

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2021 r. przez wykonawcę PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 23 (31-574 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie przy ul. Warszawskiej 165 (05-520 Konstancin-Jeziorna)

przy udziale wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 87 (80-557 Gdańsk), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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:

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Modernizacja linii 220 kV Janów-Zgierz-Adamów. Etap II*, (nr referencyjny: 2020/WNP-0271), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2020 r., pod numerem 2020/S 200-486270.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 3 marca 2021 r. wykonawca PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami Pzp czynności podjętej przez zamawiającego, polegającej na wyborze oferty SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwanego dalej: „SPIE Elbud Gdańsk”) jako najkorzystniejszej;
- zaniechania przez zamawiającego ujawnienia złożonych przez SPIE Elbud Gdańsk wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- zaniechania przez zamawiającego uznania, że SPIE Elbud Gdańsk nie wykazało, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk z uwagi na rażąco niską cenę;
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk, choć jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- zaniechania przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Opisanym czynnościom i zaniechaniom odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień SPIE Elbud Gdańsk prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez SPIE Elbud Gdańsk nie jest rażąco niska;
- c) art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że SPIE Elbud Gdańsk wykazało, że cena ofertowa jest ceną realną;
- d) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk, choć treść oferty i cena zaproponowana za wykonanie części zamówienia objętej ograniczeniem zakresu 1-3 dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- e) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 -3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 poz. 1913 ze zm., zwanej dalej: „z.n.k.u.”), przez błędne przyjęcie, że zamawiający zobowiązany do nieujawniania treści wyjaśnień SPIE Elbud Gdańsk, choć nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- f) art. 8 ust 1-3 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 2 z.n.k.u., przez zaniechanie weryfikacji przez zamawiającego zasadności zastrzeżenia przez SPIE Elbud Gdańsk jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień (wraz z załącznikami) złożonych przez SPIE Elbud Gdańsk w dniu 20 stycznia 2021 r.;
- g) art. 8 ust 1-3 Pzp, przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień (wraz z załącznikami) złożonych przez SPIE Elbud Gdańsk w dniu 20 stycznia 2021 r.;
- h) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty SPIE Elbud Gdańsk, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;

które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty SPIE Elbud Gdańsk jako oferty najkorzystniejszej;
- uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez SPIE Elbud Gdańsk wraz z załącznikami i udostępnienie odwołującemu powyższych wyjaśnień (wraz z załącznikami);

- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień SPIE Elbud Gdańsk złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp;
- uznania wyjaśnień SPIE Elbud Gdańsk za niewystarczające dla uznania, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską;
- odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej;
- odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ;
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie unieważnienie postępowania w sytuacji gdy zamawiający nie zdecyduje się zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (oferty odwołującego).

Odwołujący wyjaśnił, że był uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia oferenta doznał uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostał dla odwołującego fakt, że złożył ofertę w postępowaniu i następnie zamierzał zrealizować zamówienie, dla którego jest ono prowadzone, osiągając zakładany podczas jego realizacji zysk. Oferta odwołującego, jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dn. 22 lutego 2021 r. została oceniona jako druga w kolejności z najkorzystniejszych, po ofercie SPIE Elbud Gdańsk, co przy właściwym zastosowaniu przepisów przez zamawiającego (i decyzji o zwiększeniu kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty odwołującego) pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie zamówienia. A zatem przy braku uznania oferty SPIE Elbud Gdańsk za zawierającą rażąco niską cenę i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym braku odrzucenia tej oferty, odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i realizacji zamówienia. W nn. przypadku szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu. Odwołujący dostrzegł, że cena jego oferty jako drugiej w kolejności przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, niemniej również w sytuacji gdyby zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie tej kwoty do wartości oferty odwołującego ma on interes we wniesieniu odwołania (a naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego skutkuje szkodą odwołującego) gdyż ewentualne unieważnienie postępowania pozwoli mu ponownie ubiegać

się o wykonanie zamówienia. W orzecznictwie niejednokrotnie podnoszono, iż wykonawca nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu dla postawionych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, że zamawiający wyraźnie wskazał w cytowanych następujących fragmentach SIWZ (rozdz. XVI pkt. 1 ppkt. 1 i 4 Części I SIWZ), PFU (cz. 2 pkt. 2.1 oraz pkt. 2.2.4.1.-2.2.4.3 PFU) i formularza ofertowego, iż oferent zobowiązany jest uwzględnić i wycenić w ofercie opisane w PFU ograniczenia zakresów. Co więcej, w pkt. 2.2.4.1.-2.2.4.3 PFU (str. 21-24) zamawiający wymienił szczegółowy zakres przebudowy oraz zakres wyłączanego fragmentu (z odniesieniem do poszczególnych stron PFU, gdzie dane elementy zostały opisane), wskazując dodatkowo, że wycena ograniczenia powinna obejmować także koszt komunikacji społecznej i spraw formalno-prawnych.

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku oferty SPIE Elbud Gdańsk wykonawca wprawdzie wypełnił pozycje formularza ofertowego w zakresie wynagrodzenia za ograniczenie zakresu, ale podana tam cena dla każdego zakresu w kwocie 1 zł netto, a 1,23 zł brutto jest ceną nierealną i nie odpowiada zakresowi prac podanemu w każdym z ograniczeń zakresu, a zatem nie spełnia wymogów z cytowanych powyżej zapisów SIWZ oraz PF-U, zwłaszcza przy uwzględnieniu wartości czynników cenotwórczych przyjętych do wyceny prac i robót opisanych w SIWZ, zawartych w wypełnionym przez SPIE Elbud Gdańsk Wzorzec nr 2 Części III SIWZ:

„robocizna R = 22 zł/rbg

transport T = 4,8 zł/km

wskaźnik kosztów pośrednich Kp = 76 % (R+S)

wskaźnik kosztów zakupu materiałów Kz = 9 % (M)

wskaźnik zysku Z = 12 % (R + S + Kp)

Wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego słupów istniejących 120,00 zł/m²

Cena jednostkowa netto pracy sprzętu (S)

Wg Secocenbud IV kw. 2020 - stawki średnie”

A także kosztów komunikacji społecznej oraz spraw formalno-prawnych.

