

WYROK

Warszawa, dnia 20 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Leszno przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy ECM Energia Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa M.G. w Tworzanicach

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu Miastu Leszno unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez wykonawcę ECM Energia Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2024 r. dotyczących wyliczenia ceny oraz w załączonych do tego pisma dokumentach;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz zamawiającego Miasto Leszno po połowie i:
 - 4.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 312 zł 65 gr (trzysta dwa tysiące złotych sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Miasta Leszno na rzecz odwołującego Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9465 zł 00 gr (dziewięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Leszno (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wymiana opraw oświetleniowych na terenie Miasta Leszna” (nr ref. INF-IN.271.1.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 170/2024 w dniu 2 września 2024 r. pod numerem 523587-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 stycznia 2025 r. wykonawca Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec uznania, że część wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przedstawione przez wykonawcę ECM Energia Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie [dalej jako „ECM”) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie czynności udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa M.G. w Tworzanicach (dalej jako „FHU”). Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień

rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przedstawionych przez wykonawcę ECM, podczas gdy wykonawca ECM nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu;

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

3.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wykonawca wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi nie zadeklarował wraz z ofertą zaoferowania rozwiązań równoważnych, ani nie wykazał wraz z ofertą, że rozwiązania równoważne są zgodne z referencyjnymi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez wykonawcę ECM oraz odrzucenia oferty wykonawcy FHU.

Zamawiający w dniu 13 lutego 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca ECM Energia Prosta Spółka Akcyjna w dniu 13 lutego 2025 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego jego oferty.

Wykonawca Firma Handlowo Usługowa M.G. w dniu 17 lutego 2025 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w dniu 17 lutego 2025 r. złożył pisemną replikę wobec stanowisk Zamawiającego oraz wykonawcy ECM. Ponadto Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 3 odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ECM Energia Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa M.G. w Tworzanicach (dalej jako „Przystępujący ECM” i „Przystępujący FHU”).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby. Ww. regulacje znajdują zastosowanie również w przypadku wycofania zarzutów odwołania w części, skoro bowiem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, może także zrezygnować z popierania części zarzutów odwołania. Złożenie przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 3 wiąże Izbę i obliguje ją do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego ECM, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ponadto wzięła pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika wyrażone w złożonych pismach procesowych oraz na rozprawie, a także dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do pisma procesowego Odwołującego (oferta cenowa na wykonanie pomiarów oraz wydruk dotyczący cen przewodu instalacyjnego YDY 3x2,5) na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, objęte zakresem zaskarżenia. Za twierdzenia Odwołującego, a nie dowody, Izba uznała zestawienie straty jaką osiągnie wykonawca FHU załączone do odwołania oraz zestawienie wartości kosztów elementów pominiętych przez wykonawcę FHU w kalkulacji załączone do pisma procesowego Odwołującego, które stanowiły opracowania własne Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wymiana opraw oświetleniowych na terenie Miasta Leszna. W postępowaniu złożono pięć ofert: oferta Przystępującego FHU z ceną 1 968 615 zł brutto, oferta Przystępującego ECM z ceną 1 794 502,18 zł brutto, oferta Odwołującego z ceną 2 534 784 zł brutto, oferta wykonawcy Kosmala Electric sp. z o.o. sp. k. z ceną 1 772 039,77 zł brutto, oferta wykonawcy Enefit sp. z o.o. z ceną 1 749 895, 32 zł.

Zamawiający pismami z 27 listopada 2024 r. wezwał obu Przystępujących na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. W wezwaniu wskazano m.in.:

„Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, jakie założenia kosztotwórcze przyjęte zostały przez Państwa do wyceny ceny ryczałtowej oferty.

Zamawiającego interesują w szczególności przyjęte planowane: koszty pracy, koszty demontażu opraw wraz z ich wywozem i utylizacją, koszty demontażu wysięgników wraz z ich wywozem i utylizacją, koszty demontażu kompletnych zestawów oświetlenia wraz z ich wywozem i utylizacją, koszty opraw wraz z ich dostawą i montażem, koszty kompletnych zestawów oświetlenia wraz z ich dostawą i montażem, koszty sterowników wraz z ich dostawą i montażem, koszty systemu zdalnego zarządzania oprawami wraz z abonamentem, koszty materiałów, koszty organizacji terenu robót, koszty ubezpieczenia terenu robót, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp., w tym również należy wskazać, jakie szczególne okoliczności umożliwiają Państwu obniżenie kosztów wykonania przedmiotowych robót w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należyty podatek VAT.

