

Sygn. akt: KIO 1627/18

WYROK
z dnia 3 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Gliwice

przy dziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. w Gliwicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie na rzecz zamawiającego Miasta Gliwice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 3 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1627/18

Zamawiający Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44 - 100 Gliwice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta”, o numerze nadanym przez zamawiającego ZA.271.114.2017, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 014 - 027767, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”.

W dniu 3 sierpnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 13 sierpnia 2018 r. odwołanie od wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02 - 673 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący”. W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię, i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EUROVIA pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającego z przepisów prawa powszechnie obowiązujących;
2. naruszenie art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię, a w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego czynności polegającej na uznaniu zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum EUROVIA w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego oraz zaniechaniu udostępnienia odwołującemu tej części

dokumentacji postępowania pomimo, iż Konsorcjum EUROVIA nie wykazało, że informacje zawarte w treści wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK i w związku z tym zamawiający miał obowiązek odtajnić tę część dokumentacji postępowania oraz udostępnić ją na wniosek złożony przez odwołującego.

Wobec powyższego odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zarzutów wskazanych w odwołaniu, w tym odrzucenie Konsorcjum EUROVIA z postępowania. Ponadto wniesiono o uznanie czynności zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum EUROVIA wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w zakresie załączników do nich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego, które nie spełnia wymogów wskazanych w UZNK i nakazanie odtajnienia tej części dokumentacji postępowania, a także udostępnienia jej odwołującemu.

Na wstępie uzasadnienia wniesienia środka ochrony prawnej odwołujący przytoczył stan faktyczny sprawy.

Następnie, w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 w odwołaniu, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., odwołujący podniósł co następuje.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum EUROVIA jest ceną rażąco niską. Według odwołującego, jak słusznie stwierdził zamawiający, jest ona niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej z należytą starannością, przed wszczęciem postępowania. Z rażąco niską ceną mam do czynienia, gdy jest ona niewiarygodna, nierealistyczna oraz odbiega wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego w sposób należyty oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu lub cen rynkowych.

W dalszej kolejności odwołujący przytoczył treść art. 90 ust. 1 p.z.p. i podniósł, że obowiązek wykazania, że cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska spoczywał na Konsorcjum EUROVIA, pod rygorem odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Ponadto, według odwołującego, na podstawie wyroku Izby z 24.06.2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1157/10 (por. także KIO/UZP 1068/08, KIO/UZP 1443/08, KIO 750/16) wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaś domniemanie to może być obalone wyłącznie w wyniku przedstawienia przez Konsorcjum EUROVIA wyczerpujących wyjaśnień rażąco niskiej ceny, popartych dowodami na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Odwołujący zaznaczył również, iż na kanwie

wyroku Izby z 11.05.2015 r., sygn. akt KIO 825/15, dozwolonym jest badanie cen jednostkowych, pod kątem ich rażąco niskiego charakteru.

W ocenie odwołującego nie znajduje uzasadnienia lakoniczna argumentacja Konsorcjum EUROVIA, powołująca się na ryczałtowy charakter ceny w postępowaniu. Zamawiający w wezwaniu wskazał jednoznacznie, że szczególnie rażąco niska jest cena w pozycji 01 „Roboty drogowe” tabeli cen ryczałtowych, wymagał jednak od Konsorcjum EUROVIA złożenia wyjaśnień w zakresie wszystkich istotnych składowych ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Powyższe wzbudziło więc szczególną obawę zamawiającego o realność wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowane kwoty. W wezwaniu zamawiający wskazał na potrzebę zbadania konkretnych uwarunkowań oraz obiektywnych czynników mających wpływ na realizację zamówienia przez Konsorcjum EUROVIA, w porównaniu do wartości zamówienia oraz cen zaoferowanych przez innych wykonawców. W ocenie odwołującego Konsorcjum EUROVIA, w piśmie skierowanym do zamawiającego, w żadnej mierze nie przedstawiło dowodów, ani nie uprawdopodobniło swojej wersji, wskazującej na możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia te nie wskazują bowiem na żadne konkretne okoliczności ani zestawienia, choćby procentowe (w miejsce kwotowych, gdyby takowych wykonawca nie mógł ujawnić) czynników mających wpływ na ukształtowanie ceny w ten sposób, że należy ocenić ją jako rażąco niską. Dodatkowo, w treści pisma wykonawcy odnaleźć można odwołanie do „optymalizacji” lub „oszczędności”, jednak nie wskazano tam nie tylko składowych tychże, ale również skali porównawczej, choćby w zakresie ceny wyjściowej, gdyby takowych optymalizacji czy oszczędności nie zastosowano. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragment wyroku Izby z 3.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16, KIO 2392/16.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach Konsorcjum EUROVIA pojawiają się lakoniczne treści, wiele cytatów z orzecznictwa, brakuje jednak rzetelnego wyjaśnienia, jakiego ma prawo spodziewać się zamawiający po profesjonalnym uczestniku rynku, za którego przecież wykonawca także się uważa. Nie wykazano w żaden sposób, a tym bardziej nie dowiedziono w piśmie wykonawcy, w jaki sposób budząca wątpliwości zamawiającego część powinna być uznana za realną.