Odwołujący podkreślił, że żaden z oferentów, jak również zamawiający nie zrównał wyceny dla poszczególnych zakresów, a dla każdego ograniczenia podana została inna kwota. Niniejsze wynika z faktu, iż ograniczenia zakresów różnią się w sposób istotny co do rodzaju i ilości wchodzących w ich skład prac (co widać wyraźnie w pkt. 2.2.4.1.-2.2.4.3. PFU),

materiałów oraz nakładów (roboczogodzin). Nie sposób zatem uznać (choćby w świetle samej wartości czynników cenotwórczych) by SPIE Elbud Gdańsk oferując cenę 1,23 zł brutto za wykonanie każdego z ograniczeń zakresu wypełnił wymogi zamawiającego określone w SIWZ.

Odwołujący zauważył, że w doktrynie przyjmuje się, iż: *oferta podlega odrzuceniu jedynie w przypadku niezgodności jej treści z SIWZ, a nie w przypadku niezgodności jej formy z wymaganiami SIWZ - wszelkiego rodzaju wzory tabel, wykresów itp. mogą być zmieniane przez wykonawców, o ile tylko będą w nich zawarte wymagane przez zamawiającego informacje* niemniej w nn. stanie faktycznym SPIE Elbud Gdańsk nie zawarł w treści oferty wyceny ograniczenia zakresu zgodnie z wytycznymi zamawiającego. Niniejsze uzasadniało odrzucenie oferty SPIE Elbud Gdańsk w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp gdyż jej treść faktycznie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego zamawiający naruszając ww. przepis Pzp zaniechał. Przedmiotowe naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania gdyż na skutek dopuszczenia się go przez zamawiającego oferta SPIE Elbud Gdańsk w miejsce odrzucenia została wybrana jako najkorzystniejsza.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że w przedmiotowym przypadku cena ofertowa ograniczenia zakresu 1, zakresu 2 i zakresu 3 jest istotną częścią składową ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, a jej wysokość ma istotne znaczenie dla całkowitej ceny ofertowej oraz bezpośrednio wpływa na ocenę ofert w postępowaniu (gdzie jedynym kryterium jest cena). W niniejszym przypadku fakt, iż cena ofertowa ograniczenia zakresu 1, zakresu 2 i zakresu 3 jest ceną istotnej części zamówienia (istotną częścią składową ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp) – a zatem dopuszczalne jest jej badanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp potwierdził wprost zamawiający w wezwaniu z dn. 13 stycznia 2021 wskazując cyt.: *Zamawiający zwraca się z prośbą o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny z uwzględnieniem ceny istotnych części zamówienia określonych w PFU jako Ograniczenie zakresu 1, Ograniczenie zakresu 2 oraz Ograniczenie zakresu 3.* W ocenie odwołującego możliwość weryfikacji ceny oferty, w świetle art. 90 ust. 1 Pzp, w tym jej istotnych elementów składowych nie jest ograniczona również w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, z jakim mamy do czynienia w nn. sprawie. Zamawiający jest uprawniony do badania prawidłowości wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie tylko w przypadku ceny kosztorysowej, ale również w sytuacji, gdy cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący wyjaśnił, że nie zostały mu udostępnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez SPIE Elbud Gdańsk w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Powyższe uniemożliwia odwołującemu szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień SPIE

Elbud Gdańsk i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej jednak w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny SPIE Elbud Gdańsk oraz biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez SPIE Elbud Gdańsk ma charakter rażąco niskiej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez SPIE Elbud Gdańsk nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na charakter samych wyjaśnień i ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który został wezwany do ich złożenia. W świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2 Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 90 ust. 3 Pzp, także złożenie wyjaśnień potwierdzających złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez SPIE Elbud Gdańsk uznając, że wykonawca wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną. Odwołujący podkreślił, że prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny być wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień

wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące go okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie. SPIE Elbud Gdańsk zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz iż zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

W ocenie odwołującego cena zaoferowana przez SPIE Elbud Gdańsk w zakresie wynagrodzenia za wykonanie części zamówienia stanowiących ograniczenie zakresu nr 1, 2 i 3 nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie umowy. W dodatku w żaden sposób nie odpowiada także wartościom wskazanym przez SPIE Elbud Gdańsk w wartości czynników cenotwórczych (załącznik do oferty wypełniony na Wzorzec nr 2 Części III SIWZ), gdzie choćby stawka za 1 roboczogodzinę robocizny wynosi 22 zł, a także nie uwzględnia kosztów komunikacji społecznej oraz spraw formalno-prawnych. W tym miejscu odwołujący zauważył, iż jakkolwiek powołane powyżej wartości czynników cenotwórczych mają zastosowanie głównie w sytuacji zlecenia robót dodatkowych, uzupełniających czy zamiennych, to w przypadku gdyby do odstąpienia od umowy w ograniczeniach zakresu nie doszło, a zakres prac w ograniczeniach wymagałby modyfikacji poprzez zlecenie ww. robót, wówczas wszelkie zmiany wyceniane byłyby na kwoty kilkadziesiąt razy większe niż zaoferowane w ofercie wykonawcy, co wyraźnie wskazuje na rażącą wręcz niezgodność ceny oferty z warunkami zamówienia oraz na jej rażąco niską wartość, nie znajdującą precedensu w warunkach rynkowych.

