

Sygn. akt: KIO 2831/20

Sygn. akt: KIO 2869/20

WYROK

z dnia 25 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 30 października 2020 r. przez Odwołującego **SOLARSPOT Sp. z o.o. (ul. Przemysłowa 13, 62-052 Komorniki)**

B. w dniu 2 listopada 2020 r. przez Odwołującego **FBSerwis S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Starostwo Powiatowe we Włocławku (ul. Cyganka 28, 87-800 Włocławek)**

przy udziale:

A. Wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2831/20 po stronie Odwołującego,

B. Wykonawcy **SOLARSPOT Sp. z o.o. (ul. Przemysłowa 13, 62-052 Komorniki)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2869/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie o sygnaturze akt KIO 2831/20 w całości oraz uwzględnić odwołanie o sygnaturze akt KIO 2869/20 w zakresie zarzutu dotyczącego artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., a także zarzutu dotyczącego artykułu 8 ust. 1 i 3, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do ofert Wykonawców SolarSpot sp. z o.o. oraz Wykonawcy J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JSB Construction J. S.

i nakazuje Zamawiającemu:

- odrzucenie oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o.,

- odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców SolarSpot sp. z o.o. (tj. wyjaśnień złożonych w dniu 15 września 2020 roku wraz z załącznikami) oraz Wykonawcy J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JSB Construction J. S. (tj. dokumentu stanowiącego załącznik nr 2 do wyjaśnień złożonych w dniu 11 września 2020 roku)

2. oddała odwołanie o sygnaturze akt KIO 2869/20 w zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty: Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o. oraz Wykonawcy J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JSB Construction J. S.

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Starostwo Powiatowe we Włocławku (ul. Cyganka 28, 87-800 Włocławek)** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **SOLARSPOT Sp. z o.o. (ul. Przemysłowa 13, 62-052 Komorniki)** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **FBSerwis S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

3.3. zasądza od Zamawiającego **Starostwo Powiatowe we Włocławku (ul. Cyganka 28, 87-800 Włocławek)** na rzecz Odwołującego **SOLARSPOT Sp. z o.o. (ul. Przemysłowa 13, 62-052 Komorniki)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.4. zasądza od Zamawiającego **Starostwo Powiatowe we Włocławku (ul. Cyganka 28, 87-800 Włocławek)** na rzecz Odwołującego **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2831/20

Sygn. akt: KIO 2869/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Powiat Włocławski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż urządzeń odnawialnych źródeł energii w ramach zadania: „Budowa instalacji fotowoltaicznych dla jednostek organizacyjnych Powiatu Włocławskiego z efektem ekologicznym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 07 sierpnia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr 2020/S 152-370557.

Odwołujący SolarSpot sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w trybie art. 90 PrZamPubl przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o., zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie spełniają wymogów określonych przez art. 90 PrZamPubl i nie obalają domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, czynności wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechania wykluczenia Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. z postępowania, pomimo że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czynności wyboru oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że została złożona przez Wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, zaniechania prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o., naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., pomimo że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., z

postępowania, pomimo że Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, naruszenie art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., pomimo że oferta została złożona przez Wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert, wykluczenia Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. z postępowania, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego

Zamawiający wezwał Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1, dotyczących rażąco niskiej ceny, w związku z wystąpieniem domniemania określonego w art. 90 ust. 1a. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które zdaniem Odwołującego nie mogą stanowić prawidłowych i skutecznych wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokonanych w trybie art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 PrZamPubl.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. nie zawierają żadnej kalkulacji ceny oferty, czy jakiegokolwiek próby potwierdzenia, że oferta ta została oszacowana w sposób rzetelny, pozwalający na prawidłową i całościową realizację przedmiotu Zamówienia. Zdaniem Odwołującego Wykonawca nie uwzględnił takich elementów przedmiotu zamówienia jak koszty prac ziemnych, czy okablowania.

Nie sposób stwierdzić, że wskazana cena uwzględnia marżę z realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego, wobec braku złożenia szczegółowego kosztorysu ceny oferty, Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. uniemożliwił Zamawiającemu weryfikację kwestii rażąco niskiej ceny i tym samym spowodował, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 PrZamPubl.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o., wbrew wyraźnej dyspozycji art. 90 ust. 3 i żądaniu Zamawiającego, nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie, że cena zawarta nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia powinny zostać zdyskwalifikowane przez Zamawiającego również z tego względu, że nie przedstawiają żadnych dowodów, na które nacisk kładzie ustawodawca w treści art. 90.

Zdaniem Odwołującego przykładowy cennik hurtowni fotowoltaicznej wykonany przez jedną z polskich hurtowni fotowoltaicznych nie może stanowić dowodu, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. nie jest rażąco niska, gdyż że nie zawiera urządzeń, które Wykonawca ten zamierza wykorzystać w ramach realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie udowodnił zamawiania modułów fotowoltaicznych czy inwerterów bezpośrednio od producentów. Nie przedstawił na tę okoliczność jakichkolwiek dowodów, także w zakresie cen stosowanych w rzekomych bezpośrednich relacjach z tymi producentami. Wyjaśnienia pozostają więc całkowicie gołosłowne. W opinii Odwołującego wyjaśnienia mają charakter ogólny i lakoniczny. Nie zawierają jakichkolwiek danych, które pozwalałyby Zamawiającemu na potwierdzenie, iż cena zawarta w ofercie Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. nie jest rażąco niska.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. wezwany w trybie art. 90 do złożenia wyjaśnień zobowiązany był do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z punktem V. 2. 2) lit. a) SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie minimum 800.000,00 zł (słownie złotych: osiemset tysięcy 00/100). W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej Zamawiający żądał przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 (słownie: jeden) miesiąc przed upływem terminu składania ofert, na kwotę określoną przez Zamawiającego, to jest 800.000,00 zł (słownie złotych: osiemset tysięcy 00/100).

