

Sygn. akt: KIO 239/19

**WYROK**  
**z dnia 25 lutego 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant:               Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez wykonawcę: **Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Góry Chełmskiej 15**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gliwice 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **eR GRUPA Sp. z o.o. 40-851 Katowice, ul. Żelazna 17D/13; Prokom Construction Sp. z o.o. 41-200 Sosnowiec, ul. Władysława Reymonta 30/1**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eR GRUPA Sp.

z o.o. 40-851 Katowice, ul. Żelazna 17D/13; Prokom Construction Sp. z o.o. 41-200 Sosnowiec, ul. Władysława Reymonta 30/1 z dnia 10 grudnia 2018 r., złożonych w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 3 grudnia 2018 r., stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty;

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego: **Miasto Gliwice 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, i:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Góry Chełmskiej 15** tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od zamawiającego: **Miasta Gliwice 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** na rzecz wykonawcy: **Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Góry Chełmskiej 15** kwotę w wysokości **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – **Miasto Gliwice 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inżyniera Nadzoru dla zadania pn.: "Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta.", znak sprawy ZA.271.84.2018 - dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 21 sierpnia 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 159-3647716.

Wykonawca: **Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Góry Chełmskiej 15** (zwany dalej „odwołującym”), działając na podstawie art 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz zaniechania czynności do których był on zobowiązany na podstawie ustawy polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eR GRUPA Sp. z o.o. 40-851 Katowice, ul. Żelazna 17D/13; Prokom Construction Sp. z o.o. 41-200 Sosnowiec, ul. Władysława Reymonta 30/1 (zwani dalej „Przystępującym” lub „Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o.”), pomimo, iż ich oferta podlega odrzuceniu;
2. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., do której zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisów ustawy Pzp, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. nie przedłożyło odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska;
3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. w trybie art. 90 ustawy Pzp;

4. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., do której zamawiający zobowiązany był na podstawie przepisów ustawy Pzp, w związku z faktem, iż oferta Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. jest sprzeczna z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
5. zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, iż Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia, w zakresie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., podczas gdy z treści tych wyjaśnień wynika, iż oferta Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. nie złożyło wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, a także poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 419) - dalej „UZNK” poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 3 grudnia 2018 r., pomimo faktu, iż Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. nie wykazało zasadności zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. pomimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
2. podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o.;
3. ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem żądań w pkt 1 i 2 powyżej;
4. dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
5. odrzucenia oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z SIWZ;
6. odtajnienia złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący wniósł o: przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania jak i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności przedstawione i wskazane w odwołaniu oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podnosił, że 1 lutego 2019 r. zamawiający poinformował biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wnioskiem z 4 lutego 2019 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania. Załączniki otrzymano drogą e-mail 6 lutego 2019 r. o godz. 13.50. Odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień, złożonych na wezwanie zamawiającego, z dnia 10 grudnia 2018 r.

Odnosząc się do zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny, niezgodności z SIWZ, braku złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nieprawidłowej oceny wyjaśnień przez zamawiającego Odwołujący wskazał, że formułując przedmiotowy zarzut - z racji braku odtajnienia części z wyjaśnień - działa z zachowaniem pewnej ostrożności procesowej. Niemniej jednak, powołując się po raz kolejny na zdobyte doświadczenie na rynku nadzorów inwestorskich, bazując na udostępnionych mu pozostałych oświadczeniach przyjmuje, że wszystkie złożone przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. wyjaśnienia nie zawierają dowodów potwierdzających, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący podkreślał, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, udzielenie odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia ceny, przy równoczesnym nie odniesieniu się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych, jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy powinno zostać zaklasyfikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiegokolwiek wyjaśnienie oferowanej ceny oferty. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, czy też złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale równocześnie nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. W takiej sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odnosząc się do wyjaśnień Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. należy stwierdzić, iż pozostają one wyjątkowo ogólnikowe oraz lakoniczne. Wykonawca nie wyjaśnił skąd wynika tak duża dysproporcja cenowa, pomiędzy środkami, jakie zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen ofert konkurentów a ceną oferty. Udzielił jedynie wyjaśnień w zakresie niektórych elementów ceny, przy czym należy podkreślić, że również w tym zakresie nie był wystarczająco precyzyjny. Odwołujący stał na stanowisku, że zamawiający - po analizie kolejnych wyjaśnień Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. - winien ocenić je jako niewystarczające i na tej podstawie odrzucić jego ofertę. Przedmiotowe wyjaśnienia w sposób oczywisty nie wypełniały bowiem wymogów, jakie ustawa Pzp nakłada na wykonawców w zakresie wyjaśnień zaofertowanej ceny.