Odwołujący podniósł, że zaproponowana przez SPIE Elbud Gdańsk cena za wykonanie ograniczenia zakresu pozostaje także niewiarygodna w stosunku do innych ofert złożonych w toku postępowania, gdzie pozostali oferenci, kierując się treścią SIWZ dokonali wyceny poszczególnych pozycji w ograniczeniu zakresu i wskazali ceny od 66 tysięcy do 645 tysięcy wyższe od SPIE Elbud Gdańsk. Cena zaproponowana za wynagrodzenie za wykonanie części zamówienia stanowiącej ograniczenie zakresu w żadnym stopniu nie przystaje także do środków jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na ten zakres prac - jest odpowiednio o 910 tysięcy (zakres 1), 615 tysięcy (zakres 2) i o 212 tysięcy (zakres 3) niższa od założonej do wydatkowania przez Zamawiającego, co jednoznacznie wskazuje na jej iluzoryczny i

czysto symboliczny charakter oraz wyraźny cel jaki przyświecał SPIE Elbud Gdańsk – a którym było zdeklasowanie pozostałych oferentów przy założeniu braku wykonania prac objętych ograniczeniem zakresu (sprzecznym z zasadami logiki i doświadczenia życiowego byłoby bowiem uznanie, że wykonawca faktycznie zamierza zrealizować część zamówienia wycenioną przez zamawiającego na 1,7 mln zł za 3,75 zł). O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne – tzn. gdy wykonawca w razie wykonania zamówienia za daną cenę poniesie stratę. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Taką sytuacją jest oferowanie towarów/ wykonania prac poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Z tego rodzaju przypadkiem mamy do czynienia w odniesieniu do oferty SPIE Elbud Gdańsk, która z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna zostać odrzucona przez zamawiającego nawet pomimo złożenia wyjaśnień.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wyjaśnił, że argumenty opisane powyżej, a uzasadniające uznanie ceny oferty SPIE Elbud Gdańsk za rażąco niską oraz niezgodną z treścią SIWZ, kwalifikującą ofertę do odrzucenia pozostają właściwe także w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty SPIE Elbud Gdańsk na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp tj. z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Treść oferty SPIE Elbud Gdańsk wypełnia bowiem przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji zarówno z art. 3 z.n.k.u. – działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes innego przedsiębiorcy (w tym przypadku odwołującego), jak i z art. 15 ust. 1 pkt. 1 z.n.k.u. czyli utrudniania innym przedsiębiorcom (w tym przypadku oferentom w postępowaniu) dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W niniejszym przypadku czynem takim jest manipulowanie ceną oferty i sztuczne oferowanie wykonania części zamówienia objętej ograniczeniem zakresu 1-3 za cenę 1 zł netto, co należy poczytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się dokonać wyceny ograniczenia zakresu w sposób realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz zgodnie z wymogami SIWZ. Istotnym pozostaje, iż wykonanie części zamówienia objętej ograniczeniem zakresu 1-3 za

cenę zaoferowaną przez SPIE Elbud Gdańsk byłoby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w nn. branży, a wykonanie zakresu ograniczenia (1- 3) za 1,23 zł brutto, biorąc pod uwagę opis zakresu wskazany w pkt. 2.2.4.1.-2.2.4.3 PFU (str. 21-24) oraz przy uwzględnieniu deklarowanych wartości czynników cenotwórczych, nie jest możliwe.

Podsumowując tę część zarzutów, zaoferowanie ceny 1 zł netto (a więc rażąco zaniżonej) za wykonanie części zamówienia objętej ograniczeniem zakresu 1-3, niewątpliwie miało na celu eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie w postępowaniu. A SPIE Elbud Gdańsk w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz naruszający interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu manipulowało kosztami poszczególnych zakresów świadczenia, w celu uzyskania większej ilości punktów w kryterium "cena". Niniejsze wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i kwalifikuje ofertę do odrzucenia, czego zaniechał zamawiający naruszając art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 1 z.n.k.u.

Jeśli chodzi o zarzuty odnoszące się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący wskazał, że w jego przekonaniu SPIE Elbud Gdańsk w sposób nieskuteczny dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i załączników do tych wyjaśnień, co skutkowało zaniechaniem zamawiającego w postaci nieudostępnienia odwołującemu treści tych dokumentów. Zdaniem odwołującego SPIE Elbud Gdańsk w piśmie z dnia 20 stycznia 2021 r. powołując się w sposób wysoce lakoniczny i ogólny, przy cytowaniu szeregu orzeczeń w miejsce istotnej, merytorycznej treści, na ogólnie rozumiany 1) techniczny, technologiczny, organizacyjny charakter informacji lub posiadanie przez informację waloru wartości gospodarczej, 2) informacje dotyczące cen oraz 3) informacje dotyczące kontrahentów, zastrzegło właśnie całość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a czego zamawiający, naruszając art. 7, art. 8 ust 1-3, art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 2 z.n.k.u. wadliwie nie zakwestionował. W szczególności za dostateczne uzasadnienie nie można uznać stwierdzenia, że zastrzeżone wyjaśnienia mają ogromną wartość gospodarczą dla wykonawcy (bez wskazania co to konkretnie oznacza i dlaczego), ich upublicznienie mogłoby spowodować wykorzystanie przez konkurencyjne podmioty (pytanie w jaki sposób i czy faktycznie) i ich nieuprawnioną korzyść gospodarczą, a w efekcie zachwianie wypracowywanej w toku wieloletniej działalności pozycji rynkowej wykonawcy (w ocenie odwołującego pozycja rynkowa wykonawcy nie odbiega znacząco od innych oferentów w postępowaniu). Niniejsze wyjaśnienia przy wielości nic niewnoszących słów nie prezentują żadnego konkretnego uzasadnienia i mogłyby zostać podniesione przez każdego przedsiębiorcę co do każdej