W odpowiedzi na ten wymóg Zamawiającego Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. złożył zaświadczenie wydane przez spółkę ALIOR BANK spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie: „według stanu na dzień 11-09-2020 godzina 16:51”. Tymczasem termin składania ofert upływał w dniu 08 września 2020 roku o godz. 10:00.

Zdaniem Odwołującego zaświadczenie wydane przez spółkę ALIOR BANK spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie potwierdza zdolność finansową Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. „według stanu na dzień 11-09-2020 godzina 16:51”. Termin składania ofert upływał w dniu 08 września 2020 roku o godz. 10:00. W opinii Odwołującego Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie udowodnił posiadania zdolności finansowej na dzień składania ofert, a wszelkie dowody, które złożyłby ten Wykonawca obecnie, w szczególności w toku postępowania odwoławczego, należałoby uznać za spóźnione.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), a oferta Wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4.

Odwołujący FBSerwis S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie - art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców Solar Breaker sp. z o.o., J. S. prowadząca działalność gospodarzą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. i SolarSpot sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawcy wezwani przez Zamawiającego do wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny, nie wykazali w sposób dostateczny, że zaoferowana przez nich cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny,

- art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.) poprzez zaniechanie ujawnienia Odwołującemu informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Wykonawców: J. S. prowadząca działalność gospodarzą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. (dalej także Wykonawca JSB) i SolarSpot sp. z o.o. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców, tj. odpowiednio: części wyjaśnień Wykonawcy JSB dotyczących wyliczenia ceny, tj. dowodu potwierdzającego przykładowe ceny i rabaty z firmy EMITER - pomimo iż Wykonawca ten, składając wyjaśnienia, nie wykazał, aby informacje te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem nie wskazał, jaką mają one wartość gospodarczą oraz czy Wykonawca JSB podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, tym bardziej nie zostały dołączone jakiegokolwiek dowody potwierdzające podjęcie takich działań, całości wyjaśnień Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o. dotyczących wyliczenia ceny, w tym samego uzasadnienia (wykazania) objęcia ww. wyjaśnień zastrzeżeniem poufności, pomimo iż Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny, aby zastrzegane informacje stanowiły jego tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał w sposób dostateczny wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazał i nie udowodnił (nie załączył dowodów na potwierdzenie swoich wywodów) podjęcia czynności zapobiegających ich ujawnieniu, przy czym całość lub przynajmniej część tych wyjaśnień (w tym również uzasadnienie objęcia ich zastrzeżeniem poufności) tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie może, ponieważ sama w sobie nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (informacji posiadających wartość gospodarczą), a tym samym informacje te winny zostać przez Zamawiającego ujawnione.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawców: Solar Breaker sp. z o.o., JSB i SolarSpot sp. z o.o., ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Wykonawców: JSB oraz SolarSpot sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Zamawiający wezwał Wykonawców: Solar Breaker sp. z o.o., JSB i SolarSpot sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawcy ci takie wyjaśnienia przedstawili, przy czym w ocenie Odwołującego w tych wyjaśnieniach nie wykazali, aby zaoferowane przez nich ceny nie były cenami rażąco niskimi.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. przedstawił Zamawiającemu niezwykle lakoniczne wyjaśnienia, obarczone zasadniczym brakiem: nie wykazują konkretnych wartości kosztów, jakie wykonawca będzie ponosił przy realizacji zamówienia. Nie wskazują w szczególności: jak jest struktura takich kosztów, jakie koszty pracy wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. uwzględnił w swojej cenie ofertowej i dlaczego (z czego takie koszty wynikają), jakie koszty materiałów i urządzeń poniesie (poza ogólnym wskazaniem, że koszt jednostkowy modułów Seraphin Blade stanowiących 40% wartości całej instalacji to 420 zł netto), jakie przewiduje koszty dostawy (transportu), koszty sprzętu, koszty ogólne czy inne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty związane z zapewnieniem 7-letniej obsługi gwarancyjnej zamontowanych instalacji. Nie przedstawił również jakichkolwiek dowodów w tym zakresie (choćby dowodów dotyczących ponoszonych przez niego kosztów zakupu modułów Seraphin Blade). Wykonawca nie przedstawił też żadnej, chociażby ogólnej kalkulacji ceny ofertowej.

Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie wyjaśnił, jak konkretnie okoliczność zakupu modułów Seraphin Blade przekłada się na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej (jakie konkretnie oszczędności pozwala osiągnąć), nie przedstawił też żadnych dowodów potwierdzających tę okoliczność (choć z pewnością przedstawienie takich dowodów było możliwe). Wykonawca wskazał także, że posiada atrakcyjne rabaty w związku z dużym wolumenem zakupów. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających posiadanie rabatów, nawet nie określił ich wysokości czy wartości, ani też nie wykazał, jakie konkretnie oszczędności te rabaty miałyby mu zapewnić. Wykonawca wskazał, że dysponuje własnymi ekipami montażowymi, jednak wobec braku opisanego w jego wyjaśnieniach jakichkolwiek kosztów zatrudnienia trudno jest poddać ocenie w kontekście weryfikacji, czy zaoferowana przez tego wykonawcę cena ma charakter ceny rażąco niskiej. Ponadto Dalej Odwołujący argumentował, że Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie przedstawił żadnych dowodów zatrudnienia ekip, nie przedstawił ich liczebności ani składu, nie można więc uznać, aby ten argument potwierdzał możliwość realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wyjaśnił także, że samodzielnie wykona przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla oceny charakteru ceny zaoferowanej, skoro Wykonawca nie wyjaśnił, jakie koszty będzie ponosił samodzielnie realizując przedmiot zamówienia. Wykonawca wskazał także, że ceny modułów fotowoltaicznych spadły w ostatnim czasie. Jak wskazał Odwołujący - wobec braku przedstawienia kalkulacji przedstawiającej wszystkie koszty realizacji zamówienia, w tym

koszty modułów fotowoltaicznych, nie można zweryfikować, jak dokładnie podnoszony przez wykonawcę spadek cen modułów wpłynął na zaoferowaną przez niego cenę ofertową. Ponadto Wykonawca wyjaśnił, że cena zaproponowanych przez niego modułów wynosi 420 zł netto, a stanowią one 40% wartości zamówienia. W ocenie Odwołującego Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. w żaden sposób nie udowodnił tego faktu, pomimo że przedstawienie dowodu dotyczącego cen, za jakie nabywa on takie moduły (w postaci chociażby faktur lub ofert sprzedaży) było możliwe. Ponadto Wykonawca nie wyjaśnił pozostałych 60% ceny. Wykonawca wskazał także, że nie zalega z płatnością podatków i składek na ubezpieczenia społeczne. W ocenie Odwołującego okoliczność powyższa jest bez znaczenia dla ustalenia wysokości ceny ofertowej, bowiem praktycznie każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienia dba o to, aby terminowo opłacać wszelkie należności publicznoprawne, zaś brak ich opłacania stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania, trudno zatem uznać terminowe opłacanie składek za okoliczność dającą Solar Breaker sp. z o.o. jakąkolwiek przewagę nad innymi wykonawcami. Podobnie okoliczność, że Wykonawca nie był beneficjentem środków przyznawanych w ramach pomocy publicznej jest bez znaczenia dla możliwości zaoferowania niższej ceny. Wykonawca wskazał także, że stosowane przez niego urządzenia przyniosą Zamawiającemu oszczędności. W ocenie Odwołującego okoliczność ta również pozostaje bez jakiegokolwiek znaczenia dla możliwości zaoferowania niższej ceny, ponieważ możliwość osiągnięcia oszczędności przez inny podmiot (Zamawiającego) nie ma żadnego związku z możliwością tańszego wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. załączył do wyjaśnień przykładowy cennik hurtowni, gdzie wskazane zostały ceny innych niż zaoferowane przez niego urządzeń o podobnych parametrach. Powyższa okoliczność w ocenie Odwołującego również jest bez znaczenia dla badania charakteru ceny zaoferowanej, skoro ceny dotyczą innych urządzeń, niż te zaoferowane przez Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, które przekazał Zamawiającemu wykonawca JSB, również należy ocenić jako niewystarczające. Wykonawca ten wskazał w swoich wyjaśnieniach na następujące okoliczności świadczące rzekomo o rynkowym poziomie zaoferowanej przez siebie ceny: korzysta z pomocy publicznej (pomoc de minimis), otrzymał rabaty od dostawców - na potwierdzenie czego przedstawił dokument potwierdzający posiadanie przykładowych rabatów, przedstawił „kosztorysy” potwierdzające możliwość wykonania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, wskazał, że ponoszony przez niego koszt jednej roboczogodziny to 25 zł (nie określił jednak, czy jest to kwota netto, czy brutto), ma zapewnione noclegi dla pracowników za cenę 25 zł od osoby.

Odwołujący wskazał, że argument odnoszący się do pomocy publicznej sprowadza się w istocie do przedstawienia wykazu wszystkich przypadków wsparcia publicznego, które Wykonawca otrzymał na przestrzeni ostatnich 15 lat. Wykonawca nie wskazał jednak, w jaki sposób ww. wsparcie miałyby mu umożliwić zaoferowanie niższej ceny ofertowej - jakie koszty mógłby dzięki ww. wsparciu zaoszczędzić i w jakim stopniu. Ponadto nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego fakt uzyskania pomocy publicznej z tego tytułu - poprzestał jedynie na własnym oświadczeniu w tym zakresie, ponadto całość otrzymanego w ostatnich latach wsparcia jest niewspółmiernie niska do przedmiotu całego zamówienia udzielanego w postępowaniu (jest to mniej, niż 10% wartości zamówienia). Zdaniem Odwołującego dokument potwierdzający rabaty należy uznać za niewyjaśniający sposobu wyliczenia ceny, bowiem dotyczy on rabatów „przykładowych”, a nie tych, których przyznanie stanowiło podstawę kalkulacji ceny ofertowej. Samo wykazanie poziomów rabatów (i to w ujęciu przykładowym) nie wystarcza do weryfikacji ceny ofertowej, bowiem w żadnej części wyjaśnień Wykonawca nie wskazał kosztów materiałów, które chciałby wykorzystać do realizacji przedmiotu zamówienia, stąd też nie ma możliwości aby takie ceny i rabaty odnieść do ceny ofertowej.