Wykonawca winien także wykazać, iż podana cena ofertowa pokrywa w szczególności koszty 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 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie), a także koszty materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia wymienionych w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do SWZ.

Złożone przez Państwa wyjaśnienia w szczególności powinny dotyczyć: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją dostaw i robót; 3) oryginalności dostaw i usług 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.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów.

Zamawiający jednocześnie poucza, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy.

Ocena złożonych przez Państwa wyjaśnień oraz dowodów, stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie ograniczają Wykonawców co do środków dowodowych, które mają składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny oferty. Dowody i wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny powinny umożliwiać obalenie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej.

W przypadku, gdy złożone wyjaśnienia będą zbyt niekonkretne, lakoniczne, niewiarygodne oraz generalnie nie wykażą możliwości zrealizowania zadania po zaoferowanej cenie, Zamawiający odrzuci ofertę. W rozumieniu przepisu art. 224 ust.6 Pzp. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Przystępujący ECM w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył 4 grudnia 2024 r. wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, których część zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęto także załączniki do wyjaśnień. W uzasadnieniu zastrzeżenia wskazano:

„W ocenie Wykonawcy zastrzeżone informacje odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako

podstawa kalkulacji ceny i stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową. Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów. Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów w nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Adekwatne również dla aktualnego brzmienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000r. (sygn. akt ICKN 304/2000. OSNC 2001.4 poz. 59). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Traktowanie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania w celu ochrony tych informacji przed dostępem osób trzecich działających w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, niestandardowych działań (orzeczenie SN - Izba cywilna z dnia 6 czerwca 2003 r IV CKN 211/01). Kolejnym elementem tajemnicy przedsiębiorstwa jest warunek że zakres informacji objętych tajemnicą nie może być ujawniony do publicznej wiadomości, co oznacza że nie może to być informacja znana ogółowi, lub osobom które ze względu na prowadzoną działalność (inny wykonawca) będą zainteresowane pozyskaniem tych informacji.

Przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących Ceny informacje spełniają powyżej opisane warunki. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach (i załącznikach do nich) ujawnia sposób kalkulacji ceny bezpośrednio wynikającą z posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji tożsamyh usług lub doświadczenia w tym zakresie personelu który dysponuje do realizacji przedmiotowej usługi. Posiadane doświadczenie oraz wiedza zatrudnionego personelu umożliwia Wykonawcy kalkulację ceny na odpowiednim poziomie rynkowym, umożliwiającym pozyskanie zamówienia oraz jego realizację zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe informacje mają charakter organizacyjny, techniczny oraz handlowy o znacznej wartości gospodarczej dla Wykonawcy. Przekazane w wyjaśnieniach informacje potwierdzają szczególną wiedzę Wykonawcy (know-how), która decyduje o jego przewadze konkurencyjnej na rynku.

Załączone do niniejszych wyjaśnień dokumenty – szczegółowy harmonogram przedstawiający zakładane zaangażowanie oraz wynagrodzenie poszczególnych członków personelu, jak również imienne oświadczenia konkretnych osób deklarujące ich udział na określonym stanowisku i na określonych warunkach. Szczegółowe informacje personalne i finansowe zawarte w tych dokumentach jednoznacznie wskazują na ich istotną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie, szczególnie podmiotom konkurencyjnym grozi poniesieniem przez Wykonawcę realnej szkody.

Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how Wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu Wykonawcy. Zastrzeżone informacje ujawniają również relacje handlowe Wykonawcy, z którymi Wykonawca współpracuje przy realizacji usług takich, jak objęte przedmiotem zamówienia.

Wskazać należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników w cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś – kalkulacji i dowodów załączanych do wyjaśnień. Pogląd ten pozostaje aktualny pomimo zmiany ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

- a) Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/1432/12, zgodnie z którym: „(...) 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 konkurencji na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działań Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.”
- b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13: „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.”
- c) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12: „W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...) Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

Wykonawca wskazuje że z pojedynczych informacji, wybiórczo udostępnionym osobom trzecim lub ich kompilacji, inni wykonawcy są w stanie dowiedzieć się w jaki sposób Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia oraz jaką metodykę przyjmuje w realizacji podobnych usług. Potwierdza to konieczność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa także informacji cząstkowych które samodzielnie nie mogły by nie spełnić definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jednak w zestawieniu z innymi ogólnie dostępnymi danymi ją stanowią – nowelizacja z dnia 5 lipca 2018 roku ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Należy zauważyć, że kompilacja przekazanych w wyjaśnieniach informacji stanowi unikatowe dedykowane tylko dla tego zamówienia opracowanie. Unikalne stosowane przez Wykonawcę procedury i procesy, organizacja pracy i wiedza zespołu stanowiące podstawę wyceny oferty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pilnie strzeżoną przez Wykonawcę na każdym etapie jego działalności.