informacji biznesowej, co wcale nie oznacza że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje SPIE Elbud Gdańsk, bowiem niemożność zapoznania się przez odwołującego z treścią złożonych wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej. Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem – a czasami wręcz nie może – podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. SPIE Elbud Gdańsk za pewną oczywistość uznało okoliczność, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. W przypadku informacji posiadających wartość gospodarczą wykonawca zobowiązany jest jednak wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Odwołujący podniósł, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach Pzp, spoczywa na SPIE Elbud Gdańsk, które takiego zastrzeżenia dokonało, oraz na zamawiającym, gdyż nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem w niniejszej sprawie SPIE Elbud Gdańsk nie wykazało, że całość (a w ocenie odwołującego nawet część) zastrzeganych przez niego informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego brak jest przekonującej argumentacji i dowodu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i ich załącznikach (w tym w szczególności w całości) mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną oraz że faktycznie SPIE Elbud Gdańsk przedsięwzięło środki celem ich nieujawnienia, co pozostawałoby niezbędnym do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa SPIE Elbud Gdańsk. Niniejsze winien zweryfikować zamawiający, czego nie dokonał, dopuszczając się naruszenia powołanych w nn. odwołaniu przepisów Pzp.

Konkludując, odwołujący stwierdził, że opisane w odwołaniu naruszenia przepisów Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, przekładając się na wybór oferty SPIE Elbud Gdańsk jako najkorzystniejszej, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu, tym samym niwecząc szanse pozostałych oferentów, w tym odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której:

- 1) uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów 5), 6) i 7) (tj. oznaczonych w odwołaniu jako e, f i g) i poinformował, że w przypadku gdy uczestnik postępowania nie wniesie sprzeciwu, udostępni odwołującemu treść wyjaśnień SPIE Elbud Gdańsk z dnia 20 stycznia 2021 r.;
- 2) wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części tj. w zakresie zarzutów nr 1)-4) i 8) (oznaczonych w odwołaniu jako a-d i h) jako niezasadnego.

Wykonawca SPIE Elbud Gdańsk na posiedzeniu niejawnym:

- wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania;
- złożył pismo procesowe, w którym zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 3 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania

z postępowania oferty wybranego wykonawcy, posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Jak wskazano powyżej zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych lit. e), f) i g) oraz poinformował, że w przypadku gdy uczestnik postępowania nie wniesie sprzeciwu udostępni odwołującemu treść wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. Jednakże w związku z wniesieniem przez przystępującego sprzeciwu w trybie art. 523 ust. 1 i 2 nPzp, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, Izba rozpoznała odwołanie, mając na uwadze treść art. 523 ust. 3 nPzp. Zgodnie z ww. przepisem jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 marca 2021 r., w tym w szczególności:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego;
 - wezwanie z dnia 13 stycznia 2021 r. skierowane do przystępującego w celu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 20 stycznia 2021 r. dotyczące złożonych przez przystępującego wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 stycznia 2021 r.;
 - wyjaśnienia wraz z załącznikami z dnia 20 stycznia 2021 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 22 lutego 2021 r.;

2) dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie:

- ofertę sprzedaży nr OS-MM/20/1072;
- ofertę handlową z dnia 10 listopada 2020 r.;
- ofertę nr BUO/2269/GK/20 z 4 grudnia 2020 r.;
- ofertę nr BUO/2145/GK/20 z 13 listopada 2020 r.;
- ofertę nr BUO/2155/GK/20 z 17 listopada 2020 r.;
- ofertę z dnia 25 listopada 2020 r. dotyczącą przewodów OPGW wraz z osprzętem oraz przewodów AAAC i AFL z osprzętem;
- zestawienie materiałów dla każdego ograniczenia, opracowane przez odwołującego.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 SIWZ przedmiotem zamówienia w postępowaniu było wykonanie wszelkich czynności (w szczególności prac projektowych i robót budowlanych) niezbędnych do modernizacji linii 220 kV Zgierz-Adamów na odcinku jednotorowym (zwanej dalej Linią nr 1) oraz na odcinku dwutorowym, wspólnym z linią 220 kV Janów-Zgierz (zwanej dalej Linią nr 2) wraz z pracami towarzyszącymi na terenie SE Zgierz, SE Adamów, SE Janów i SE Trębaczew.

W Programie Funkcjonalno-Użytkowym (zwanym dalej nadal: „PFU”) w pkt 2.1, str. 13-14 zamawiający wskazał, że *dotychczas na wniosek trzech podmiotów wydał warunki przebudowy dla n.w. fragmentów Linii 1 oraz Linii nr 2 w związku z ich kolizją z planowanymi przez nich przedsięwzięciami. Są to kolejno:*

1) Kolizja z Linią nr 2 na odcinku st. nr 3-12, 17-20 oraz z Linią nr 1 na odcinku st. 65-67 w związku z planowaną przez GDDKiA Oddział Łódź budową drogi ekspresowej S14 – zachodnią obwodnicą Łodzi.

2) Kolizja z Linią nr 1 na odcinku pomiędzy st. nr 186-191 w związku z planowaną rozbudową odkrywki węgla brunatnego przez PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A.

3) Kolizja z Linią nr 1 w przęśle 218-219 w związku z planowaną rozbudową zakładu produkcyjnego Profim Sp. z o.o. z siedzibą w Turku.

Zgodnie z wydanymi warunkami przebudowy inwestorzy w ramach realizacji swoich inwestycji uprawnieni są do przebudowy kolidującej infrastruktury liniowej na własny koszt. Inwestycje te mogą być prowadzone równolegle do prac wyszczególnionych w niniejszym

PFU. Zakłada się jednocześnie, że ich realizacja powinna nastąpić przed zakończeniem prac opisanych w niniejszym PFU.