W ocenie Odwołującego załączone do wyjaśnień „kosztorysy” dotyczące prac realizowanych w poszczególnych lokalizacjach stanowią ogólne rozbiecie ceny ofertowej na odpowiednio 8 lub 9 pozycji dla każdej lokalizacji i nie wynika z nich, ile wynosić będą Wykonawcę koszty poszczególnych materiałów (nie, wiadomo, jakie materiały zostały przeznaczone do wykonania poszczególnych „kompletów”, jaki jest ich koszt jednostkowy ani sumaryczny), koszty pracy (podanie wyłącznie stawki roboczogodziny, bez wskazania liczby roboczogodzin niezbędnych do wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia wyłącza całkowicie możliwość weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej), koszty sprzętu, transportu, koszty ogólne czy też koszty zapewnienia serwisu gwarancyjnego (w tym napraw i wymiany elementów) w okresie 7 lat po wykonaniu, zamówienia.

W ocenie Odwołującego stawka roboczogodziny jest jedyną konkretną informacją dotyczącą założeń kosztowych przy realizacji przedmiotu zamówienia, jednak w opinii Odwołującego nie jest ona wystarczająca do wyjaśnienia ceny nawet w zakresie uwzględnienia w niej kosztów pracy. Wskazanie jednostkowej stawki roboczogodziny bez wskazania liczby roboczogodzin niezbędnych do wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia wyłącza całkowicie możliwość weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca nie załączył dowodu potwierdzającego możliwość zatrudnienia pracowników w ramach ww. stawki wynagrodzenia.

W opinii Odwołującego podanie przez Wykonawcę kosztów jednostkowych noclegów nie pozwala na weryfikację ceny jednostkowej, ponieważ dotyczy to zaledwie ułamkowej części

wszystkich kosztów realizacji zamówienia, nadto z wyjaśnień nie wynika, ile takich noclegów Wykonawca zakłada jako konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia w całym okresie jego realizacji (w tym w okresie gwarancji), co uniemożliwia ustalenie rzeczywistego udziału kosztów tych noclegów w cenie ofertowej; nadto koszt ten w żaden sposób nie został udowodniony.

Odwołujący wskazał także, że wyjaśnienia Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o. dotyczące wyliczenia ceny ofertowej zostały w całości objęte zastrzeżeniem jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego takie zastrzeżenie było nieskuteczne wobec braku dostatecznego wykazania, że informacje te tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią.

Odwołujący wskazał, że konieczne jest zbadanie, czy Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. wykazał w treści swoich wyjaśnień: koszty pracy w wysokości wyższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. wskazał stawkę za roboczogodzinę i liczbę takich roboczogodzin, liczbę osób dedykowanych do realizacji zamówienia), koszty pozyskania materiałów (urządzeń, modułów, kabli i innych materiałów wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia) wraz cenami ich nabycia potwierdzonymi odpowiednimi dokumentami (ofertami sprzedaży, oficjalnymi cennikami, fakturami bądź innymi dokumentami pochodzącymi od dystrybutora lub producenta), koszty transportu materiałów w miejsca wykonania instalacji, koszty obsługi gwarancyjnej świadczonej w okresie 7 lat od wykonania montażu instalacji.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku, gdyby wyjaśnienia nie opisywały i nie wyjaśniały szczegółowo wszystkich ww. kosztów realizacji zamówienia (wraz z odpowiednimi dowodami), konieczne będzie uznanie, że wyjaśnienia te nie mogą stanowić podstawy uznania, że cena zaoferowana nie jest ceną rażąco niską.

Zdaniem Odwołującego, przedstawione przez Wykonawców Solar Breaker sp. z o.o., JSB oraz najprawdopodobniej również przez SolarSpot sp. z o.o. wyjaśnienia są ogólnikowe, nieprecyzyjne, gołosłowne (nieudowodnione ani nawet nieuprawdopodobnione), oparte jedynie na własnych zapewnieniach wykonawców, w żaden sposób nie dowodzą, że zaoferowane przez tych wykonawców ceny nie są rażąco niskie. Powyższe oznacza, że Wykonawcy nie sprostali spoczywającemu na nich na mocy postanowienia art. 90 ust. 2 ustawy PZP ciężarowi dowodowemu, a tym samym ich oferty winny zostać odrzucone.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca JSB w ogóle nie wykazał zasadności uznania zastrzeżonego dokumentu za tajemnicę przedsiębiorstwa. Całe jego zastrzeżenie (i uzasadnienie zastrzeżenia) zawiera się w jednym zdaniu o następującej treści: „Załącznik nr

2 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i został przygotowany na potrzeby konkretnego w/w postępowania, mający wartość gospodarczą i prosimy nie ujawniać zał. 2 do publicznej wiadomości". Z treści tego zdania trudno jest jednak wywieść, na czym owa wartość miałaby polegać (jaką konkretnie szkodę mogłoby wyrządzić JSB ujawnienie tych informacji albo jaką korzyść mieliby odnieść konkurenci dzięki zapoznaniu się z ww. dokumentem inną, aniżeli pozyskanie pełnej możliwości weryfikacji prawidłowości wyjaśnień JSB) ani jakie działania JSB podjął (i czy w ogóle je podjął) celem zapobiegnięcia ujawnieniu zastrzeżonej w postępowaniu informacji.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. zastrzegł poufność całości złożonych przez siebie wyjaśnień, a Zamawiający ich treści Odwołującemu nie ujawnił. Zdaniem Odwołującego wątpliwe jest jednak, czy ten wykonawca w dostateczny sposób wykazał w odniesieniu do zastrzeganych informacji wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy PZP, w szczególności czy wykazał on wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, ich niedostępność lub ograniczoną dostępność dla podmiotów zajmujących się tego rodzaju informacjami oraz podjęcie przez siebie działań w celu zachowania ich w poufności.

