

WYROK

z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **26 lipca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 lipca 2023 r.**

przez wykonawcę: „**Polbud-Pomorze**” sp. z o.o. z siedzibą w Łącku [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Wykonanie rozpoznania geotechnicznego oraz robót uzdatniających i zabezpieczających teren przed powstawaniem deformacji nieciągłych spowodowanych płytkim kopalnictwem byłej KWK „Siersza” w rejonie Cmentarza przy ul. Jana Pawła II w Trzebini dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji (ZP-KCL-0018/23)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Fibrenet Group sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie co do pierwszego zarzutu i nakazuje Zamawiającemu uznanie za jawne i podlegające udostępnieniu w całości złożonych przez Przystępującego: 1) wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty wraz z załączonymi dowodami, 2) wykazu osób, 3) wykazu robót wraz z referencjami**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11800 zł 00 gr**

Sygn. akt 2012/23

(słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) odpowiadającą połowie uiszczzonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane: pn. *Wykonanie rozpoznania geotechnicznego oraz robót uzdatniających i zabezpieczających teren przed powstawaniem deformacji nieciągłych spowodowanych płytkim kopalnictwem byłej KWK „Siersza” w rejonie Cmentarza przy ul. Jana Pawła II w Trzebini dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji (ZP-KCL-0018/23).*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 kwietnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00171454.

Wartość tego zamówienie nie przekracza progów unijnych.

4 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fibrenet Group sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu {dalej: „Fibrenet” „Przystępujący” lub „Wykonawca”}, a także o tym, że na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta złożona wspólnie przez Szymar sp. z o.o. z siedzibą w Czernicy oraz GRANI-TEC sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku {dalej jako „Konsorcjum Szymar”, „Konsorcjum” lub „Wykonawca”}.

10 lipca 2023 r. „Polbud-Pomorze” sp. z o.o. z siedzibą w Łącku {dalej również: „Polbud” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższych czynności oraz zaniechania czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołując zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp [w związku z przepisami innych aktów prawnych, jeżeli tak wskazano poniżej]:

1. Art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „Uznk” lub „uznk”} – przez uznanie za wykazane przez Fibrenet, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny oferty z 16 czerwca 2023 r. oraz podmiotowe środki dowodowe (wykaz osób i wykaz robót budowlanych) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy w uzasadnieniu tak poczynionego zastrzeżenia wykonawca ten nie wykazał objęcia nim dopuszczalnego zakresu informacji i spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, w szczególności, że zastrzeżone dokumenty posiadają wartość gospodarczą i są poufne, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia Polbudowi przeprowadzenia weryfikacji wszystkich dokumentów złożonych w ramach wyjaśniania ceny oferty oraz na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Fibrenet.

2. Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Szymar, pomimo niewykazania przez nie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia oraz nieprzedłożenia wszystkich wyjaśnień i informacji, których zażądał Zamawiający w treści wezwania.
3. Art. 16 pkt 1-3 – przez naruszenie w konsekwencji powyżej wskazanych naruszeń zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Fibrenet jako tajemnica przedsiębiorstwa.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum Szymar.
4. Ponownego badania i oceny pozostałych ofert.

Ponadto z uzasadnienia odwołania wynikają dodatkowo następujące okoliczności faktyczne i prawne jako doprecyzowanie powyższych zarzutów.

{ad pkt 1. – zarzut pierwszy}

{okoliczności faktyczne}

Fibrenet zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone na odrębne wezwania Zamawiającego:

- 1) wyjaśnienia z 16 czerwca 2023 r., w zakresie dotyczącym stricte okoliczności, które miałyby skutkować obniżeniem ceny oferty, wszystkie załączone dowody, a także większość uzasadnienia dokonania takiego zastrzeżenia zamieszczonego na str. 22-29, tj. str. 24 i 26-29 (z tym że w tym ostatnim zakresie Wykonawca zgodził się następnie na wnioskowane przez Zamawiającego odtajnienie str. 26-28);
- 2) załączone do pisma z 26 czerwca 2023 r. podmiotowe środki dowodowe w zakresie Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (jego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ) {dalej: „wykaz osób”} oraz Wykaz robót budowlanych (jego wzór stanowił załącznik nr 4 do SWZ) {dalej: „Wykaz robót”}.

Fibrenet nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (a już na pewno, że wszystkie z nich, niejako *en bloc*), w tym przede wszystkim nie wykazał, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą czy też zachowana jest ich poufność.

Choć wyjaśnienia Fibrenet zawierają obszerny katalog informacji, Fibrenet zaniechał rzeczowej i wyczerpującej analizy każdej zastrzeżonej informacji, zamiast tego czyniąc ogólnikową adnotację w ramach uzasadnienia tajemnicy, że ...*zastrzega wszystkie*

informacje zawarte w niniejszym piśmie oraz w załączonych do pisma dowodach (...).

Wykonawca dokonał ogólnego zastrzeżenia utajnienia wszystkich przedłożonych wraz z wyjaśnieniami załączników (oraz znacznej części samych wyjaśnień), nie usiłując nawet przeprowadzić odpowiedniej selekcji informacji tam uwzględnionych (co najwyżej pogrupował je w bardzo ogólne katalogi).

Takie działanie utrudnia innym wykonawcom próbę oceny oferty Fibrenet pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie odtajnił nawet listy załączników – spośród 18 załączników tylko nazwy dwóch ostatnich są jawne.