Zamawiający zastrzega sobie w związku z powyższym prawo do odstąpienia w terminie 60 dni od daty zawarcia Umowy od poszczególnych części Zamówienia (zarówno wszystkich, jak i każdej z nich oddzielnie), zgodnie z niżej wymienionymi Ograniczeniami zakresu.

Ograniczenie zakresu 1:

Wcześniejsza przebudowa Linii nr 2 na odcinku st. nr 3-12, 17-20 oraz z Linią nr 1 na odcinku st. 65-67 w związku z budową drogi ekspresowej S14 - zachodniej obwodnicy Łodzi przez GDDKiA Oddział Łódź. Szczegółowy zakres przebudowy oraz zakres wyłączanego fragmentu Zamówienia opisano w pkt. 2.2.4.1.

Ograniczenie zakresu 2:

Wcześniejsza przebudowa Linii nr 1 na odcinku pomiędzy st. nr 186-191 w związku z rozbudową odkrywki węgla brunatnego przez PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A. Szczegółowy zakres przebudowy oraz zakres wyłączanego fragmentu Zamówienia opisano w pkt. 2.2.4.2.

Ograniczenie zakresu 3:

Wcześniejsza przebudowa Linii nr 1 w przęśle 218-219 w związku z rozbudową zakładu produkcyjnego Profim Sp. z o.o. Szczegółowy zakres przebudowy oraz zakres wyłączanego fragmentu Zamówienia opisano w pkt. 2.2.4.3.

Wykonawca wyceni odrębnie zakres prac podany w każdym z w/w Ograniczeniu zakresu i poda kwotę swojej wyceny w ofercie. Zamawiający w przypadku odstąpienia od części Zamówienia obniży przysługujące Wykonawcy wynagrodzenie zgodnie z wyceną Ograniczenia zakresu podaną w ofercie. Wykonawcy za zakres Zamówienia, od którego Zamawiający odstąpił, nie będzie przysługiwało żadne wynagrodzenie, odszkodowanie ani zwrot kosztów.

W rozdziale XVI dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny oferty w ust. 1 pkt 1) i 4) zamawiający wskazał, że oferta cenowa miała zawierać:

1) cenę netto w [zł], w tym cenę netto w [zł] za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz kwotę 100.000,00 zł stanowiącą maksymalną łączną wartość wynagrodzenia Wykonawcy za prace i czynności wykonane w ramach prawa opcji - Opcji Nadzoru, o której mowa w pkt 2.8 oraz 12.23 Umowy. Kwotę podatku VAT (wg obowiązujących przepisów) oraz cenę brutto w [zł]. W wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia należy uwzględnić wynagrodzenie za wykonanie części zamówienia stanowiące Ograniczenie zakresu zdefiniowanego w PF-U str. 14

(...)

4) cenę netto oraz cenę brutto za wykonanie części zamówienia stanowiące Ograniczenie zakresu zdefiniowanego w PF-U str. 14.

W pkt 1 wzoru formularza ofertowego zamawiający zawarł tabelę zgodnie, z którą wykonawcy powinni podać cenę netto, kwotę podatku VAT oraz cenę brutto: wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia bez prawa opcji, wynagrodzenia za prawo opcji (opcja nadzoru), wynagrodzenia łączne za wykonanie przedmiotu zamówienia wraz z opcją (cena oferty) oraz wynagrodzeń za wykonanie części zamówienia stanowiące Ograniczenie zakresu zdefiniowanego w PF-U str. 14 z wyodrębnieniem wynagrodzenia za ograniczenie zakresu 1, 2 i 3. Dodatkowo należy wskazać, że w przedmiotowej tabeli wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia bez prawa opcji oraz wynagrodzenie łączne za wykonanie przedmiotu zamówienia wraz z opcją (cena oferty) zostały opatrzone gwiazdką (*). Pod tabelą podano wyjaśnienie przepisu oznaczanego gwiazdką, w którym wskazano – *UWAGA* W wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia należy uwzględnić wynagrodzenie za wykonanie części zamówienia stanowiące Ograniczenie zakresu.*

W informacji z otwarcia ofert z dnia 28 grudnia 2021 r. zamawiający w pkt 2 wskazał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 35 404 320,00 zł brutto, w tym:

- a. wartość prawa opcji: 123 000,00 zł brutto.
- b. Ograniczenie zakresu 1: 910 200,00 zł brutto,
- c. Ograniczenie zakresu 2: 615 000,00 zł brutto,
- d. Ograniczenie zakresu 3: 212 790,00 zł brutto.

Przystępujący w złożonym formularzu ofertowym za wszystkie ograniczone zakresy podał cenę 1,23 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 13 stycznia 2021 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w celu ustalenia czy istotne części składowe jego oferty złożonej w postępowaniu zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się z prośbą o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny z uwzględnieniem ceny istotnych części zamówienia określonych w PFU jako Ograniczenie zakresu 1, Ograniczenie zakresu 2 oraz Ograniczenie zakresu 3, w szczególności w zakresie oszczędności wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, ze zm.).

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 20 stycznia 2021 r., które zostały poparte załącznikami. Wyjaśnienia wraz z załącznikami zostały w całości zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Wraz z wyjaśnieniami przystępujący złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które było jawne.