Wykonawca dbając o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa podjął szerokie działania na etapie przygotowania przedmiotowych wyjaśnień do treści oferty. Dostęp do treści przedmiotowych wyjaśnień, jak i procedury szacowania wartości oferty ma ograniczona liczba osób, wyselekcjonowana w celu złożenia danej oferty i pozyskania zamówienia. Wyznaczone osoby zostały zobowiązane do zachowania poufności, informacje nie zostały więc nigdy ujawnione osobom trzecim, nie związanym bezpośrednio z procesem składania oferty. Należy pamiętać że obowiązek zachowania poufności zastrzeżonych informacji jest jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych wynikający z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2011, HPK 204/10 „powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy z której wynika przede wszystkim obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy

szkody, czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy.”

Kwestie art. 100 § 2 pkt 4 k.p. porusza także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r ICKN 304/00 OSNC 2001nr 4 poz. 59; „tak informacja jest tajemnicą, gdy przedsiębiorca ma wole , choćby dorozumianą aby pozostała ona tajemnicą i wola ta musi być dla innych osób rozpoznawalna. Informacja nie traci charakteru tajemnicy, gdy wie o niej ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Obowiązek przestrzegania tajemnicy nie zależy od sposobu uzyskania należycie utajnionej informacji. Decyzja o utajeniu informacji powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że może ona być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży lub zawodu”

Z powyższego wynika że obowiązki pracownika dotyczące ochrony tajemnicy pracodawcy jest szeroki i ma charakter bezwzględny niezależnie od dodatkowo wprowadzonych procedur. Jednocześnie wskazują, że zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.” ECM nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi.

Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosimy o niedostępnianie ich podmiotom nieuprawnionym, w szczególności ci innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zważywszy, iż nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, może mieć dla Wykonawcy istotne znaczenie, zastrzegamy, iż jeżeli przedstawione wyjaśnienia budzą w jakimkolwiek zakresie wątpliwości Zamawiającego lub wymagają dalszego uszczegółowienia, wyrażamy gotowość do udzielenia Zamawiającemu dalszych wyjaśnień . Dlatego, przed podjęciem decyzji, co do odtajnienia jakichkolwiek informacji podlegających zastrzeżeniu zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, wnosimy o wcześniejsze poinformowanie Wykonawcy, o zakresie budzącym wątpliwości Zamawiającego i umożliwienie mu ustosunkowania się do decyzji Zamawiającego.”

W dniu 4 grudnia 2025 r. wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożył także Przystępujący FHU wskazując:

„W związku z wezwaniem Zamawiającego informujemy, że zaoferowana przez nas cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na dowód powyższego przedstawiamy szczegółowy kosztorys ofertowy (Załącznik nr 1 -kosztorys ofertowy) z wartościami narzutów, stawką roboczogodziny, zestawieniami robocizny, materiałów oraz sprzętu, sporządzony na potrzeby przedmiotowego zadania. W kosztorysie uwzględniono i wyszczególniono planowane koszty pracy, koszty demontażu opraw wraz z ich wywozem i utylizacją, koszty demontażu wysięgników wraz z ich wywozem i utylizacją, koszty demontażu kompletnych zestawów oświetlenia wraz z ich wywozem i utylizacją, koszty opraw wraz z ich dostawą i montażem, koszty kompletnych zestawów oświetlenia wraz z ich dostawą i montażem, koszty sterowników wraz z ich dostawą i montażem, koszty systemu zdalnego zarządzania oprawami wraz z abonamentem (koszt systemu wraz z 10-letnim abonamentem wliczony jest w cenę jednostkową każdego sterownika – zestawienie materiałów, str. 4 kosztorysu ofertowego), koszty materiałów, koszty organizacji terenu robót oraz ubezpieczenia terenu robót (Ko), koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (Kzn). Załączmy również ofertę producenta (Załącznik nr 2 – oferta na oprawy) na oprawy oświetleniowe oraz sterowniki wraz z systemem zdalnego zarządzania i abonamentem na 10 lat. Materiały dostarczone zostaną przez producenta bezpośrednio na budowę bez dodatkowych kosztów dostawy.

