Sygn. akt KIO 3312/23

WYROK

z dnia 23 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka-Baran

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORKOLSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach oraz Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego RAJBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze 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:……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt KIO 3312/23

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Opracowanie projektu wykonawczego i wykonanie robót budowlanych dla zadania 1: LOT-B3 granica województwa – Kozłów i zadania 2: LOT-B2-2 Sędziszów (bez stacji) - granica województwa, w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na linii kolejowej nr 8 na odcinku Skarżysko-Kamienna – Kielce – Kozłów, etap II: odcinek Sitkówka Nowiny – Kozłów*Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/S 003-006635.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach oraz Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, dalej „Konsorcjum", pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 Nr 47 poz. 211 z późn. zm.) przez zaniechanie odtajnienia w całości dokumentacji złożonej przez Konsorcjum wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 września 2023 r. w zakresie ceny oferty Konsorcjum, pomimo niewykazania przez Konsorcjum, iż ww. dokumentacja zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia w całości informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, dokonania ponownej oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TORKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach oraz Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, dalej również „Przystępujący", a po stronie Odwołującego wykonawca SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „SKANSKA".

Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz wykonawca SKANSKA, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego i SKANSKA, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 listopada 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie projektu wykonawczego i wykonanie robót budowlanych dla zadania 1: LOT-B3 granica województwa – Kozłów i zadania 2: LOT-B2-2 Sędziszów (bez stacji) - granica województwa, w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na linii kolejowej nr 8 na odcinku Skarżysko-Kamienna – Kielce – Kozłów, etap II: odcinek Sitkówka Nowiny – Kozłów.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym Tom III specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający w ramach postępowania przewidział przeprowadzenie aukcji.

W postępowaniu wpłynęło 13 ofert.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 379 598 499,20 zł brutto.

Zamawiający w dniu 12 września 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w tym przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, wskazując, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być ogólnikowe, powinny zawierać konkretne założenia oraz szczegółowe kalkulacje. Wyjaśnienia winny wykazać, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia.

W dniu 25 września 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu odpowiedź w sprawie wyliczenia ceny oferty, wskazując jednocześnie, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść załączników nr 3, 9 do 35 oraz 37

do 69 włącznie do ww. wyjaśnień oraz, że zastrzega, iż informacje zawarte w treści wskazanych załączników nie mogą być udostępniane przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 3 października 2023 r. poinformował o odtajnieniu zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa ofert podwykonawczych stanowiących zał. nr 37-39, 41-43, 47, 61-62, 67.

Następnie w dniu 27 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, który za wykonanie zamówienia, po przeprowadzeniu aukcji, zaoferował kwotę 349.824.000,00 złotych brutto.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że Konsorcjum nie wykazało dostatecznie, iż zaoferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej i nie obaliło domniemania w tym zakresie wywołanego wezwaniem Zamawiającego.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które są podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (tak też w: wyroku z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie rozpoznaje jedynie w granicach podniesionych zarzutów. Z kolei zarzut odwołania wyznacza nie tylko jego podstawa prawna, ale też uzasadnienie faktyczne. Tymczasem Odwołujący w niniejszym stanie faktycznym wskazuje jedynie, że pierwotna cena Przystępującego za wykonanie robót branży sterowania ruchem kolejowym (SRK) za kwotę 24 523 577,00 zł została obniżona w toku aukcji elektronicznej do kwoty 17 659 873,15 zł. W ocenie Odwołującego cena ta ma cechy ceny rażąco niskiej. Na poparcie powyższego stanowiska Odwołujący przedstawia tylko tabelaryczne zestawienie wartości, przyjętych w ofertach przez poszczególnych wykonawców w zakresie branży SRK.

Odwołujący w ogóle nie polemizuje z treścią przedłożonych wyjaśnień. W treści odwołania próżno szukać argumentacji dotyczącej kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach Przystępującego. Pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, zgodnie z art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem spornym, a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać - jak wskazuje się w orzecznictwie KIO - na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości wyliczenia cenyoferty, bez choćby

uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez Przystępującego zaoferowana cena oraz cena za wykonanie robót branży SRK są zaniżone. Nie przedstawił żadnych wyliczeń dotyczących kosztów robocizny, czy też materiałów. Natomiast mimo, że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny w części zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, to ogólnie rzecz ujmując odnoszą się one do sposobu organizacji pracy przyjętego u tego wykonawcy. Z wyjaśnień tych wynika, że wszelkie niezbędne koszty były uwzględnione przez wykonawcę przy sporządzaniu oferty. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że rzeczywiście za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie da się wykonać prac SRK. Jak słusznie zauważył Zamawiający, sformułowanie zarzutu wystąpienia rażąco niskiej ceny nie polega tylko na wskazaniu pozycji z kosztorysu ofertowego konkurenta i porównaniu ich z ofertami pozostałych wykonawców. Odwołujący winien wykazać, że obiektywnie dana cena nie spełnia podstawowych wymogów jej realności. Oznacza to obowiązek opisania przez Odwołującego w sposób konkretny okoliczności, które powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Za niewystarczające należy uznać więc budowanie zarzutu w zakresie wykonania robót w branży SRK na tym, iż Odwołujący lub inni wykonawcy przyjęli za ten zakres cenę wyższą.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał na rażąco niską cenę Przystępującego w zakresie branży trakcyjnej podkreślając, że różnica pomiędzy kwotą zaproponowaną przez Konsorcjum w toku aukcji elektronicznej a ofertą ART in Energy Sp. z o.o. wynosi 2 101 896,62 zł, a tym samym oznacza to wycenę poniżej realnych kosztów wykonania danych robót.