W dniu 22 lutego 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*
- art. 90 ust. 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 90 ust. 2 Pzp – *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;*
- 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
- art. 8 ust. 1-3 Pzp – *1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
2a. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania.
- 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;*
- art. 11 ust. 2 z.n.k.u. – *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;

- art. 90 ust. 1 Pzp – Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;

- art. 7 ust. 3 – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

- art. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W przypadku zarzutu oznaczonego lit. a) w *petitum* odwołania Izba, co do *meritum*, przyjęła stanowisko zamawiającego i przystępującego, którzy słusznie zwrócili uwagę, że SIWZ w żadnym ze swoich postanowień nie nakazywała dokonywania w określony sposób, wyceny części zamówienia objętych możliwością odstąpienia od umowy. Zamawiający nie

podał „widełek” cenowych, ograniczeń procentowych w jakich powinien się zmieścić wykonawca czy też innych wskazań określających podaną w ofercie wartość zakresów ograniczeń w stosunku do całości zamówienia.

Jak wynika z zacytowanego powyżej rozdziału XVI ust. 1 pkt 1) SIWZ oraz uwagi oznaczonej gwiazdką, zawartej w pkt 1 formularza ofertowego pod tabelką, wykonawcy byli zobowiązani do uwzględnienia w wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia, wynagrodzenia za wykonanie części zamówienia stanowiącego ograniczenie zakresu. W ocenie składu orzekającego, przystępujący sprostował ciążącemu na nim obowiązki uwzględnienia i wycenienia w ofercie ograniczeń zakresów opisanych w SIWZ. Zdaniem Izby zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że należy jednoznacznie rozróżnić wycenę danej części prac, od wyceny rezygnacji z danej części prac. Nie bez znaczenia w tym kontekście pozostawał zakres i wycena całości zamówienia.

W uzasadnieniu dla przedmiotowego zarzutu odwołujący wskazywał, że cena podana przez przystępującego dla każdego z zakresów nie spełniała wymogów określonych w SIWZ i PFU, zwłaszcza przy uwzględnieniu wartości czynników cenotwórczych przyjętych do wyceny prac i robót zawartych w wypełnionym przez przystępującego wzorze nr 2 części III SIWZ oraz podkreślał, że żaden z wykonawców, jak również sam zamawiający, nie zrównał wyceny dla poszczególnych zakresów, a dla każdego z nich podana została inna kwota. Jeśli chodzi o pierwszy argument Izba uznała, że fakt przyjmowania określonej stawki lub wskaźnika nie oznacza, że niewielkie zmniejszenie zakresu prac będzie wprost przekładać się na koszt niezbędny dla wykonania zamówienia (biorąc jednocześnie pod uwagę także takie czynniki jak np. spodziewany czas przestojów). W przypadku drugiego argumentu, skład orzekający przyjął, że wobec powyższych ustaleń, dokonanie przez pozostałych wykonawców wyceny ograniczenia zakresów na innym poziomie cenowym, nie przesądzało o niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ. Przedmiotowa okoliczność, w konfrontacji z treścią postanowień SIWZ, mogła doprowadzić, co najwyżej do stwierdzenia, że wykonawcy składający oferty w postępowaniu przyjęli różne sposoby czy też zastosowali różne metody do wskazania ceny za ograniczenie zakresów.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny, oznaczone w odwołaniu lit. b) i c), Izba rozpoznała łącznie. W zakresie przedmiotowych zarzutów na wstępie należało przypomnieć, że w postępowaniu przedmiot zamówienia został ukształtowany w taki sposób, iż obejmował zamówienie podstawowe z możliwością dokonania trzech ograniczeń zakresu zamówienia oraz prawo opcji. Wobec powyższego każda oferta musiała zawierać wycenę pięciu elementów: zamówienia podstawowego, „ograniczenia zakresu 1”, „ograniczenia zakresu 2”,

„ograniczenia zakresu 3” oraz prawa opcji. Jak słusznie w ocenie Izby wyjaśnił przystępujący, wycena „ograniczeń zakresu” oznaczała wycenę części zamówienia, w stosunku do których zamawiającemu będzie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy. Konstrukcję tę (prawo odstąpienia od umowy w zakresie części zamówienia), skład orzekający przyjmując argumentację przystępującego, uznał za rozwiązanie funkcjonalnie zbliżone do prawa opcji. Różnica pomiędzy tymi instytucjami polegała na przyjmowaniu niejako odwrotnej logiki przy formułowaniu uprawnienia zamawiającego służącego temu samemu celowi, tj. możliwości dokonania modyfikacji zakresu zamówienia. Za istotę prawa opcji (niezdefiniowanego wprawdzie w Pzp) przyjmuje się określenie minimalnego zakresu zamówienia, który zostanie zrealizowany na pewno oraz zakresu, który zostanie zrealizowany opcjonalnie. W przypadku „ograniczenia zakresu” w postępowaniu, określony został zakres, który może zostać zrealizowany maksymalnie oraz zakres, z którego zamawiający może zrezygnować. Wobec powyższego Izba przyjęła, że zamówienie objęte postępowaniem obejmowało część, która ma zostać bezwzględnie zrealizowana oraz cztery części, których zrealizowanie zależne będzie od decyzji zamawiającego (przy czym w trzech przypadkach od decyzji o rezygnacji z tego zakresu prac, co należało uznać za istotne z perspektywy dokonywanych kalkulacji).

W niniejszej sprawie przedmiotem sporu były ceny zaoferowane przez przystępującego dla trzech wcześniej wspomnianych ograniczeń zakresu, z których każda wynosiła 1 zł netto, 1,23 zł brutto.

W ocenie Izby, przede wszystkim należało zwrócić uwagę na okoliczność podnoszoną powyżej tj. przy rozpoznaniu wcześniejszego zarzutu, zgodnie z którą wykonawcy w wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia powinni uwzględnić wynagrodzenie za wykonanie części zamówienia stanowiące ograniczenie zakresu. Ponadto zamawiający nie wskazał w SIWZ wytycznych czy ograniczeń w tym względzie tj. nie zdefiniował zasad dokonywania wyceny dla poszczególnych elementów (części składowych) przedmiotu zamówienia. Nie wprowadził też żadnych ograniczeń i zastrzeżeń dotyczących sposobu kalkulacji ceny jednostkowej dla ograniczeń.