Jesteśmy lokalną firmą z siedzibą oraz bazą techniczną na terenie powiatu leszczyńskiego (m. Tworzаницe 15, 64-130 Rydzyna), lokalizacja przedmiotowego zadania znajduje się ok 10km od siedziby naszej firmy, co stanowi wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją dostaw i robót. Obniża to koszty dojazdów, transportu sprzętu oraz organizacji zaplecza budowy. Nie ponosimy również dodatkowych kosztów zakwaterowania oraz delegacji pracowników. Ponadto w latach 2018-2020 zrealizowaliśmy na zlecenie Miasta Leszna modernizację 1142 punktów oświetlenia ulicznego (wymiana na oprawy typu LED), co pozwoliło nam uzyskać odpowiednie doświadczenie oraz usprawnić proces wymiany opraw oświetleniowych.

Stawka roboczogodziny przyjęta do realizacji zadania (32,00 zł netto) pokrywa koszty wynagrodzeń pracowników, jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wszyscy pracownicy, którzy będą skierowani do realizacji zadania posiadają aktualne badania lekarskie, wymagane szkolenia BHP oraz uprawnienia odpowiednie do zakresu wykonywanych czynności, co jest zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Na zakup sprzętu budowlanego (w tym podnośnika koszowego, który wykorzystany będzie do realizacji przedmiotowego zadania) otrzymaliśmy dofinansowanie z ARiMR Poznań (Załącznik nr 3 – dofinansowanie ARiMR) w kwocie 199 568,00zł. Uzyskaliśmy również dofinansowanie z programu WRPO (Załącznik nr 4 – dofinansowanie WRPO) w kwocie 286 425,00zł na zakup m.in. oprogramowania do kosztorysowania Norma PRO oraz sprzętu komputerowego. Ww. elementy wykorzystane zostaną do realizacji przedmiotowego zadania.

Powyższe wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami wskazują, że zaoferowana przez nas cena jest wystarczająca do wykonania przedmiotu zamówienia z zachowaniem wysokiej jakości oraz wszystkich wymagań określonych w SWZ.”

Do wyjaśnień załączono kosztorys ofertowy, ofertę na oprawy oraz dokumenty dotyczące uzyskanego dofinansowania.

Zamawiający 17 stycznia 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego ECM jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego ECM jako najkorzystniejszej, uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Przystępującego ECM w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia oferty Przystępującego FHU uplasowanej w rankingu ofert przed ofertą Odwołującego, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a zatem wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba za zasadny uznała zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przedstawionych przez wykonawcę ECM, podczas gdy wykonawca ECM nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

Przywołując treść regulacji prawnych istotnych dla rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ust. 2 stanowi, iż Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z ust. 3 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania z tym, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Nie jest kwestią sporną to, że podstawową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia, która stanowi jedną z gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że przesłanką skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich poufnego charakteru. Brak sprostania tym wymaganiom powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W konsekwencji w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego ECM nie wykazuje spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przede wszystkim jest ono bardzo ogólne i opiera się na teoretycznych wywodach odwołujących się do elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa, nie zawierając konkretnych, merytorycznych argumentów, które referowałyby do treści wyjaśnień i załączonych do nich dowodów oraz do realiów przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie, w uzasadnieniu tym znajdują się fragmenty odnoszące się do dokumentów, które w ogóle nie zostały załączone do wyjaśnień i nie dotyczą przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący ECM wskazał przykładowo: Załączone do niniejszych wyjaśnień dokumenty – szczegółowy harmonogram przedstawiający zakładane zaangażowanie oraz wynagrodzenie poszczególnych członków personelu, jak również imienne oświadczenia konkretnych osób deklarujące ich udział na określonym stanowisku i na określonych warunkach. Szczegółowe informacje personalne i finansowe zawarte w tych dokumentach jednoznacznie wskazują na ich istotną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie, szczególnie podmiotom konkurencyjnym grozi poniesieniem przez Wykonawcę realnej szkody.” Powyższy wywód Przystępującego ECM odnosi się do harmonogramu zaangażowania pracowników i bliżej nieokreślonych informacji finansowych, podczas gdy do wyjaśnień załączono tylko kalkulację ceny ofertowej i oferty dostawców/podwykonawców. Powyższe w sposób wyraźny pokazuje, że uzasadnienie nie zostało zindywidualizowane i nie odnosi się do tych konkretnych informacji, które wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie sposób uznać ponadto, aby wykonawca ECM wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została oparta w zasadniczej mierze na zwykłych zapewnieniach i subiektywnym przekonaniu Przystępującego ECM, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacje stanowiące taką tajemnicę. Stanowisko Przystępującego ECM w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zawierało jedynie ogólne, hasłowe tezy takie jak „Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe informacje mają charakter organizacyjny, techniczny oraz handlowy o znacznej wartości gospodarczej dla Wykonawcy. Przekazane w wyjaśnieniach informacje potwierdzają szczególną wiedzę Wykonawcy (know-how), która decyduje o jego przewadze konkurencyjnej na rynku” czy „Zastrzeżone informacje ujawniają również relacje handlowe Wykonawcy, z którymi Wykonawca współpracuje przy realizacji usług takich, jak objęte przedmiotem zamówienia.” Przystępujący ECM nie wyjaśnił w czym przejawiać się miałby unikalny charakter zastrzeżonych informacji. Zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie Przystępującego ECM o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazano m.in. w wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, „przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.”

Z kolei stawiana przez Przystępującego ECM teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz załączonych do nich dowodach nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że dokumenty przez nich składane co do zasady będą jawne. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący ECM skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego ECM i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Przystępujący ECM nie wskazał dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałoby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej wykonawcy w innych postępowaniach i z czego powyższe miałoby wynikać. Samo stwierdzenie, że „ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania

się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot" w praktyce niczego nie wyjaśnia i stanowi jedynie gołosłowną opinię Przystępującego ECM. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23, wskazano, że „decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Nie wystarczy jedynie oświadczyć, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Trzeba jeszcze stosownie do okoliczności konkretnej sprawy udowodnić czy co najmniej uprawdopodobnić taki stan rzeczy. Wykonawca winien przy skorzystaniu z każdego możliwego środka dążyć do szczegółowego opisanie straty, jaką może ponieść w wyniku ujawnienia zastrzeżonych informacji.” W ocenie Izby Przystępujący ECM nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił wartości gospodarczej informacji, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, Przystępujący ECM nie wykazał, aby podjął przy zachowaniu należytej staranności działania zmierzające do zachowania informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w poufności. Przystępujący ECM zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie w sposób ogólny wskazał, że „dbając o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa podjął szerokie działania na etapie przygotowania przedmiotowych wyjaśnień. Dostęp do treści przedmiotowych wyjaśnień, jak i procedury szacowania wartości oferty ma ograniczona liczba osób, wyselekcjonowana w celu złożenia danej oferty i pozyskania zamówienia. Wyznaczone osoby zostały zobowiązane do zachowania poufności.” Przystępujący ECM szerzej stosowanych środków nie opisał ani nie wyjaśnił, nie złożył również żadnych dowodów, które potwierdzałyby rzeczywiste podjęcie działań w celu zachowania informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w poufności. Zaniechanie to w ocenie Izby uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie po pierwsze czy Przystępujący ECM faktycznie wdrożył odpowiednie systemy czy procedury w celu ochrony informacji poufnych, na które się powoływał, a po drugie czy są one skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności. Podkreślić należy, że Zamawiający weryfikując czy powyższa przesłanka z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. została spełniona, powinien dysponować informacjami i dokumentami, które mu na taką pozytywną weryfikację pozwolą. Zamawiający, w oparciu jedynie o lakoniczne oświadczenie Przystępującego ECM nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości i potwierdzić, że u Przystępującego ECM rzeczywiście zostały wdrożone skuteczne środki ochrony informacji. W ocenie Izby wykazanie powyższych okoliczności nie było obiektywnie trudne, ponieważ działania mające na celu zachowanie poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać - mogą to być środki techniczne, informatyczne, monitoring, ale i dokumentacja potwierdzająca istnienie i wdrożenie procedur bezpieczeństwa (jak chociażby wewnątrzorganizacyjne regulaminy, polityka bezpieczeństwa informacji, umowy NDA, klauzule stosowane w umowach z pracownikami, współpracownikami, kontrahentami, etc.). Przystępujący ECM swoich ogólnych twierdzeń o podjęciu szerokich działań i stosowaniu klauzul poufności niczym nie poparł.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób stwierdzić, aby Przystępujący ECM wykazał zaistnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., co stanowi element niezbędny do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego Izba uznała zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z 18 ust. 3 ustawy Pzp za zasadny. Ponadto Izba uznała, że stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji pozostawał w sprzeczności z zasadą jawności postępowania, Zamawiający nie udostępniając Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego ECM oraz załączonych do tych wyjaśnień dowodów, w sytuacji gdy ich poufny charakter nie został wykazany, pozbawił Odwołującego możliwości kontroli czynności Zamawiającego polegającej na ocenie tych wyjaśnień i podniesienia skonkretyzowanych zarzutów dotyczących ceny oferty Przystępującego ECM w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez Przystępującego ECM zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2024 r. dotyczących wyliczenia ceny oraz w załączonych do tego pisma dokumentach. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 2 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Izba za bezzasadny uznała zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie i doktrynie jednolicie wskazuje się, że uruchomienie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty, bez względu na to czy podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 czy art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, stwarza podejrzenie co do ceny rażąco niskiej i wywołuje konsekwencje po stronie wykonawcy, na którego nałożono obowiązek wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlega nie tylko oferta, której cena jest niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub oferta zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania, ale również oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieoparte dowodami, nieprzedstawiające metody kalkulacji ceny, jest taka sama. W obu tych przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. 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. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione.

