

**WYROK**  
**z dnia 30 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu;**  
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Opolu;**  
przy udziale wykonawcy: **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar” M. K. z siedzibą w Stanicy,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia;
  - 1.2. uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę: M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy w zakresie części I zamówienia oraz załącznika nr 6 do złożonych wyjaśnień - oferty na dostawę soli drogowej i udostępnienie odwołującemu powyższych wyjaśnień;
  - 1.3. dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej.

2. umarza postępowanie w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy: M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie decyzji na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r., w związku z wycofaniem przez odwołującego przedmiotowego zarzutu;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem zwrotu kosztów 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 w Opolu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

**Miejski Zarząd Dróg w Opolu** - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Oczyszczanie miasta w zakresie: całoroczne oczyszczanie pasów drogowych rejonu I i II, w tym oczyszczanie chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz przejść podziemnych”, numer referencyjny: NP.260.47.2020.P - część I (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

W dniu 14 lipca 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 134-329691.

W dniu 7 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu (w zakresie części I zamówienia), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „UZNK”) poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (dalej: „DROMAR”) w zakresie Części I zamówienia oraz załącznika nr 6 do wyjaśnień (oferta WOJTEX - sól drogowa) mimo, że zastrzeżone przez DROMAR informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DROMAR w zakresie części I zamówienia pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez DROMAR nie jest rażąco niska;
3. art. 24 ust. 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy DROMAR, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie decyzji na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz.U. 2020, poz. 797, t.j. z późn. zm.) - dalej „ustawa o odpadach”;

ewentualnie

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania DROMAR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie decyzji na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty DROMAR jako oferty najkorzystniejszej w ramach części I zamówienia;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów objętych przez DROMAR ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez DROMAR w zakresie części I zamówienia oraz załącznika nr 6 do wyjaśnień - oferta Wojtex na sól drogową;
4. wykluczenia DROMAR w ramach części I zamówienia; ewentualnie wezwania DROMAR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie decyzji na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach;
5. odrzucenia oferty DROMAR w ramach części I zamówienia;
6. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach części I zamówienia.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 29 października 2020 r. opublikował na swojej stronie internetowej „Sprostowanie informacji z otwarcia ofert” z którego wynika, że w zakresie Części I zamówienia zostały złożone 3 oferty, z następującymi cenami za realizację przedmiotu zamówienia: DROMAR - 3 616 200,00 zł. brutto; Konsorcjum Megatherm - 4 132 800,00 zł. brutto; odwołujący - 3 616 200,00 zł. brutto. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie Części I zamówienia została określona na poziomie 5 166 000,00 zł. Ponieważ w ocenie

zamawiającego oferta złożona przez odwołującego i DROMAR przedstawiały ten sam bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, w dniu 29 października 2020 r. zamawiający wezwał wykonawców do złożenia ofert dodatkowych w terminie do 5 listopada 2020 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący złożył ofertę z taką samą ceną, zaś DROMAR istotnie obniżył ceny jednostkowe, co przełożyło się na znaczne obniżenie całkowitej ceny ofertowej. Porównanie poszczególnych cen ofertowych oraz cen jednostkowych, zaoferowanych przez odwołującego i DROMAR w ofertach i ofertach dodatkowych - odwołujący przedstawił w treści złożonego odwołania.

Odwołujący argumentował, że z porównania tych cen wynika, że ceny jednostkowe zaoferowane przez DROMAR w ofercie dodatkowej za letnie i zimowe oczyszczanie są o 0,03 zł. niższe od cen jednostkowych zaoferowanych przez tego wykonawcę w ofercie podstawowej. Tak istotne obniżenie cen jednostkowych spowodowało obniżenie całkowitej ceny oferty DROMAR aż o 774 900,00 zł. Z kolei porównanie ceny całkowitej DROMAR zaoferowanej w ofercie dodatkowej prowadzi do wniosku, że jest ona aż o 45% niższa od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i aż o 20% niższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w zakresie Części I zamówienia.