Jak słusznie argumentował przystępujący, sam fakt wyznaczenia ceny za daną część składową zamówienia w wysokości, która odwołującemu wydawała się być nierealna czy wielokrotnie niższa, niż wskazana przez innych wykonawców, nie przesądza o tym, że cena za ten element była rzeczywiście rażąco niska. Skład orzekający przyznał rację przystępującemu, który zwrócił uwagę, że w przypadku wycen ograniczeń zakresu w postępowaniu nieproporcjonalne zróżnicowanie nie występowało jedynie pomiędzy ofertą przystępującego a ofertami wszystkich pozostałych wykonawców, lecz pomiędzy wszystkimi

złożonymi ofertami. Odmiennie bowiem niż w przypadku łącznych cen ofert wraz z prawem opcji, gdzie oferta z najwyższą ceną, tj. kwotą 42 582 600 zł stanowiła 123% oferty z najniższą – 34 489 200 zł, rozbieżność pomiędzy wycenami dokonanymi przez poszczególnych wykonawców była znaczna, nawet przy braku uwzględnienia oferty przystępującego. Już to wskazywało na różny sposób podejścia do wyceny prac objętych ograniczeniami przez poszczególnych wykonawców. Porównując bowiem wyceny trzech ograniczeń zakresu zamówienia dokonane przez pozostałych sześciu wykonawców (tj. wszystkich biorących udział w postępowaniu z pominięciem przystępującego) można było stwierdzić, że były one zróżnicowane w sposób nieproporcjonalny do wyceny całości zamówienia. Można wskazać, że w przypadku „Ograniczenia 1” oferta z najwyższą wyceną – 793 350 zł stanowiła ok. 325% oferty z najniższą wyceną tego ograniczenia, czyli 243 693,75 zł. Z kolei w przypadku „Ograniczenia 2” było to odpowiednio 532 885,20 zł / 288 435 zł czyli ok. 185%, natomiast dla „Ograniczenia 3” stosunek ten wynosił 239 850 zł/ 81 180 zł, czyli ok. 295%.

Izba stwierdziła, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, niejednokrotnie przesądzające dla kalkulacji cenowej są koszty stałe, które nie są zależne od niewielkich wahań (np. zmniejszenia) wolumenu wykonywanych prac. Istotne dla przedmiotowego sporu części zamówienia objęte możliwością ograniczenia zakresu stanowiły stosunkowo niewielki ułamek prac objętych zamówieniem. W ofertach pozostałych sześciu wykonawców wartość ograniczeń wynosiła od 1,5% do 3,5% ceny ofertowej. Wobec powyższego Izba przyjęła, że część ta była niewielka w porównaniu z pozostałym zakresem zamówienia.

W dalszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę, że znaczna część kosztów składających się wykonanie zamówienia, takich jak koszty zatrudniania pracowników, utrzymywania sprzętu i zaplecza budowy czy zarządzania projektem z reguły ma charakter stosunkowo stały, tj. aby uległy zmianie musiałyby zaistnieć duża zmiana zakresu zamówienia, jaką nie będzie ewentualne dokonanie trzech przedmiotowych ograniczeń.

Izba uznała, że przystępujący potwierdził, iż w wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia uwzględnił wynagrodzenie za wykonanie części zamówienia stanowiące ograniczenie zakresu, co zostało wykazane w złożonych przez niego wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2021 r.

W tym zakresie, w ocenie składu orzekającego, zamawiający słusznie argumentował, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego, przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Zarówno przedłożone wyjaśnienia, tabela kalkulacji wyceny, jak i załączone oferty podwykonawców nie budziły wątpliwości. Cena za ograniczenie zakresu, mogła zostać zagregowana z ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ze względu na

niewielki zakres prac, takie rozwiązanie skutkowało możliwością zaproponowania zamawiającemu lepszej ceny, niż w przypadku sztucznego wydzielenia zakresu prac objętych ograniczeniem i osobnego ich wyceniania. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach, wskazał na szereg okoliczności, skutkujących uznaniem, że zmniejszenie wolumenu dostaw czy prac nie wpłynie na wielkość dostaw czy pracochłonność całej inwestycji, a tym samym na cenę całkowitą.

Ponadto za chybioną Izba uznała argumentację odwołującego wskazującą, że przy tak skalkulowanej ofercie wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, tzn. wykonawca w razie wykonania zamówienia za daną cenę poniesie stratę. W przypadku skorzystania przez zamawiającego z ograniczenia zakresu, wynagrodzenie wykonawcy zostanie obniżone jedynie o 1,23 brutto dla każdego ograniczenia, więc o stracie po stronie wykonawcy, ani oferowaniu towarów czy wykonania prac poniżej kosztów zakupu nie może być mowy.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że oferta przystępującego nie zawierała rażąco niskiej ceny, a zawarta w niej wycena możliwych ograniczeń zakresu zamówienia wynikała ze sposobu kalkulacji ceny dla zamówienia. Taki sposób konstruowania oferty nie był argumentem wskazującym na rażąco niską cenę zaoferowaną przez przystępującego.

W związku z tym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w lit. d) *petitum* odwołania, Izba uznała, że odwołujący nie sprecyzował, na czym miałyby polegać manipulacja, dokonana przez przystępującego, która była sprzeczna z dobrymi obyczajami, skoro w świetle dotychczasowej argumentacji nie potwierdziły się zarzuty rażąco niskiej ceny i niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Jak słusznie zwrócił uwagę zamawiający cena za ograniczenie zakresu nie była elementem punktowany w ramach kryteriów oceny ofert. Jedynym kryterium była cena za realizację całości zamówienia.