Odwołujący zastrzegł, że nie jest w stanie tej okoliczności zweryfikować, bowiem Zamawiający nie udostępnił mu samego nawet uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Już sama ta okoliczność w opinii Odwołującego przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego, w sytuacji gdy wykonawca SolarSpot sp. z o.o. i Wykonawca JSB nie wykazali w sposób dostateczny zasadności zastrzeżenia poufności wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, konieczne jest nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych dokumentów bez badania, czy wartość gospodarczą one posiadają i czy mogłyby teoretycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania zgłosili przystąpienie Wykonawcy:

FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2831/20 po stronie Odwołującego, oraz Wykonawca SOLARSPOT Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2869/20 po stronie Zamawiającego.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2831/20 oraz KIO 2969/20 po stronie Zamawiającego zgłosił także Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. Wykonawca ten nie przesłał kopii przystąpienia Odwołującym w sprawie akt KIO 2831/20 oraz 2869/20. Obaj Odwołujący zgłosili opozycję wobec przystąpienia tego Wykonawcy podnosząc powyższą okoliczność. Izba ustaliła, że w aktach każdej ze spraw

brak jest dowodu przesłania kopii przystąpienia Odwołującym. Zgodnie z artykułem 185 ust. 2 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Ponieważ zgłaszający przystąpienie Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie przesłał kopii przystąpienia Odwołującym w sprawach 2831/20 oraz 2869/20 - stosownie do dyspozycji powyżej zacytowanego artykułu, Izba uwzględniła opozycję Odwołujących w sprawach 2831/20 oraz 2869/20 i uznała przystąpienie za nieskuteczne. Zgłaszający przystąpienie nie przedstawił dowodu na okoliczność, że przekazał kopię przystąpienia Odwołującym w sprawach 2831/20 oraz 2869/20.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Oba odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

Obaj Odwołujący przedstawili zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że udzielone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie dają podstawy do uznania, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę nie jest rażąco niska.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaoferowanej ceny w ofercie Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., istotne znaczenie miał artykuł 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny. W treści wezwania Zamawiający prosił o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Prośba została przez Zamawiającego podkreślona.

Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego przedstawił wyjaśnienia, które nie zawierały dowodów potwierdzających te wyjaśnienia. Tym samym wyjaśnienia takie należało uznać za gołosłowne. W świetle złożonych przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. wyjaśnień, brak jest podstaw do uznania, że Wykonawca ten udowodnił Zamawiającemu, że cena zawarta w jego ofercie nie jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie.

W treści wyjaśnień Wykonawca przedstawił informację, zgodnie z którą: „Zaproponowane przez nas moduły Seraphim Blade 370 kosztują ok 420 zł netto. Moduły stanowią 40 % wartości całej inwestycji. Firma Kehua zaś chcąc zdobyć na polskim rynku stabilną pozycję oferuje atrakcyjne ceny inwerterów, których parametry są na wysokim poziomie.” Jednocześnie Wykonawca załączył przykładowy cennik hurtowni fotowoltaicznej, wykonany przez jedną z polskich hurtowni fotowoltaicznych. W cenniku tym nie było urządzeń, jakie oferuje Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu. Co więcej, urządzenia nie spełniały wymagań Zamawiającego, co mogło sugerować zaoferowanie urządzeń nie spełniających wymagania Zamawiającego. Dopiero po kolejnym wezwaniu Zamawiającego, Wykonawca wyjaśnił, że zaoferował inne urządzenia, które nie były zawarte w cenniku. Tym samym dowód przedstawiony przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. był co najmniej nieprzydatny. W żaden sposób nie odnosił się do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, a zatem nie potwierdzał realności ceny tych urządzeń, które Wykonawca zaoferował.

Zatem Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Izba podziela stanowisko wyrażone w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 2869/20, zgodnie z którym Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach zaprezentował informacje, które trudno jest uznać za mogące służyć realnemu wyjaśnieniu ceny ofertowej. Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie wyjaśnił, jak konkretnie okoliczność, że zakupuje moduły bezpośrednio od producenta, przekłada się na wysokość zaoferowanej przez niego ceny ofertowej, tj. jakie konkretnie oszczędności

pozwała to Wykonawcy osiągnąć. Wykonawca ten nie przedstawił też żadnych dowodów potwierdzających tę okoliczność (choć przedstawienie takich dowodów było możliwe), nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających posiadanie rabatów, nie określił ich wysokości, czy wartości, ani też nie wykazał, jakie konkretnie oszczędności te rabaty miałyby mu zapewnić. Wykonawca przedstawił jedynie bardzo ogólne twierdzenie, że dysponuje własnymi ekipami montażowymi, które to twierdzenie, wobec braku opisanego w jego wyjaśnieniach jakichkolwiek kosztów zatrudnienia, trudno jest poddać ocenie w kontekście weryfikacji, czy zaoferowana przez tego Wykonawcę cena ma charakter ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedstawił dowodów zatrudnienia ekip, nie wykazał ich liczebności ani składu, nie można więc uznać, aby ten argument potwierdzał możliwość realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca nie wykazał także okoliczności, że ceny modułów fotowoltaicznych spadły w ostatnim czasie. Nie można również zweryfikować, jak dokładnie podnoszony przez Wykonawcę spadek cen modułów wpłynął na zaoferowaną przez niego cenę ofertową.

Ponadto Wykonawca wskazał, że cena zaproponowanych przez niego modułów wynosi 420 zł netto, a stanowią one 40% wartości zamówienia. Wykonawca nie wyjaśnił wysokości pozostałych 60% zaoferowanej ceny.

Ponadto bez znaczenia dla oceny zaoferowanej ceny pozostaje szereg wyjaśnień Wykonawcy, takich jak to, że samodzielnie wykona przedmiot zamówienia, bowiem Wykonawca nie wyjaśnił, jakie koszty będzie ponosił, samodzielnie realizując przedmiot zamówienia. Co więcej, twierdzenie o możliwości samodzielnego zrealizowania zamówienia jest tym bardziej wątpliwe, że w trakcie rozprawy Odwołujący SolarSpot sp. z o.o. wskazał, że z dokumentacji złożonej przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. do rejestru przedsiębiorców wynika, że średnioroczna ilość osób zatrudnionych u Wykonawcy wynosi 2,33 osoby, w tym jedna z osób to prezes zarządu. Zatem wyjaśnienia Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. są nie tylko nie poparte dowodami, gołosłowne, ale także budzą uzasadnione wątpliwości.

Bez znaczenia pozostają także okoliczności takie jak to, że Wykonawca nie zalega z płatnością podatków i składek na ubezpieczenia społeczne, gdyż każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienia dba o to, aby terminowo opłacać wszelkie należności publicznoprawne. Nadto trudno uznać, że opłacanie składek to okoliczność dająca Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. jakąkolwiek przewagę nad innymi wykonawcami. Nie jest także żadną szczególną okolicznością to, że Wykonawca nie był beneficjentem środków przyznawanych w ramach pomocy publicznej. Okoliczność, że zastosowane przez Wykonawcę urządzenia przyniosą Zamawiającemu oszczędności, również pozostaje bez jakiegokolwiek znaczenia dla możliwości zaoferowania niższej ceny, ponieważ możliwość osiągnięcia oszczędności przez inny podmiot (Zamawiającego) nie ma żadnego związku z

możliwością tańszego wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.

Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do powyższych okoliczności. Twierdzenia Zamawiającego o tym, że ma przekonanie, że cena Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. jest realna, jest nieprzekonujące i niczym nie uzasadnione. Tym bardziej, że Zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwanie, zgodnie z którym oczekiwał udowodnienia, że cena tego Wykonawcy nie jest rażąco niska. Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. nie udowodnił takiej okoliczności. Zatem również Zamawiający nie miał na czym oprzeć swego przekonania, że zaoferowana przez Wykonawcę Solar Breaker sp. z o.o. cena nie jest rażąco niska.

Podkreślić ponownie należy, że obowiązek udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska, spoczywał na Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, jak również jakiegokolwiek kalkulacji, pozwalającej na zweryfikowanie prawidłowości, realności ceny, która stanowiłaby potwierdzenie, że wszystkie czynności i materiały składające się na zamówienie zostały skalkulowane.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Ponieważ Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. złożył wyjaśnienia głośne, które nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, zatem Zamawiający powinien odrzucić ofertę tego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca Solar Breaker sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej złożył dokument w postaci zaświadczenia z Alior Bank S.A., potwierdzającego wysokość wymaganych środków finansowych według stanu na dzień 11 września 2020 roku. Tymczasem termin składania ofert upłynął w dniu 8 września 2020 roku. Dokument był aktualny i potwierdzał spełnienie wymagań Zamawiającego na chwilę jego złożenia (na dzień 11 września 2020 roku), jednakże nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zamawiający miał możliwość wyjaśnienia, czy taki sam stan był aktualny w dniu 8 września 2020 roku. Izba nie nakazywała jednak wezwania Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, bowiem jak wskazano powyżej, oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu, zgodnie z dyspozycją artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za uzasadniony uznała także zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów w postaci złożonych przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. w dniu 15 września 2020 roku wyjaśnień wraz z załącznikami oraz dokumentu stanowiącego załącznik nr 2 do wyjaśnień złożonych w dniu 11 września 2020 roku, przedstawionego przez Wykonawcę J. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S.

Zgodnie z powyżej wskazanym artykułem, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Wykonawca J. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S., na wezwanie Zamawiającego przedstawiła wyjaśnienia co do realności zaoferowanej ceny. Do wyjaśnień załączono dowody, w tym załącznik nr 2, który stanowił cennik poszczególnych elementów. Jak wyjaśnił Wykonawca w treści samego zastrzeżenia – był to dokument sporządzony na potrzeby niniejszego postępowania.

Jako wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca wskazał, że: „Załącznik nr 2 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i został przygotowany na potrzeby konkretnego w/w postępowania, mający wartość gospodarczą i prosimy nie ujawniać zał. 2 do publicznej wiadomości.”

Powyższe zdanie nie stanowi uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zawiera co najwyżej prośbę o nieujawnianie jego treści. Z treści powyższego zdania trudno wywieść, jaki charakter mają zastrzeżone informacje, jak również jaką szkodę poniósłby Wykonawca, gdyby załącznik ten został ujawniony. Nie jest także jasne, co mogliby zyskać inni wykonawcy, gdyby załącznik został ujawniony. Ponadto z treści samego załącznika nie wynika, aby stanowił on tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zawiera żadnych adnotacji o klauzuli poufności. Trudno zatem uznać, aby Wykonawca J. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S., wykazała prawidłowość i zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Załącznika nr 2 do wyjaśnień.

Podobnie nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. w zakresie dokumentów w postaci wyjaśnień oraz załączników do tych wyjaśnień.

Przede wszystkim Wykonawca ten jedynie w dwóch ogólnych zdaniach, które znalazły się w treści samych wyjaśnień dotyczących ceny, uzasadnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam Zamawiający miał wątpliwości co do tego, że rzeczywiście przedstawione przez Wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Świadczy o tym okoliczność, że Zamawiający zwrócił się ponownie do Wykonawcy z prośbą o szczegółowe wyjaśnienie tej kwestii. Już samo ponowne wezwanie Zamawiającego

świadczy jednoznacznie, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. jest nieprzekonujące i jako takie było nieuprawnione i bezpodstawne. Wykonawca, jak wskazano powyżej, poza dwoma ogólnymi stwierdzeniami nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazał żadnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani szkody, jaką miałby ponieść w sytuacji, gdyby wyjaśnienia stały się jawne. Wyjaśnienia dotyczące ceny, kalkulacja ceny, stanowią zwykłe czynności podejmowane przez wykonawców w postępowaniu, a zatem trudno mówić o jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia Wykonawcy Solarspot sp. z o.o. składające się z pojedynczych zdań typu: „Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów – nie dotyczy,” czy: „Powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy – nie dotyczy”, nie zawierają żadnej szczególnej, tajemniczej treści, a zatem nie posiadają wartości gospodarczej. Są to ogólne twierdzenia Wykonawcy. Wykonawca nie wykazał także, aby w odniesieniu do takich oświadczeń, Wykonawca podjął jakiegokolwiek środki w celu zachowania ich w poufności.

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Zgodnie natomiast z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Oznacza to, że w postępowaniu nie może zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa zaoferowana cena. Skoro zatem cena w danym postępowaniu nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (zgodnie z dyspozycją powyżej zacytowanego artykułu), to również kalkulacja tej ceny nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno uznać, aby sama kalkulacja, która obejmuje wycenę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu, mogła zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie stanowią również tajemnicy przedsiębiorstwa ogólnodostępne karty katalogowe produktów występujących na rynku. Wykonawca Solarspot sp. z o.o. załączył do wyjaśnień karty katalogowe, które nie zawierają żadnej adnotacji o poufności tych dokumentów. Karty katalogowe przedstawiają oferowane w konkretnym postępowaniu produkty, których parametry Zamawiający przedstawił w treści SIWZ. Wykonawca Solarspot sp. z o.o. w trakcie rozprawy wyjaśniał, że karty katalogowe zawierają know-how Wykonawcy. Skoro jednak Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że z treści SIWZ wynikały oczekiwane parametry i zastosowania urządzeń, to zaoferowanie przez Wykonawcę urządzeń, które odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom, nie stanowi żadnego know-how Wykonawcy. Nie jest to bowiem autorski wybór i kombinacja urządzeń, ale ich zaoferowanie zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zatem Wykonawca Solarspot sp. z o.o. nie dowiódł, aby zasadne było objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączonych do wyjaśnień

kart katalogowych.

Podobny wniosek dotyczy załączonych do treści wyjaśnień umów o pracę. Zostały one zanonimizowane przez Wykonawcę, zatem nie zawierają żadnych wrażliwych informacji, a stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności, że cena zaoferowana jest realna, a koszty pracowników odpowiadają wymaganiom ustawowym.

Tłumaczenie Zamawiającego, w którym wskazywał na obawę przed ujawnieniem wyjaśnień innym wykonawcom należy uznać za bezpodstawną. W niniejszym postępowaniu Zamawiający mógłby obawiać się zaniechania ujawnienia treści złożonych wyjaśnień. Jak pokazało postępowanie przed Izłą, w tym stanowisko Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o., Zamawiający zwracał się do Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o. o dodatkową argumentację i przedstawienie powodów, dla których dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do złożonych wyjaśnień i dołączonych do nich dowodów. Już powyższa okoliczność pokazuje, że zastrzeżenia nie przekonały Zamawiającego. Nie znalazł zatem wystarczających podstaw w pierwotnych wyjaśnieniach do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. A skoro tak, to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było bezpodstawne. Tylko w sytuacji, gdyby Zamawiający miał pewność, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne, że istnieją powody, dla których pewne dokumenty czy informacje nie powinny zostać ujawnione, gdy Wykonawca rzeczywiście wykazał, że może ponieść wymierną szkodę, jeśli zostaną ujawnione określone informacje, wówczas Wykonawca może objąć dokumenty czy wyjaśnienia tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże w takim przypadku Wykonawca musi przedstawić powody i zasadność takiego zastrzeżenia. W sytuacji, gdy brak jest w tym zakresie jakiegokolwiek racjonalnego powodu, wyjaśnienia są ogólne, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za bezpodstawne.

Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarł stwierdzenie, że: „sposoby technicznej optymalizacji realizacji instalacji fotowoltaicznych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne 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”. Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. przepisał zatem definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazał natomiast ani tego, że konkretne informacje mają walor informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa, nie wykazał ich wartości gospodarczej, nie wykazał, że nie są to łatwo dostępne informacje dla innych osób, nie wykazał także, jaką mógłby ponieść szkodę w przypadku ujawnienia tych informacji. Podkreślenia wymaga, że informacje zastrzeżone to

po prostu wyjaśnienia złożone w tym konkretnym postępowaniu, dotyczące zaoferowanej ceny, która ma charakter jawny.

Przede wszystkim należy podkreślić, że nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa samo wyjaśnienie Wykonawcy powodów dokonania zastrzeżenia. Nieudostępnienie przez Zamawiającego tej części wyjaśnień pozostałym Wykonawcom nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Zamawiający również nie potrafił wyjaśnić, dlaczego nie udostępnił wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. W ten sposób Zamawiający uniemożliwia również pozostałym wykonawcom skorzystanie z prawa do pełnego odniesienia się w odwołaniu do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Trafny zatem okazał się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd nieuzasadnione było ich zastrzeżenie.

Za bezzasadny należy uznać zarzut Odwołującego FBSerwis S.A. w zakresie artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o.

Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia co do wysokości zaoferowanej ceny, a wraz z nimi kalkulację kosztów. W kalkulacji i w treści wyjaśnień odniósł się do kosztów zatrudnienia, a jako dowód przedstawił zanonimizowane umowy o pracę, które potwierdzają, że usługa nie jest realizowana poniżej wymaganych kosztów. Z treści kalkulacji wynikała także cena zaoferowanych materiałów – modułów, która wyniosła 371 złotych. Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. w trakcie rozprawy przedstawił dowód w postaci wydruków z różnych stron internetowych na okoliczność, że ceny detaliczne modułów wynoszą około 400 złotych, przy czym Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. wyjaśnił, że podmiot dokonujący zakupów hurtowo, będący w stałej relacji handlowej z producentem, ma możliwość uzyskania korzystniejszej ceny. Odwołujący FBSerwis S.A. w żaden sposób nie odniósł się do powyżej wskazanych kosztów. Nie dowiódł, że ceny materiałów przedstawione w kosztorysie są nierealne. Izba uznała więc wyjaśnienia złożone przez wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. za wystarczające. Odwołujący FBSerwis S.A. nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. była rażąco niska. Wbrew twierdzeniu Odwołującego FBSerwis S.A., Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. ujął w swojej kalkulacji koszty ogrodzenia i instalacji odgromowej. Należy podkreślić, że Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. sporządził kalkulację, która odzwierciedlała kosztorys Zamawiającego. Okoliczność zatem, że nie zostały w niej opisane wszystkie koszty, jakich oczekiwaliby Odwołujący FBSerwis S.A., nie oznacza, że nie zostały one ujęte w sporządzonym kosztorysie. Wykonawca SolarSpot sp. z

o.o. wyjaśnił, że takie koszty, jak gwarancja, czy rękojmia, zostały ujęte w cenie materiałów. Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. złożył, stosownie do wezwania Zamawiającego, wyjaśnienia wraz z dowodami. Z wyjaśnień, w tym ze złożonej kalkulacji wynikało, że Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. skalkulował koszty zamówienia. Odwołujący FBService S.A. nie wykazał, aby przyjęte przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. koszty były nierealne. Należy zatem uznać, że nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za bezzasadny należy uznać zarzut Odwołującego FBService S.A. w zakresie artykułu 90 ust. 3 ustawy w odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy J. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S.

Odwołujący FBService S.A. nie wykazał, aby złożone wyjaśnienia wraz z dowodami stanowiły potwierdzenie ceny rażąco niskiej.

Wykonawca J. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S., na wezwanie Zamawiającego przedstawiła wyjaśnienia. Wraz z wyjaśnieniami przedstawiono kalkulację, która zawierała ceny poszczególnych usług i dostaw. Ponadto w treści wyjaśnień zawarto informację o stawce robocizny w wysokości 25 zł za roboczogodzinę. Załączono także informację dotyczącą cen poszczególnych materiałów wraz ze wskazaniem na udzielone rabaty. Tym samym Wykonawca ten załączył dokumenty pozwalające na ocenę realności zaoferowanej ceny w zakresie jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący FBService S.A. nie wykazał, aby przedstawione wyjaśnienia wraz z załączonymi do nich dowodami nie pozwalały przyjąć, że Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. Nie wykazał, aby sporządzona przez Wykonawcę kalkulacja nie zawierała wszystkich elementów, czy też aby zawarte w niej ceny były nierealne. Rozbicie na ceny poszczególnych dostaw czy usług pozwalało na zweryfikowanie poprawności i realności wyceny. Okoliczność, że kalkulacja nie została sporządzona w sposób, jaki wyobrażałby to sobie Odwołujący FBService S.A. nie oznacza, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska. Odwołujący FBService S.A. nie odniósł się także do realności wysokości kosztu robocizny. Koszt robocizny w wysokości 25 zł za roboczogodzinę nie może zostać więc uznany za nierealny, rażąco niski. Tym samym nie sposób uznać, aby wyjaśnienia Wykonawcy J. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S., wraz z dowodami pozwalały na stwierdzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....