień i żadnych dowodów uzasadniających zaoferowaną cenę (oferent nie podał obowiązkowo należytego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości w trakcie prowadzenia przedmiotowego postępowania, polegające na tych, że zamawiający w piśmie z dnia 10 sierpnia 2023 r. (nr wych. 18975/23) zażądał od Packman Sp. z o. o. dowodów wykazujących, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, po czym dowodów tych nie otrzymał, zupełnie na fakt ten nie reagując i

kontynuując czynności w postępowaniu, co budzi uzasadnione wątpliwości co do zachowania zasad określonych w art. 16

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. W sprawie bezsporne jest, że uczestnik w dniu 16 sierpnia 2023 r. złożył wyjaśnienia na wezwania zamawiającego dotyczące wyjaśnienia realności ceny zaoferowanej w postępowaniu i samych wyjaśnień nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast do wyjaśnień dołączył kalkulację cenową jako załącznik nr 1, który był objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba po uważnej lekturze złożonych wyjaśnień wraz z załączoną kalkulacją doszła do następujących wniosków:

- wprawdzie wyjaśnienia zostały opatrzone datą 16 sierpnia 2023 i adresowane są do zamawiającego oraz podają nazwę i numer postępowania, to jednak ich lektura nastrocza uzasadnionych wątpliwości czy wyjaśnienia te faktycznie dotyczą tego postępowania, gdyż:

- odwołują się do art. 8 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych – przy wskazaniu, że pewne informacje będą objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Z tego można wyciągnąć wniosek, że są to wyjaśnienia składane w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 poz. 1843), gdyż wówczas art. 8 ust. 3 dotyczył możliwości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, a w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2023 poz. 1605) czyli obecnie obowiązującej art. 8 ust. 3 ustawy dotyczy sposobu obliczania terminów, natomiast o możliwości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi art. 18 ust. 3 ustawy. Nie można w tym przypadku mówić o zwykłej omyłce pisarskiej, gdyż przystępujący jest w tym błędzie konsekwentny na str. 1 jak i na 2 wyjaśnień, nadto orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przytoczone przez odwołującego, to wszystko orzeczenia zapadłe na gruncie ustawy z 2004 r. i są to sygn. akt KIO 1121/14, KIO 2146/16, KIO 3012/13, KIO 1680/14, KIO 848/13 KIO 785/14, KIO 1021/17 oraz KIO 1904/13. Przy czym Izba zwraca uwagę, że o ile można mówić o pewnej ciągłości orzeczeń w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, bo treść art. 8 ust. 3 ustawy z 2004 i 18 ust. 3 ustawy z 2019 jest w zasadzie tożsama za wyjątkiem określenia momentu zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to już w przypadku rażąco niskiej ceny nie ma takiej tożsamości, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy z 2004 stanowił „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”, a obecnie art. 224 ust. 6 ustawy z 2019 stanowi „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.” Inny jest zatem zakres oceny składanych wyjaśnień, obecnie wystarczy, aby wyjaśnienia nie uzasadniały podanej ceny, a poprzednio musiały wprost potwierdzać, że cena jest rażąco niska, zatem odrzucenie oferty z uwagi na wadliwość wyjaśnień w uprzednio obowiązującym stanie prawnym było trudniejsze niż obecnie, a w konsekwencji bez ścisłej analizy stanów faktycznych w których zapadły orzeczenia wydane na gruncie ustawy z 2004 nie sposób mówić o ich adekwatności.

- nadto przystępujący na str. 2 akapit 4 mowa jest o przedstawieniu i udokumentowaniu kosztu zakupu urządzeń – podczas, gdy przedmiotem badanego postępowania o udzielenie zamówienia nie są urządzenia czyli według definicji słownika języka polskiego PWN

1. «mechanizm lub zespół mechanizmów, służący do wykonania określonych czynności»

2. daw. «wyposażenie jakiegoś pomieszczenia», a tacki jednorazowe biodegradowalne.

- kolejnym elementem wskazującym na oderwanie składanych wyjaśnień, od faktycznych czynności w tym postępowaniu jest wskazanie przez przystępującego w tym samym akapicie przedstawienia i udokumentowania kosztu zakupu urządzeń (oferty producentów dostarczanych produktów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych nie mogą być ujawnione zgodnie z uzasadnieniem zawarty na końcu pisma) - podczas gdy do wyjaśnień nie dołączono żadnych ofert producentów.

- nie można też uznać, że przystępujący wykazał, że osiągnięcie jakiegokolwiek zysku w związku ze złożoną ofertą, gdyż jak wynika z wyjaśnień zysk nie jest wartością sztywną i w razie wystąpienia nieprzewidzianych kosztów zysk ten po prostu ulegnie zmniejszeniu. Stanowi dodatkową rezerwę i zabezpieczenie na wypadek wystąpienia nieprzewidzianych utrudnień w trakcie realizacji zamówienia. W ocenie Izby takiego stwierdzenia nie sposób uznać, że przedstawienie wyjaśnień uzasadniających podaną w ofercie cenę.

- przystępujący wskazał na bliskie kontakty z producentami dostarczanych produktów, przy czym w tym postępowaniu w zadaniu 2 oferowany jest tylko jeden produkt, od jednego producenta, co potwierdzają wyjaśnienia treści oferty złożone w dniu 23 i 24 sierpnia 2023r.

- przystępujący wskazał na zakup produktów bezpośrednio od producenta, ale z tego oświadczenia nie wynika, czy ceny producenta są wynegocjowane w sposób korzystny wyłącznie dla przystępującego, czy też oferowane różnym podmiotom na tych samych warunkach, więc wyjaśnienia nie uzasadniają przewagi konkurencyjnej przystępującego,

- przystępujący wskazuje, że zakupu je produkt w dużych ilościach – jednak ta okoliczność nie została w żaden sposób nawet uprawdopodobniona, ani nie wskazano jakie korzyści z tego tytułu płyną dla przystępującego,

- kolejny argument, to zgodność oferty z warunkami zamówienia, co jednak nie świadczy w żaden sposób o prawidłowości wyliczenia ceny, gdyż każda oferta o ile ma być wybrana nie może podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności z warunkami zamówienia – art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy,

- porównanie ofert wskazuje jedynie na fakt, że złożono dwie zbliżone do siebie cenowo oferty i jedną od nich wyższą, co zgadza się z ustaleniami zamawiającego, które stały się podstawą do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

- w dalszej kolejności przystępujący przedstawił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie świadczy o realności zaoferowanej ceny oraz zobowiązał się do udzielenia dalszych wyjaśnień, gdyby zaistniała taka potrzeba, co również nie odnosi się do realności ceny.

W konsekwencji same wyjaśnienia nie wskazują na ich dedykowany charakter wyłącznie na potrzeby tego postępowania, nie odnoszą się do rzeczywistych kosztów tego postępowania i mogą być składane w szeregu postępowania, których przedmiotem jest dostawa materiałów, urządzeń lub innych dóbr.

Izba dokonała również analizy złożonej kalkulacji. Izba ma oczywiście świadomość, że skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest elementem oceny w tym rozstrzygnięciu, z tego też względu odniesienie się do kalkulacji w sposób nie ujawniający zawartych w niej danych ponad te, które ujawnił przystępujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub na jawnej rozprawie przed Izbą i tak. Kalkulacja ta zawiera koszt zakupu (str. 1 akapit 1 wyjaśnień) – cenę jednostkową brutto przemnożoną przez ilość tac zamawianych przez zamawiającego. Przy czym nie można zweryfikować, czy podana cena jednostkowa jest ceną, za którą przystępujący może nabyć tace, bo do wyjaśnień nie dołączono jakiegokolwiek dowodu dotyczącego tej ceny, a dowód złożony w postępowaniu odwoławczym jest dowodem w języku obcym złożony został bez tłumaczenia na język polski mimo wymogu wynikającego z 506 ust. 2 ustawy, stąd Izba nie może czynić na jego podstawie wiarygodnych ustaleń.

Kolejnym kosztem jaki zawiera kalkulacja, a na jaki wskazuje przystępujący w akapicie 1 str. 1 wyjaśnień to koszty transportu, z rozprawy wiadomo, że przystępujący koszty te rozbił na koszty transportu od producenta i koszty transportu do klienta, jednak poza podanymi globalnie wartościami nie można ustalić, jakie składowe kosztów przystępujący wziął pod uwagę, ani jaki rodzaj transportu został przez niego założony.

- przystępujący wskazuje też na rezerwę i zysk, jednak w wyjaśnieniach sam podaje, że nie są to wartości sztywne, a jednocześnie nie przedstawia wyliczeń, ani dowodów dlaczego przy szacowny poziom ryzyka należy uznać za adekwatny.

- przystępujący wreszcie wskazał, że w kalkulacji podał koszty pracownicze związane z czasem wykonywania czynności jaki i wynagrodzeniem – str. 6 zdanie ostatnie protokołu rozprawy, jednak jak wynika z ustaleń Izby poczynionych na podstawie informacji zawartych w kalkulacji choć przystępujący podał ilość roboczogodzin i ich łączny koszt nie można ustalić, czy są to koszty związane z transportem np. do zamawiającego, czy z rozładunkiem, czy z innymi czynnościami związanymi z zakontraktowaniem, dostawą, transportem załadunkiem czy rozładunkiem przedmiotu zamówienia. Nie wiadomo na jaką ilość osób zostały skalkulowane stąd trudno ocenić ich wiarygodność i przydatność dla ustalenia realności ceny ofertowej.

Z tych wszystkich względów Izba uznała, że choć nie można kategorycznie stwierdzić, że kalkulacja własna wykonawcy nie jest wystarczającym dowodem na realność ceny, to w tym postępowaniu i ze względu na mocno zagregowany poziom kosztów nie może stanowić przydatnego dowodu na okoliczność ustalenia, że dowód ten uzasadnia zaoferowaną cenę.

Mając to na uwadze należało uznać, że wyjaśnienia świadczące o ich uniwersalnym charakterze i oparte o nieaktualny stan prawny oraz oświadczenie własne przystępującego w postaci kalkulacji nie stanowi złożenia wyjaśnień uzasadniających podaną cenę. Z tego względu Izba uznała za wadliwą ocenę przez zamawiającego złożonych wyjaśnień i jako niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. W konsekwencji konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty i nakazanie odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Packman Sp. z o. o., podczas gdy informacje te nie powinny być utajnione

Zarzut potwierdził się. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał, że wprawdzie sama kalkulacja ceny, bez szczegółów dotyczących np. producenta opakowań prawdopodobnie nie stanowiłaby tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym nie dostrzegł, że z kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień dotyczących ceny z dnia 16 sierpnia 2023 r. nie wynikają szczegóły dotyczące producenta opakowań. Dane producenta wraz z kodem produktu i linkiem do strony producenta stanowią część wyjaśnień z dnia 23 sierpnia 2023 r., których przystępujący nie objął zastrzeżeniem

tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem dane podmiotu od którego przystępujący nabywa tace nie są poufne. Co zatem mogłoby być poufne w odniesieniu do producenta tac, to jedynie cena jednostkowa tacy brutto podana w kalkulacji, jednak odwołujący poza oświadczeniem, że z producentami jest związany umowami o współpracy, które zastrzegają tajemnicę przekazywanych informacji o charakterze handlowym, w żaden sposób nie wskazał, że konkretnie z producentem wskazanym w wyjaśnieniach z dnia 23 sierpnia 2023 r. jest związany taką umową i że taka umowa dotyczy poufności cen jednostkowych. Co więcej w ogóle nie zostało wykazane, że przystępującego z tym producentem łączy jakikolwiek stosunek handlowy o charakterze stałym lub inny rodzaj współpracy gwarantujący mu preferencyjne w stosunku do pozostałych kontrahentów producenta warunki. Jeśli bowiem producent nie różnicuje swoich kontrahentów i wszystkim swoje towary oferuje na tych samych warunkach, to cena jednostkowa jest powszechnie znana i nie ma waloru tajemnicy. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest to, że określone dane są uznawane za poufne, nie są dostępne innym podmiotom w zwykły sposób i podmioty, których dotyczą chronią te dane przed nieuprawnionym ujawnieniem. W przypadku przystępującego okoliczność zachowania danych w poufności budzi co najmniej uzasadnione wątpliwości, skoro ujawnia on dane swojego kontrahenta i odsyła do jego strony internetowej. Poddaje to w wątpliwość wiarygodność informacji o istnieniu umów lub postanowień umownych o zachowaniu w poufności. Co do informacji o sposobie kalkulacji ceny, poziomie kosztów i prognozowanych zyskach, także budzą wątpliwości co do posiadanej wartości gospodarczej, bowiem same grupy kosztowe ujęte w kalkulacji zostały przez przystępującego podane w jawnych wyjaśnieniach oraz na jawnej rozprawie, co więcej są wysoce zagregowane, nie zawierają danych wyjściowych do przyjętych kalkulacji, a zatem wbrew stanowisku przystępującego nie informują o kondycji finansowej przystępującego czy jego poziomie kosztów. Oświadczenie o możliwości ustalenia kondycji finansowej przystępującego w ocenie Izby jest nie wiarygodne w zestawieniu z informacją, że wysokość podanego zysku nie jest wartością sztywną, a może ulegać zmianom wraz ze zmianami poziomu ryzyka. Z kolei poziom kosztów przystępującego bez wskazania jaki rodzaj transportu, jakie odległości, jaką obsadę pracowniczą i pracochłonność przystępujący przewiduje także nie daje się w ocenie Izby ustalić na podstawie informacji zawartych w kalkulacji. W ocenie Izby zatem informacje te nie przenoszą informacji o organizacji przedsiębiorstwa przystępującego, nie wykazują wartości gospodarczej, a ponadto jak już powyżej podkreślono, nie zostało wykazane, że nie zostały podane do powszechnej wiadomości – chodzi tu w szczególności o ceny jednostkowe producenta tac. Nie zostało również wykazane, że przystępujący podejmuje działania zmierzające do zachowania informacji w poufności. Jedynymi elementami odnoszącymi się do tej przesłanki skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są głośne zapewnienia o istnieniu umów o współpracy z klauzulami poufności, czy zobowiązaniu osób zatrudnionych u przystępującego do zachowania poufności. W świetle bieżącego orzecznictwa Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie patrz wyrok z 6 kwietnia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 19/23 „wykazanie” na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy oznacza więcej niż wyjaśnienie i przez Sąd traktowane jest w kategorii „udowodnienie”.

Z tego również względu Izba oceniła jako wadliwe stanowisko zamawiającego, że przystępujący skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa kalkulacji cenowej – załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 16 września 2023 r. Jednak biorąc pod uwagę, że Izba nakazuje tym wyrokiem odrzucenie oferty przystępującego, to nakazywanie zamawiającemu odtajnienia kalkulacji nie miałyby wpływu na wynik postępowania i z tych przyczyn stało się zbędne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 zd. 1 cyt. rozporządzenia zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu zgodnie z żądaniem wyrażonym na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący.....**