Jeżeli zamawiający nie zawarł w SIWZ regulacji co do relacji w zakresie podziału wynagrodzenia całościowego na poszczególne części wyodrębnione lub innych ograniczeń co do podziału kwoty wynagrodzenia ryczałtu, to zarzut nieuczciwej konkurencji w okolicznościach przedmiotowego postępowania nie mógł znaleźć potwierdzenia.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Dodatkowo Izba uznała, że nie miały znaczenia dowody złożone przez odwołującego na rozprawie, na okoliczność rażąco niskiej ceny dla cen podanych za ograniczenie zakresu 1, 2 i 3 oraz zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ i czynu nieuczciwej konkurencji. Były one zupełnie oderwane od treści wyjaśnień rażąco

niskiej ceny udzielonych przez przystępującego oraz załączonych do tych wyjaśnień dowodów. Izba mogła uznać przedmiotowe dowody za znaczące w sytuacji gdyby odwołujący wykazał słuszność swoich założeń przedstawionych w odwołaniu i popieranym na rozprawie. Tymczasem przedmiotowe dokumenty mogły wykazać jedynie sposób wyceny oferty odwołującego, ale nie mogły zakwestionować prawidłowości wyceny oferty dokonanej przez przystępującego, szczególnie mając na uwadze dużą swobodę jaką zamawiający umożliwił wykonawcom w tym zakresie.

Przechodząc do rozpoznania kolejnej grupy zarzutów oznaczonych w odwołaniu lit. e), f) i g), Izba w ramach uwag ogólnych podkreśliła, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know – how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o *zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. z 2018 r., poz. 1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym niemniej, w ocenie Izby, bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny nie stracił aktualności również w obecnym stanie prawnym.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że ustawodawca nie zdecydował się na radykalne zmiany co do uregulowania tajemnicy przedsiębiorstwa – również aktualnie zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

– w postaci materialnej, czyli:

- 1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- 2) zastrzeżone informacje 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;

– w postaci formalnej, czyli:

- 3) uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie

spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 z.n.k.u. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący nie wykazał, aby dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.u. Przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu, że podjął działania mające na celu ochronę zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich. Być może, w innych stanach faktycznych, wymóg ten mógłby zostać uznany za spełniony, o ile wykonawca przedstawiłby racjonalne, logiczne i wiarygodne wyjaśnienie, a całokształt okoliczności pozwalałby na uznanie, że oświadczenie wykonawcy jest w tych szczególnych warunkach wystarczające. Tym niemniej, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanego sporu oświadczenie przystępującego, że informacje przedstawione w dokumentach posiadają status ściśle poufnych, w związku z czym podlegają indywidualnej ochronie w ramach struktury organizacyjnej wykonawcy, było niewystarczające.

Izba – mając na uwadze treść i charakter zastrzeganych informacji, a także fakt, że przystępujący wskazał na czynności, które w jego ocenie podjęto, aby w szczególny sposób zadbać o zachowanie poufności tych informacji – stwierdziła, że brak przedstawienia dowodów budził poważne wątpliwości co do wiarygodności samych oświadczeń wykonawcy. Przystępujący, będący dysponentem i autorem środków, na które wskazywał w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą nie powinien mieć trudności w przedstawieniu dokumentów lub chociażby wyciągu z nich, które potwierdziłyby podjęcie tych środków. Poza tym, na takie trudności wykonawca nie wskazywał przed Izbą. Skoro zatem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu oraz Izbie jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że podjęte przez niego środki mają charakter niesprecyzowany i nie są jednolicie stosowane.

W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Zaś brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.u., powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy uznać za skuteczne.

Należy również pamiętać, że ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Jednakże, tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 września 2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Reasumując Izba stwierdziła, że dokumenty zastrzeżone przez przystępującego w zakresie wskazanym w odwołaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 20 stycznia 2019 r. wraz załącznikami, z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.u., nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Jednakże w ocenie Izby, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia powyżej wskazanych dokumentów, stwierdzone naruszenie, nie miało oraz nie może mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania, gdyż równolegle postawiony został w odwołaniu zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny. Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny odnosiły się do ceny ograniczenia zakresu zamówienia, tych cen dotyczyło także wezwanie do wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2021 r. Ponadto przedmiotowe zarzuty nie były zarzutami ewentualnymi lub podniesionymi z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących nieprawidłowego zastrzeżenia jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego, przez co Izba je rozpoznała i uznała, że nie znalazły one potwierdzenia (zarzuty wskazane w lit. b i c *petitum* odwołania). W tej sytuacji udostępnienie odwołującemu wyjaśnień wraz załącznikami byłoby bezcelowe, gdyż nie może on ponownie stawiać zarzutu, który został już rozpoznany przez Izbę.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. O istotnym wpływie na wynik postępowania można mówić w przypadku, gdy popełnione naruszenia przepisów ustawy mają lub mogą nieść konsekwencje w postaci wyboru innego wykonawcy. Istotność należy zatem oceniać w świetle wyniku postępowania, to znaczy czy byłby on inny, gdyby zamawiający nie dopuścił

się naruszeń. W przedmiotowej sprawie Izba rozpoznała zarzut rażąco niskiej ceny odnoszący się do ceny zaproponowanej przez przystępującego za wykonanie ograniczeń zakresu zamówienia. Tych cen dotyczyło wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz zastrzeżone wyjaśnienia przystępującego z dnia 20 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego wyrażonym na rozprawie, zarzut rażąco niskiej ceny został przez Izbą rozpoznany co oznacza, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.u. pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp oddaliła zarzuty oznaczone w *petitum* odwołania lit. e), f) i g).

W konsekwencji niepotwierdzenia się wszystkich powyżej wskazanych zarzutów Izba oddaliła także ostatni zarzut zawarty w odwołaniu, dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp. W kontekście podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba nie znalazła powodu do kwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący: