

Sygn. akt: KIO 845/20

WYROK

z dnia 2 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **M. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **M. M. P. ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji** w Warszawie, ul. Ludwika Rydygiera nr 13 lok. 112, 01-793 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Warszawska**, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie części 1 zamówienia;
2. Umarza postępowania w zakresie części 2 zamówienia,
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnika Warszawska (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „ustawa”, w trybie przetargu nieograniczonego na: Świadczenie usług dezynsekcji i deratyzacji w Domach Studenckich Politechniki Warszawskiej część 1 dezynsekcja, część 2 deratyzacja; znak sprawy ZP.U.SE.4.2020 L.dz.: DZP.261.9.2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 505520-N-2020 z dnia 13 lutego 2020 r. Zamawiający zamieścił Specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) na stronie internetowej.

W dniu 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pestokil sp. z o.o. z siedzibą w Brzegu (dalej: „Prestokil”). W dniu 20 kwietnia 2020 r. wykonawca M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. M. P. ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, wskazując, że czyni to od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego w części 1 i 2 postępowania, tj. od:

- 1) zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Pestokil;
- 2) dokonania wyboru oferty wykonawcy Pestokil jako najkorzystniejszej oraz zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;

z ostrożności procesowej od:

- 3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pestokil z uwagi na złożenie niewystarczających wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- 4) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pestokil z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, wniesionym przez Odwołującego 10 marca 2020 r. i uwzględnionym przez Zamawiającego w całości (w zakresie wszystkich zarzutów);

- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 9 lutego 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm., dalej: „uznk”) poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca Pestokil wykazał, iż wszystkie informacje i dokumenty zawarte w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy wykonawca Pestokil wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk;

z ostrożności procesowej:

- 3) art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pestokil, pomimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta wykonawcy Pestokil zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca Pestokil nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Pestokil w sytuacji, gdy ww. wykonawca zaoferował realizację zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ;
- 5) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Pestokil jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Pestokil jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Pestokil w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
- 4) ewentualnie odrzucił ofertę wykonawcy Pestokil z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny i niewykazanie, że oferta tego wykonawcy jest ofertą realną;
- 5) ewentualnie odrzucił ofertę wykonawcy Pestokil z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie sposobu wykonania zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący podał m.in., iż w dniu 10 marca 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie

w postępowaniu, kwestionując w nim szereg czynności i zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający w postępowaniu. Odwołaniu temu została nadana sygn. akt KIO 510/20. Zamawiający, za pośrednictwem poczty e-mail w dniu 17 marca 2020 roku oraz pisemnie dnia 24 marca 2020 roku, przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości. Odpowiednio do powyższego, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, Izba postanowieniem z dnia 25 marca 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w sytuacji opisanej powyżej zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający, mimo uwzględnienia odwołania w całości, nie wykonał żądań odwołania. W poprzednim odwołaniu Odwołujący domagał się jasno i wyraźnie, aby Zamawiający odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Pestokil w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zatem Odwołujący domagał się odtajnienia (ujawnienia) i niezwłocznego udostępnienia wszystkich dokumentów wszystkich informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, bez żadnych wyłączeń czy ograniczeń. Natomiast jak wynika z otrzymanego w dniu 15 kwietnia 2020 r. zawiadomienia o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie treści wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp złożonych przez wykonawcę Pestokil, Zamawiający, wbrew oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania w całości i niezgodnie z ww. żądaniem odwołania, dokonał jedynie częściowego, a wręcz minimalnego odtajnienia treści dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Pestokil. Zdaniem Odwołującego praktycznie wszystkie istotne informacje i dokumenty, przedstawiające sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę Pestokil, pozostały nieujawnione, gdyż Zamawiający je zaczernił, skutecznie uniemożliwiając Odwołującemu jakiegokolwiek zapoznanie się z nimi. Takiego postępowania Zamawiającego nie sposób zaakceptować, gdyż stanowi ono oczywiste i rażące naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk Odwołujący podał, że, jak wynika z otrzymanego w dniu 15 kwietnia 2020 r. zawiadomienia o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie treści wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp złożonych przez wykonawcę Pestokil, Zamawiający, wbrew oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania w całości i niezgodnie z ww. żądaniem odwołania, dokonał jedynie częściowego, a wręcz minimalnego odtajnienia treści dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa przez Pestokil. Odwołujący powtórzył wyżej przedstawioną ocenę co do zakresu nieujawnionych informacji. Odwołujący podkreślił, że bez zapoznania się z całością wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny nie jest w stanie sprawdzić, czy wykonawca Pestokil faktycznie wykazał w nich, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bez zapoznania się z całością wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, nie ma realnej możliwości sprawdzenia, czy Zamawiający dokonał prawidłowego badania oferty wykonawcy Pestokil, w szczególności czy nie zaniechał jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny lub nieudzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Odwołujący przywołał art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i stwierdził, że z literalnego brzmienia tego przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Brak ww. wykazania powoduje natomiast, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Dotyczy to także zastrzegania dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania, np. wyjaśnień ceny. Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 02 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15, z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2322/16, z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2861/15, KIO 31/16. Odwołujący podkreślił, że przepis art. 8 ust 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1743/16, z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15, z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16.