Natomiast analiza ich treści jest istotna choćby z punktu widzenia wykazania braku spełnienia przesłanek podjęcia stosownych działań i poufności informacji.

Nawet uznanie w trakcie analizy dokonanego zastrzeżenia, że fragmenty informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień stanowią informacje wrażliwe dla Fibrenet, uzasadniałoby jedynie nieujawnienie tych wycinków dokumentacji.

Fibrenet mechanicznie (automatycznie, hurtowo) zastrzegł znaczną część wyjaśnień oraz wszystkie załączniki, o czym świadczy utajnienie również wzoru dokumentu bez jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Podobnie jest z ofertami dostawców (podwykonawców), które z pewnością zawierają również informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Mogłyby one zostać (co nierzadko ma miejsce) udostępnione np. bez samych nazw poszczególnych firm. Zamawiający jednak zdecydował o utrzymaniu w tajemnicy wszystkiego, bez względu na wartość takich informacji.

Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, już choćby na podstawie powyższych przykładów można przyjąć, że Fibrenet miał możliwość przedłożenia wyjaśnień z ewentualnie zakrytymi fragmentami wrażliwymi, które obiektywnie rzecz biorąc nie powinny zostać ujawnione, czego jednak zaniechał. Nie udowodnił przy tym takiego charakteru zastrzeżonych informacji, że muszą być traktowane jako nierozzerwalna całość podlegająca ochronie.

Zamawiający bezrefleksyjnie uznał, że Fibrenet wykazał wartość gospodarczą de facto swoich wyjaśnień wraz z załącznikami, zamiast dokonać stosownego badania, pochylając się zbiorowo, ale i jednostkowo nad każdym ich fragmentem w kontekście zasadności zastrzeżenia ich w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby tak uczynił, odpowiadając na wniosek Polbudu o udostępnienie stosownych informacji, z pewnością nie ograniczyłby się do lakonicznego odwołania do „tajemnicy przedsiębiorstwa”, a wskazałby dlaczego poszczególne informacje uważa za tajemnicę przedsiębiorstwa Fibrenet.

Nie sposób domniemywać na kanwie zaistniałego stanu faktycznego, co przesądziło o uznaniu przez Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia czynią zadość wymaganiom

skonkretyzowanym w art. 11 ust. 2 Uznk.

W części jawnej uzasadnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnić Fibrenet wskazał, że upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zasadniczo w pewnego rodzaju systemie wyceny oferty, który znajduje zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Co szczególnie istotne, Fibrenet powołał się na to, że:

- *Informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczą zaoferowanej ceny zawierają w szczególności informacje na temat ponoszonych kosztów, w tym wynagrodzenia zatrudnionego personelu (wraz z umowami zawartymi z personelem), stosowanej marży, zasadach kalkulacji wynagrodzenia i szacowania ryzyk osobowych, metodyk wykorzystywania przez firmę a także stosowanych w Fibrenet technologii planowania, organizacji oraz realizacji robót budowlanych.*
- *Powyższe odnosi się również do innych kosztów wskazywanych przez Fibrenet w wyjaśnieniach a także przyjętej marży. Polityka Fibrenet związana z kalkulacją kosztów, uwzględniana jest w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w procesie przygotowania oferty na rynku prywatnym [...] Fibrenet w każdym roku działalności podejmuje działania i rozbudowuje systemy monitorujące przebieg procesów, w celu usprawnienia pracy, przepływu informacji i tym samym obniżenia kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa [...]*

Uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień i załączników do nich pozbawione jest rzetelnej analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiot tego zamówienia nie wymaga wdrożenia czy zastosowania jakichkolwiek systemów obliczenia zaoferowanej ceny. Wątpliwa jest faktyczna zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które znajdują zastosowanie w procesie ofertowania. Sam system obliczenia zaoferowanej ceny nie stanowi czynnika tak istotnego w postępowaniu, żeby uzasadniało traktowanie go jako wyjątkowego know-how danego wykonawcy, które pozwoliło mu osiągnąć cenę istotnie niższą od konkurencji. Zbiór informacji zastrzeżonych przez Fibrenet nie może być czynnikiem wprost decydującym o wysokości zaoferowanej ceny.

Wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Fibrenet upatruje również w tym, jakoby znał on lokalny rynek, a ujawnienie informacji o lokalnych podwykonawcach mogło pozbawić go wypracowanej przewagi konkurencyjnej.

Sam fakt, że Fibrenet zna nazwy lokalnych podwykonawców nie stanowi okoliczności tak szczególnej, że zasadnie należałoby poczynić wyjątek od zasady jawności postępowania, utajniając przedmiotowe informacje. Ponieważ Fibrenet nie usiłował przy tym

choćby wskazać ewentualnych wyjątkowych okoliczności, które pozwoliły mu nawiązać relacje z podwykonawcami, czy uzyskać jakieś wyjątkowe warunki współpracy, oznacza, że de facto każdy uczestnik rynku ma dostęp do owych podwykonawców na identycznych warunkach. Sama możliwość złożenia podwykonawcom konkurencyjnej oferty przez innych wykonawców jest przy tym okolicznością całkowicie naturalną, co stanowi skutek prowadzenia działalności w ramach rynku konkurencyjnego.

Fibrenet sporządził argumentację dotyczącą rzekomego wykazania wartości gospodarczej informacji lakonicznie i ogólnikowo, a w części jawnej nie odwołał się do żadnego dowodu, który mógłby pomóc Fibrenet potwierdzić wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa ogranicza się do zdawkowych twierdzeń, które można ocenić jako blankietowe, gdyż mogą mieć zastosowanie do zasadniczo jakiegokolwiek informacji, bez względu na jej realną wartość dla danego wykonawcy. Argumentacja dot. wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji opiera się wyłącznie o twierdzenia własne Fibrenetu, jak chociażby: *Wartość gospodarcza informacji zawartych w dokumentach wewnętrznych przejawia się w szczególności w tym, iż przekazanie do domeny publicznej informacji obowiązujących w Spółce regulacji wewnętrznych z ujawnieniem ich treści jest szkodliwe dla interesów Fibrenet.* Nie wiadomo jednak, do jakiego konkretnie interesu referuje Fibrenet, gdyż nie sposób odczytać tego z wywodów poczynionych jako uzasadnienie tajemnicy, a co mogłoby ewentualnie przemawiać za właściwym wykazaniem wartości gospodarczej informacji.

Spśród złożonych podmiotowych środków dowodowych złożonych Fibrenet dokonał zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia oraz wykazu robót, które obejmują jego dotychczasowe doświadczenie.

Nie sposób domniemywać, jaką wartość gospodarczą dla wykonawcy mogą stanowić dokumenty – wypełnione wzory (załączniki do SWZ), które powstały celem ubiegania się o konkretne zamówienie i których istotnym celem jest właśnie umożliwienie innym wykonawcom dokonanie weryfikacji prawidłowości złożonych przez konkurentów ofert. Podmiotowe środki dowodowe składane w danym postępowaniu prowadzonym w oparciu o reguły pzp stanowią wykazy tworzone wyłącznie na potrzeby danego postępowania. Wątpliwe przy tym, aby Fibrenet składał we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego identyczne podmiotowe środki dowodowe.

O blankietowym charakterze uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa świadczy przy tym fakt, że już tylko na podstawie jego części jawnej, zarówno w odniesieniu do wyjaśnień dot. ceny, jak i podmiotowych środków dowodowych, można stwierdzić, że są one do siebie zbliżone, a więc przygotowane w oderwaniu od rzeczywistej treści zastrzeżonych

dokumentów. Przykładowo nie sposób pominąć tu, że Fibrenet również utajniając podmiotowe środki dowodowe nadmienił (str. 9), że jako *Wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania oraz środki techniczno-organizacyjne, których celem było utrzymanie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w poufności, między innymi poprzez: zastrzeganie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, o których mowa w niniejszych wyjaśnieniach we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Spółka uczestniczy*. Już na pierwszy rzut oka widać zatem, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotowych środków dowodowych zostało przeprowadzone na zasadzie kopiuj/wklej.

Z braku dostępu do treści dokumentów stanowiących załączniki do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, utrudnione jest odniesienie się do podjętych przez Fibrenet działań w celu ochrony poufności informacji. Niemniej jednak na uwagę zasługuje kilka istotnych kwestii.

Po pierwsze, wskazane przez Fibrenet działania nie mogą być rozpatrywane jako podjęte z należytą starannością i wyczerpujące, gdyż są zasadniczo blankietowe, ogólne i w rzeczywistości nie zapewniają poufności zastrzeżonych informacji.

W przedłożonych dokumentach brak jest dowodów, że pracownicy zapoznani się z tymi dokumentami, zostali zobowiązani do ich przestrzegania, a przede wszystkim, że te rozwiązania rzeczywiście funkcjonują w praktyce. Wykonawca wprawdzie wspomina o zobowiązaniu pracowników do dochowania poufności wynikającym z zawartych umów, ale takich umów nie przedkłada (brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie w części jawnej uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa). Może to świadczyć o wyłącznie formalnym (na potrzeby właśnie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa), a nie rzeczywistym funkcjonowaniu tych dokumentów.

Po drugie, przedłożony dokument o nazwie „Polityka bezpieczeństwa informacji” brzmi jak standardowa procedura RODO, która funkcjonuje obecnie (bo musi) u każdego przedsiębiorcy. Przepisy Pzp natomiast podpowiadają, jak sobie z takimi informacjami, zawierającymi dane osobowe, radzić (np. art. 74 Pzp).

{okoliczności prawne}

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych dla systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 18 ust. 1 Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przewidzianym od tej zasady w ustawie pzp wyjątkiem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli dany wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki: 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zamawiający, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ma nie uprawnienie, a obowiązek dokładnej weryfikacji, czy taki wykonawca wykazał, że dana informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk, gdyż jako wyjątek od zasady jawności postępowania tajemnica przedsiębiorstwa musi być interpretowana w ścisły sposób. Zamawiający powinien zbadać, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu na podstawie jego treści. W przypadku gdy tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie część treści dokumentu, nieuprawnione jest bowiem jego utajnianie w całości. *Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05) [z uzasadnienia wyroku Izby z 20 października 2020 r. sygn. akt KIO 2472/20].*

Jak to wynika z poniższych fragmentów uzasadnienia wyroku TSUE z 17 listopada 2022 roku (C-54/21), instytucja zamawiająca musi zagwarantować równowagę pomiędzy ochroną poufności a uprawnieniem do skutecznego środka zaskarżenia.

Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i pogodzenia ochrony poufności z wymogami skutecznej ochrony sądowej instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atliekā tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 122, 123). Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności – o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie –

przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu, że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atlieką tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 124, 125).

Instytucja zamawiająca musi – na potrzeby ustalenia, czy odmówi oferentowi, [...], dostępu do przedstawionych przez pozostałych oferentów informacji odnoszących się do ich stosownego doświadczenia i związanych z nim referencji, do tożsamości i kwalifikacji zawodowych osób proponowanych do wykonania zamówienia lub podwykonawców oraz do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia, i sposobu jego realizacji – ocenić, czy informacje te mają wartość handlową, która nie ogranicza się do danego zamówienia publicznego, gdyż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym lub uczciwej konkurencji. Instytucja zamawiająca może ponadto odmówić udzielenia dostępu do tych informacji, jeżeli – nawet gdy nie mają one takiej wartości handlowej – ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym. Instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić owemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że: Aby informacje takie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa muszą one posiadać wartość gospodarczą. O tym, czy dane informacje rzeczywiście posiadają wartość gospodarczą, nie decyduje subiektywne przekonanie przedsiębiorcy, lecz kryteria obiektywne. Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może zatem wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku (z uzasadnienia wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2602/13).

Z kolei nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich nielojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność (z uzasadnienia wyroku z z 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt. KIO 466/19).

Trudno uznać, aby wykaz tworzony wyłącznie na potrzeby danego postępowania mógł zostać uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że celem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób przez Wykonawcę jest uniemożliwienie weryfikacji przez wykonawcę konkurencyjnego, doświadczenia osób pod kątem czy to spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też prawidłowości przyznania przez zamawiającego punktacji w danym kryterium. Taki wykaz powstaje tylko i wyłącznie na potrzeby danego postępowania – a zatem w celu weryfikacji zawartych w nim informacji przez Zamawiającego. Zestawienie osób wyszczególnionych w wykazie ma zatem charakter „chwilowy” (z uzasadnienia wyroku Izby z 11 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3061/20).

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, w tym niedochowanie wypracowanych w orzecznictwie standardów, na które wskazał w ramach argumentacji prawnej.

{ad pkt 2. – zarzut drugi}

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień oraz dowodów, które potwierdziłyby, że złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy, opisu przedmiotu zamówienia i programu funkcjonalno-użytkowego, a cena oferty obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty temu towarzyszące temu.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Szymar mają poniżej zidentyfikowane braki.

Po pierwsze, dla Etapu 1 wskazano niemalże tylko na koszty, które dotyczą personelu wykonawcy. Poza tym co prawda krótko wskazano kwotę kosztu wierceń geotechnicznych, jednak nie koresponduje ona z zastosowaniem tak zaawansowanych technologicznie urządzeń, jak te z oferty techniczno-cenowej załączonej w ramach wyjaśnień z 9 maja 2023 r. Całość prac za realizację etapu 1 określono przy tym o ponad 100 tys. zł mniej niż uprzednio w ramach wspomnianej oferty.

Po drugie, brak kalkulacji kosztu zaangażowania projektanta, choć według PFU (pkt 8.1.2.1 i pkt 13 lit. d) do realizacji zadania wykonawca powinien dysponować minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Po trzecie, w ramach wykonania Etapu 3 nie uwzględniono kosztów takich istotnych elementów wyszczególnionych w PFU, jak: przyłącza mediów (woda, energia), zajęcia terenu czy wykonania dróg tymczasowych. Nawet jeśli Konsorcjum Szymar nie planuje z ww. przyłączy skorzystać w toku ewentualnej realizacji zamówienia, nie uwzględniono kalkulacji

dostawy wody technologicznej i kosztów pracy agregatu.

Po czwarte, w wycenie Etapu 4 nie uwzględniono badania chłonności otworów i materiału do udrażniania, o których mowa w treści PFU (str. 24-26): *W ramach wykonania zadania przewiduje się wiercenie i zarurowanie otworów technologiczno-podsadzkowych wykorzystywanych do zatłoczenia mieszaniny podsadzkowej do wyrobisk podziemnych... Zarurowanie wykonanych otworów należy dostosować do budowy geologicznej oraz stwierdzonych pustek i anomalii.*

Po piąte, materiał przeznaczony na wykonanie prac podsadzkowych w zakresie Etapu 5 nie zawiera wody, która jest niezbędna do wykonania mieszaniny do zatłoczenia. Zgodnie opisem dla tego etapu w PFU (str. 26): *Wodę do celów podsadzkowych należy pozyskać najlepiej z sieci wodociągowej. Jeśli to nie będzie możliwe to należy zaprojektować i wykonać własne ujęcie wód podziemnych wraz z dokumentacją projektową i wymaganymi pozwoleniami (z wyrobisk korytarzowych wyeksploatowanych pokładów) lub ujęcie powierzchniowe (np. z ciekłu Kozi bród w uwzględnieniu z jego zarządcą tj. PGW Wody Polskie Zarząd Zlewni w Katowicach). Jakość wody nie powinna pogarszać jakości wód w likwidowanych wyrobiskach.* Podano 20 tys. ton spoiwa (choć w wyjaśnieniach z 9 maja 2023 r. wskazano 5 tys. więcej) oraz pominięto koszt (100zł/m³) dla wytworzenia 20 tys. m³ mieszaniny. Skalkulowano tylko materiał i personel, brak kosztów napraw i amortyzacji sprzętu.

Po szóste, w zakresie Etapu 6, o ile przewidywany koszt badań geotechnicznych to 239.600,00 zł netto (a łącznie na wykonanie badań geotechnicznych i geofizycznych 311.600,00 zł netto), o tyle ze wspomnianej ofercie techniczno-cenowej wynika wykonanie średnio raz w miesiącu przez 12 miesięcy badania geofizycznych i geotechnicznych przy użyciu konduktometra w ilości 1500 m.b. profili, metodą georadarową GPR w ilości ok. 1500 m.b. profili wraz z tomografią elektrooporową; łączny przewidziany koszt badań geofizycznych 864000,00 zł netto; przewidziano również wykonanie badań geotechnicznych w postaci sond dynamicznych w ilości 195 m.b. Powszechnie przy tym wiadomo, że do wykonania badań geofizycznych i geotechnicznych wymagany jest odpowiedni sprzęt (m.in. sondy) i zaangażowanie specjalistycznie wykwalifikowanej kadry pracowniczej (geofizyk i geotechnik).

Po siódme, w zakresie Etapu 7 określono koszt likwidacji 317 szt. otworów w cenie 100zł netto/szt. bez wykazania odrębnie materiału. Brak kosztów przywrócenia terenu do stanu pierwotnego. Ponadto skalkulowano tylko materiał i personel, brak kosztów napraw i amortyzacji sprzętu.

Po ósme, dla całości zadania nie skalkulowano kosztów: zużycia energii, utylizacji odpadów, zaplecza, sprzętu (amortyzacje, naprawy). Nie uwzględniono podatku VAT

od personelu (wynagrodzenie brutto i koszty pracodawcy stanowią bowiem element składowy ceny oferty netto).

{okoliczności prawne}

Jak to podsumowano [po przywołaniu stosownych wypowiedzi orzecznictwa], obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, jest: po pierwsze – wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością określenia ceny na takim właśnie poziomie; po drugie – wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty, czyli wygenerowanych dzięki temu oszczędności; po trzecie – poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 lipca 2023 r. wniósł o jego oddalenie, następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów

{ad zarzutu pierwszego}

Zdaniem Zamawiającego Wykonawca szeroko uzasadnił wartość gospodarczą informacji podlegających utajnieniu.

Takie dane, jak sposób kalkulacji ceny ofertowej, czy sposób budowania strategii cenowej, stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie mogłoby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów. Tym samym, informacje podane w kalkulacji cenowej należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji (z uzasadnienia wyroku Izby z 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 649/23).

Podobnie, ...fakt pozostawiania przez podmioty w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności (z uzasadnienia wyroku Izby z 9 maja

2022 r. sygn. akt KIO 991/22).

W kontekście przywołanych powyżej fragmentów uzasadnień wyroków Izby Zamawiający nadmienił, że ponieważ przedmiot tego zamówienia dotyczy wąskiej specjalizacji, na rynku funkcjonuje bardzo ograniczony katalog podmiotów zdolnych do jego wykonania. Taki precedensowy charakter i zakres zadania potwierdza, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i lista kontrahentów współpracujących z wykonawcą przy jego wykonaniu, posiadają wartość gospodarczą i mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Fibrenet obszernie i wyczerpująco, w kilkunastu punktach wyjaśnia, jakie działania podjął celem ochrony informacji, m.in. poprzez ograniczenie kręgu osób mających do nich dostęp, oznaczanie korespondencji jako poufnej, zabezpieczenie hasłem na serwerze, zobowiązanie pracowników do zachowania w poufności informacji, przechowywanie dokumentów zawierających te informacje w osobnych pomieszczeniach, do których dostęp weryfikowany jest za pomocą identyfikatora, przyjęcie polityki bezpieczeństwa informacji.

Fibrenet wykazał Zamawiającemu powyższe załączając Politykę Bezpieczeństwa Informacji.

{ad zarzutu drugiego}

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Szymar nie uwzględnia specyfiki przedmiotowego postępowania.

[ETAP 1 i 6] Jako koszt badań geofizycznych w wyjaśnieniach został uwzględniony koszt pracowników, który (z uwagi na charakter tych robót, brak zużycia sprzętu) jest w praktyce całkowitym kosztem tych zadań.

[ETAP 2] Brak uwzględnienia jako osobnej pozycji kosztu zaangażowania projektanta nie jest mankamentem wyjaśnień i nie jest sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego. O ile według PFU do realizacji tego wykonawca powinien dysponować osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, o tyle takie uprawnieniami ma najczęściej geolog lub kierownika budowy, których zatrudnienie zostało objęte wyjaśnieniami. Ze względu na charakter zadania głównym wykonawcą dokumentacji projektowej będzie uprawniony geolog.

[Etap 3] Zamawiający dopuścił możliwość pozyskania wody z ujęcia wód podziemnych wykonanego na potrzeby zadania (PFU str. 26), co koresponduje z przewidzeniem w wyjaśnieniach dla etapu 4 koszt wykonania przez firmę zewnętrzną z łącznie 49.815 zł brutto, trzech studni, które wykorzystywane będą do pozyskania z nich wody do celów technologicznych.

[Etap 4] Z treści dokumentów zamówienia wynika, że ze względu na istniejące warunki hydrogeologiczne w rejonie projektowanych robót uzdatniających podłoże terenu, tj. utrzymywanie się poziomu wód gruntowych w górotworze powyżej zrobów pokładów 208

i 209-210 (co opisano w rozdz. 1.2 i 1.3 PFU) na rzędnej około +308,0, obiektywnie badanie chłonności otworów i stosowanie materiału do udrażniania nie może być przeprowadzone. Wykonawca prawidłowo nie kalkulował takiego kosztu, gdyż takie badanie można wykonać wyłącznie wtedy, gdy poziom wody jest poniżej wyrobisk górniczych.

[Etap 5] Wykonawca ujął w wyjaśnieniach koszt wykonania studni, stąd w zakresie tego etapu nie ma konieczności dodatkowego wyodrębnienia kosztu wody. Na tym etapie woda będzie pompowana już w jednym obiegu. Woda wykorzystywana do prac podszkawkowych będzie pobierana z ujęcia (studni) wód podziemnych, które zostanie wykonane w ramach poprzedniego etapu 4, jak to już wskazano powyżej.

Co do kosztów spoiwa, 20 tys. ton spoiwa jest wystarczające do sporządzenia 20 tys. m³ mieszanki.

Przystępujący w swoim piśmie procesowym z 25 lipca 2023 r. poparł stanowisko Zamawiającego odnośnie dotyczącego go zarzutu nr 1 odwołania. Poza tym Przystępujący wdał się w polemikę z treścią uzasadnienia faktycznego odwołania, zaprzeczając kolejno zawartym tam twierdzeniom co do niewykazania przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na czele z wartością gospodarczą, w odniesieniu do zakresu informacji objętego zastrzeżeniem.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wykazał w odwołaniu taką legitymację w kontekście stawianych zarzutów, tj. uwzględniając fakt, że na tym etapie miał obowiązek jedynie zakwestionować zaniechanie odrzucenia jako zawierającej rażąco niską cenę jednej z ofert sklasyfikowanych przed nim, a w stosunku do drugiej poprzestać na zaskarżeniu odmowy udostępnienia mu dokumentów, z których ma nadzieję wywieść zarzuty zmierzające do odrzucenia również tej oferty.

{rozpoznanie zarzutu nr 1}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Wyjaśnienia Fibrenetu z 16 czerwca 2023 r. nie zawierają danych kalkulacyjnych czy opisu sposobu wykonania robót na takim poziomie szczegółowości, który pozwoliłby na stwierdzenie, że informacje te zdradzają jakieś unikalne know-how. Uzasadnienie utajnienia tej części wyjaśnień *de facto* sprowadza się do błędnego koła, gdyż wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, dotyczących takich oczywistych aspektów wyjaśnień ceny oferty, jak koszty wykonania tego zamówienia czy założona na potrzeby tej konkretnej oferty marża, ma wynikać z ich wartości dla Fibrenetu. Nie sposób przy tym stwierdzić, do czego konkretnie w treści tych wyjaśnień referują tak hasłowe i enigmatyczne określenia z uzasadnienia, jak: „zasady kalkulacji wynagrodzenia i szacowania ryzyk osobowych”, „metodyki wykorzystywane przez firmę”, „technologie planowania organizacji oraz realizacji robót budowlanych” etc.

Z kolei w sytuacji, gdy Fibrenet jawnie oświadczył w ofercie, że w celu wykazania warunków udziału dotyczących zdolności zawodowych i technicznych polega na zasobach Przedsiębiorstwa Miejskiego MZUM S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i Przedsiębiorstwa Robót Geologiczno-Wiertniczych sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu [w pkt 4. załącznika nr 1 do Formularza ofertowego] oraz wskazał te podmioty gospodarcze jako podwykonawców, którym zamierza powierzyć wykonanie prac przygotowawczych i projektowych oraz robót budowlanych [w załączniku nr 5 do Formularza ofertowego], a przedsiębiorstwa te jawnie zobowiązały się do wykonania tych usług lub robót budowlanych [załączniki nr 3 do Formularza ofertowego] – bezprzedmiotowe jest powoływanie się na wartość gospodarczą wynikającą z tego, że *powzięcie przez konkurencję informacji o lokalnych podwykonawcach może pozbawić Fibrenet owej przewagi konkurencyjnej...*[cytat z przedostatniego akapitu na str. 23. wyjaśnień].

Zamawiający nie przeprowadził pogłębionej analizy treści przedstawionych mu przez uzasadnień w kontekście treści utajnionych dokumentów, skoro utajnione pozostały w szczególności poniższe enuncjacje Firbrenetu:

(...)

Warto podkreślić, że Fibrenet prowadzi rozsądną politykę kadrowo-płacową, co również jest jednym z elementów umożliwiających temu wykonawcy zaoferowanie ceny niższej od konkurencji, ale wciąż rynkowej i realnej. Jedynym z elementów takiej racjonalnej polityki kadrowej jest zatrudnianie wyłącznie takich pracowników, którzy na dany moment realizują

konkretne czynności na rzecz pracodawcy/ zleceniodawcy. Fibrenet nie prowadzi polityki zatrudniania i opłacania pracowników w sytuacji braku realizacji projektu, do którego dana osoba posiada stosowne kompetencje (tzw. „utrzymywanie pracowników”, która to polityka jest często stosowana przez duże firmy). Dlatego też – w ramach niniejszego projektu, Wykonawca przedstawi zobowiązania do zawarcia umowy o pracę lub umowy o świadczenie usług, dla osób, z którymi nawiązany zostanie stosunek pracy/ umowa o współpracy wyłącznie wówczas, gdy Fibrenet uzyska realizację niniejszego zamówienia.

Dowód:

- Zanonimizowane umowy o pracę (kierownik robót telekomunikacyjnych/kierownik działu projektowego, koordynator projektu, technik-monter (4 umowy wraz z aneksami) – tajemnica przedsiębiorstwa;*
- Zobowiązania do zawarcia umowy o pracę w przypadku rozpoczęcia realizacji kontraktu (specjalista ds. kosztorysowania, koordynator ds. projektów, specjalista ds. projektowych) – tajemnica przedsiębiorstwa;*
- Zobowiązania do zawarcia umowy cywilno-prawnej w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w przypadku rozpoczęcia realizacji kontraktu (kierownik robót, kierownik kontraktu) – tajemnica przedsiębiorstwa;*
- Zanonimizowane zgłoszenia do ZUS (6 szt.) – tajemnica przedsiębiorstwa;*
- Potwierdzenie opłacenia składki ZUS za marzec 2023 r. – tajemnica przedsiębiorstwa.*

[str. 8., przy czym powyższa lista dowodów została powtórzona w ramach listy załączników z pkt 12)-16) na str. 28. wyjaśnień]

(...)

Kwestią wyjątkowo istotną w zakresie niniejszych wyjaśnień jest fakt, że Fibrenet w wyjaśnieniach opisuje nie tylko same elementy cenotwórcze, ale jednocześnie opisuje technologię, w jakiej zamierza wykonać przedmiotowe zamówienie. Co istotne – technologia, którą Fibrenet zamierza zastosować jest prawnie chroniona i objęta prawem własności intelektualnej. Bowiem – partnerom biznesowym Wykonawcy w niniejszym Postępowaniu przysługują patenty, które chronią niniejszą technologię. Udostępnienie tychże patentów pozostałym uczestnikom Postępowania prowadziłoby wprost do utraty przewagi konkurencyjnej Fibrenet, ale również do ujawnienia technologii objęte patentem.

Dowód:

- Patent 208788 – środek uszczelniający do tworzenia przesłon hydrożelowych – tajemnica przedsiębiorstwa;*
- Patent 216864 – hydrauliczna mieszanina do lokowania niebezpiecznych dla środowiska odpadów w składowiskach gruntowych – tajemnica przedsiębiorstwa;*
- Patent 217523 – sposób wykonywania przesłony hydroizolacyjnej, zwłaszcza poziomej*

dla fundamentów obiektów budowlanych – tajemnica przedsiębiorstwa;

– Patent 229788 – spoiwo hydroizolacyjne do tworzenia przegród przeciwfiltracyjnych – tajemnica przedsiębiorstwa.

[ostatni akapit na str. 24. i początek str. 25., przy czym powyższa lista dowodów została powtórzona uprzednio na str. 6. oraz w ramach listy załączników z pkt 8)-11) na str. 28. wyjaśnień]

(...)

Zastrzeżone informacje obejmujące imię i nazwisko personelu (oraz inne dane pozwalające na ustalenie tożsamości osoby) stanowią dane osobowe w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. L 119 z 4.05.2016 r.) i są chronione na gruncie tego Rozporządzenia – ustawodawca zatem nadaje im charakter poufny i obliuguje innych do ich ochrony.

Wykonawca jako administrator przedmiotowych danych ma podstawę prawną do udostępnienia danych osobowych zamawiającemu publicznemu (posiada też zgody swego personelu na takie udostępnienie). Realizuje też obowiązek informacyjny określony w art. 13 i 14 RODO wobec swego personelu wynikający z udostępnienia tych danych zamawiającemu publicznemu zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentacji postępowania.

Na gruncie obowiązujących przepisów prawa udostępnienie tych danych innym podmiotom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – to jest nieograniczonemu

kręgu osób, które przy braku odpowiedniego zastrzeżenia ich poufności mogłyby pozyskać te dane w związku z możliwością zapoznania się z dokumentacją postępowania, stając się odrębnym administratorem danych – stanowiłoby naruszenie prawa i mogłoby wiązać się z poważnymi sankcjami dla Wykonawcy.

Powyższe może doprowadzić do występowania z roszczeniami odszkodowawczymi przez osoby których dane zostałyby udostępnione, a także do obciążenia Wykonawcy karami administracyjnymi nawet do 20 000 000 euro lub 4% całkowitego rocznego światowego obrotu przedsiębiorstwa. Sankcja w tej wysokości może zostać nałożona m.in. za przetwarzanie danych osobowych niezgodnych z postanowieniami RODO, niedotrzymanie warunku wyrażenia zgody na przetwarzanie danych lub niedopełnienie obowiązku informacyjnego (art. 83 ust. 5 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku

z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/we z dnia 27 kwietnia 2016 r. Dz.Urz.UE.L Nr 119, str. 1). Wynika z powyższego Wykonawca może zostać narażony na nałożenie kar administracyjnych czyli poniesienie określonej szkody. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wartość gospodarcza może być wykazywana również jako ewentualna szkoda jaką może ponieść dany wykonawca: (...)