Rzeczywiście w zakresie branży sieci trakcyjnej w pierwotnej ofercie Konsorcjum zaoferowało za wykonanie przebudowy sieci trakcyjnej cenę w kwocie 34 602 798,00 zł, opierając się na ofercie nr ART/AP-31/049/05/2023 z dnia 11 lipca 2023 r. złożonej przez ART in Energy Sp. z o.o. Następnie Konsorcjum otrzymało zamienną ofertę nr ART/AP-31/049/08/2023 z dnia 4 września 2023 r. na kwotę 27 020 000,00 zł za wykonanie robót budowlanych w zakresie przebudowy sieci trakcyjnej od ART in Energy Sp. z o.o., a w toku aukcji elektronicznej obniżyło wycenę tego zakresu prac do kwoty 24 918 103,38 zł netto.

Izba zwraca uwagę, że zamienna oferta ART in Energy Sp. z o.o. była datowana na 4 września 2023 r., aukcja miała miejsce w dniu 6 września 2023 r., a udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nastąpiło w dniu 25 września 2023 r. W wyjaśnieniach wskazano natomiast, że *Wykonawca przedkłada wyliczenia własne oraz oferty podwykonawców dla potwierdzenia adekwatności zaoferowanej ceny. Podkreślenia wymaga, iż załączone oferty podwykonawców podlegają dalszym negocjacjom przez Wykonawcę, co może doprowadzić jedynie do obniżenia wskazanych w nich cen. W załączeniu Wykonawca przedkłada następujące oferty, na potwierdzenie adekwatności zaoferowanej ceny (załączniki nr 37 do 47, 61,62,67).* Zatem, Przystępujący mógł założyć możliwość renegocjacji ceny i zakresu ofert podwykonawczych tak, by wprowadzone w ich następstwie zmiany umożliwiły mu złożenie w postępowaniu konkurencyjnej oferty. Równocześnie należy zauważyć, że w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało zysk w wysokości 5,5%, co oznacza zysk na poziomie ponad 11.000.000 zł.

Dodatkowo, Przystępujący w piśmie procesowym wyjaśnił, że zgodnie z deklaracją złożoną w formularzu ofertowym zamierza zlecić podwykonawcom jedynie część robót w poszczególnych branżach. Cena za przebudowę sieci trakcyjnej zaproponowana przez ART In Energy Sp. z o.o. została rozbita na 5 tabel, które odnosiły się do różnych odcinków wspomnianej sieci. Wśród elementów cenotwórczych można było wyróżnić m.in. pozycje pn. „Demontaż fundamentów i słupów", „Fundamenty betonowe" oraz „Ustawienie konstrukcji i montaż odciągów". Prace te, jako mające typowy charakter, zostaną wykonane siłami własnymi Przystępującego, w związku z czym cena podwykonawcy ulegnie obniżeniu. Roboty te zostaną wykonane przy okazji innych prac, co wpłynie niewątpliwie na ograniczenie kosztów.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego zaniechania złożenia wyjaśnień ceny w zakresie prac w branży kanalizacyjnej, tj. odnośnie rachunku 7.2 „Przebudowa i budowa sieci kanalizacji deszczowej grawitacyjnej i tłoczonej oraz drenaży", należy wskazać, że Zamawiający skierował do Przystępującego żądanie o treści standardowej, wyznaczonej wprost dyspozycją art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie narzucił Konsorcjum sposobu i metodologii wyjaśnień kalkulacji oferty. Zatem, ocena tych wyjaśnień winna odbywać się przez pryzmat odpowiedzi na pytanie czy pozwalają one na ustalenie, że cena została prawidłowo skalkulowana.

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO. Zgodnie z wyrokiem z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2224/14, 2228/14 *Zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego*. Podobnie stwierdzono w wyroku z dnia 25 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 63/19 *Jak już bowiem Izba wskazywała we wcześniejszych wyrokach -*

wykonawca nie jest w stanie wyjaśnić i udowodnić nieokreślonego „wszystkiego", lecz zakres jego wyjaśnień powinien być nakierowany na konkretne okoliczności wezwaniem zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca otrzyma ogólne wezwanie, nie odnoszące się do konkretnych elementów wyceny budzących wątpliwości zamawiającego, jego wezwanie będzie dotyczyć kwestii, które sam uzna za istotne czy możliwe do wyjaśnienia.