Odwołujący stwierdził, że w piśmie datowanym na 29 lutego 2020 r., wykonawca Pestokil zawarł zdawkowe, wręcz symboliczne uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia o następującej treści: Informacje zawarte w dalszej części pisma i dołączonych załącznikach zawierają dane podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej, będąc informacjami zawierającymi tajemnicę Przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zmianą). W powyższym uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca Pestokil generalnie ograniczył się do nic nie wnoszących do sprawy ogólników, wręcz frazesów. Wykonawca Pestokil przede wszystkim jednak w żaden sposób nie uzasadnił, nie mówiąc już o wykazaniu, dlaczego: „informacje zawarte w dalszej części pisma i dołączonych załącznikach zawierają dane podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej, będąc informacjami zawierającymi tajemnicę Przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Powyższe uzasadnienie nie zawiera żadnych konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia, równie dobrze mogło by go w ogóle nie być. Wykonawca Pestokil nie wyjaśnił nawet, czy zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne lub posiadające wartość

gospodarczą. Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 21.12.2016 sygn. akt: KIO 2322/16; z dnia 24.02.2017, sygn. akt: KIO 242/17, z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt 783/18).

Następnie Odwołujący stwierdził, że jeżeli nawet przyjąć, że pisząc, że: „Informacje zawarte w dalszej części pisma i dołączonych załącznikach zawierają dane podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej,” wykonawca Pestokil miał na myśli, że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, względnie że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, to w żaden sposób tego nie uzasadnił, nie mówiąc już o wykazaniu. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16 i podał, że wykonawca Pestokil nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia ww. dokumentów i informacji. Wykonawca Pestokil ograniczył się wyłącznie do zdawkowych i gołosłownych twierdzeń i zapewnień składanych Zamawiającemu, mimo że przynajmniej część okoliczności mających uzasadniać dokonane zastrzeżenie można było bez trudu wykazać przedstawiając odpowiednie dowody, np. istnienie odpowiednich klauzul umownych,. Skoro tak, to umowy zawierające te klauzule, a przynajmniej wyciągi z nich, powinny zostać przedstawione Zamawiającemu. Elementem konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania określonych informacji w poufności. Wykonawca Pestokil podjęcia takich działań w żaden sposób nie wykazał. Niezależnie od tego, że wykonawca Pestokil nie wykazał powyższych okoliczności, podkreślenia zdaniem Odwołującego wymaga, że samo zawarcie umowy o zachowaniu poufności (jeżeli w ogóle miało miejsce) nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Innymi słowy zawarcie umowy o zachowaniu poufności nie kreuje jeszcze tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż trzeba wykazać istnienie wszystkich pozostałych elementów wyliczonych w art. 11 ust. 4 uznk. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający winien odtajnić (ujawnić) całość dokumentów i informacji składających się na wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, bez żadnych wyłączeń ani ograniczeń. Wykonawca Pestokil zastrzegając ww. dokumenty i informacje nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane dokumenty i informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego zachodzą co najmniej uzasadnione podejrzenia, że ww. dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę Pestokil nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 uznk zgodnie z którym przez tajemnicę

przedsiębiorstw rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę Pestokil nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt 111 CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób naruszy obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. Powszechną praktyką wykonawców jest zastrzeżenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem w świetle orzecznictwa KIO w znakomitej większości wypadków brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonywania takiego zastrzeżenia, gdyż informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie wykonawcy dokonując ich zastrzeżenia nie wykazali, że zastrzeżone informacje to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko KIO wyrażone w wyrokach: z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2360/14, z dnia z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14, z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1866/13, z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11, z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08, z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08 oraz podkreślił, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał i przywołał wyrok KIO: z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że zaniechanie przez Zamawiającego zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez wykonawcę Pestokil wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy Pzp. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a respektowanie ich zastrzeżenia ma uniemożliwić Odwołującemu złożenie odwołania rzeczowo kwestionującego zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny lub oferty niezgodnej z SIWZ. I tylko taki cel przyświeca Zamawiającemu. W ocenie Odwołującego faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę Pestokil ww. dokumentów i informacji

nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji złożonych wyjaśnień jak i samej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Poprzez bezprawne zastrzeżenie wykonawca Pestokil chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 28 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1483/15.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Odwołujący podkreślił, że powyższy zarzut postawił wyłącznie z ostrożności procesowej, tj. na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk poprzez błędne przyjęcie, że Pestokil wykazał, iż wszystkie informacje i dokumenty zawarte w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Pestokil wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk. Dopuszczalność formułowania takiego rodzaju zarzutów (tj. zarzutów ewentualnych) nie budzi wątpliwości w orzecznictwie KIO, co potwierdza m.in. wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 272/18, oraz z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt KIO 783/18.

