Sygn. akt: KIO 1789/23

WYROK
z dnia 07 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2023 r. przez Odwołującego **Matpark sp. z o.o. (Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A. (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków)**
przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze (w części 17 postepowania) w zakresie:
- zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F-MAR M. F., z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F-MAR M. F., z uwagi na fakt, że Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie,

2.uwzględnia odwołanie (w części 14,17,19 postępowania) w zakresie:
- zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., pomimo że złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o.
i nakazuje Zamawiającemu (w części 14,17,19 postępowania):
- unieważnienie czynności wyboru ofert Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o.,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
  - odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami),
  - odrzucenie ofert Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A. (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków)** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Matpark sp. z o.o. (Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

3.2. zasądza od Zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A. (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków)** na rzecz Odwołującego **Matpark sp. z o.o. (Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem)** kwotę **18600 zł 00 g r** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:……...……..……...

Sygn. akt: KIO 1789/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Tauron Dystrybucja S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „132 Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały w Jelenie Górze, Legnicy, Gliwicach i Krakowie."
Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 17 lutego 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 035-103303.
Odwołujący: MATPARK Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części 14, 17 i 19 zamówienia i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Elitelas, mimo iż złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

- art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę Elitelas;
- art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy F-MAR, mimo iż złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy F-MAR, który to Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, mimo że do ich złożenia był zobowiązany lub ewentualnie a ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie Wykonawcy F-MAR do uzupełnienia wykazu usług wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum Elitelas w części 14, 17 i 19 zamówienia; odrzucenia oferty Wykonawcy F-MAR, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty Konsorcjum Elitelas i Wykonawcy F-MAR; ewentualnie wezwania Wykonawcy F-MAR do uzupełnienia wykazu usług wraz z załącznikami; udostępnienia wyjaśnień ceny Wykonawcy Elitelas.

18 kwietnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 Prawo zamówień publicznych skierował do Wykonawcy Elitelas wezwanie do udzielenia wyjaśnień ceny oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zadaniach 14, 17 i 19. Zamawiający był zobowiązany do wystosowania wezwania, gdyż cena oferty Wykonawcy Elitelas była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia.

Wykonawca Elitelas złożył kalkulacje, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący oświadczył, że posiada dostęp do wyjaśnień ceny Wykonawcy Elitelas złożonych w kilku innych analogicznych postępowaniach i za każdym razem Wykonawca Elitelas zachowuje tę samą strukturę wyjaśnień ceny, dowolnie zmieniając tylko wpisywane kwoty. Odwołujący przyjął, że również w tym postępowaniu wyjaśnienia ceny składają się z:

1) Ogólnikowego pisma powołującego się na współpracę przez podmiot zależny z firmami lub dystrybutorami STIHL, KERSHAW oraz SERRAT bez jakiegokolwiek przełożenia zawartych w tym piśmie informacji na faktyczne liczby;
2) Tabeli zawierającej:
a) Oferowaną cenę brutto lub cenę brutto za kilometr oraz odpowiednio podatek VAT i cenę netto;
b) Tabelę z wyliczeniem całkowitego kosztu pracowniczego dla złożonej oferty;
c) Koszt pozyskania zgód i odszkodowań;
d) Koszt utylizacji drzew i gałęzi po wycince;
e) Zysk wynikający ze złożonej oferty (cena netto - suma kosztów).
3) Faktury za paliwo złożonej bez żadnego wyjaśnienia.

Jak wskazał Odwołujący, wszystkie pozycje, poza wyliczeniem całkowitego kosztu pracowniczego dla złożonej oferty, Wykonawca Elitelas zmienia dowolnie i bez żadnego uzasadnienia pomiędzy różnymi zamówieniami, tymczasem wyjaśnienia ceny nie służą temu, aby przedstawić wynagrodzenie Wykonawcy w rozbiciu na mniejsze składniki ceny tylko temu, aby Wykonawca uzasadnił dlaczego poszczególne pozycje cenowe lub cena całkowita jest niższa niż cena konkurencji lub cena oszacowana przez Zamawiającego.