Odwołujący zaznaczył również, że w treści JEDZ lider oraz partner Konsorcjum EUROVIA wskazali sumarycznie, że 90% zakresu zamówienia zamierza podzlecić podwykonawcom. W ocenie odwołującego oznacza to, że do wyjaśnień ceny wykonawca powinien przywiązać szczególną wagę. Tymczasem w piśmie Konsorcjum EUROVIA czytamy o składowaniu i utylizacji odpadów oraz walcach posiadających większą niż dotychczas wydajność w zakresie zagęszczania. W opinii odwołującego sytuacja faktyczna, w przypadku oferty Konsorcjum EUROVIA, jest taka, że samodzielnie wykonać ono zamierza

jedynie 10% zamówienia, zatem wyjaśnienia ceny powinny więc koncentrować się na dowodach na potwierdzenie należytej kalkulacji w szczególności ofert podwykonawców, co do zysku oraz w zakresie rezerwy na realizację umowy.

Ponadto odwołujący podniósł, iż w tabeli cen ryczałtowych Konsorcjum Eurovia cena wskazana w pozycji „Roboty drogowe” odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców - średnia cena „Robót drogowych” wszystkich ofert jest wyższa od ceny Eurovia o ponad 13%, natomiast kolejny wykonawca zaoferował cenę w tej pozycji o 7,5% wyższą od ceny Eurovia, gdy wartość robót drogowych w przedmiotowej inwestycji stanowi ponad połowę wartości całości oferty. Zamawiający faktycznie wskazał tę pozycję w zapytaniu z dnia 13.06.2018 r. jako istotną część składową oferty, jednakże się do niej nie ograniczył. Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum Eurovia miało najniższe ceny, w porównaniu do cen innych wykonawców, również w innych pozycjach: „Mury oporowe”, „Przebudowa wodociągu”, „Kanalizacja sanitarna”, „Przebudowa linii WN” i „Budowa kanału technologicznego”. Natomiast Konsorcjum Eurovia nie odniosło się chociażby do pozycji „Przebudowa linii WN”, której wartość stanowi jedynie ok. 50% wartości cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Zatem w ocenie odwołującego, należy zdecydowanie podkreślić, że wykonawca w żaden sposób nie poczynił starań skutecznego wyjaśnienia wątpliwości powstałych w stosunku do rażąco niskiej ceny jego oferty. Następnie odwołujący zacytował fragment wyroku Izby z 23.03.2017 r. o sygn. akt KIO 422/17.

Zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu, tj. naruszenie art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

Odwołujący przytoczył treść art. 8 ust. 1 p.z.p., art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5.03.2016 r. sygn. akt KIO 275/16, co do przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dalszej części uzasadnienia wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł, że Konsorcjum EUROVIA w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa cytuje orzecznictwo, powołuje się na pojedyncze aspekty ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa lidera Konsorcjum, pomijając zupełnie uzasadnienie w zakresie zapewnienia ochrony tejże tajemnicy przez partnera Konsorcjum. Wykonawca nie wykazuje żadnych konkretnych i faktycznych działań mających uzasadnić i uprawdopodobnić, iż załączniki do pisma faktycznie mogą uzyskać miano tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zamawiający również - jak wynika z historii korespondencji pomiędzy nim a odwołującym - waha się co do odtajnienia treści pisma, gdyż najpierw informuje odwołującego o zastrzeżeniu całości wyjaśnień, a następnie na wniosek przekazuje pismo wiodące, pozostawiając utajnionymi załączniki do niego. Takie działanie, w opinii odwołującego, jest zupełnie nieuzasadnione.

Ponadto, według odwołującego, złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji nie zawsze będzie „wykazaniem”, o którym mowa w powołanym wyżej przepisie, gdyż wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 p.z.p. ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (tak Izba w wyroku z 7.04.2015 r. sygn. akt KIO 568/15, 570/15.).

W konsekwencji powyższego, zdaniem odwołującego, konsorcjum EUROVIA nie zadośćuczyniło obowiązkowi wykazania, najpóźniej w terminie złożenia wyjaśnień wraz z załącznikami, iż spełniają one przesłanki kwalifikujące ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum EUROVIA uznać należy za nieskuteczne i niepodlegające konwalidacji.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą VAT złożoną na rozprawie.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału

w sprawie - po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. w Gliwicach ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (dalej zwani jako "przystępujący"). Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym, złożonym na posiedzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, zamawiający przedstawił ustną odpowiedź na odwołanie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Izba nie podzieliła twierdzeń przystępującego o odrzuceniu odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p., ze względu na przekroczenie zawitego terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 p.z.p., bowiem uczestnik postępowania w żaden sposób nie wykazał twierdzeń, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, poprzestając na wybiórczym zacytowaniu fragmentów odwołania, które nie mogły w sposób skuteczny podważyć okoliczności, że dnia 9 sierpnia 2018 r. zamawiający przedstawił odwołującemu swoją decyzję o udostępnieniu uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przystępującego