Z tego powodu w dniu 12 listopada 2020 r. zamawiający wezwał DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wskazując że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Dalej odwołujący podnosił, że zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację postępowania z której wynika, że DROMAR w dniu 16 listopada 2020 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołującemu została udostępniona jedynie część pisma DROMAR z 16 listopada 2020 r. tj. fragment obejmujący jedynie wstęp (informacja, że pismo stanowi odpowiedź na pismo zamawiającego z 5 listopada 2020 r.), wyjaśnienia w zakresie objęcia treści pisma ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz kilka ogólnych zapewnień, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a także tabelę zawierającą przykłady cen jednostkowych oczyszczania chodników i pasów zieleni wykonawców realizujących obecnie podobne zamówienia w Gliwicach, Bytomiu i Siemianowicach Śląskich. Na stronie jedenastej udostępnionego dokumentu znalazło się krótkie podsumowanie złożonych wyjaśnień. Udostępnione odwołującemu wyjaśnienia składają się z 11 stron, przy czym tylko str. 1, 2 i 11 zawierają tekst, strony od 3 do 10 zostały usunięte (puste kartki). Jak wynika z kolei ze spisu załączników zamieszczonego na stronie 11 wyjaśnień, zostało do nich dołączonych 6 dokumentów, stanowiących głównie oferty z innych postępowań. Odwołującemu zostały udostępnione załączniki od 1 do 5, nie został mu udostępniony załącznik nr 6 - „oferta WOJTEX - sól drogowa”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dalszej części odwołujący, odnosząc się do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w zakresie części I przez DROMAR stwierdził, że 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 DROMAR, 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 w zakresie części I zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przywoływał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi wyrok z 3 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2875/13; wyrok z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 242/17.

Odwołujący podkreślił, że za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa (w tym przypadku dotyczy to zarówno samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i załącznika nr 6 do wyjaśnień). Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/ wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (tak m.in. w wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1229/15). W świetle powyższego, zamawiający powinien co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny DROMAR, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo należy wskazać, że brak jest podstaw do objęcia tajemnicą ogólnych twierdzeń podnoszonych standardowo przez wykonawców w tego typu wyjaśnieniach, przytoczonego stanowiska doktryny czy orzecznictwa. Utajnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi.

Odwołujący stoi na stanowisku, że przedstawione przez DROMAR uzasadnienie objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa jest ogólne i w żaden sposób nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia. Ogranicza się ono de facto do stwierdzenia, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa i nie zostały podane w żaden sposób do publicznej wiadomości. Poza stwierdzeniem, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, DROMAR nie przedstawił żadnego uzasadnienia wskazującego dlaczego zastrzeżone informacje należy uznać za informacje o takim charakterze. Brak jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. DROMAR nie wykazał również, że podjęto w stosunku do zastrzeżonych informacji kroki mające na celu zachowanie informacji w poufności. W wyjaśnieniach wskazano, że DROMAR podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji następujące niezbędne działania w celu zachowania poufności. Twierdzenie o podjęciu przez DROMAR odpowiednich środków zmierzających do zachowania informacji w poufności pozostało jednak gołosłowne, gdyż do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody potwierdzające ich podjęcie. Z kolei jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO przedstawienie samych wyjaśnień (zwłaszcza ogólnych), bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów, jest niewystarczające (tak wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18).

Odwołujący stwierdził, że zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości wyjaśnień ceny uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych, ale również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. W wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2020 KIO 477/20, Izba wprost stwierdziła, że mimo iż zastrzeżone dokumenty (wyjaśnienia ceny) co do zasady posiadały walor tajemnicy, jednak w związku z brakiem dowodów, odtajnieniu podlegała cała ich treść. Tym samym, skoro DROMAR nie przedstawił dowodów potwierdzających zasadność utajnienia wyjaśnień ceny, odtajnieniu podlega całość złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załącznik nr 6 do tych wyjaśnień.

W dalszej części odwołujący odniósł się do zarzutu, sformułowanego jako ewentualny, dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez DROMAR.

Zauważył, że tak jak wskazywał wcześniej, odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez DROMAR w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Powyższe uniemożliwia odwołującemu szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień DROMAR i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej jednak w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny DROMAR oraz biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez DROMAR ma charakter rażąco niskiej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, należy stwierdzić, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez DROMAR nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności 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 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16). 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 ustawy Pzp, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również 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 DROMAR uznając, że wykonawca wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jego zdaniem 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 nie budzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną.