Wpisywane przez Wykonawcę Elitelas kwoty nie mają żadnego oparcia w rzeczywistości, a jedynie sumują się do ceny oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

Odwołujący wyjaśnił, że nie uzyskał dostępu do wyjaśnień ceny Wykonawcy Elitelas, więc nie miał możliwości odniesienia się do konkretnych kwot podanych w wyjaśnieniach, mimo to opierając się na informacjach z innych postępowań przedstawił prawdopodobne błędy w wyliczeniach ceny dotyczące kosztów pracy oraz dotyczące zaniechań w przedstawieniu dowodów a także różnic w wycenie takiej samej pracy pomiędzy różnymi postępowaniami.

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca Elitelas liczbę etatów dostosowuje do konkretnego zamówienia, natomiast "koszt wynagrodzenia na 1 etat za okres uwzględniony w ofercie" we wszystkich otrzymanych przez Odwołującą wyjaśnieniach Wykonawcy Elitelas wynosi: 99757,67 zł - ma to być wynagrodzenie brutto wraz z kosztami pracodawcy, niezależnie od tego, czy składana oferta obejmuje wykonanie zamówienia przez okres 24 miesięcy, czy tak jak w niniejszym Postępowaniu 48 miesięcy. Odwołujący wyjaśnił, że liczba 99757,67 zł podzielona na 24 miesiące daje 4 156,57 zł, co odpowiada wynagrodzeniu minimalnemu wraz z kosztami pracodawcy. Jednak zgodnie z pkt 2.8 na s. 8 SWZ termin realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu obejmuje 48 miesięcy, a więc kwota miesięcznego wynagrodzenia w tym Postępowaniu wypłacana przez Wykonawcę Elitelas to 2078,28 zł.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Elitelas zakłada nierealne, a prawdopodobnie niezgodne z przepisami prawa koszty pracy. Nie tylko nie wykazał, iż zatrudnia pracowników podane wynagrodzenie, ale wręcz skalkulował swoją cenę w oparciu o wynagrodzenie niższe od minimalnego dopuszczalnego przepisami prawa wynagrodzenia.

Oznacza to, iż tym samym potwierdził, że cena jego oferty jest rażąco niska i podlega odrzuceniu zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4) pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

Odwołujący wskazał również, że Wykonawca Elitelas wycenił swoją ofertę taniej o około 20% taniej od oferty Odwołującego oraz o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia wyliczonej przez Zamawiającego. Wykonawca Elitelas wycenił swoje usługi rażąco taniej niż on sam w innym postępowaniu prowadzonym na wycinki i przycinki drzewostanu w tych samych regionach.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca Elitelas nie odpowiedział na pytania Zamawiającego, w tym nie przedstawił ponoszonych kosztów administracyjnych, kosztów finansowych oraz realnych kosztów pracy. Wykonawca ten ograniczył się do podania w swoich wyjaśnieniach kwot nie mających oparcia w rzeczywistości i nie załączył dowodów na potwierdzenie opisanych kosztów, w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów, które wspierałyby wyliczenie: kosztów pozyskiwania zgód i odszkodowań; kosztów pracowniczych - nie wykazano, że Wykonawca Elitelas zatrudnia odpowiednią liczbę pracowników na pełen etat za wynagrodzenie minimalne, a tym bardziej za wynagrodzenie wynoszące 1 724,99 zł brutto; kosztu utylizacji drzew i gałęzi po wycince. Jedyny przedstawiony dowód, na koszty paliwa, nie został w żaden sposób powiązany z wyjaśnieniami i wyliczeniami i nie wiadomo, co z niego wynika.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że złożone przez Wykonawcę Elitelas wyjaśnienia ceny nie czynią zadość wymaganiom postawionym zgodnie z art. 224 ust. 5 pzp, tj. nie zawarto w nich kalkulacji i dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Nie załączono żadnych dowodów, w celu wsparcia stawianych w nich tez.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Elitelas są niekompletne, nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości Zamawiającego i ostatecznie należy uznać je za potwierdzające istnienie wady rażąco niskiej ceny względem oferty