Jednocześnie w orzecznictwie podkreśla się, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę nie może następować w oderwaniu od treści wezwania, jakie do niego skierowano, to treść wezwania determinuje bowiem wymagany zakres odpowiedzi. Wykonawca ma obowiązek udzielić wyczerpujących odpowiedzi na pytania, jakie w treści wezwania do niego skierowano, tak aby zamawiający mógł ustalić, że określone elementy zamówienia, koszty czy inne czynniki, które zamawiający uważa za istotne, a których obowiązek uwzględnienia znajduje oparcie w dokumentach zamówienia, zostały przez wykonawcę wzięte pod uwagę podczas kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnienia wykonawcy muszą czynić zadość wezwaniu i z nim korelować, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający wskazał konkretnie elementy składowe ceny, które należy wyjaśnić (por. m.in. wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 50/23). Ponadto orzecznictwo wskazuje na konieczność dokonywania oceny wyjaśnień wykonawcy z uwzględnieniem celu, jakemu służy procedura wyjaśnienia ceny oferty. Jak stwierdzono m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 8 kwietnia 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 3/24, ocena złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Ocena wyjaśnień nie powinna polegać na szukaniu na siłę luk, niekonsekwencji, czy braków, jeżeli wyjaśnienia w swej treści pozwalają dokładnie prześledzić sposób kalkulowania ceny oferty, zweryfikować jej poszczególne części składowe i ocenić czy są one realne, zgodne z obowiązującymi przepisami, a w konsekwencji czy pozwalają wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego FHU była prawidłowa, ponieważ wyjaśnienia te pozwalały prześledzić sposób kalkulacji ceny oferty i pozytywnie ocenić realność zaoferowanej ceny.

Argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadzała się do wskazania na lakoniczność i ogólność wyjaśnień w części opisowej, na braki w załączonym do wyjaśnień kosztorysie, na osiągnięcie straty przez wykonawcę w niektórych pozycjach kosztorysu oraz na brak zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

W odniesieniu do zarzucanej lakoniczności złożonych przez wykonawcę FHU wyjaśnień w części opisowej, Izba stwierdziła, że pismo Przystępującego FHU zawierające wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz z załącznikami, w tym kosztorysem ofertowym oraz ofertą na oprawy, należało uznać za dostateczne i adekwatne do treści wezwania, jakie do wykonawcy skierowano, a ponadto pozwalające na weryfikację kalkulacji ceny ofertowej w kontekście zapewnienia należytego wykonania zamówienia na oczekiwanym poziomie jakości. Okoliczność, że argumentacja zawarta w części opisowej nie była rozbudowana nie przesądza jeszcze o tym, że wyjaśnienia należy uznać za niewykazujące realności ceny. Część opisowa, mimo że zwięzła, to była konkretna, a Odwołujący okoliczności w niej

wskazanych, wpływających na możliwość obniżenia ceny oferty, nie podważył. Podkreślić ponadto należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny należy czytać w sposób kompleksowy, a zatem z uwzględnieniem złożonych wraz z wyjaśnieniami dokumentów. Przystępujący FHU złożył wraz z wyjaśnieniami m.in. kosztorys ofertowy oparty na przedmiarze stanowiącym załącznik do SWZ, obejmujący swym zakresem przedmiot zamówienia – modernizację oświetlenia ulicznego, w tym demontaż istniejącego oświetlenia i montaż nowego oświetlenia z podziałem na konkretne ulice. W kosztorysie wskazano przyjętą stawkę roboczogodziny, poziom narzutów (kosztów pośrednich, kosztów organizacji terenu robót oraz ubezpieczeń, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także zysku), wyodrębniono w nim konkretne koszty robocizny, materiałów i sprzętu dla poszczególnych elementów zamówienia, przedstawiono zestawienie materiałów oraz zestawienie sprzętu. Dodatkowo, w celu uwiarygodnienia przyjętych kosztów zakupu materiałów przedstawiono ofertę na oprawy, a na potwierdzenie uzyskanego dofinansowania na zakup sprzętu budowlanego, sprzętu komputerowego i oprogramowania do kosztorysowania, dokumenty pochodzące od instytucji finansujących. W takich okolicznościach stanu faktycznego sprawy teza Odwołującego o lakoniczności czy ogólności wyjaśnień nie broni się. Wyjaśnienia Przystępującego FHU bez wątplenia pozwalają na przesłedzenie procesu kalkulowania ceny ofertowej i dokonanie jego weryfikacji.

Izba stwierdziła ponadto, że brak jest podstaw do przyjęcia, że w kosztorysie ofertowym załączonym do wyjaśnień Przystępującego FHU nie uwzględniono kosztów wymienionych w punkcie 47 odwołania. Należy zauważyć, że Zamawiający nie narzucał wykonawcy formy udzielenia wyjaśnień czy sposobu przedstawienia kalkulacji, a jedynie w wezwaniu wskazał na określone kategorie kosztów, których omówienia wymaga. Wyjaśnienia Przystępującego FHU do tych kosztów się odnoszą. Wykonawca nie miał obowiązku wyodrębniania w treści wyjaśnień wszystkich, nawet najdrobniejszych (jak np. wymienione w odwołaniu koszty ewentualnych kar administracyjnych czy mandatów), elementów składających się na wynagrodzenie ryczałtowe. Okoliczność, że przedmiary robót, na których Przystępujący FHU oparł swój kosztorys w świetle SWZ miały charakter pomocniczy, nie oznacza, że Przystępujący FHU nie wycenił należycie pełnego zakresu robót i świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Podkreślić należy, że cena ofertowa w przedmiotowym przypadku była ceną ryczałtową, a zatem zgodnie z Rozdziałem 17 pkt 1 SWZ obejmowała całkowite wykonanie opisanego w dokumentacji przetargowej pełnego zakresu prac według zasad, wiedzy i sztuki budowlanej, przepisów Prawa budowlanego, warunków technicznych wykonania i odbioru robót, norm branżowych oraz wszelkich pozostałych warunków prowadzonego postępowania. Odwołujący w ogóle nie podważył możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów za cenę zaoferowaną przez Przystępującego FHU, która byłaby *facto* drugą najdroższą ofertą z pięciu złożonych (droższa była tylko oferta Odwołującego, która w istotny sposób, o ponad pół miliona złotych, odbiegała od cen ofert pozostałych czterech wykonawców). W odwołaniu w ogóle nie odniesiono się do ceny całkowitej oferty, nie przeprowadzono żadnej analizy co do możliwości zrealizowania za nią pełnego zakresu zamówienia, podczas gdy przy wynagrodzeniu ryczałtowym to właśnie realność ceny całkowitej ma znaczenie kluczowe. Słusznie także spostrzegł Przystępujący FHU, że Odwołujący wskazał jako „brakujące” koszty o trzeciorzędnym znaczeniu, przy czym Odwołujący nie wyjaśnił nawet dlaczego tego rodzaju koszty należałoby uznawać za istotne elementy składowe ceny. Z kolei Przystępujący FHU przedstawił w piśmie procesowym wiarygodną argumentację wskazującą, w których elementach kosztorysu uwzględniono „brakujące” koszty.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że wykonawca FHU w niektórych pozycjach formularza ofertowego osiągnie stratę, Izba ponownie podkreśla, że wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a Odwołujący w żaden sposób nie podważył realności ceny całkowitej zaoferowanej przez wykonawcę FHU, jak i nie wyjaśnił dlaczego zarzucana strata w wybranych pozycjach formularza ofertowego miałaby przesądzać o tym, że cena ryczałtowa oferty została zaniżona w sposób rażący i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia i obowiązujących przepisów. W odwołaniu w tym kontekście nie przedstawiono rzeczowej argumentacji poza gołosłownym stwierdzeniem że według wyliczeń Odwołującego dokonanych w oparciu o załączony do wyjaśnień FHU kosztorys ofertowy, wykonawca osiągnie stratę. Izba zgodziła się także z Przystępującym FHU, że porównywanie wskazanych w formularzu ofertowym uśrednionych cen jednostkowych za poszczególne rodzaje oprav oświetleniowych z załączonym do wyjaśnień szczegółowym kosztorysem ofertowym, nie jest trafne. Konstrukcja formularza ofertowego, która wymagała wskazania przez wykonawców cen jednostkowych wszystkich rodzajów oferowanych oprav jako kosztów wchodzących w skład ceny ryczałtowej, powodowała konieczność dokonania przez wykonawców pewnych uśrednień, których nie sposób przełożyć jeden do jednego na koszty wyodrębnione w kosztorysie ofertowym, opracowanym w oparciu o załączony do SWZ przedmiar robót, który w sposób bardziej miarodajny i szczegółowy prezentuje sposób kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący zaś w ogóle nie zakwestionował założeń i stawek wynikających z załączonego do wyjaśnień wykonawcy FHU kosztorysu ofertowego, trudno zatem stwierdzić, aby podważył on realność zaoferowanej ceny.

Izba nie znalazła ponadto podstaw, aby podważyć wiarygodność twierdzeń Przystępującego FHU o uwzględnieniu w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, w tym obciążeń publicznoprawnych po stronie pracodawcy. Przystępujący FHU w wyjaśnieniach wskazał, że „stawka roboczogodziny przyjęta do realizacji zadania pokrywa koszty wynagrodzeń pracowników, jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wszyscy pracownicy, którzy będą skierowani do realizacji zadania posiadają aktualne badania lekarskie, wymagane szkolenia BHP oraz uprawnienia odpowiednie do zakresu wykonywanych czynności, co jest zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.” Odwołujący swoją argumentację opierał wyłącznie na tym, że przyjęta w kosztorysie ofertowym stawka roboczogodziny została ustalona na 32,00 zł netto, podczas gdy w ocenie Odwołującego, przy uwzględnieniu narzutów na pozostałe koszty pracodawcy, powinna ona wynosić co najmniej 33,87 zł. Odwołujący pominął jednak fakt, że ww. stawka roboczogodziny wskazana w kosztorysie to stawka netto będąca podstawą wyliczenia kosztów robocizny, nieuwzględniająca narzutów, w tym narzutów na koszty pośrednie. Odwołujący pominął także to, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom żadnych wymagań co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający wzywając wykonawcę FHU do wyjaśnień również nie przedstawił szczegółowych wytycznych w zakresie prezentacji kalkulacji ceny i poszczególnych kategorii kosztów, co więcej, Zamawiający w ogóle nie wymagał przedstawienia kosztorysu wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Z uwagi na stosowanie przez wykonawców różnych metod kosztorysowania i brak regulacji prawnych, z których wynikałyby w tym zakresie określone obowiązki dla wykonawców (rozporządzenie wydane w oparciu o art. 34 ust. 2 ustawy Pzp reguluje wyłącznie metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego) nie można z góry przyjąć, jak czyni to Odwołujący, że całość kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników musiała być ujęta w stawce roboczogodziny netto wskazanej w kosztorysie, z pominięciem narzutów założonych przez wykonawcę (w tym na koszty ogólne, pośrednie), liczonych także od robocizny. Odwołujący nie przedstawił argumentów, które wskazywałyby, że za zaoferowaną cenę całkowitą nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z obowiązującymi regulacjami w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nawet uznając, że w oparciu o treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego FHU po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości co do zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego - czego w ocenie Izby Odwołujący nie uprawdopodobnił - to Przystępujący FHU powinien w takiej sytuacji zostać wezwany do dalszych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ jego pierwsze wyjaśnienia, wbrew stanowisku Odwołującego, w sposób szczegółowy prezentowały kalkulację ceny ofertowej i były adekwatne do treści wezwania, jakie do wykonawcy skierowano. W odwołaniu nie postawiono jednak zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała argumentację Odwołującego za nieuzasadnioną i oddaliła zarzut nr 2 odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 3 sentencji orzeczenia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. Zgodnie z § 7 ust. 6 Rozporządzenia koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągliła się w górę do pełnych złotych.

W przedmiotowej sprawie Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie

okazało się zasadne w zakresie zarzutu nr 1 oraz bezzasadne w zakresie zarzutu nr 2, w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono Odwołującego i Zamawiającego po połowie.

Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowaną fakturą), kwotę 312 zł 65 gr poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę (udokumentowaną biletami PKP) oraz kwotę 17 zł poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (udokumentowaną potwierdzeniem przelewu). Łączna wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 18 929 zł 65 gr. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w ww. wysokości, podczas gdy odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9464 zł 83 gr (1/2 z 18 929 zł 65 gr). W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9465 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, zaokrągloną w górę do pełnej złotówki zgodnie z § 7 ust. 6 Rozporządzenia. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 4 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca:.....