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 (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). 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. DROMAR 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 DROMAR nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie umowy. Cena jednostkowa zaoferowana przez DROMAR w ofercie dodatkowej jest o 0,03 zł. niższa od ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę w ofercie podstawowej i kształtuje się na poziomie 0,11 gr za m<sup>2</sup> odpowiednio letniego i zimowego oczyszczania. W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności świadczące o tym, że cena zaoferowana przez DROMAR ma charakter ceny rażąco niskiej: przedmiot zamówienia objęty postępowaniem dotyczy całorocznych tj. letnich i zimowych usług w zakresie zapewnienia czystości i funkcjonalności wskazanych elementów pasa drogowego na terenie miasta liczącego przeszło 125 tys. mieszkańców. Zakres objętych zamówieniem prac jest skomplikowany i składa się na niego szereg zróżnicowanych czynności związanych z ogólnie

pojętym oczyszczeniem. Zamawiający stawia wysokie wymagania zarówno w zakresie samej jakości wykonywanych usług, jak też w zakresie pełnej dyspozycyjności i odpowiedzialności wykonawcy za efekty realizowanej pracy. Odpowiedzialność ta jest szczegółowo określona przede wszystkim w zakresie oczyszczania zimowego. Na bardzo wysokim poziomie określone zostały również wymagania dotyczące minimalnego zakresu sprzętu, jakim dysponować musi przez cały okres trwania umowy wykonawca, w celu realizacji zamówienia - wskazany w pkt 1.1.4 SIWZ. Sprzęt ten ma zapewnić nie tylko wykonanie wskazanych prac, ale również określone zostały jego parametry w zakresie możliwości wpływu na infrastrukturę (ciężar) jak też w zakresie ochrony środowiska - tu przede wszystkim w zakresie ochrony jakości powietrza (norma pylenia PM 10 w przypadku zamiatarki oraz norma emisji spalin przynajmniej Euro 4 w przypadku pojazdów). Tak określone wymagania generują konieczność zaplanowania odpowiedniej liczby osób skierowanych do realizacji usług - w przypadku Rejonu I minimum 19 osób, w tym część kadry posiadającej uprawnienia i doświadczenie w obsłudze specjalistycznego sprzętu tj. zamiatarka, pojazdy odśnieżające, a także zastosowanie odpowiednich parametrów sprzętu. Wymagania te generują jednocześnie odpowiedni poziom kosztów, które są niezbędne do poniesienia dla prawidłowej realizacji usług z zapewnieniem osiągnięcia chociażby minimalnego poziomu zysku. Podkreślić należy, iż w przypadku niewłaściwej realizacji usług wykonawcy grożą wysokie kary określone w §15 umowy. W tym miejscu podkreślił, że koszty realizacji tak złożonego zadania muszą zostać pokryte z wynagrodzenia gwarantowanego, tj. nieprzekraczającego powierzchni 800 tys. m<sup>2</sup> miesięcznie. Cena zaoferowana przez DROMAR w ofercie dodatkowej, tj. 2 310 000,00 zł. netto + VAT, tj. 2 841 300,00 zł. brutto, z uwzględnieniem zaoferowanych cen jednostkowych usług w wysokości 0,11 zł./ m<sup>2</sup> nie pozwala na właściwą realizację zadania, z zapewnieniem pokrycia kosztów i osiągnięcie zysku. Zaoferowana cena daje gwarancję przychodu miesięcznego w wysokości 88 000,00 zł., co nie pozwoli na pokrycie wszystkich składników kosztowych wykonania usługi, w tym głównie: kosztów zatrudnienia pracowników - minimum 19 osób, w tym części operatorów posiadających uprawnienia i doświadczenie w obsłudze specjalistycznego sprzętu tj. zamiatarek, oczyszczarek, mikrociągników z pługami, szczotkami obrotowymi i posypywarkami; kosztów wymaganego specjalistycznego sprzętu posiadającego ściśle określone parametry, a także pozostałych koniecznych do realizacji usługi narzędzi, w tym kosztów paliwa i napraw; kosztów zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami zebranych odpadów na uprawnionych do tego instalacjach; kosztów materiałów uszorstniających i likwidujących śliskość (piasek i sól) do utrzymania zimowego. Wskazana cena nie zapewni też koniecznych aktualnie do uwzględnienia, chociażby na minimalnym poziomie, kosztów związanych z utrudnieniami w realizacji usługi związanymi z występującą sytuacją epidemiologiczną, jak chociażby konieczne do

uwzględnienia zastępstwa w przypadku zwolnień chorobowych czy zwolnień na opiekę nad dziećmi.

Odwołujący zauważył, że jest podmiotem, który od przeszło 30 lat świadczy usługi dla licznych samorządów i zarządców dróg na terenie województwa opolskiego w tym na terenie miasta Opola i jest w posiadaniu szczegółowych kalkulacji dla zadania objętego przedmiotowym postępowaniem. Na tej podstawie możliwym jest przedstawienie opisu na jakim poziomie powinna być skalkulowana minimalnie cena jednostkowa, żeby pozwoliła na ujęcie wszystkich niezbędnych kosztów. Cena ta nie powinna być mniejsza niż 0,14 zł./ m<sup>2</sup>, która to cena gwarantuje minimalne wynagrodzenie w wysokości 112 000,00 zł., tj. o 24 000,00 zł. netto więcej na miesiąc od ceny zaoferowanej przez DROMAR: w przypadku letniego oczyszczania chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszorowerowych. (a) Oczyszczanie chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszorowerowych lekko zabrudzonych obejmujące ręczne zbieranie zanieczyszczeń takich jak papierki, kapsle, folie, butelki, niedopałki, liście itp.) - stanowi 27 - 33% robót w zakresie letniego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,15 - 0,17 zł./ m<sup>2</sup>. (b) Oczyszczanie ręczne chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszorowerowych mocno zabrudzonych (duże ilości zanieczyszczeń, piach, ziemia, przerosty trawy) stanowi od 5-7% robót w zakresie letniego oczyszczania. Podkreślenia wymaga, iż powierzchnia chodników objęta zamówieniem w przypadku Rejonu I wynosi 607 536 m<sup>2</sup>, natomiast powierzchnia gwarantowana przez zamawiającego do oczyszczania miesięcznie wynosi 800 000 m<sup>2</sup>. Wskazane ilości pokazują, iż tylko część powierzchni objętych postępowaniem poddawana jest regularnemu oczyszczaniu. Znacząca część oczyszczana jest sporadycznie, co wiąże się z koniecznością gruntownego przywracania tych powierzchni do swojej użyteczności (dosłownie odkopywania, odchwaszczania, odślaniania krawężników i części pasa drogowego spod ziemi i trawy) - nakład pracy przy takich pracach jest kilkakrotnie większy niż przy regularnie oczyszczanych powierzchniach. Minimalna skalkulowana cena dla tego zakresu wynosi 0,23 - 0,25 zł./ m<sup>2</sup>. (c) Oczyszczanie mechaniczne chodników lekko zabrudzonych - stanowi 45-50% robót w zakresie letniego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,07 - 0,08 zł./ m<sup>2</sup>. (d) Oczyszczanie mechaniczne chodników mocno zabrudzonych - stanowi 14 - 16% robót w zakresie letniego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,15 - 0,16 zł./ m<sup>2</sup>. (e) Zbieranie worków z odpadami komunalnymi i biodegradowalnymi - 5000 szt. na rejon. Stanowi dodatkowe obciążenie, które rozliczyć trzeba na oczyszczaną powierzchnię. Minimalny koszt zebrania i transportu worka oraz zagospodarowania odpadów dla 1 szt. worka wynosi 13,00 -18,00 zł., w zależności od rodzaju zgromadzonych odpadów. Oczyszczanie mis przy drzewach Stanowi niewielki 0,3 - 0,4 % robót w zakresie letniego oczyszczania, natomiast ze względu na konieczność ręcznej pracy z uwzględnieniem

dbałości o to by nie uszkodzić drzewa generuje cenę w wysokości 1,60 - 1,80 zł./ m<sup>2</sup>. Z kolei w przypadku zimowego oczyszczania chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych (a) Usuwanie śniegu - stanowi 11 - 13% robót w zakresie zimowego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,18 - 0,20 zł./ m<sup>2</sup>. (b) Usuwanie lodu (skuwanie) - stanowi 0,2 - 0,5% robót w zakresie zimowego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,19 - 0,20 zł./ m<sup>2</sup>. (c) Usuwanie śliskości przy użyciu środków uszorstniających i likwidujących śliskość - stanowi 22-24% robót w zakresie zimowego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,18 - 0,20 zł./ m<sup>2</sup>. (d) Wywóz śniegu - stanowi niewielki, bo nie przekraczający 0,5% robót w zakresie zimowego oczyszczania, niemniej obowiązek ten jest tak szczegółowo opisany w SIWZ, iż przygotowując rzetelną kalkulację obejmującą wszystkie obowiązki wskazane przez zamawiającego, nie można tej bardzo kosztownej czynności pominąć w kalkulacji. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi w przeliczeniu na m<sup>2</sup>: 0,20 - 0,22 zł/ m<sup>2</sup>. (e) Oczyszczanie w technologii zamiennej - uwzględniając szczegółowy opis sposobu wykonania tego zakresu prac tj. przede wszystkim obowiązek pozostawienia na terenach oczyszczanych środków uszorstniających i likwidujących śliskość wysypanych w ramach zimowego utrzymania - praktycznie realizowane wyłącznie ręcznie - stanowi 62 - 66% robót w zakresie zimowego oczyszczania. Minimalna cena wynikająca z kalkulacji wynosi 0,12 - 0,14 zł/ m<sup>2</sup>.

Odwołujący podniósł, że cena jednostkowa zaoferowana przez DROMAR za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie Części I odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych, w tym od cen rynkowych oferowanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach o zbliżonym zakresie zamówienia, w szczególności w zakresie czynności polegających na zimowym utrzymaniu. Istotne wątpliwości co do rzetelności i realności dokonanej przez DROMAR kalkulacji ceny ofertowej budzi następujące stwierdzenie, zawarte w podsumowaniu zamieszczonym na stronie 11 wyjaśnień: „Dokonując szczegółowych obliczeń wynikających z zamówienia zostały uwzględnione również koszty administracyjne, koszty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, koszty ubezpieczenia, koszty ewentualnych kar umownych i innych nieprzewidzianych sytuacji”. Uwzględnienie takiego „kosztu” w kalkulacji ceny ofertowej jest niespójne z deklarowaną poprzez złożenie oferty wolą należytego wykonywania zamówienia i wykazywaniem dysponowania niezbędnymi do tego zasobami. Charakter ceny pod kątem przesłanki odrzucenia oferty bada się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem, nieuzasadnione jest włączanie w to ewentualnych kar umownych, gdyż nie składają się one na przedmiot zamówienia. Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że koniecznym jest zweryfikowanie czy wymienione w podsumowaniu grupy kosztów rzeczywiście zostały uwzględnione w złożonych wyjaśnieniach. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie

Izby, złożenie samych wyjaśnień bez przedstawienia dowodów potwierdzających prawidłowość danych przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji ceny ofertowej, jest niewystarczające. Analiza dowodów przedstawionych przez DROMAR wskazuje, że poza załącznikiem nr 6, który nie został udostępniony odwołującemu, są to protokół z negocjacji oraz oferty złożone przez innych wykonawców w postępowaniach na oczyszczanie chodników i pasów zieleni. Oferty te nie mogą zostać uznane za dowody potwierdzające, że cena zaoferowana przez DROMAR nie ma charakteru rażąco niskiej ceny. Nie odnoszą się one bowiem w żaden sposób do kosztów przyjętych przez DROMAR do kalkulacji ceny ofertowej. Ogólnikowość złożonych wyjaśnień czy brak złożenia dowodów nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, co wynika z orzecznictwa Izby (tak między innymi w wyroku z dnia 7 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2221/17; wyroku KIO z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2212/17). Wobec powyższego nie może budzić wątpliwości fakt, że oferta DROMAR podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący, przedstawił argumentację w zakresie dotyczącym zaniechania wykluczenia DROMAR z postępowania z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przywołał zapis zawarty w rozdziale 9 pkt 2 ppkt 1 lit. b) SIWZ, w którym zamawiający przewidział, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie Części I zamówienia wykonawca musi wykazać, że posiada m.in. decyzję na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach. W odpowiedzi na powyższe wezwanie w załączeniu do pisma z 25 listopada 2020 r. DROMAR przedstawił decyzję na zbieranie odpadów, wydaną przez Starostę Rybnickiego nr OŚ.6233.13.2016 z dnia 19 sierpnia 2016 r. zezwalającą przedsiębiorcy na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów innych niż niebezpieczne i niebezpiecznych w Knurowie, przy ul. Przemysłowej. Mimo widniejącej na przedłożonym dokumencie daty obowiązywania 18 sierpnia 2026 r. (pkt IV zezwolenia), decyzji tej nie można uznać za obowiązującą, ponieważ nie dołączono do niej potwierdzenia złożenia przed dniem 5 marca 2020 r. wniosku o dostosowanie zezwolenia do obowiązujących przepisów, potwierdzającego spełnienie obowiązku wynikającego z ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz.1592). Zgodnie z art. 14 ust. 1 przywołanej ustawy zmieniającej „posiadacz odpadów, który przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (ustawa weszła w życie 5 września 2018 r.) uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów, zezwolenie na przetwarzanie odpadów, zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów albo pozwolenie na wytwarzanie odpadów uwzględniające zbieranie lub przetwarzanie odpadów, jest obowiązany, w terminie do dnia 5 marca 2020 r., złożyć wniosek o zmianę posiadanej decyzji, wskazując we wniosku: (1)

maksymalną masę poszczególnych rodzajów odpadów i maksymalną łączną masę wszystkich rodzajów odpadów, które mogą być magazynowane w tym samym czasie oraz które mogą być magazynowane w okresie roku; (2) największą masę odpadów, które mogłyby być magazynowane w tym samym czasie w instalacji, obiekcie budowlanym lub jego części lub innym miejscu magazynowania odpadów, wynikającą z wymiarów instalacji, obiektu budowlanego lub jego części lub innego miejsca magazynowania odpadów; (3) całkowitą pojemność (wyrażoną w Mg) instalacji, obiektu budowlanego lub jego części lub innego miejsca magazynowania odpadów; (4) proponowaną formę i wysokość zabezpieczenia roszczeń, o którym mowa w art. 48a ustawy zmienianej w art. 1". W art. 14 ust. 2 tej ustawy, wskazano dokumenty jakie posiadacz zezwolenia jest zobowiązany załączyć do wniosku, o którym mowa w ust. 1. Sankcje za niezłożenie w terminie przedmiotowego wniosku, zostały określone w art. 14 ust. 4 przywołanej ustawy zmieniającej, zgodnie z którym: „Jeżeli posiadacz odpadów nie złoży wniosku spełniającego wymagania, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie, o którym mowa w ust. 1, zezwolenie na zbieranie odpadów, zezwolenie na przetwarzanie odpadów, zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów albo pozwolenie na wytworzenie odpadów, w zakresie określenia wymagań dotyczących zbierania lub przetwarzania odpadów, wygasa.” Biorąc pod uwagę datę wydania zezwolenia przedstawionego przez DROMAR czyli sierpień 2016 r., brak dołączenia do zezwolenia wniosku o dostosowanie zezwolenia do obowiązujących przepisów uniemożliwia ocenę czy DROMAR faktycznie posiada wymagane zezwolenie czy też zezwolenie takie posiadał, lecz ono wygasło.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że DROMAR nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie decyzji na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach.

Zamawiający, w dniu 8 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, przesyłając wykonawcom drogą elektroniczną kopię złożonego odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 10 grudnia 2020 r., wykonawca: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Wykonawca DROMAR na posiedzeniu w dniu 28 grudnia 2020 r., złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie oraz wniosł o przeprowadzenie dowodów na okoliczności w nim wskazane.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 28 grudnia 2020 r., złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy DROMAR pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie decyzji na zbieranie odpadów komunalnych zgodnie z zapisami art. 41 ustawy o odpadach. Z uwagi na powyższe Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 2 sentencji.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez przystępującego, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a przystępującym w przedmiocie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym zamawiającego i przystępującego zawartym w złożonych pismach procesowych, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i ubiega się o zamówienie, w tym w zakresie części I zamówienia. Zamawiający, powołując się na przepisy ustawy Pzp, odmówił odwołującemu dostępu do wyjaśnień złożonych przez DROMAR, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w rezultacie pozbawił odwołującego prawa weryfikacji informacji zawartych w złożonych dokumentach. W wyniku tych działań Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku

prawidłowego działania zamawiającego DROMAR zostałby wykluczony z postępowania, a oferta złożona przez tego wykonawcę zostałaby odrzucona.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej na płycie CD oraz z treści pisma - wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez DROMAR (kopia sporządzona na rozprawie w dniu 28 grudnia 2020 r.). Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane w sprawie i złożone na rozprawie przez odwołującego oraz załączone do pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, przez nieprawidłową ocenę zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w piśmie z 16 listopada 2020 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie należy podkreślić, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Przy czym zauważyć należy, że obowiązek „wykazania”, o którym mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to obowiązek, który materializuje się po stronie wykonawcy zastrzegającym określone informacje. Należy go rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający przekazywane dane, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych jest równoznaczne z brakiem formalnym związanym z koniecznością



dopełnienia tego obowiązku i w konsekwencji powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony.

Jeśli taka sytuacja ma miejsce, a więc jeśli wykonawca nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku „wykazania”, o którym stanowi przepis to prawem, a wręcz obowiązkiem leżącym po stronie zamawiającego jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, na co wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia.

Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie samego oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 UZNK, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami. Nie sposób jednak przyjąć, że powołując się na pewne okoliczności, które decydują o skuteczności dokonanego zastrzeżenia, wykonawca zwolniony jest całkowicie z konieczności dowodzenia twierdzeń zawartych w treści złożonego uzasadnienia. Co więcej nawet w przypadku, gdy zasadniczo za wystarczające należy uznać złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia, również wtedy zamawiający ma prawo zweryfikować czy oświadczenie takie jest zgodne z rzeczywistością i czy na przykład informacje zastrzeżone przez dany podmiot nie były już wcześniej ujawnione do publicznej wiadomości.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 UZNK, 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. Ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewidział zatem, że wykonawca, chcący skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ma obowiązek wykazania spełnienia przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK a ponadto, że wykazanie to winno nastąpić nie później niż w dniu, w którym złożone zostały w postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy zastrzeżeniu podlegają inne dokumenty zastrzeżenie takie (wraz z wykazaniem) winno

być uczynione nie później niż w dniu, w którym składane są podlegające zastrzeżeniu dokumenty.

Jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, DROMAR zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W treści pisma z 16 listopada 2020 r., oprócz wyjaśnień dotyczących czynników, które w jego ocenie miały wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty, zawarł również na wstępie zastrzeżenie, że przedstawione informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Z krótkiego uzasadnienia wynika, że są to informacje techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa i nie zostały w żaden sposób podane do publicznej wiadomości. Dalej DROMAR wskazał jakie niezbędne działania zostały podjęte w celu zachowania w poufności przekazanych danych.

Jak stwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w jego ocenie informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, skutecznie zastrzeżoną przez wykonawcę DROMAR w zakresie sposobu kalkulacji ceny oraz warunków zaopatrzenia w materiały z tego powodu, że wykonawca przedstawił wyjaśnienia zawierające m.in. szczegółową kalkulację ceny ofertowej, w której zawarł dane dotyczące kosztów osobowych, sprzętowych, materiałów, zagospodarowania odpadów, ryzyko oraz oczekiwany zysk. Zamawiający uznał zatem, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że skoro wyjaśnienia wykonawcy zawierają opis czynników mających wpływ na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp., to powyższe informacje mają charakter handlowy, czy organizacyjny, a przez to posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie było podstaw do ich udostępnienia osobom postronnym. Z powyższych powodów zamawiający pojął decyzję o odtajnieniu jedynie tych fragmentów wyjaśnień które, jego zdaniem, nie zasługiwały na taką ochronę. Przy czym była to niewielka część wyjaśnień, zawierająca wstęp, ogólną deklarację, że cena zaproponowana w ofercie nie nosi znamion rażąco niskiej, tabelę zawierającą ceny jednostkowe oczyszczania chodników i pasów zieleni, proponowane przez wykonawców, którzy aktualnie realizują przedmiotowe zamówienia, a także ogólne podsumowanie złożonych wyjaśnień. Nie przekazano natomiast odwołującemu istotnych, z punktu widzenia realności kalkulacji sporządzonej przez DROMAR ceny ofertowej, zarówno założeń przyjętych do kalkulacji (sprzętu, osób wykorzystywanych do realizacji zadania w części I), szczegółowych wyliczeń, jak też załącznika nr 6, stanowiącego ofertę firmy Wojtex na sól drogową.

Izba, dokonując oceny czynności zamawiającego w postępowaniu, doszła do przekonania, że w sposób nieprawidłowy dokonał on czynności badania skuteczności