Wykonawcy Elitelas, a więc oferta tego Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 pzp.
W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny, Odwołujący wskazał, że pismo zawiera zastrzeżenie „cen za wykonanie konkretnych prac, kosztów w tym know how dotyczącego sposobu ich wyliczenia, kosztów pracy, potencjału pracowniczego i sprzętowego, wynagrodzeń pracowniczych obowiązujących w Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., umów w tym umów i referencji w obrocie profesjonalnym, które zostały ujęte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, albowiem informacje te stanowią tajemnicę *przedsiębiorstwa."*
Jak wskazał Odwołujący, z wymienionych informacji w wyjaśnieniach ceny wskazano wyłącznie na koszty pracy, ale w sposób całkowicie zanonimizowany, niepozwalający na ustalenie tożsamości pracowników, a więc takie dane nie mają wartości gospodarczej poza wpływem na wynik niniejszego Postępowania.
Odwołujący wskazał, że uzasadnienie dla zastrzeżenia danych wydaje się nieprzystające do złożonych dokumentów.
Odwołujący sformułował również zarzuty:
- naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty F-MAR, mimo iż złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu Wezwanie skierowane do Wykonawcy F-MAR.
- naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy F-MAR, który to Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, mimo że do ich złożenia był zobowiązany lub ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie Wykonawcy F-MAR do uzupełnienia wykazu usług wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.
Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących czynności i zaniechań Zamawiającego wobec oferty wykonawcy M. F. F-MAR złożonej w ramach zadania 17 Postępowania.
W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o ich oddalenie.
Zdaniem Zamawiającego zarzut dotyczący złożonych przez Przystępującego wyjaśnień co do zaoferowanej ceny oparty został wyłącznie o przypuszczenia Odwołującego nie znajdujące potwierdzenia w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach ceny.
Zamawiający wskazał, że nieuprawnionym jest dokonywanie porównań stawek jednostkowych pomiędzy zadaniami dotyczącymi wycinek serwisowych SN i WN oraz wycinek realizowanych według potrzeb w sieci nN. Są to usługi o różnej specyfice, co wynika w szczególności z faktu, że sieć napowietrzna, niezależnie od poziomu napięcia, poddawana zabiegom wycinki w zależności od lokalizacji (tereny zurbanizowane, leśne, pola uprawne itd.) ma różny stopień zadrzewienia, a przez to jest trudno porównywać nakład pracy. Jak dalej wskazał Zamawiający, automatyzacja procesów wycinki pozwala w znaczący sposób zwiększyć wydajność świadczonych usług, a tym samym obniżyć koszty prac. Wycinki serwisowe w ramach zadań, których dotyczy odwołanie obejmują okres 48 miesięcy. Specyfika prac przy wycince serwisowej pozwala na okresowe angażowanie pracowników np. pracownicy mogą pracować w ramach określonego zadania np. jeden/dwa tygodnie w każdym miesiącu lub trzy/cztery/siedem miesięcy w roku w dobrowolnie rozproszonych okresach roku, co sprawia, że wykazywane w kalkulacjach ceny - w ramach kosztów pracowniczych - etaty mogą być angażowane na danym zadaniu częściowo przez cały okres realizacji danego zadania.
Zamawiający wskazał również, że współpracuje z Przystępującym od wielu lat, miedzy innymi na obszarze objętych odwoływaniem zadań. Konsekwencją tego jest fakt, że Przystępujący zna doskonale uwarunkowania lokalne (terenowe, ludzkie, gruntowe, wymagania poszczególnych instytucji/urzędów, itd.), co na pewno nie pozostaje bez wpływu na możliwość realnej wyceny usług wycinki na przedmiotowym obszarze.
W ocenie Zamawiającego dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wyjaśnień ceny złożonych w Postępowaniu są skuteczne - Przystępujący dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnił tak przesłanki o charakterze formalnym nakazujące wykazanie, iż zastrzeżone informacje faktycznie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, w szczególności ze wskazaniem konkretnych działań, jakie Przystępujący podjął w celu ochrony poufności wskazanych informacji, jak również przesłanki o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacje, które Przystępujący stara się chronić, mające walor w szczególności organizacyjny, posiadają wartość gospodarczą.