Biorąc pod uwagę informacje na temat kosztów, jakie Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. przewidziało w określonych pozycjach Formularza, załączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 29 października 2018 r., Odwołujący stwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a zamawiający powinien ją odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec braku definicji legalnej pojęcia „rażąco niskiej ceny” należy odnieść się do definicji wypracowanej na bazie doktryny oraz wyroków sądów powszechnych, KIO oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którą „cena rażąco niska oznacza cenę niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych i wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów. W wyrokach sądów powszechnych zgodnie wskazuje się, że „Ceną rażąco niską, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej” oraz że „cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień

i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Zdaniem odwołującego, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, co wynika z analizy całokształtu złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. dokumentów i oświadczeń. Zaznaczenia wymaga przy tym, że to nie odwołujący ma wykazać, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest ceną rażąco niską ani też, że potwierdzają to wyjaśnienia przez niego złożone. Wręcz przeciwnie, to na wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest realna, rynkowa oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez Wykonawcę.

Zdaniem odwołującego Przystępujący nie uczynił zadość wezwaniu zamawiającego, tj. nie wykazał i nie przedstawił dowodów, które mogłyby istotnie wpłynąć na możliwość obniżenia ceny oferty podczas gdy - jak już wyżej wskazano - to Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. winno było wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący twierdził, że Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. nie uwzględniło w swojej ofercie wskazanych poniżej czynników cenotwórczych:

1. Kosztów związanych Biurem Budowy,
2. Kosztów związanych z Personelem Podstawowym i Pomocniczym,
3. Kosztów obsługi laboratoryjnej
4. Kosztów związanych z zatrudnieniem Dodatkowego personelu Inżyniera Nadzoru
5. Kosztów związanych z obsługą Etapu gwarancji robót

Ad 1 Koszty związane z Biurem Budowy

Odnosząc się kosztów Biura Budowy, jakie przyjęło w swojej ofercie Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., odwołujący wskazał, iż są one całkowicie nierealne i ustalono je na poziomie rażąco niskim. Kwota, jaką przyjęło w pkt 1.1 Formularza Cenowego tj. 2 430,00 zł. jako całość kosztów związanych z organizacją Biura Budowy odbiega od wszelkich stawek obowiązujących na rynku nieruchomości w okręgu realizacji przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo należy podkreślić, że w ramach tej pozycji wykonawca ma obowiązek zawrzeć nie tylko czynsz najmu, ale także szereg innych kosztów tj. komunikacja telefoniczna, internet, sprzęt audio, materiały biurowe, materiały socjalne, miejsc parkingowych. Przyjęcie tak niskiej kwoty rodzi więc ryzyko, iż nie będzie ona nawet wystarczająca do opłacenia czynszu najmu lokalu, nie mówiąc o dodatkowych kosztach, jakie przewiduje SIWZ w pkt 17. Biorąc pod uwagę fakt, że obecnie w miejscu realizacji zamówienia oferty najmu lokali, które odpowiadają wymaganiom SIWZ, rozpoczynają się od ok. 30,00 zł., sięgając aż do 60,00 zł. stwierdzić należy, że cena oferty w zakresie Biura

Konsultanta, a więc istotnego elementu cenotwórczego w rozumieniu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, nosi przymiot rażąco niskiej. Równocześnie, w jego ocenie, powoływanie się Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. na zdolność obniżenia kosztów utrzymania biura poprzez fakt prowadzenia w tym samym czasie innych inwestycji w Gliwicach tj.: Budowa hali produkcyjno - magazynowej z częścią socjalno - biurową, obiektami towarzyszącymi, parkingami, układem drogowym, infrastrukturą techniczną oraz przyłączami zewnętrznymi w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej 92 pod nazwą Panattoni Park Gliwice III wydaje się nieprawdziwe z uwagi na fakt zakończenia tej inwestycji w grudniu 2017 r. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego pkt 13.1.1. do 13.3 Szczegółowych Wymagań zamawiającego - Załącznik nr 10 do SIWZ, skład zespołu Inżyniera Nadzoru stanowią 22 osoby z tego personel kluczowy - podstawowy - 6 osób, obsługa sekretariatu min. 1 osoba, personel dodatkowy i pomocniczy -15 osób. Ponadto zgodnie z wymaganiami zamawiającego pkt. 13.2 Szczegółowych Wymagań zamawiającego - Załącznik nr 10 do SIWZ wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania na własny koszt biura. Minimalna powierzchnia zapewniająca miejsce dla zespołu to 80 m<sup>2</sup> na powierzchnię biurową oraz ok. 30 m<sup>2</sup> na salę konferencyjną, daje to minimalny koszt wynajmu biura 3 300,00 zł. przy cenie 30 zł. za 1 m<sup>2</sup> wynajmu. Dodatkowo koszt utrzymania biura (komunikacja telefoniczna, Internet, sprzęt audio, materiały biurowe, materiały socjalne, utrzymanie urządzeń powielających, komputerów, pokoju śniadań, sprzątnia, miejsc parkingowych) stanowią kolejne minimum 1 500,00 zł. miesięcznie.

Jednocześnie odwołujący zwracał uwagę, że w żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie wskazano kosztów związanych z personelem obsługującym biuro Inżyniera. Zakładając minimum jedną osobę z minimalnym wynagrodzeniem w wymiarze pełnego etatu, w celu zapewnienia funkcjonowania biura w każdym dniu tygodnia przez czas minimum 8 godzin koszt ten wynosił w 2018 r. - 2 509,08 zł + koszty zastępstwa w okresie urlopu ewentualnie zwolnienia chorobowego, inwestycja w wymiarze zadania „Budowa odcina” drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta Gliwice” o wartości robót 82 600 000,00 zł - standardowo wymaga zatrudnienia od 2 do 4 osób personelu biurowego.

Ad 2. Koszty związane z personelem podstawowym i pomocniczym

Zgodnie z treścią pkt 17 SIWZ, Konsultant ma obowiązek uwzględnić w ofercie koszty związane z zatrudnieniem personelu: „dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty obejmujące w szczególności: wynagrodzenia wraz z narzutami, urządzenia stanowiska pracy, szkoleń personelu nadzoru, zakwaterowania i delegacji, wyposażenia bhp, transportu i łączności, wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu, wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.” Analizując informacje dotyczące treści



oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., odwołujący stwierdzał, że takie koszty nie zostały uwzględnione w cenie oferty, a Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. nie odniosło się do tego faktu w składanych wyjaśnieniach. Jako przykład odwołujący podawał stanowisko Inspektora nadzoru branży mostowej. W pozycji 1.1.3 Formularza (wyjaśnienia z dnia 29 października 2018 r.) - Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. przyjęło koszt miesięczny utrzymania przedmiotowego inspektora na poziomie 2 200,00 zł. Powyższa kwota w żaden sposób nie może pokrywać kosztów, jakie realnie ponoszone są w związku z pracą omawianego inspektora. W tym zakresie przytaczał jakie koszty - na dzień składania ofert - zgodnie z obowiązującymi przepisami, pracodawca ponosił zatrudniając pracownika na podstawie umowy o pracę, z wynagrodzeniem równym wysokości minimalnej 2 100,00 zł. brutto: podatek -119,00 zł., ubezpieczenie społeczne - 664,44 zł., ubezpieczenie zdrowotne - 163,09 zł., ubezpieczenie na Fundusz Pracy i FGŚP - 53,55 zł. Wobec powyższego minimalny, realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na umowę o pracę to 2 530,08 zł. Mając na uwadze przedstawione wyliczenia, realizując jednocześnie obowiązki określone w SIWZ w tym zakresie, wykonawcy muszą ponieść minimalne koszty w wysokości 2 530,08 zł. W konsekwencji należy stwierdzić, że zaproponowana przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. cena nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów zatrudnienia, nie mówiąc o dodatkowych kosztach, określonych w pkt 17 SIWZ. Powyższą argumentację można analogicznie odnieść również do innych członków personelu, w stosunku do których określono tak niskie koszty. I tak Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach dotyczących sprzyjających warunków realizacji przedmiotowego zamówienia powołuje się na fakt, że umowy na terenie zamawiającego są na etapie realizacji - w sytuacji gdy to będzie możliwe, pracownicy wykonawcy czynni na tym obszarze mogą wykonywać symultanicznie w zakresie możliwości wszelkie czynności u zamawiającego (wyjaśnienia z dnia 29 października 2018 r., str. 3), jednocześnie ze złożonych zamawiającemu Poświadczeń (wydane 11 października 2016 r., przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska oraz wydane 20 grudnia 2015 r. przez ZIKiT w Krakowie) potwierdzających należyte wykonanie usług jednoznacznie wynika, że ilość realizowanych jednocześnie inwestycji nie przekłada się na jakość usługi - kary naliczone za brak udziału w spotkaniach i za opóźnienia w dostarczeniu Raportu Zakończenia w kontekście wymagań zamawiającego określonych w Szczegółowych Wymaganiach Zamówienia w tym między innymi (pkt 11.3): Koordynator Zespołu Inżyniera Nadzoru, lub osoba go zastępująca, ma obowiązek być obecny na terenie budowy 5 razy w tygodniu - od poniedziałku do piątku, wątpliwości odwołującego budzi czy wymienione przez konsorcjum okoliczności można uznać rzeczywiście za sprzyjające optymalizacji, a tym samym redukcji

kosztów personelu. Cena oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. pozostaje zatem ceną rażąco niską, a także nie zawiera wszystkich wymagań SIWZ.

#### Ad.3 Koszty obsługi laboratoryjnej

Konsorcjum w wyjaśnieniach z 29 października 2018 r. oraz z 26 grudnia 2018 r. wyjaśnia, że posiadanie własnego laboratorium drogowego pozwala na znaczne oszczędności. Odwołujący poddaje w wątpliwość możliwości przywołanego laboratorium do przeprowadzania badań laboratoryjnych wymaganych w SIWZ. Kompleksowe badania laboratoryjne w zakresie wszystkich badań drogowych i mostowych wymaga bardzo specjalistycznego sprzętu oraz stosownych akredytacji, co powoduje bardzo małą prawdopodobną deklarację Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. Odwołujący w materiałach dostępnych drogą internetową nie odnalazł oferty Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. ani jakiegokolwiek wzmianki na temat możliwości laboratoryjnych wymaganych w tego typu inwestycjach jak „Budowa odcina drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta Gliwice”. Przedstawiony w dniu 20 października 2018 r. w tabeli koszt badań laboratoryjnych zdaniem odwołującego zaniżony jest do 50% ich faktycznej wartości i stanowi przesłankę do uznania wyceny tych badań za rażąco niską. Odnosząc się do kosztów związanych z zatrudnieniem Dodatkowego personelu Inżyniera Nadzoru, jakie przyjęło w swojej ofercie Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., odwołujący pragnie wskazać, iż są one całkowicie nierealne i ustalono je na poziomie rażąco niskim. Zamawiający w załączniku nr 10 do SIWZ - Szczegółowe wymagania zamawiającego - w pkt. 13.3 wskazał usługi jakich dodatkowych ekspertów Inżynier zapewni celem zapewnienia należytego wykonania usługi, w sytuacji gdy zajdzie potrzeba: Inspektorów Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej; Technologa budowlanego; Inspektorów specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, ciepłych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych; Specjalista ds. BHP; Inspektor Nadzoru Robót Melioracyjnych; Archeolog; Asystent Koordynatora Inżyniera Nadzoru; Asystent Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej; Asystent Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, ciepłych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych; Specjaliści ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska, inżynierii ruchu, kontaktów ze społecznością i promocji, umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami, współpracy i umów z gestorami sieci, sprawozdawczości; Prawnik; Innych niezbędnych pracowników do wykonania prawidłowego przedmiotu umowy. Konsorcjum eR GRUPA

Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. w swojej ofercie (przedstawionej kalkulacji z dnia 29.10.2018r.) ujęło szczegółowo: archeologa i prawnika zakładając, że inni niezbędni eksperci kosztować będą 15 000,00 zł. przez cały okres trwania Etapu budowy tj. 15 miesięcy.

Zdaniem odwołującego kwota ta jest nierealna i zaniżona w sposób drastyczny. Inżynier Nadzoru będzie odpowiedzialny m.in. w poniższym zakresie i decydować o (str. 12 Załącznik nr 10 do SIWZ - Szczegółowe wymagania zamawiającego): dopuszczeniu materiałów, prefabrykatów i wszystkich elementów i urządzeń przewidzianych do wbudowania i wykorzystania przy realizacji robót; zatwierdzeniu receptur i technologii proponowanych przez wykonawcę robót; dopuszczeniu do pracy wytwórni mas bitumicznych i betonowych, wytwórni prefabrykatów. Zdaniem odwołującego, zatrudnienie technologa w pełnym etacie wymiaru czasu pracy, za 1 000,00 zł./ miesiąc nie jest możliwe, nie wspominając o reszcie ekspertów, z których większość będzie musiała być zaangażowana w większym lub mniejszym zakresie.

#### Ad. 5. Koszty związane z obsługą Etapu gwarancji robót

Odnosząc się do kosztów związanych z obsługą Etapu gwarancji robót jakie przyjęło w swojej ofercie Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., odwołujący podniósł, iż są one całkowicie nierealne i ustalono je na poziomie rażąco niskim. Zamawiający w załączniku nr 10 do SIWZ - Szczegółowe wymagania zamawiającego - w pkt 11.5 określił, że w ramach pełnienia nadzoru inwestorskiego w okresie gwarancji i rękojmi robót (60 miesięcy) zobowiązany jest do: przeprowadzenia przy udziale zamawiającego i wykonawcy robót przeglądów gwarancyjnych, w tym do sporządzania raportów z przeglądów gwarancyjnych w kolejnych latach gwarancji i rękojmi, w terminie miesiąc przed zakończeniem upływającego roku gwarancji; nadzorowania prac związanych z usunięciem ewentualnych usterek i sporządzania protokołów usunięcia usterek przez wykonawcę robót na pisemne wezwanie zamawiającego. Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. w swojej kalkulacji przyjęło za wykonanie tego etapu 6 000,00 zł. przyjmując, że przeglądów będzie 5 co daje kwotę 1 200,00 zł. za przegląd po 200,00 zł. dla każdego z członków Personelu podstawowego, łącznie ze sporządzeniem raportu (raportów), co zdaniem odwołującego jest kwotą nierealną i rażąco niską.

Odnosząc się do zarzutu nieskutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący podnosił, że pismem z 3 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na

wniosek odwołującego o przekazanie dokumentacji przetargowej, zamawiający odmówił udostępnienia przedmiotowych wyjaśnień.

W ocenie odwołującego, takie postępowanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 8 ust. 1— 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK. Odwołujący podkreśla, że ogólną regułą obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zastrzeżenie danych informacji przed uczestnikami postępowania może zachodzić wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, w których spełnione zostają kumulatywnie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 UZNK. Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z dyspozycją przytoczonego przepisu, zastrzeżeniu podlegają nie same dokumenty, a informacje w nich zawarte. Wykonawcy powinni dokonać zatem utajnienia wyłącznie w zakresie elementów, które będą stanowiły dla nich wartość gospodarczą, a elementy te powinny zawierać jednocześnie informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający bezzasadnie i sprzecznie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego odmówił przekazania odwołującemu dokumentu w postaci wyjaśnień Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego z dnia 3 grudnia 2018 r.

Zamawiający, w dniu 12 lutego 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 15 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **eR GRUPA Sp. z o.o. 40-851 Katowice, ul. Żelazna 17D/13; Prokom Construction Sp. z o.o. 41-200 Sosnowiec, ul. Władysława Reymonta 30/1**, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**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, treścią wyjaśnień przystępującego (część jawna i część niejawna), zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron 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.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący i przystępujący złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu, przy czym przystępujący zaoferował za wykonanie zamówienia cenę niższą niż cena zaproponowana przez odwołującego. Tym samym w interesie odwołującego jest zweryfikowanie czy oferta złożona przez podmiot konkurujący z nim w tym postępowaniu jest zgodna z wymaganiami SIWZ czy też winna zostać odrzucona. Tym samym będzie możliwy wybór oferty odwołującego w tym postępowaniu, jako sklasyfikowanej na pozycji drugiej w rankingu ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści wyjaśnień Przystępującego (część jawna i część niejawna) oraz pisma procesowego złożonego na posiedzeniu przez Przystępującego. Izba oddaliła, jako nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, dowód w postaci pisma Zarządu Dróg Miasta Krakowa, o którego przeprowadzenie wnioskował odwołujący a który to miał potwierdzać, że jeden z członków Konsorcjum Przystępującego – firma Prokom Construction Sp. z o.o. w sposób niewłaściwy wykonała usługę nadzoru inwestycji realizowanej na terenie miasta Krakowa, co w rezultacie spowodowało rozwiązanie umowy z tą firmą z uwagi na niewypełnienie warunków umowy. Dowodzi to, w ocenie odwołującego, iż Przystępujący nie wywiązuje się z nałożonych na niego obowiązków oraz, iż nie jest w stanie zrealizować w sposób należyty, za zaproponowaną w ofercie cenę, także zamówienia, które jest przedmiotem tego odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba uwzględniła odwołanie, albowiem zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o., złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdził się.

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu między stronami, Izba pragnie sformułować następujące uwagi natury ogólnej. Zasada jawności, wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę tę eksponuje również art. 96 ust. 3 ustawy Pzp stanowiący, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wszelkie wyjątki od tej generalnej zasady muszą mieć swe źródło w normie rangi ustawowej i być interpretowane sposób ścisły. Na gruncie ustawy Pzp jedynym takim wyjątkiem jest przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje z kolei art. 11 ust. 4 UZNK. Zgodnie z tym przepisem 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. Z przywołanej definicji legalnej pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika zatem, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego), oraz (ii) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. W myśl wyroku SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje zaś całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Zasady powyższe stosuje się także do innych niż oferta i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów składanych przez wykonawców, w tym wyjaśnień składanych przez wykonawców, między innymi w zakresie odnoszącym się do kalkulacji ceny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że także inne składane w postępowaniu dokumenty, w tym udzielane przez wykonawców wyjaśnienia mogą zawierać tego typu wrażliwe informacje, które winny podlegać zastrzeżeniu. Nie oznacza to jednak, że każde wyjaśnienia automatycznie taką tajemnicę zawierają - każdorazowo zależy to od ich treści i znaczenia. Mają tu znaczenie również kwestie formalne odnoszące się do prawidłowości dokonanego zastrzeżenia a zatem czy taka tajemnica zostanie zastrzeżona i czy zostanie zastrzeżona prawidłowo. Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz

wykonawca każdorazowo musi uzasadnić w sposób kwalifikowany, gdyż przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem "wykazać", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego unormowania UZNK, mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK oraz 8 ust. 3 ustawy Pzp. Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie, informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz winien w pierwszej kolejności stwierdzić, czy zastrzeżenie takiej informacji było skuteczne oraz żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązkiem zamawiającego, który bada skuteczność zastrzeżenia danych informacji w postępowaniu, jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny. W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert, stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zgodnie z którymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Izba, oceniając materiał dowodowy doszła do przekonania, iż takiego szczegółowego badania zasadności zastrzeżenia poufności Informacji, opartego na indywidualnym zbadaniu czy w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 UZNK oraz 8 ust. 3 PZP, zamawiający zaniechał. Tymczasem w sytuacji faktycznej będącej kanwą niniejszego odwołania brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych dla odstąpienia od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieudostępnienia informacji a zatem zamawiający zobowiązany był odtajnić i udostępnić odwołującemu treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum eR GRUPA Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2018 r., złożonych w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 3 grudnia 2018 r., stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Zaniechanie ich udostępnienia jest naruszeniem norm wywiedzionych z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK. Należy bowiem zauważyć, że Przystępujący na dzień złożenia przedmiotowych wyjaśnień nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte na końcu ogólne stwierdzenie, że „pismo i załączniki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” i wskazanie podstawy prawnej dokonanego zastrzeżenia nie mieści się w pojęciu „wykazania” zastrzeżenia przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Dostrzegł to, jak wydaje się, zamawiający albowiem 6 lutego 2019 r. (czyli po tym, jak odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu protokołu postępowania wraz z załącznikami) skierował do Przystępującego pismo wzywające go do udzielenia wyjaśnień z jakich powodów ten zastrzegł przedmiotowe pismo jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie, udzielił stosownych wyjaśnień i uczynił to drogą mailową (zgodnie z oświadczeniem zamawiającego na rozprawie). Izba zaniechała badania treści przedmiotowych wyjaśnień, gdyż zostały one złożone po terminie wskazanym w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten wyraźnie określa bowiem do kiedy wykonawca może takiego zastrzeżenia dokonać, a zatem „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” (w tym przypadku nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny). Niezrozumiała jest przyjęta przez zamawiającego argumentacja, że zaakceptował przedmiotowe zastrzeżenie mając tylko i wyłącznie na uwadze charakter przedstawionych informacji (sposób kalkulacji ceny, załączone do wyjaśnień umowy z podmiotami trzecimi, zobowiązania osób trzecich), przeczy temu zresztą skierowanie do Przystępującego wezwania w terminie późniejszym, z prośbą o wyjaśnienie powodów zastrzeżenia. Nie sposób też zgodzić się z argumentacją Przystępującego, który stwierdza, że samo powołanie się na treść przepisów jest wystarczające do uznania, że złożone



wyjaśnienia zostały zastrzeżone skutecznie, a późniejsze wyjaśnienia konwalidują treść pierwotnie dokonanego zastrzeżenia.

Oдноśnie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania, uznając je za przedwczesne. Odwołujący bardzo ogólnie, nie znając treści wyjaśnień Przystępującego, sformułował swoje zastrzeżenia co do podnoszonych przez Przystępującego argumentów mających stanowić uzasadnienie dla przyjętych przez siebie kwot za poszczególne elementy kalkulacji ceny oferty. W treści odwołania wskazał, że podnosząc te zarzuty „działa z zachowaniem pewnej ostrożności procesowej”. Izba uznała, po dokonaniu analizy wyjaśnień Przystępującego i dostrzegając w tych wyjaśnieniach szereg nieścisłości, że odwołujący został pozbawiony możliwości oceny w tym zakresie. Dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów będzie miał możliwość ich przeanalizowania i skonstruowania zarzutów.

Takie stanowisko, w którym jako przedwczesne uznawano rozpoznawanie zarzutów odwołania dotyczących naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza prezentowała już we wcześniejszych wyrokach. Tak na przykład w wyroku sygn. akt KIO 242/17 skład orzekający uznał, że „Co do zarzutu wystąpienia w ofercie Konsorcjum M.M. rażąco niskiej ceny, a także nieprawidłowego złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nieprawidłowej oceny przez zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M.M. Izba stwierdziła, że zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro odwołujący w ogóle nie miał dostępu do przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym w ogóle ich nie widział, co jak Izba stwierdziła powyżej, nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez zamawiającego. Zarzut zaś, czy to naruszenia art. 90 ust. 3, czy też art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie podejrzewanej przez siebie treści tych wyjaśnień nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych”. Podobnie orzeczono w wyroku sygn. akt KIO 1713/17 z 4 września 2017 r., w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz udostępnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem objęcia tych wyjaśnień tajemnicą, pozostawiając resztę zarzutów bez rozpoznania, jako przedwczesne.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego, w zakresie w jakim odwołujący domagał się ich odtajnienia, nie było

skuteczne, co powinno skutkować ujawnieniem informacji, czego zamawiający niezasadnie zaniechał.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....