Odwołujący zauważył, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1148/18 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06. Dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych (zob. np. wyrok KIO z dnia 17 października 2016 sygn. akt KIO 1851/16, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16). Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o dowodach na ich potwierdzenie. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny, bowiem to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska. Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie

dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy wykonawca ma obowiązek złożyć profesjonalne i kompletne wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym w wezwaniu. W ocenie Odwołującego w pełni uzasadnione jest podejrzenie, że przedstawione przez Pestokil wyjaśnienia zawierają niekompletne informacje w zakresie kalkulacji ceny i jej składowych, poddanych weryfikacji przez Zamawiającego. Dodatkowo w pełni uzasadnione jest podejrzenie, że Przystępujący nie załączył wiarygodnych dowodów lub w ogóle pominął dowody potwierdzające jego wyjaśnienia.

Odwołujący stwierdził, że dokonując oceny wyjaśnień dotyczących ceny uznać należy, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzuconie oferty Pestokil mimo tego, że wykonawca ten nie udowodnił, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską.

W uzasadnieniu postawionego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pestokil w sytuacji gdy oferta ww. wykonawcy nie odpowiada SIWZ, Odwołujący podał, że mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną powyżej, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zauważył również, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania, stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Pismem z dnia 26 czerwca 2020 r., które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 29 czerwca 2020 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której uwzględnił odwołanie w zakresie części 2, stwierdzając, że po szczegółowej analizie złożonych wyjaśnień uznał, że w wyjaśnieniach z dnia 29.02.2020 r. faktycznie, wykonawca Pestokil nie złożył wyjaśnień w zakresie deratyzacji skupiając się na wyliczeniach dotyczących dezynsekcji. Tym samym, o ile

nie zostanie wniesiony sprzeciw w zakresie uwzględnienia w tym zakresie odwołania, Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 4 a ustawy Pzp wniósł o nierozpatrywanie zarzutów dotyczących części 2 przedmiotu zamówienia. W przypadku wniesienia sprzeciwu Zamawiający wniósł o obciążenie przystępującego kosztami postępowania, o ile odwołanie zostanie uwzględnione z uwagi na potwierdzenie się zarzutów w stosunku do części 2 przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie części 1 ze względu na bezzasadność postawionych zarzutów. W uzasadnieniu swojego stanowiska w tym zakresie, Zamawiający podał m.in., że w dniu 10 marca 2020 r. otrzymał kopię odwołania na czynność zaniechania ujawnienia pytań jakie zamawiający wystosował do wykonawcy Pestokil Sp. z o.o., zaniechanie odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz trzech identycznych zarzutów jak w niniejszym odwołaniu, złożonych z ostrożności procesowej dotyczących odrzucenia oferty. Zamawiający uznał za słuszne stanowisko, że brak przekazania zapytania jakie wystosował do wykonawcy oraz brak przekazania wyjaśnień w zakresie, w jakim nie zawierają one informacji stanowiących informacje handlowe i organizacyjne był nieuzasadniony. Tym samym uwzględnił odwołanie w całości. W wyniku ponownej analizy złożonych wyjaśnień, w tym mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców oraz stanowisko obu wykonawców, w tym stanowisko Odwołującego co do tego jaki zakres informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, zaciemniając wartości jakie nie są znane powszechnie i stanowią element indywidualnych kalkulacji wykonawców przekazał złożone wyjaśnienia. Zamawiający chcąc również zachować zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców unieważnił pierwotną czynność wyboru i dokonał jej ponownie po przekazaniu złożonych wyjaśnień. W wyniku ponownej czynności wyboru Odwołujący pismem z dnia 20 kwietnia 2020 wniósł kolejne odwołanie, zarzucając Zamawiającemu zarzuty wskazujące, że zasada równego traktowania wykonawców jest również przez Odwołującego traktowana jako naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził, że dokonując oceny stanu faktycznego, w tym złożonych w postępowaniu wyjaśnień przez podmiot, który złożył ofertę najkorzystniejszą oraz przez Odwołującego, który był również wezwany do złożenia wyjaśnień uznał, że złożone wyjaśnienia w pełni wyjaśniają i udowadniają, że wykonawca Pestokil gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, których wartości do porównania były zbliżone do siebie. Wartość oferty wynikała z formularza cenowego, gdzie należało dokonać przeliczenia matematycznego ceny netto za 1 m² świadczonej usługi przez szacunkową powierzchnię wskazaną przez Zamawiającego. Tak więc jedyną podstawą do ewentualnego podważania

ceny ofertowej winno być zakwestionowanie wartości ceny wykonywania usługi za 1 m² świadczonej usługi.

Zamawiający podniósł, że odwołanie w żaden sposób nie uzasadnia podniesionych zarzutów, oparte zostało tylko i wyłącznie na ogólnikach, a wręcz sprowadza się do przeklejenia wyrwanych z kontekstu części orzeczeń wydanych w innych sprawach, które odnoszą się do kwestii utajania, uzasadniania utajniania itp., jednakże cytowane, orzeczenia nie odnoszą się do stanu faktycznego, który za każdym razem i również w tym przypadku jest stanem indywidualnym. Indywidualność stanu faktycznego sprowadza się do tego z jakim przedmiotem zamówienia mamy do czynienia i jakie elementy są konieczne i niezbędne do tego, aby przedmiot zamówienia wykonać należyście. Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi dezynsekcji realizowanych w ilości i częstotliwości wg rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, z zaznaczeniem minimalnej ilości w roku (§ 1 ust. 1 istotnych dla stron postanowień jakie zostaną wprowadzone do treści zawieranej umów. Z dalszych postanowień przyszłej umowy wynika, że ilości podane w formularzu cenowym są ilościami szacunkowymi i służyły zamawiającemu jedynie dla celów porównania złożonych ofert. W tabeli stanowiącej formularz cenowy zostały podane powierzchnie budynków wraz z ilością wykonywania usługi, które są wartościami dla celów zbudowania ceny niezbędnej do porównania ofert. Zgodnie z § 4 ust. 1 wykonawca zobowiązał się do wykonywania usług w pomieszczeniach każdorazowo wskazanych przez Zamawiającego oraz na powierzchni przez niego wyznaczonej. Mając na uwadze powyższe wartością najistotniejszą, znaną Odwołującemu od dnia otwarcia ofert jest cena usługi na 1 m² wykonywanej usługi, szacowana powierzchnia - wartość znana, szacowana krotność — wartość znana, preparat jakim wykonawca zmierza realizować usługę - informacja znana, bowiem ujęta w ofercie i nieutajniona. Wszystkie te informacje, najważniejsze dla ewentualnego podważenia ceny czy treści oferty wynikają z treści oferty. Tym samym, gdyby Odwołujący posiadał faktycznie jakiegokolwiek argumenty czy to w kwestii istnienia rażąco niskiej ceny, czy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp to już z treści samej oferty powinien był dokonać stosownych wyliczeń i wykazać, że w ogóle mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Natomiast Odwołujący zbudował swoje odwołanie na ogólnikach, wyrwanych z kontekstu ogólnych sformułowaniach dotyczących definiowania rażąco niskiej ceny, jej wyjaśniania i przeprowadzania dowodów, etc. Odwołujący wszystkie swoje zarzuty opiera na zasadzie równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze tę zasadę Zamawiający równo potraktował wszystkich wykonawców, w pierwszej kolejności nie ujawniając złożonych wyjaśnień, a następnie odtajnając jedynie treści bez szczegółowych wartości liczbowych dotyczących wynagrodzenia miesięcznego pracowników, szacowanych kosztów dojazdu, diet pracowników czy kosztów ich noclegów, opierając się bezwzględnie na zasadzie równego

traktowania wykonawców, uznając bowiem, że szczegółowe dane liczbowe nie muszą, a wręcz nie mogą być ujawniane i to nie jest kwestia podmiotu, które je utajnia tylko uznania, że w obu przypadkach są to informacje gospodarcze i organizacyjne każdego z podmiotów. Zamawiający zauważył, że Odwołujący twierdzi, że wyjaśnienia i dowody załączane do składanych wyjaśnień są tajemnicą handlową przedsiębiorstwa w jego przypadku, natomiast kwestionuje utajnienie takich samych informacji u innego wykonawcy. Nie jest tak, że Odwołujący posiada jakieś szczególnie uwarunkowania organizacyjne, logistyczne czy jakiegokolwiek know how na świadczenie usługi dezynsekcji, która to usługa polega na „opryskiwaniu” pomieszczeń w których znajdują się pluskwy czy inne insekty. Nie jest również tak, jak twierdzi Odwołujący, że ilość stron uzasadnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że dana informacja staje się tajemnicą. To nie obszerność złożonych wyjaśnień tylko wartość merytoryczna stanowi podstawy do stwierdzenia, czy Zamawiający może mieć pewność jakości wykonanej usługi. W tym konkretnym przypadku jakość wykonanej usługi jest równa preparatom stosownym do dezynsekcji. To że Odwołujący zawarł wyjaśnienia na 15 stronach, z czego 2,5 strony to wyliczenia, z czego jeszcze 1 strona to powtórzenie tego co już jest w ofercie (ilość metrów i cena jednostkowa), a pozostałych 12,5 stron to ogólne twierdzenia lub przepisane fragmenty orzeczeń, zacytowany przepis art. 11 uznk, nie powoduje, że zawartość merytoryczna złożonych wyjaśnień staje się tajemnicą, a dokładnie ta sama zawartość merytoryczna w innym przypadku tajemnicą nie jest. Prawdą jest, że wykonawca wybrany napisał swoje uzasadnienie na jedną stronę, ale Zamawiający po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień w sferze merytorycznej, tj., w zakresie dokonanych wyliczeń i wskazania konkretnych kwot np. kosztu wynagrodzenia pracowników, kosztu zakupu środków do dezynsekcji uznał, że zarówno w jednym jak i w drugim przypadku żaden z podmiotów konkurencyjnych nie posiada dostępu do tej wiedzy, a więc obaj mieli prawo do utajnienia tych informacji. Koszt wynagrodzenia pracowników bez wątpienia jest informacją niejawną nie tylko w oparciu o przepisy ustawy o zachowaniu uczciwej konkurencji, ale również w oparciu o przepisy kodeksu pracy. Nie ujawnia się takich informacji publicznie, a pracodawca ma obowiązek do udzielenia wszystkich informacji (w tym o zarobkach) w przypadku postępowania sądowego. Dzieje się tak na żądanie organów ścigania, wymiaru sprawiedliwości, organów podatkowych, PIP-u i ZUS-u. Tak więc nie treść uzasadnienia zawarta w piśmie a przepisy prawa stanowią o tajemnicy. Bez wątpienia informacja ta stanowi tajemnicę i nie jest konieczne pisanie uzasadnienia w tej kwestii, bowiem okoliczności niesporne nie wymagają przeprowadzania dowodu. Podkreślić należy, że porównując wyjaśnienia obu podmiotów są one niemalże identyczne, skoro zatem Odwołujący składając wyjaśnienia uznaje, że wynagrodzenie pracowników, koszty eksploatacji samochodu czy cena środków niezbędnych do świadczenia usługi stanowią tajemnicę, to dokładnie te same informacje stanowią tajemnicę dla innych podmiotów. Zamawiający podkreślił, że złożenie

odwołania ogólnego, bez nawet próby postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny podczas, gdy znana jest wartość 1 m² wykonywanej usługi, a jedynie podpieranie się ogólnikami, w zakresie tego, że wyjaśnienia powinny być odtajnione nie może podlegać ochronie prawnej. Gdyby Odwołujący posiadał jakiegokolwiek zarzuty merytoryczne w stosunku do wybranej oferty zawarłby w odwołaniu konkretne zarzuty w stosunku do treści oferty, czego zdaniem Zamawiającego nie uczynił. Nie postawiono żadnych zarzutów odnoszących się do art. 89 ustawy Pzp, a to właśnie ten artykuł odpowiada, za zakwestionowanie prawidłowości dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający podniósł, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp nie podlega prawu do zaskarżenia. Tym bardziej, że poprzez czynność faktyczną tj. utajnienie własnych wyjaśnień Odwołujący potwierdza prawo dla innych wykonawców do utajnienia wyjaśnień oraz prawo dla Zamawiającego do ich nieodtajniania. Skoro zdaniem samego Odwołującego informacje te stanowią tajemnicę, to zarzut ten jest całkowicie bezzasadny. Brak ujawnienia konkretnych wartości nie stanowi naruszenia zasady jawności, w tym w szczególności, gdy Odwołujący nie podważa, że możliwe jest prawidłowe wykonanie usługi za cenę wskazaną w treści oferty. W żadnym miejscu odwołania nie ma bowiem stwierdzenia, że cena 0,38 zł za 1 m² dokonywania oprysku jest ceną nierynkową nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, czy, że za tę cenę nie da się wykonać należycie przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że jak pokazuje rynek, usługi te nie drożeją, sam bowiem Odwołujący w roku 2019 zaoferował świadczenie usługi za kwotę 0,66 zł za 1 m² (tym samym preparatem), a obecnie tę samą usługę zaoferował za 0,46 zł. Mając na uwadze powyższe nie jest uzasadnieniem do uwzględnienia odwołania samo stwierdzenie, że Wykonawca nie wykazał wszystkich przesłanek do uznania, iż informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, tym bardziej, że nie podlega to zaskarżeniu. Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń co do gospodarczej wartości informacji, wskazując jedynie, iż istotą zarzutu jest niedostateczne uzasadnienie utajnienia wyjaśnień RNC. Odwołujący nie odnosił się zatem do samych informacji jako takich (w znacznej części ujawnionych). Nie odnosi, że także do tego, że sam zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa własne wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co zdaniem Zamawiającego ma istotny wpływ dla stawianych zarzutów. Zamawiający oświadczył, że dokonał wszystkich czynności w postępowaniu w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców decydując o odtajnieniu jedynie w części wyjaśnień. Mniej obszerne uzasadnienie nie oznacza, jego braku czy też tego, że badanie zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa ogranicza się wyłącznie do weryfikacji tej części wyjaśnień, z pominięciem merytorycznej wartości informacji. Zamawiający bowiem oceniał wyjaśnienia jako całość.

Zamawiający nie zgodził się z koniecznością składania dowodów na podjęcie działań, czy wdrożenie jakiś szczególnych procedur co do prawa utajnienia, stwierdzając, że to nie procedury, a przepisy o tym decydują. Tym bardziej, że Odwołujący w piśmie wskazuje na umowy o zachowaniu poufności, a sam takich dokumentów również nie przedstawia, jego uzasadnienie w zakresie rzekomych procedur sprowadza się do tego, że pisze o zahasłowaniu komputerów w firmie, co jest absolutnie bez znaczenia, bowiem usługi nie wykonuje się z wykorzystaniem sprzętu komputerowego. Wyjaśnienia składane przez Odwołującego są zdaniem Zamawiającego ogólnikami składanymi w każdym postępowaniu, o czym świadczą, pomyłki w tekście w zakresie publikatorów przepisów (str. 8) co oznacza, że Odwołujący robi „kopiuj -wklej” w każdym postępowaniu. Jedynym elementem indywidualnym jest ilość metrów wykonywanej usługi. Tak też Zamawiający ocenił obydwie wyjaśnienia skupiając się na treści merytorycznej, a nie czytaniu orzeczeń.

Następnie Zamawiający zauważył, że Odwołujący pomimo otrzymania wyjaśnień poza wartościami liczbowymi, które w zasadniczej części znał, bo wynikały one z treści oferty, w ogóle nie odniósł się do rażąco niskiej ceny, nie dlatego, że jak twierdzi nie zna ich treści, ale jedynie dlatego, że zdaniem Zamawiającego niniejsze odwołanie miało na celu jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy z uwagi na brak takiej możliwości do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania. Zdaniem Zamawiającego ograniczanie odwołania wyłącznie do strony formalnej skuteczności zastrzeżenia informacji, bez odniesienia się do zakresu wyjaśnień (z którymi Odwołujący mógł się w zasadniczej części zapoznać), które dotyczyły wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej, jest działaniem nieprawidłowym i służy jedynie obstrukcji postępowania. Ponadto, aby twierdzić, że Zamawiający był zobowiązany do odtajnienia wyjaśnień w szerszym zakresie niż to uczynił, Odwołujący powinien był wykazać, że część wyjaśnień z jaką zapoznał się pozwalała przyjąć, iż pozostałe dane również nie miały wartości gospodarczej. Brak wniosków w tym zakresie oznacza zdaniem Zamawiającego, że Odwołujący faktycznie nie miał podstaw do podważenia zasadności utrzymania klauzuli tajności.

Również zarzut podniesiony z ostrożności przez Odwołującego tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zdaniem Zamawiającego jest bezzasadny. Odwołujący zasadniczo oparł ten zarzut na wytknięciu braku załączenia do wyjaśnień dowodów, co miało decydować o niedostatecznej treści wyjaśnień, podczas gdy w jego wyjaśnieniach jako dowody załączono referencje i certyfikaty, które świadczą o posiadanym doświadczeniu i kompetencjach a nie kalkulacji ceny i nie były brane pod uwagę. W żadnym miejscu złożonego odwołania nie wskazano, że stawka świadczenia usługi jest niewystarczająca, chociaż Odwołujący posiadał w tym zakresie wszelkie dane, którymi są minimalne wynagrodzenie za

pracę, wielkość koniecznych do wykonania usługi powierzchni krotność, oraz preparat. Odnosząc się do braku dowodów Zamawiający stwierdził, że podziela stanowisko Sądów Powszechnych o braku bezwzględnego obowiązku załączania dowodów i konieczności indywidualnej oceny złożonych wyjaśnień. Jak już zostało wskazane zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień jedynie ze względu na rozbieżność od szacunkowej wartości zamówienia, która to wartość z uwagi na odmienną praktykę udzielania zamówień publicznych przez domy studenckie, a nie w ramach zamówienia realizowanego w ramach budżetu administracji Centralnej PW było wartością wyższą, niż - jak się okazało - realna wartość wynikająca z cen rynkowych. Adekwatnym dla takiej konstrukcji zarzutu rażąco niskiej ceny jest wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 3 lipca 2015 r. (sygn. VIII Ga 184/15), gdzie Sąd uznał, że KIO nie podała z jakich konkretnie przyczyn cena oferty najkorzystniejszej jest rażąco niska, skupiając się na brakach w wyjaśnieniach. Sąd wskazał, iż ocena wysokości ceny, jej rażącego zaniżenia nie może być dokonywana w oderwaniu od cen innych oferentów. Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień, a jeżeli zostaną złożone to może je ocenić. Dopiero w razie stwierdzenia, że wyjaśnienia są niespójne, nierzetelne, aktualizuje się po stronie zamawiającego uprawnienie do odrzucenia oferty. Samo wskazanie, że zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień wraz z dowodami nie oznacza, że oferent ma obowiązek w każdym przypadku złożyć dowody. Oferent ma obowiązek jedynie wyjaśnienia, a to zamawiający ma dokonać oceny czy wyjaśnienia wykazują, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia mogą opierać się chociażby o przedstawienie wyliczeń, powołanie się na źródła danych. Dalej w ocenie Sądu, nieprawidłowym było rozumowanie Izby, skoro wniosek o tym, że zamawiający powinien odrzucić ofertę wywiedziono stąd, że zaniechanie przedstawienia dowodów skutkuje automatycznie uznaniem, że wykonawca nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Poleganie na literalnym brzmieniu przepisu, interpretowanie go w sposób dosłowny, oderwany od jego celu sprzeciwia się celowi ustawy. Przenosząc powyższe na stan sprawy wynikający z zakresu zarzutu ograniczonego przez do zakwestionowania wyjaśnień wyłącznie z uwagi na brak dowodów należało wskazać, iż formułowany wniosek prowadziłby do wypaczenia celu, dla którego prowadzone jest postępowanie wyjaśniające, czyli ustalenia, czy zaoferowana cena pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy. W reasumpcji dokonanych wywodów Sąd stwierdził: Skoro Odwołujący w ogóle nie kwestionował wysokości ceny skupiając się wyłącznie na brakach dowodowych, argumentacja ta nie mogła prowadzić z automatu do uznania, iż cena oferty jest rażąco niską.

Następnie Zamawiający stwierdził, że całkowicie bezzasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Ewentualnie jedynym zarzutem w tym zakresie mogłoby być stwierdzenie, że zaoferowane preparaty nie spełniają oczekiwań

Zamawiającego. Takich zarzutów nie ma, w związku z czym zarzut ten nie został w żaden sposób prawidłowo postawiony i uzasadniony.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

Odwołanie w części 2, z uwagi na jego uwzględnienie w tej części przez Zamawiającego, podlega umorzeniu wobec uwzględnienia odwołania w odniesieniu do tej części i braku zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego. W związku z tym w pkt 2 sentencji wyroku postanowiono o umorzeniu postępowania w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z aktualnym orzecnictwem KIO jak i uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, dotyczącą problematyki wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, odwołanie uznać należy za dopuszczalne. W ww. uchwale w odpowiedzi na zapytanie prawne: „Czy w pojęciu "wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu?” Sąd Najwyższy udzielił następującej odpowiedzi: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, któn/ złożył ofertę wybrana przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.” Identyczne stanowisko Sąd Najwyższy wyraził w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17. Ponadto, za wyrokiem Izby z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 783/18, Odwołujący wskazał, że: „w świetle obecnej linii orzecniczej Izby uwzględniającej stanowisko sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego, w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych należy dopuścić możliwość wnoszenia odwołań na zaniechanie ujawnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających

zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające zakwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględniania działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu. Przyjmując powyższe stanowisko Sądu Najwyższego należy dojść do wniosku, że uzyskanie dostępu do dokumentów, informacji, wyjaśnień, przedstawionych zamawiającemu przez innych wykonawców, bywa jedyną możliwością zakwestionowania prawidłowości wyboru oferty konkurencyjnego wykonawcy, a odmowa ujawnienia niezasadnie zastrzeżonych informacji może w konsekwencji prowadzić do utrzymania się wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej." Identyczne stanowisko Izba wyraziła m.in. w wyroku z 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 272/18.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w zakresie części 1, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, które wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.* Zostało wykazane, że w analizowanej sprawie kwestionowane czynności Zamawiającego w odniesieniu do części 1 zamówienia nie zostały w pełnym zakresie wykonane zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W związku z tym wniesienie odwołania należy uznać za dopuszczalne i podlegające merytorycznemu rozpatrzeniu.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę, którą Zamawiający winien był ocenić jako najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą wykonawcy Pestokil. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji Odwołujący mógłby się zapoznać z wyjaśnieniami dotyczącymi wyliczenia ceny złożonymi Zamawiającemu i m.in.

sprawdzić, czy wykonawca Pestokil faktycznie wykazał w nich, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zyskałby zatem realną możliwość sprawdzenia, czy Zamawiający dokonał prawidłowego badania oferty wykonawcy Pestokil, w szczególności czy nie zaniechał jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny lub nieudzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W tym celu niezbędne jest jednak zapoznanie się przez Odwołującego z pełną treścią wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych Zamawiającemu. Dzięki temu Odwołujący będzie rzeczywiście mógł zakwestionować wybór oferty wykonawcy Pestokil jako najkorzystniejszej oferty. Poprzez zaniechanie powyższych czynności oraz dokonanie wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, które miałyby wpływ na wynik postępowania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia w części 1 jest świadczenie usług dezynsekcji w Domach Studenckich Politechniki Warszawskiej.