(*vide* korespondencja elektroniczna z 9.08.2018 r. - w aktach sprawy) i od tej daty dla odwołującego zaczął biec termin na wniesienie środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący, złożył on w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugim miejscu, co oznacza, że w przypadku wykluczenia Konsorcjum z postępowania, za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego. Zaś w konsekwencji naruszenia p.z.p., odwołujący może ponieść szkodę, w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 1 p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu - w pierwszej kolejności do weryfikacji czy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby ocenić, że wyjaśnienia przystępującego w zakresie sposobu kalkulacji ceny są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie udostępnić ich odwołującemu, - w dalszej kolejności do oceny czy rzeczony wyjaśnienia, złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej, w tym czy zamawiający prawidłowo uznał, że nie została wypełniona hipoteza art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 3 p.z.p., skutkująca odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione. Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności w istniejącym stanie prawnym, a w konsekwencji powoduje, że odwołanie należało oddalić.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. - sformułowany przez odwołującego jako błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię ww. przepisów, a w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego czynności polegającej na uznaniu zastrzeżenia dokonanego przez przystępującego, w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego oraz zaniechaniu udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania pomimo, iż przystępujący nie wykazał, że informacje zawarte w treści wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z.n.k, i w związku z tym zamawiający miał obowiązek odtajnić tę część dokumentacji postępowania oraz udostępnić ją na wniosek złożony przez odwołującego – jako nieuzasadniony.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Natomiast art. 8 ust. 3 p.z.p. stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419), dalej zwanej jako „z.n.k.”, zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Natomiast wskazany przez odwołującego art. 96 ust. 3 p.z.p. stanowi, że protokół z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się – w rozpoznawanej sprawie – po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Załącznikiem do protokołu, w myśl art. 96 ust. 2 p.z.p. są informacje składane przez wykonawców, w tym wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

W zakresie uwag natury ogólnej warto wskazać, że w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa istnieje bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 26.04.2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14 zastrzeżenie poufności na podstawie art. 11 ust. 4 z.n.k „może być uznane

za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą - co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski - nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęte zostały w stosunku do niej przez przedsiębiorcę działania zmierzające do zachowania jej poufności.” Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę interpretację tą podziela.

W ocenie Izby, aby dokonać skutecznego objęcia informacji zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa, musi zostać spełniona przesłanka materialna – zastrzeżona informacja winna spełnić wszystkie elementy przytoczonej definicji tajemnicy z art. 11 ust. 4 z.n.k., tj. nie być ujawniona do wiadomości publicznej, mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, który dotyczy przedsiębiorstwa zastrzegającego lub stanowić inną informację posiadającą wartość gospodarczą, oraz przesłanka formalna – wykonawca winien udowodnić, środkami adekwatnymi do treści informacji, iż podjął niezbędne działania w celu zachowania tej informacji w poufności.

Działania podjęte przez przedsiębiorcę w celu utrzymania poufności określonych informacji muszą mieć charakter „niezbędnych”. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak ujął to Sąd Najwyższy, „podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony” (wyrok Sądu Najwyższego z 3.10.2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Następnie, podążając za wykładnią językową art. 8 ust. 3 p.z.p., należy zaznaczyć, że po stronie wykonawcy zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 4 z.n.k. Art. 8 ust. 3 p.z.p. wprost bowiem wskazuje na to, na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem ujawnienia informacji wadliwie lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych, spoczywającym na zamawiającym (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21.10.2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że nie znalazła potwierdzenia, w treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego z dnia 23 czerwca 2018 r., argumentacja

odwołującego o ogólnym charakterze treści uzasadnienia, zawierającym głównie orzecznictwo, bez wskazania wartości gospodarczej poufnych informacji.

W ocenie składu orzekającego przystępujący wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach kalkulacji sposobu ceny wraz z załącznikami - na które składają się kalkulacje szczegółowe i oferty podwykonawców, spełniają wszystkie przesłanki materialne określone w art. 11 ust. 4 z.n.k., przystępujący w sposób wyczerpujący i przekonujący uzasadnił zastrzeżenie przedłożonych informacji, a także przedstawił dowody, wypełniające warunek formalny w zakresie wykazania podjęcia niezbędnych działań aby zachować poufność zastrzeżonych informacji - adekwatnie do zawartości merytorycznej przedstawionego uzasadnienia.

Aby przejść do *meritum* analizy przedłożonych informacji, w świetle wyżej wywiedzonego standardu badania przesłanek jej zastrzeżenia, należy przede wszystkim uwzględnić specyfikę zamówienia oraz rynku, na którym jest ono realizowane – a szczególnie to, czym przedsiębiorstwa na tym rynku ze sobą konkurują. W specyficznych sytuacjach informacje na jednym rynku błahe mogą mieć kluczowe znaczenie dla konkurencji na innym rynku (np. miejsce pozyskania materiałów czy półproduktów, wykorzystywany zasób kadrowy, warunki współpracy z podwykonawcami czy kontrahentami, zobowiązania wobec producenta sprzętu itp.). Dokonując subsumpcji powyższych przepisów do ustalonego stanu faktycznego należy te szczególne okoliczności mieć na względzie – to bowiem, co w jednym zamówieniu jest kwestią poboczną, nie odgrywającą wielkiego znaczenia w sensie prowadzenia przedsiębiorstwa przez wykonawcę, dla innego wykonawcy na innym rynku może mieć znaczenie kluczowe dla zachowania przewagi nad konkurencją.

Krajowa Izba Odwoławcze ustaliła, że przystępujący (*vide* str. 1 – 3 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami z dnia 23.06.18 r.) wskazał, że są to informacje organizacyjne, dotyczące sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia, w korelacji z metodami działania przedsiębiorcy, doбором partnerów, za pomocą których już realizował podobne zlecenia i jego doświadczeń wynikających z prowadzenia działalności gospodarczej. Informacje te określają sposób i metodę zorganizowania wszystkich wymaganych czynności w połączeniu ze środkami rzeczowymi, aby mógł być osiągnięty cel w postaci wykonania usługi wysokiej jakości, w sposób zapewniający spełnienie wymagań zamawiającego. Jest to zatem know-how przedsiębiorstwa, będące również przedmiotem zamówienia – zastrzeżone informacje nie stanowią w żaden sposób powielania treści materiałów przetargowych stawionych w dyspozycji wykonawców, którzy zamierzają uczestniczyć w postępowaniu, a są uzupełnione indywidualizowaną treścią dotyczącą oferowanych warunków zamówienia w sposób wykonawcy właściwy i dostępny oraz dostosowany do wymagań zamawiającego. Informacje te są opracowane w odniesieniu do indywidualnej sytuacji, dotyczącej

konkretnego zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań zamówienia, zatem są to informacje niepowtarzalne, ponadto posiadające wartość gospodarczą dla przedsiębiorstw wykonawców. Wykonawca zaznaczał również, że wyjaśnienia, posiadają istotną wartość gospodarczą, gdyż przedstawiają sposób działania przy realizacji zamówienia i zawierają informacje dotyczące warunków handlowych w zakresie współpracy z podmiotami handlowymi.

Następnie w cytowanym uzasadnieniu zastrzeżenia poufności wskazano, że zastrzeżone informacje nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, tj. są to informacje nieznane i niemogące być znane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są nimi zainteresowane, w szczególności konkurentom z branży. Utajnione informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jedynym miejscem ich zamieszczenia są wyjaśnienia objęte pismem. Natomiast nie ma możliwości dowiedzenia się o (w szczególności sposobie realizacji zamówienia) drogą zwykłą i dozwoloną, gdyż informacje znajdują się w posiadaniu tylko ograniczonego kręgu osób (pracownicy poinformowani o poufnym charakterze informacji i o szczególnym trybie z nimi postępowania).

W konsekwencji powyższego, po analizie treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa sposobu kalkulacji ceny, skład orzekający uznał, że przystępujący w sposób jednoznaczny i szczegółowy wykazał, że spełniono wymóg braku ujawnienia informacji zastrzeżonych do wiadomości publicznej, przy wskazaniu na organizacyjny i handlowy charakter informacji, będący know – how konsorcjum, co niewątpliwie wpisuje się w przedstawiony we wcześniejszej części uzasadnienia sposób rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Ponadto, w ocenie Izby, uzasadnione są twierdzenia przystępującego zawarte w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz ze szczegółowymi kalkulacjami i ofertami podwykonawców, jako mające istotną wartość gospodarczą, gdyż „wiedza w zakresie metod wykonania zlecenia (w tym zakresie dedykowanych do wykonania zamówienia partnerów) stanowi wartość, pozwalającą w dużej mierze na zoptymalizowanie kosztów oraz maksymalizację zysków i wszystkie te elementy stanowią zatem istotną wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, którą jesteśmy zobowiązani szczególnie chronić” (vide str. 3 uzasadnienia z 23.06.2018 r.).

Izba uznała takie twierdzenia za wiarygodne i przekonujące, w szczególności na kanwie dwóch okoliczności. Po pierwsze, pomimo udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, charakter wynagrodzenia jest ryczałtowy, natomiast za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia odpowiada wykonawca (pkt 18 SIWZ), warto więc zaznaczyć, że w wyjaśnieniach kalkulacji ceny, które

są powiązane z załączonymi do nich kalkulacjami i ofertami, przystępujący obliczając cenę wykazał, że wykorzystał swoje know – how, żeby przyjąć konkretne wartości i składniki, co bezpośrednio wynika z treści zestawień. Zatem dzięki doświadczeniu i czynnikom niedostępnym innym wykonawcom (które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) uzyskał cenę oferty, która pozwoliła mu złożyć ofertę najtańszą w postępowaniu, co stanowi rzeczywistą, wymierną wartość gospodarczą.

Po drugie, zgodnie z twierdzeniami odwołującego, które nie zostały zanegowane i znajdują odzwierciedlenie w treści oferty przystępującego, przystępujący około 90% zamówienia zamierza wykonać za pomocą podwykonawców. Zatem na rynku budowy dróg, gdzie zgodnie z doświadczeniem życiowym, duże przedsiębiorstwa zlecają większość prac swoim podwykonawcom, to właśnie posiadanie partnerów, którzy są wiarygodni co do terminowości, rzetelności i jakości świadczeń, czy nawet responsywności i reakcji na sytuacje kryzysowe, a już zwłaszcza warunki współpracy z takimi podmiotami, są na rynku niezwykle cennymi informacjami, których zgromadzenie trwa często lata i wymaga inwestycji ze strony przedsiębiorcy. Efektem gromadzenia tych doświadczeń i wiarygodności („marki”) oraz wypracowywanie konkretnych warunków współpracy jest właśnie lista konkretnych, wyselekcjonowanych podwykonawców, która bezpośrednio przedkłada się na zysk wykonawcy, gdyż wiedza ta daje przedsiębiorcy realną przewagę konkurencyjną, której wynikiem są takie oferty od podwykonawców, które – w rozpoznawanej sprawie - stanowiły podstawę do zaoferowania ceny przystępującego znacznie niższej niż cena konkurencji, a tym samym wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba nie ma wątpliwości, iż ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby mieć znaczny wpływ na sytuację w jakiej zastrzegający znajduje się w stosunku do swoich konkurentów, mając na uwadze specyfikę organizacji wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto Izba, mając na uwadze treść uzasadnienia, nie widzi podstawy, by zakwestionować wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji – w istocie bowiem specyfika tego konkretnego zamówienia wskazuje na fakt, iż informacje dotyczące warunków handlowych mają w zasadzie kluczowe znaczenie przy formułowaniu oferty. Przystępujący wykazał przy tym, że informacje te są skonkretyzowane indywidualnie dla jego przedsiębiorstwa i nie dotyczą wszystkich tego typu podmiotów na rynku, a konkretnie jego, podejmując przy tym odpowiednie środki, aby te informacje zachować w tajemnicy. W związku z tym, mając na uwadze jak duży udział w formułowaniu ceny odgrywają te informacje ich walor gospodarczy wydaje się oczywisty.

Zatem twierdzenia przystępującego, zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia poufności, w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny wskazują, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica gospodarcza, integralnie związane z obrotem gospodarczym, mogą być potencjalnie użyte przez innego przedsiębiorcę, z korzyścią dla prowadzonej przez niego

działalności, co stanowi obiektywne kryterium wartości gospodarczej (jako wartości ekonomicznej) objętych tajemnicą informacji, których ujawnienie istotnie zagroziłoby interesom przedsiębiorcy. Wobec powyższego Izba uznała twierdzenia odwołującego o braku wartości gospodarczej za bezpodstawne.

W zakresie stanowiska odwołującego o braku wykazania przez przystępującego działań mających uzasadnić i uprawdopodobnić, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz załącznikami, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba wskazuje jak niżej.

Na stronie 4 uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa sposobu kalkulacji ceny z 23.06.2018 r., przystępujący stwierdził, że chroniąc zastrzeżone informacje przed ujawnieniem wykonawca (zgodnie ze str. 1 uzasadnienia rozumiany jako lider i partner konsorcjum) podjął odpowiednie działania, zarówno o charakterze fizycznym - w postaci wewnętrznych reguł obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak też technologii zabezpieczających bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa, poprzez logowanie do systemu wewnętrznego firmy, co wymaga indywidualnego loginu i hasła dostępu, a także powzięto środki prawne – poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. Ponadto wewnętrzne mechanizmy kontroli i zabezpieczenia są stosowane w relacjach z kontrahentami, o czym świadczą klauzule o poufności w zawieranych umowach.

Na dowód powyższego załączono regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w Przedsiębiorstwie Remontów Ulic i Mostów S.A. i zarządzenie Dyrektora Regionu Południe Eurovia Polska S.A. dotyczące polityki bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła, że oba dokumenty potwierdzają i rozszerzają argumentację przystępującego co do stosowanych przez konsorcjum środków zabezpieczających tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując na szczegółowe kroki organizacyjne i techniczne, które oba przedsiębiorstwa podjęły w celu utrzymania informacji w tajemnicy, a także potwierdzają stosowane przez przystępującego zabezpieczenia prawne, w tym poinformowanie pracowników o poufnym charakterze informacji, wprowadzenie odpowiednich zapisów w regulaminach, nakazy zabezpieczenia informacji, ograniczenie dostępu do informacji, kontrolowanie przestrzegania zasad zapewniania tajemnicy, nadzór nad przetwarzaniem informacji etc. Mając na uwadze charakter poufnych informacji – wyjaśnienia i kalkulacje ceny, sporządzone przez pracowników przystępującego, na podstawie ofert podwykonawców, są to działania bezpośrednio adekwatne i niezbędne. Ponadto działanie przystępującego, który dla stworzenia stanu tajemnicy musiał podjąć działania zmierzające do zachowania poufności w stosunku do ofert podwykonawców, obejmując oferty te tajemnicą przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dodatkowo potwierdza, że przystępujący podejmuje niezbędne środki do

zachowania poufności informacji i bezpośrednio koreluje również z treścią ofert podwykonawców - kontrahenci przystępującego sami zastrzegli ich poufność, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (w aktach sprawy znajduje się 9 zastrzeżonych ofert, co stanowi niemal połowę z ofert przedłożonych z wyjaśnieniami).

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że przystępujący wykazał, iż dostęp do informacji objętych tajemnicą jest kontrolowany i przez to ograniczony, zaś konkurencja została skutecznie pozbawiona prawa posiadania i korzystania z informacji objętych przez przystępującego tajemnicą gospodarczą, gdyż osoby spoza kręgu podmiotów wtajemniczonych przez samego dysponenta tajemnicy takiego akcesu nie mają, zatem wykazano, że spełniono przesłankę formalną, tj. przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji, adekwatne do charakteru zastrzeganych informacji, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Finalnie, należało argumentację odwołującego uznać nie tyle za próbę podważenia spełniania przez zastrzeżoną informację kryteriów z ustawy z.n.k. (czego w zasadzie w odniesieniu do tych informacji nie uczynił), a za polemikę z zastrzeżeniem jako takim. Odwołujący nie zaoferował przy tym żadnego standardu postępowania, z którym postępowanie przystępującego można byłoby porównać i z którym nie wytrzymało by ono konfrontacji. Izba również takiego standardu nie dostrzega – przeciwnie, przyjmując nawet standard podwyższonej dbałości o zachowanie informacji w tajemnicy oraz wyśrubowany standard oceny wartości gospodarczej należy uznać, że podjęte i stwierdzone w sprawie czynności, przy dużym wpływie na sposób organizacji wykonania zamówienia, wskazują na to, że informacje te w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego i polemika ze strony odwołującego tego faktu nie mogła skutecznie podważyć.

Izba również zwraca uwagę, że twierdzenia dotyczące ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczą obu członków konsorcjum, nie zaś wyłącznie lidera, oraz zostały wykazane w stosunku co do obu podmiotów, co wynika z treści przedstawionego uzasadnienia i złożonych z nim dowodów. Stanowisko odwołującego dotyczące pominięcia partnera konsorcjum, w podstawie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz z załącznikami, jest wprost sprzeczne z ich literalną treścią i jako takie jest nieuprawnione.

Warto również nadmienić, że stanowisko, iż szczegółowy sposób kalkulacji ceny oraz dane o podwykonawcach stanowią tajemnicę chronioną na kanwie art. 11 ust. 4 z.n.k. było wielokrotnie podzielane zarówno w orzecznictwie Sądów Okręgowych (np. wyrok SO we Wrocławiu z 7.04.2015 r. sygn. akt X Ga 57/15, wyrok SO w Katowicach z 20.04.2017 r. sygn. akt XIX Ga 207/17, wyrok SO w Łodzi z 27.03.2015 r. sygn. akt III Ca 1904/14, wyrok SO w Warszawie z 5.06.2006 r. sygn. akt V Ca 440/06, wyrok SO w Katowicach z 8.05.2007 r. sygn. akt XIX Ga 167/07, wyrok SO w Warszawie z 31.08.2012 r. sygn. akt Ca 3061/11), jak i Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyroki z 25.02.2014 r. sygn. akt KIO

189/14, z 18.12.2017 r. sygn. akt KIO 2483/17, KIO 2484/17, z 14.05.2013 r. sygn. akt KIO 908/13, z 9.05.2018 sygn. akt KIO 808/18).

Nie ulega wątpliwości, że analiza rynku prowadzi do wniosku, że zastrzeganie informacji zawartych w ofertach, w szczególności wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej stało się niejednokrotnie sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów oraz danych zawartych w złożonych ofertach. Informacje dotyczące relacji handlowych z innymi podmiotami często są niechętnie upubliczniane przez wykonawców, co zasługuje na krytykę. Jednakże w ustalonym stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie mamy z taką sytuacją do czynienia.