Zamawiający wskazał, że sam Odwołujący w innym postępowaniu prowadzonym w tym samym czasie przez Zamawiającego (dotyczącym innego obszaru) również zastrzegł wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa używając podobnych argumentów co Przystępujący, w szczególności wskazując, że złożenie oświadczenia w tym przedmiocie są środkiem wystarczającym i odpowiadającym brzmieniu przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła i zważyła co następuje:
Umorzeniu podlegało postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykułów:
- art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty F-MAR, mimo iż złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy F-MAR, który to Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, mimo że do ich złożenia był zobowiązany lub ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie Wykonawcy F-MAR do uzupełnienia wykazu usług wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania.
Zamawiający w piśmie procesowym oświadczył, że uwzględnia powyższe zarzuty. W trakcie posiedzenia z udziałem stron postępowania Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego powyższego zarzutu.
W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlegało uwzględnieniu.
Za zasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę Elitelas.
Zgodnie z powyższym artykułem, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie, że informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki:
1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,
2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;
3)podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.
Wykonawca Elitelas nie wykazał spełnienia żadnej z powyżej przedstawionych przesłanek, niezbędnych do uznania, że zastrzeżone przez tego Wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Wykonawca nie wykazał, aby zastrzegane przez niego informacje miały charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub aby stanowiły informację posiadającą wartość gospodarczą. Wykonawca nie wykazał żadnej wartości gospodarczej dla zastrzeganych informacji. Ogólne stwierdzenie Wykonawcy Elitelas w treści oświadczenia o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, że: „Zastrzeżone informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny oraz w załącznikach mają wartość gospodarczą, albowiem mogą stanowić dla konkurencyjnych podmiotów źródło oszczędności w wydatkach które musieliby ponieść w związku z poszukiwaniem tych informacji.”, nie może zostać uznane za wykazanie wartości zastrzeganych informacji.
Nie wiadomo, jakie źródło oszczędności w wydatkach mogą stanowić wyjaśnienia Wykonawcy Elitelas. Wykonawca Elitelas w wyjaśnieniach dotyczących ceny dokonał jedynie rozbicia zaoferowanej ceny na mniejsze składowe, bez wskazania jakichkolwiek szczegółowych danych oraz bez podania jakichkolwiek informacji, opisujących w jaki sposób Wykonawca skalkulował określoną kwotę. Zatem twierdzenia Wykonawcy, że informacje te mogłyby dla innych wykonawców stanowić „źródło oszczędności w wydatkach które musieliby ponieść w związku z poszukiwaniem tych informacji”, jest zupełnie niezrozumiałe.
Dalej Wykonawca Elitelas stwierdził, że: „Analiza treści zastrzeżonych informacji wyraźnie pokazuje, że zawierają one cenne dane, które potencjalnie mogłyby umożliwić przedsiębiorcom prowadzącym konkurencyjną wobec naszej spółki działalność zapoznanie się zarówno z danymi naszych klientów i pracowników, jak i z takimi aspektami naszej działalności jak liczba i skala / wielość usług świadczonych przez nasza spółkę. Pozyskanie przez konkurencję m. in. informacji dotyczących zatrudnienia, systemu zarządzania jakością czy też zawieranych umów handlowych stanowiłoby zatem czyn nieuczciwej konkurencji w myśl przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”
Oczywistym jest, że takie wyjaśnienia zupełnie nie odnoszą się do treści złożonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny Wykonawca Elitelas nie przedstawił żadnych danych klientów, czy też pracowników, nie przedstawił żadnych informacji dotyczących liczby, skali, wielości usług świadczonych przez tego Wykonawcę. Nie przedstawił również jakichkolwiek informacji dotyczących zatrudnienia, systemu zarządzania jakością, czy też zawieranych umów handlowych. Powyższe potwierdza, że oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się zupełnie do treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Oznacza także, że Zamawiający w sposób bezreflesyjny dokonał oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Elitelas i bezpodstawnie uznał je za uzasadnione.
Wykonawca Elitelas stwierdził, że: „Spółka podjęła działania w celu zachowania w tajemnicy zastrzeżonych informacji. Pracownicy i osoby współpracujące ze spółką są zobowiązane do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadziliśmy zasady dotyczące ochrony danych osobowych oraz tajemnicy przedsiębiorstwa m. in. poprzez zabezpieczenie komputerów i dysków hasłami.” Jak wynika z zacytowanego powyżej art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca jest zobowiązany wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedną z przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest okoliczność, że podjęto w stosunku do określonej informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. Tej okoliczności Wykonawca Elitelas również nie wykazał. Zacytowany powyżej fragment wyjaśnień tego Wykonawcy stanowi twierdzenie ogólne, niepoparte żadnymi dowodami. Przede wszystkim Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób chroni te konkretne informacje, jakie zostały zastrzeżone w niniejszym postępowaniu. Wykonawca wskazał na ogólne zasady, jakie miały zostać wprowadzone w jego przedsiębiorstwie, nie wykazał natomiast czy i jaki sposób chroni konkretne informacje, które w niniejszej sprawie zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Obecnie niemal każde przedsiębiorstwo posiada zabezpieczenie komputerów i dysków hasłami, co nie oznacza, że w komputerach tych przechowywane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
Nie jest także zasadny argument podniesiony przez Zamawiającego i Przystępującego, że: Odwołujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w podobny sposób – a zasada równego traktowania wykonawców nakazywałaby „uszanować” zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego.
Zamawiający jest zobowiązany do dokonania badania tajemnicy przedsiębiorstwa wobec każdego wykonawcy osobno. Podstawą oceny Izby jest czynność Zamawiającego odnosząca się do badania zasadności i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Wykonawcę Elitelas. Ewentualne błędy Odwołującego w zakresie utajnienia wyjaśnień w innym postępowaniu nie tylko nie mogą mieć wpływu na ocenę czynności Zamawiającego wobec wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Elitelas, ale także nie mogą stanowić podstawy rozpoznania Izby – zakresem odwołania nie zostało objęte bezpodstawne, niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku wyjaśnień składanych przez Odwołującego.
Co jednak najistotniejsze, jak wykazał Odwołujący, Wykonawca Elitelas posługuje się takimi samymi wyjaśnieniami w wielu innych postępowaniach – na co Odwołujący złożył dowód w trakcie rozprawy z udziałem stron („oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa” dla zadania: „140 Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i Wn na obszarze działania Tauron Dystrybucja S.A. Oddziały we Wrocławiu, Opolu, Będzinie i Tarnowie. Zadanie nr 16,17”). Ponadto zgodnie ze złożonymi przez Odwołującego dowodami w postaci wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (dla zadania: „140 Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i Wn na obszarze działania Tauron Dystrybucja S.A. Oddziały we Wrocławiu, Opolu, Będzinie i Tarnowie. Zadanie nr 16,17”), Wykonawca ten zastrzega wyjaśnienia dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny w wielu innych postępowaniach i wyjaśnienia te są takie same – tym co te wyjaśnienia różni, to poszczególne kwoty, składające się na zaoferowane ceny.
Skoro zatem Odwołujący złożył jako dowód przykłady wyjaśnień dotyczących ceny, składanych przez Wykonawcę Elitelas w innych postępowaniach, to oznacza, że treść wyjaśnień nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż jest już znana innym wykonawcom.

Zgodnie zaś z przytoczoną powyżej definicją, informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób. Skoro Wykonawca składa w każdym postępowaniu takie same wyjaśnienia, które już zostały ujawnione w innym postępowaniu, a zatem znane są innym wykonawcom, to nie można uznać, aby ich zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu było skuteczne.
W konsekwencji należało stwierdzić, że Wykonawca Elitelas nie wykazał prawidłowości i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena Zamawiającego o uznaniu za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny była wadliwa. Z tego powodu Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę Elitelas i nakazała w sentencji wyroku powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami).
Za zasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Elitelas, mimo iż złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
Zgodnie z artykułem 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.
Wykonawca Eitelas został zobowiązany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. W wezwaniu Zamawiający wskazał konkretne elementy, które Wykonawca powinien uwzględnić w złożonych wyjaśnieniach.
Wykonawca przedstawił wyjaśnienia składające się z części opisowej oraz z kalkulacji. Wykonawca Elitelas nie odpowiedział na pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu, w tym nie przedstawił ponoszonych kosztów administracyjnych, kosztów finansowych oraz realnych kosztów pracy.
Złożone przez Wykonawcę Elitelas wyjaśnienia nie zawierają żadnego uzasadnienia dla podanej ceny. Podane przez Wykonawcę Elitelas kwoty nie mają żadnego oparcia w rzeczywistości, przełożenia na jakiekolwiek ceny, a jedynie sumują się do ceny oferty złożonej przez tego Wykonawcę.
W ocenie Izby trudno uznać za wyjaśnienia kalkulację, złożoną z kilku składowych ceny, bez jakiegokolwiek uzasadnienia dla podanych liczb, bez wskazania, w jaki sposób, przy przyjęciu jakich konkretnie składników Wykonawca uzyskał takie wartości. Wykonawca wskazał ogólne hasła i zaokrąglone wartości. Wykonawca w jednym zdaniu ujął koszty sprzętu, transportu i pozostałe koszty, bez realnego wykazania i wyceny nawet takich poszczególnych składników. Nie sposób zatem ocenić, czy Wykonawca przyjął właściwie, realnie oszacowane ilości jako podstawę realizacji zamówienia, jak również nie sposób ocenić, czy ceny za realizację poszczególnych zadań są realne.
Bezzasadne jest stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, a odnoszące się do specyfiki prac przy wycince serwisowej, która pozwala na okresowe angażowanie pracowników. Zamawiający wyjaśniał, że: „pracownicy mogą pracować w ramach określonego zadania np. jeden/dwa tygodnie w każdym miesiącu lub trzy/cztery/siedem miesięcy w roku w dobrowolnie rozproszonych okresach roku, co sprawia, że wykazywane w kalkulacjach ceny – w ramach kosztów pracowniczych – etaty mogą być angażowane na danym zadaniu częściowo przez cały okres realizacji danego zamówienia". Należy zauważyć, że taka okoliczność w ogóle nie została wskazana przez Wykonawcę Elitelas w treści wyjaśnień, zatem Zamawiający nie miał podstawy do przyjęcia takich założeń. W treści wyjaśnień Wykonawca Elitelas wskazał koszt wynagrodzenia za 1 etat za okres uwzględniony w ofercie (wynagrodzenie brutto + koszty pracodawcy) i taką podstawę do oceny powinien przyjąć Zamawiający. Skoro zatem Wykonawca Elitelas wskazał, że będzie zatrudniał pracowników na etat, to również kwota w tym zakresie powinna odpowiadać przepisom dotyczącym wysokości wynagrodzenia o pracę – co nie zostało przez Wykonawcę Elitelas wykazane. Bez znaczenia w takiej sytuacji jest twierdzenie Przystępującego wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron, że Zamawiający nie wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, bowiem z wyjaśnień tego Wykonawcy wynika zatrudnienie pracowników na etat. Zatem wyjaśnienia Wykonawcy składane w trakcie rozprawy z udziałem stron są sprzeczne z treścią wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego. Należy zauważyć, że z treści wyjaśnień Wykonawcy wcale nie wynika, aby Wykonawca zatrudniał pracowników na innej podstawie niż umowa o pracę – np. na podstawie umowy o dzieło, czy umowy zlecenie.
W treści wyjaśnień Wykonawca Elitelas nie powoływał się również na podnoszony przez Zamawiającego argument dotyczący zróżnicowania prac w sieci nN, SN, WN. Podstawą oceny Zamawiającego są wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego. Argument ten nie stanowił podstawy wyjaśnień Wykonawcy, a co za tym idzie, nie mógł stanowić podstawy oceny przez Zamawiającego treści wyjaśnień. Zatem podnoszona przez Zamawiającego argumentacja w tym zakresie pozostaje bez znaczenia w niniejszej sprawie. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie złożył żadnych wyjaśnień, ani żadnych kalkulacji, analiz, które miałyby potwierdzać/uzasadniać wpływ takich okoliczności na zaoferowaną cenę. Nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów.
Wykonawca do wyjaśnień nie załączył dowodów na potwierdzenie opisanych kosztów, w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów, które wspierałyby wyliczenie: kosztów pozyskiwania zgód i odszkodowań; kosztów pracowniczych, kosztu utylizacji drzew i gałęzi po wycince. Jedyny przedstawiony dowód w postaci faktur nie został w żaden sposób powiązany z wyjaśnieniami i wyliczeniami, zatem taki dowód jest nieprzydatny do oceny realności zaoferowanej ceny.
Wykonawca w części opisowej powołał się na szereg okoliczności, jednak nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób opisywane przez niego okoliczności wpływają na możliwość zaoferowania niższej ceny. Nie wiadomo zatem, w jaki konkretnie sposób wyszczególniona w wyjaśnieniach okoliczność, np.: „Dysponujemy wykwalifikowaną kadrą pozwalającą na fachowe i rzetelne wykonanie zamówienia bez konieczności zatrudniania drogich specjalistów" przekłada się na obniżenie ceny. Wykonawca nie złożył również żadnego dowodu, który stanowiłby potwierdzenie wskazywanych (w części opisowej) okoliczności.
Ponadto, jak wskazano powyżej, Wykonawca Elitelas składa w innych postępowaniach wyjaśnienia o takiej samej treści wraz z kalkulacją, w której we wszystkich pozycjach Wykonawca Elitelas zmienia wartości dowolnie, bez żadnego uzasadnienia. Jak słusznie zauważył Odwołujący, wyjaśnienia ceny nie służą temu, aby przedstawić wynagrodzenie Wykonawcy w rozbiciu na mniejsze składniki ceny, tylko temu, aby Wykonawca uzasadnił, dlaczego poszczególne pozycje cenowe lub cena całkowita jest niższa niż cena w ofercie konkurencyjnej lub cena oszacowana przez Zamawiającego.

Składanie takich samych wyjaśnień we wszystkich postępowaniach ukazuje schematyczność działania Wykonawcy Elitelas oraz fakt, że wyjaśnienia nie są przygotowywane do danego postępowania, a zatem nie wykazują żadnych szczególnych okoliczności, które są właściwe dla danego postępowania i przez to wpływają na obniżenie ceny. Powtarzalność składanych wyjaśnień wskazuje na bezrefleksyjne powielanie, nie zaś na faktyczne wyjaśnienie szczególnych okoliczności. Tym samym takie wyjaśnienia nie są przydatne dla oceny realności zaoferowanej ceny.
Bezzasadny jest argument Zamawiającego wyrażony w trakcie rozprawy z udziałem stron, iż Zamawiający „współpracuje z wykonawcą i nie jest tak, że wykonawca ten nie potrafi skalkulować zamówienia". Zamawiający dokonuje oceny, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, a nie na podstawie znajomości z tym wykonawcą, czy swoich przypuszczeń co do jego umiejętności w kalkulowaniu ceny. Zasadą obowiązującą w postępowaniu przetargowym jest zasada pisemności postępowania.
Zgodnie z artykułem 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.
Złożone przez Wykonawcę Elitelas wyjaśnienia ceny nie czynią zadość wymaganiom postawionym zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie zawarto w nich kalkulacji i dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wyjaśnienia Wykonawcy Elitelas nie odpowiadają na pytania zadane przez Zamawiającego oraz nie załączono do nich żadnych dowodów, w celu wsparcia stawianych w nich tez. Zatem Wykonawca Elitelas nie dowiódł realności zaoferowanej ceny, a więc oferta Wykonawcy Elitelas powinna podlegać odrzuceniu. W konsekwencji Izba nakazała odrzucenie ofert Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o., Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (w zakresie zadania nr 14, 17, 19), uznając za zasadną argumentację, że wyjaśnienia Wykonawcy Elitelas nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..……..……..……..