dokonanego przez wykonawcę DROMAR zastrzeżenia. Nie można bowiem zgodzić się z zamawiającym, że treść wyjaśnień przedłożonych przez tego wykonawcę w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica jego przedsiębiorstwa daje podstawy do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Wbrew twierdzeniom zamawiającego DROMAR nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przypomnieć należy, że wartość gospodarczą mają takie informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy na określonym rynku. Przy czym sama informacja na temat założeń przyjętych do kalkulacji ceny, cen jednostkowych pracy, materiałów czy sprzętu używanego do realizacji zamówienia, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy. Niezasadne są zatem wywody zamawiającego, który stwierdził, że z tego tylko powodu, że wyjaśnienia wykonawcy zawierają opis czynników mających wpływ na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp., to powyższe mają charakter handlowy, czy organizacyjny, a przez to posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Samo powołanie się przez przystępującego na fakt, że informacje te mają dla niego określoną wartość, bez opisanie ani w jaki sposób fakt ujawnienia tych informacji mógłby wpłynąć na działalność przystępującego a ponadto jakie ujemnie skutki wiązałyby się z ich ujawnieniem, należy uznać za niewystarczające dla dokonania zastrzeżenia tych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponownie należy wskazać, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie jest zatem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma zamawiającemu tę zasadność wykazać, a nie jak to miało miejsce w niniejszej sprawie - zamawiający poszukiwać stosownych argumentów przemawiających za zasadnością dla dokonanego zastrzeżenia (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1152/20). Skoro zatem DROMAR nie sprostął ciężącemu na nim obowiązku „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter - prawem, a nawet obowiązkiem zamawiającego było zastrzeżenie taki uznać za bezskuteczne. Podkreślić należy bowiem, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być

uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom, którzy ubiegają się o zamówienia publiczne dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności wskazania konkretnego i wyczerpującego uzasadnienia dla takich działań. To z kolei prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania, co byłoby niewątpliwie zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie przekonał również Izby argument w zakresie w jakim przystępujący podnosił, że podjął niezbędne działania w celu zachowania w poufności informacji. Samo uzasadnienie zastrzeżenia zawiera bowiem jedynie teoretyczne wywody na temat tego, że DROMAR stosuje politykę bezpieczeństwa informacji poprzez zawieranie stosownych postanowień dotyczących zakazu konkurencji zawieranych z pracownikami oraz o zachowaniu w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczące klientów, ilości pracowników, wielkości obrotów, sposobu kalkulacji cen, dokumentacji roboczej, wyposażenia przedsiębiorstwa oraz ilości świadczonych usług. Same wywody w tym przedmiocie należy jednak uznać za ogólne i nie poparte żadnymi dowodami, co przy braku konkretów odnoszących się do tego elementu np. w postaci przedstawienia umów (które mogłyby zostać zanonimizowane) zawieranych z pracownikami, z treści których wynikałoby, że stosowane są w nich klauzule o poufności - uznać należy za mało konkretne i lakoniczne.

Z kolei argumentacja przystępującego, że z uwagi na fakt, że jako osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą jest on mniejszym podmiotem gospodarczym i nie opracowuje dokumentów, ani też nie stosuje zabezpieczeń takich, jak to ma miejsce przypadku dużych przedsiębiorców nie może znaleźć uznania po pierwsze z tego powodu, że zasadność zastrzeżenia informacji i kwestia istnienia przesłanek dla dokonania takiego zastrzeżenia badana jest niezależnie od tego czy zastrzegającym dane informacje w poufności jest mały, średni czy też duży przedsiębiorca. Ponadto chociaż nie ulega wątpliwości, że inaczej będzie wyglądało dowodzenie w takim przypadku, a inaczej w przypadku wykonawcy powołującego się na dokumenty to jednak w ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku nic nie stało na przeszkodzie, by przystępujący wraz z wyjaśnieniami złożył kopie umów zawierających klauzule poufności, chociażby w postaci zanonimizowanej. Brak jakichkolwiek dowodów czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym.

Powyższa argumentacja, wyrażona w przedmiotowym wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak na przykład zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 315/18 z dnia 13 marca 2018 r., zasadność dokonania

zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2469/19 skład orzekający zwrócił uwagę, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba oceniła, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia przez przystępującego informacji zawartych w piśmie z 16 listopada 2020 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa, uznając za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie udostępniania odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w szczególności co do przyjętych przez przystępującego założeń w zakresie sposobu realizacji zamówienia, odnoszące się do użytego sprzętu, osób oraz sposobu kalkulacji poszczególnych elementów oferty. Tym samym odwołujący nie miał szansy na dokonanie obiektywnej oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty odwołującego, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględnienie powyższego zarzutu, który sformułowany został jako zarzut główny, musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego nie otwierałoby wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym po zapoznaniu się z ofertą konkurenta mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny jego oferty, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, 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), w tym w szczególności §5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:** .....