W ocenie Izby przystępujący w sposób szczegółowy i adekwatny do zastrzeganych informacji jednoznacznie wykazał zaistnienie materialnych i formalnych podstaw do objęcia tajemnicą gospodarczą jego wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami, natomiast oszczędna argumentacja odwołującego nie mogła w żaden sposób podważyć skuteczności zastrzeżenia tajemnicą tychże informacji, a tym samym wskazywać na naruszenie prawa przez zamawiającego. Twierdzenia odwołującego, stanowiły raczej nieuprawnioną polemikę z treścią uzasadnienia, która nie znalazła odzwierciedlenia w piśmie z 23 czerwca 2018 r., zaś jednocześnie odwołujący nie sprostował w tym zakresie ciężarowi wykazania faktów, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, pozostawiając swoje stanowisko gołosłownym i niepotwierdzonym.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. - sformułowany jako niezastosowanie tychże norm oraz ich błędną wykładnię, i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EUROVIA pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającego z przepisów prawa powszechnie obowiązujących - jako nie posiadający uzasadnionych podstaw.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p. zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień, określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, w brzmieniu normy: „Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”,

a także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie w pkt 1 Ustawodawca określił przesłankę *ex lege* do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, chyba, że zamawiający uzna, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia.

Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. - ”obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.” - którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (*vide* wyrok Izby z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17). Tym niemniej ocena ta zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób nie budzący

wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską (por. wyrok Izby z 28.03.2017 r. sygn. akt KIO 466/17).

Zaznaczyć również należy, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p. ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy tę kwestię badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Zatem skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku należy rozpatrywać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Skład orzekający w niniejszej sprawie powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Izba ustaliła, w oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia:

- I. Zamawiający pismem z 13 czerwca 2018 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie sposobu kalkulacji ceny jego oferty. Wezwanie miało następującą treść:
 - a) Cena całkowita oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.
 - b) W ramach wyjaśnień istotnych części składowych oferty, proszę w szczególności o wyjaśnienie kalkulacji ceny dotyczącej pozycji 01 „Roboty drogowe” tabeli cen ryczałtowych.
 - c) Ponadto zamawiający poprosił o wykazanie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 p.z.p.
- II. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący pismem z dnia 23 czerwca 2018 r. przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami, które zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przechodząc do rozważenia okoliczności istotnych dla rozpoznania odwołania wskazać należy, iż w niniejszej sprawie przystępujący zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie 82 592 292,92 zł, odwołujący z drugą najtańszą ofertą

zaoferował cenę 89 774 320,11 zł, kolejno BUDIMEX S.A. w Warszawie - 91 894 038,00 zł, MOTA-ENGIL Central Europe S. A. w Krakowie - 91 988 648,10 zł i konsorcjum Roverpol Sp. z o.o. w Warszawie i Rover Alcisa SA w Walencji - 102 655 800,00 zł. Ponadto wszyscy wykonawcy w kryteriach pozacenowych zaoferowali skrócenie realizacji przedmiotu zamówienia o 30 dni i 60 miesięcy gwarancji, zatem oferty w przyjętych przez zamawiającego kryteriach różniły się jedynie ceną.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, co do prawidłowego wyliczenia ceny oferty, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Izb stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że przystępujący rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi.

Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny połączone z przedłożonymi dowodami w postaci zestawień szczegółowych i ofert podwykonawców, które przez przystępującego zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jednoznacznie wskazują na kompleksową i prawidłową wycenę ceny ofertowej, zgodnie z zasadami kalkulacji kosztów przyjętym w profesjonalnym obrocie, także co do poszczególnych składników cenowych. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykazują, że przystępujący rzetelnie skalkulował nie tylko globalną cenę ofertową, ale również poszczególne składniki cenowe (w sumie 21 pozycji tabeli cen ryczałtowych), co zostało poparte dowodami (szczegółowe zestawienia i poszczególne oferty podwykonawców).

Warto przy tym zauważyć, że celem zakwestionowania prawidłowości dokonanej kalkulacji odwołujący – któremu wycena szczegółowych pozycji tabeli cen ryczałtowych była znana - ograniczył się do blankietowego zakwestionowania ceny jako takiej. Odwołujący ograniczył się do wskazania wniosku, że cena globalna oferty i jej składniki cenowe są rażąco niskie, bez przybliżenia procesu analitycznego, który go do niego doprowadził. W istocie zatem, odwołujący w miejsce wskazania jak w jego ocenie, mając na uwadze regulacje SIWZ oraz warunki tego konkretnego zamówienia, należało skalkulować cenę - chociażby na bardzo ogólnym, przybliżonym poziomie – pozostał przy stwierdzeniu, że cena

przystępującego jest w jego ocenie nieudowodniona, nierealna do uzyskania i jako taka rażąco niska.

Z drugiej strony, przystępujący dostarczył kompleksowe wyjaśnienia, które bezpośrednio odnosiły się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu, a także do całości przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które mają bezpośrednie odzwierciedlenie w złożonych dowodach, Izba uznała za wiarygodne i wyczerpujące, a w konsekwencji zarzuty odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia i nie mogły doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego, dokonującego oceny tych wyjaśnień, naruszenia prawa, ponieważ zamawiający miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez przystępującego nie ma charakteru rażąco niskiej - zgodnie z wyjaśnieniami, zawierającymi wszystkie wymagane elementy, popartymi dowodami co do każdej pozycji składnika ceny.

Należy również zaznaczyć, iż w ocenie Izby słuszne jest stanowisko przystępującego, iż przedstawiając uzasadnienie faktyczne zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący ograniczył się do porównania zaoferowanej przez przystępującego ceny do wartości danej części zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz wskazał przykładowe elementy, które powinny być drożej wycenione przez przystępującego, zaś brak jest szczegółowego uzasadnienia powodów z których wynikałoby, że cena zaoferowana przez przystępującego ma charakter rażąco niskiej. Jest to wtórnie związane z brakiem wskazania prawidłowego modelu kalkulacji, z którym wyjaśnienia przystępującego można byłoby porównać. Nawet i wówczas jednak ciężko byłoby zakwestionować sformułowane przez przystępującego stanowisko, które wyjaśnia różnicę w cenie pomiędzy jego ofertą, a ofertami konkurencji i pozwoliło zamawiającemu na ustalenie, dlaczego oferta przystępującego jest tańsza od pozostałych oraz stwierdzenie, że ta różnica w cenie nie wynika z jej rażącego zaniżenia. Niewątpliwie podnoszenie takich okoliczności jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednak nie powstrzymuje odwołującego od przedstawienia prawidłowego – przynajmniej w jego ocenie – przybliżonego modelu kalkulacji, jaki należało zastosować. Choć takie sformułowanie zarzutu mogłoby jednak w niniejszej sprawie doprowadzić co najwyżej do większej szczegółowości w zakresie wyjaśnienia różnicy w cenie, pomiędzy ofertą przystępującego, a średnią arytmetyczną - a zatem nie ma zasadniczego znaczenia w świetle dowodów przedstawionych przez przystępującego, w tej konkretnej sprawie - o tyle mogłoby doprowadzić do szerszego ujawnienia co konkretnie wzbudziło wątpliwości odwołującego i pozwoliłoby na ich szczegółowe omówienie.

O ile zatem nie znajduje uzasadnienia obarczenie odwołującego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana, o tyle ogólnie należy wskazać, że zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego

i zaniechania odrzucenia oferty, nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska, i powinien być powiązany ze wskazaniem prawidłowego, przynajmniej w ocenie odwołującego, modelu kalkulacji, który doprowadził go do podniesienia zawartych w odwołaniu zarzutów. Jak już wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, wykonawcy, składającemu ofertę w postępowaniu, w którym sam musiał skalkulować cenę, nie powinno nastroić trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające (por. wyrok Izby z 31.10.16 r. sygn. akt KIO 1901/16, 1903/16, 1904/16).

Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie danej pozycji kosztów tak, jak gdyby nie była ona wcześniej wyjaśniana. Zarzut postawiony w zakresie rażąco niskiej ceny winien, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p., wskazywać konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa przy określeniu sposobu naruszenia normy, poprzez wyraźne wskazanie przedstawione w formie opisu, wyliczeń bądź zestawień, wskazujących, że czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy jest, lub choćby może być, nieprawidłowa. Zatem, pomimo, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień co do sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (tak Izby w wyroku z 30.03.2017 r., sygn. akt KIO 476/17).

Nawet przy formułowaniu elementów, których przystępujący, w ocenie odwołującego, nie uwzględnił w cenie czy je zaniżył – co nie znalazło potwierdzenia w złożonych wyjaśnieniach i dowodach – odwołujący pozostawił je w sferze ogólnych rozważań, bez próby konkretyzacji możliwych kosztów czy wykazania, ile takie koszty mogłyby potencjalnie wynosić, chociażby w dalekim przybliżeniu – pomimo, że odwołujący doskonale znał wartość wszystkich 21 szczegółowych składników cenowych, zawartych w tabeli cen ryczałtowych, składających się na cenę przystępującego, które były jawne i wynikały wprost z oferty. Zatem tak postawione zarzuty nie mogły odnieść pozytywnego skutku i doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień naruszenia prawa, ponieważ nawet sam odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym takie naruszenie mogłoby polegać, a przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

W konsekwencji powyższych wywodów Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt

4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdziły konkurencyjny i realny charakter ceny, zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego.

Ponadto Izba stwierdziła, że dowody przedłożone przez zamawiającego w postaci zestawień kalkulacji są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Pierwsze z zestawień zbiorczych zestawienia kosztów inwestycji i porównanie ofert, było jedynie potwierdzeniem zaistniałych w sprawie okoliczności bezspornych, natomiast drugie zestawienie z wielkościami zawierającymi współczynnik zwiększający ilości obmiarowe o 1,1 co prawda uprawdopodobniło możliwe zmiany ilości co do przedmiaru i kosztorysu, skoro sam zamawiający takie przyjął, jednakże zgodnie z dokumentacją postępowania dokładnym określeniem ilości robót i innych świadczeń, zamawiający obarczył wykonawców, zatem nie była to okoliczność sporna, co z resztą potwierdził dowód dotyczący zdublowanych pozycji robót przystępującego, jednakże żaden z tych dokumentów nie miał bezpośredniego wpływu na ocenę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....