Niewątpliwie Zamawiający nie zobowiązał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie branży pn. sieci kanalizacyjne. Skoro Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnienia przedmiotowej materii to nie można mu czynić zarzutu, że jej nie wyjaśnił. Niemniej, jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, załącznik nr 54 i 55 do wyjaśnień zawiera kalkulację własną wykonawcy w odniesieniu do rachunku 7.2 „Przebudowa i budowa sieci kanalizacji deszczowej grawitacyjnej i tłoczonej oraz drenaży".

Izba uznała, że wyłączne oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strona winna bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 KC, w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Nadto wskazać należy, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Dlatego też Izba uznała, że powyższy zarzut należało oddalić.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest też przedstawienie uwag odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący ograniczył się do przywołania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, a także zdawkowego wskazania, że w jego ocenie Konsorcjum nie wykazało jaka jest wartość gospodarcza zastrzeżonych przez nie informacji - poprzez opisanie tej wartości i wskazanie określonej kwoty.

W ocenie składu orzekającego Przystępujący wykazał, że utajniane przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą umożliwiającą zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał, że utajnione załączniki do wyjaśnień zawierają wrażliwe informacje handlowe wykonawcy, decydujące o jego pozycji rynkowej. Konsorcjum podnosiło, że *Powyższe informacje dotyczą tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, jak również podmiotów, które stale z nami współpracują gospodarczo, w szczególności w zakresie polityki finansowej, sposobu kalkulacji ceny, zakresu współpracy z podwykonawcami, ofert, jakie podwykonawcy składają Wykonawcy, rabatów, jakie udzielają, możliwości wykonywania przez te podmioty określonych zadań, a tym samym potencjału organizacyjno – personalnego tych podmiotów, i innych zasobów kluczowych Wykonawcy i jego podwykonawców, które decydują o naszej pozycji rynkowej i możliwości zaproponowania korzystnych cen oraz mogą być wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców do kalkulacji cen ofertowych w przyszłych przetargach oraz mogą osłabiać pozycje negocjacyjne naszych podwykonawców w kontaktach biznesowych z ich kontrahentami (w przypadku ujawnienia cen jakie proponują w tym postępowaniu). (…) Te informacje decydują o pozycji rynkowej Wykonawcy, podobnie jak informacja o siatce podmiotów współpracujących gospodarczo, które w trakcie stałej i długotrwałej relacji mogą udzielać znaczących rabatów cenowych dla tego konkretnego Wykonawcy. Ujawnienie tych informacji możne znacząco utrudnić tym podmiotom przyszłe negocjacje cenowe z innymi kontrahentami. Kontrahenci mogą oczekiwać takiego samego poziomu cen jak zaproponowane naszemu konsorcjum. Dla konsorcjum stanowi to z kolei ryzyko przejęcia podwykonawców, którzy mogą zaproponować tak korzystne ceny, poprzez zaproponowanie uczestniczenia w składaniu przyszłych ofert. (…) Ewentualne ujawnienie przez Zamawiającego tych ofert może stanowić podstawę do roszczeń tych podwykonawców. (…)*

Podkreślić należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana, co zdaniem Izby nastąpiło. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 maja 2022 r., sygn. akt. XXIII Zs 41/22, gdzie wskazano, że *wbrew twierdzeniom skarżącego, z przepisów nie wynika obowiązek wykonawcy wyliczenia wysokości tejże wartości. Wystarczy wykazanie wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia konieczności odpowiedzialności finansowej uczestnika, wartości klienta i innych skutków ujawnienia poufnych informacji o klientach. Dlatego Sąd uznał, że wartość gospodarcza istnieje i uczestnik wykazał ją do każdej zastrzeżonej informacji. Oczywistym jest, że zarówno uczestnik, jak i Izba używają trybu przypuszczającego i wskazują na skutki, które mogłyby wystąpić, gdyby dane dotyczące klientów zostały ujawnione. Przed ewentualną koniecznością ujawnienia tych skutków żadna wymierna szkoda, ani utrata wartości klienta itp. nie nastąpi. Trudno z tej przyczyny kwestionować całe wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez uczestnika i treść uzasadnienia wyroku KIO.* Podobnie wskazuje Izba w wyroku z dnia 3 marca 2020 r. sygn. akt KIO 330/20 *Wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy tez przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, które nie można na takowy przeliczyć.*

Reasumując, Izba uznaje, że wartość gospodarcza określonych informacji, które zostały opatrzone klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa może być wykazywana za pomocą wymiernych liczb. Niemniej Izba dostrzega, że nie w każdym przypadku wartość gospodarcza może być skwantyfikowana i wyrażona za pomocą konkretnych danych liczbowych. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku wykonawca w sposób dostateczny wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

Ponadto, skład orzekający podziela stanowisko Przystępującego, że zarzuty Odwołującego zostały sformułowane wadliwie. Odwołujący winien w pierwszej kolejności sformułować zarzuty w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny winny mieć charakter ewentualny. Skoro zaś Odwołujący sformułował zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo braku dostępu do pełnych wyjaśnień Przystępującego, to zapewne uznał, że nie są one niezbędne do wykazania, że cena Przystępującego jest rażąco niska.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……..

……..

……..