[str. 7.-8. pisma Firbrenet z 26 czerwca 2023 r.]

Nie sposób poważnie twierdzić, że prowadzenie tak ogólnikowo opisanej „rozsądnej polityki kadrowo-płacowej” ma charakter unikalny i nie jest przedmiotem powszechnego dążenia każdego przedsiębiorcy nastawionego na zysk dążenie do obniżenia kosztów osobowych. Załączone do wyjaśnień umowy o pracę czy zgłoszenia do ZUS nie zawierają danych osobowych, bo zostały zanonimizowane.

Z kolei powołanie się na RODO ma charakter wyłącznie perswazyjny i nie ma związku z wykazywaniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na którą powołał się Fibrenet jako podstawę utajnienia w poczynionych zastrzeżeniach.

Z załączonych umów o pracę i zobowiązań do zawarcia ich, ani nie wynika, że osoby te uważają ich treść, w tym swoje dane osobowe i wysokość umówionego wynagrodzenia, za tajemnicę, ani że zobowiązały się do utrzymania tych informacji w tajemnicy względem Fibrenetu.

Zamawiający przeszedł również do porządku dziennego nad tym, że objaśnienie technologii wykonania zamówienia w znakomitej większości stanowi przytoczenie informacji zawartych w załączonych opisach patentów przysługujących powyżej wymienionym podwykonawcom, które są powszechnie dostępne, bo udostępniane na stronie internetowej przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej. Nie na tym przecież polega ochrona patentowa, że nie wiadomo, kto i co opatentował, ale na uprawnieniu do wyłącznego korzystania z wynalazku będącego przedmiotem patentu przez określony czas, w sposób zarobkowy (przemysłowy, handlowy), przyznanym przez kompetentny w tym zakresie organ.

Wreszcie z załączonych ofert podwykonawców ani nie wynika, że uważają ich treść, za tajemnicę, ani że zobowiązały się do utrzymania tych informacji w tajemnicy względem Fibrenetu.

Na analogicznej zasadzie nic nie świadczy o tym, że podwykonawcy, którzy wykonali zamówienia z wykazu robót, uważali zamieszczone tam informacje za tajemnicę lub zobowiązali się do utrzymania tych informacji w tajemnicy względem Fibrenetu.

Natomiast utajnienie w tak szerokim zakresie informacji, w tym nazw załączników, znacząco ograniczyło możliwość bardziej szczegółowego sformułowania zarzutu.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp”} analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert

lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądono, że to po stronie wykonawcy leży dołożenie należytej staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wspomnieć wypada, że już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższy wskazywał, że 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. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata przepis art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością

gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przede wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, należało zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący, nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji dotyczących kalkulacji ceny ofertowej czy sposobu spełnienia warunków udziału jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego była w tym zakresie powierzchowna.

Jak przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

{rozpoznanie zarzutu nr 2}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Konsorcjum Szymar pismami z 15 i 20 czerwca 2023 r. uczyniło zadość wezwaniom

Zamawiającego z 31 maja i 19 czerwca 2023 r., a kwestionowanie tego faktu w odwołaniu przechodzi do porządku nas całokształtem złożonych wyjaśnień, obejmujących również kalkulację kosztów wykonania poszczególnych etapów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Zgłoszone w odwołaniu zastrzeżenia są w znakomitej większości bezprzedmiotowe, co adekwatnie objaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a czego Odwołujący nie był w stanie podważyć na rozprawie.

Przed wszystkim w odwołaniu żadne ze zgłoszonych zastrzeżeń nie zostało skwantyfikowane co do jego wpływu na cenę oferty Konsorcjum Szymar, co zestawzić należy z faktem, że po przeprowadzeniu kalkulacji wykazało ono zysk na poziomie 3 mln zł.

Oznacza to, że *de facto* nie została podważona w istotnym zakresie prawidłowość przedstawionej i objaśnionej kalkulacji kosztów realizacji tego zamówienia przez Konsorcjum Szymar. Wręcz przeciwnie, nawet gdyby nie wziąć pod uwagę okoliczności podniesionych w odpowiedzi na odwołanie, odwołanie nie zawiera okoliczności, które w jakimkolwiek stopniu podważałyby, że cena oferty Konsorcjum Szymar nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest niezasadny.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie

wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia

do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty

przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska.

De lege lata nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę,

uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie Odwołujący w oczywisty sposób nie sprostął temu, gdyż nie podważył treści wyjaśnień w istotnym zakresie pod względem merytorycznym, a ograniczył się do niekonkretnych zastrzeżeń, w większości bez pokrycia w rzeczywistości, a ponadto bez przełożenia na cenę oferty. Oznacza to, że zarzut

nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień, co miałyby obligować go do odrzucenia oferty, nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy pzp zaniechał bowiem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wskazanych w sentencji wyroku pism i dokumentów w zakresie informacji warunkujących możliwość sformułowania skutecznych zarzutów dotyczących oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Jednocześnie w pozostałym zakresie naruszenie tych przepisów nie potwierdziło się, stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Natomiast wobec bezpodstawności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.– działając na podstawie art. 553 zd. 1 – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się: uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono stosownie do jej wyniku w pkt 3. sentencji na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 *in principio* rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając każdą ze stron połową wpisu i połową pozostałych kosztów.