W dniu 20 marca 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania ujawnienia pytań jakie Zamawiający wystosował do wykonawcy Pestokil w wezwaniu do wyjaśnień RNC, zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Pestokil, zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tego wykonawcy, oraz z ostrożności: zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na niewystarczające wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, na niezgodność z SIWZ i na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego. Zarzuty podniesione w tym odwołaniu zostały uwzględnione przez Zamawiającego w całości, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 5 marca 2018 r. w sprawie sygn. akt KIO 510/20 umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 15 kwietnia 2020 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie treści wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1

ustawy Pzp złożonych przez wykonawcę Pestokil. Z pisma datowanego 9 kwietnia 2020 r. wynika, że Zamawiający odtajnił i przekazał Odwołującemu:

- 1) treść wezwania wykonawcy Pestokil, ze wskazaniem na art. 90 ust. 1 jako podstawę wystąpienia o wyjaśnienia i przytoczeniem tego przepisu z jednoczesnym zaznaczeniem, że następuje to z uwagi na to, że cena oferty wykonawcy Pestokil jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia brutto ustalonej przez Zamawiającego;
- 2) treść wyjaśnień wykonawcy Pestokil po odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyniąc to w ten sposób, że została ujawniona:
 - a) treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzona przez wykonawcę Pestokil,
 - b) treść kalkulacji kosztów, z tym, że treść przedstawiająca opisowo elementy kalkulacji oraz kwota zysku została przedstawiona w pełnym zakresie, natomiast wielkości liczbowe zostały zaczerpnięte, nadto zostały przekazane informacje wskazujące, że wyjaśnienia dotyczą:
 - kosztów osobowych, z wyspecyfikowaniem poszczególnych kosztów pracodawcy,
 - zakładanego kosztu roboczogodzin/dni do wykonania zabiegów planowanych oraz interwencyjnych, w tym m.in. całkowity koszt wynagrodzeń w trakcie trwania umowy,
 - zakładanego kosztu preparatów do dezynsekcji planowych i interwencyjnych, w tym m.in. całkowity koszt preparatów do dezynsekcji planowych i interwencyjnych,
 - kosztów dojazdu, ze wskazaniem m.in. ponad 40 obiektów na terenie Warszawy, gdzie są świadczone usługi przez techników Pestokil, przy czym w części odnoszącej się do obiektów publicznych - ujawnionych, a w pozostałym zakresie - zaciemnionych, wraz z informacjami m.in., że w związku z dużą ilością serwisowanych obiektów koszty dojazdu rozkładają się na wszystkie obiekty, które są serwisowane w danym miesiącu, ilością i kosztem dojazdów,
 - amortyzacji pojazdów,
 - kosztów zakwaterowania,
 - diet.

Zostały także ujawnione pozostałe informacje przedstawione w wyjaśnieniach przez wykonawcę Pestokil, w tym odnoszące się do preferencyjnych cen zakupu środków oraz akcesoriów do dezynsekcji, informacja, że oferta zakłada wynagrodzenie dla pracowników zgodnie z ustawą Pzp w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę wraz

z kosztami pracy oraz koszty delegacji, dowozu pracowników, a także dowody, przy czym referencje zostały ujawnione, natomiast certyfikaty i faktury zostały zaczerpnięte.

Jak wynika z informacji z dnia 17 kwietnia 2020 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Pestokil jako najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia.

Pismem z dnia 27 lutego 2020 r., w odpowiedzi na wystąpienie Odwołującego, Zamawiający przekazał Odwołującemu kopie dokumentów z oferty Pestokil, w tym Formularz cenowy – Załącznik nr 2 do SIWZ, zawierający dane:

- 1) Ilość planowanych dezynsekcji w skali 12 miesięcy dla podanych lokalizacji (poszczególnych Domów Studenckich),
- 2) Szacunkową powierzchnię do dezynsekcji,
- 3) Nazwę zastosowanego preparatu,
- 4) Cenę za 1 m²,
- 5) Wartość netto,
- 6) Stawkę VAT,
- 7) Kwotę VAT,
- 8) Wartość brutto dezynsekcji w obiektach w skali 12 miesięcy
- 9) Łączną cenę oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w części 1 nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba może uwzględnić odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.* Zgodnie z ust. 3 ww. przepisu odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Jak słusznie zauważył Odwołujący zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu (por. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17).

W związku z powyższym w sytuacji, gdy w analizowanej sprawie zastosowanie znajduje art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zarzuty odwołania winny być poddane kontroli przez Izbę z uwzględnieniem prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zarzuty odwołania zostały postawione w taki sposób, że każdy z nich dotyczy naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, a więc podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, z podaniem w każdym z zarzutów innych przepisów, w związku z którymi to naruszenie jest podnoszone.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ust. 3 natomiast stanowi: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Obaj wykonawcy tj. wykonawca Pestokil oraz Odwołujący zastrzegli poufność złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jak zauważył Zamawiający w warstwie merytorycznej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach przedstawionych przez tych wykonawców było zbliżone. Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, na równych zasadach udostępnił wykonawcom informacje zawarte w ich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, uznając, że w części podlegają one ujawnieniu, natomiast w części, która może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podlegają ujawnieniu.

Z tych względów nie można przyjąć, że zostały naruszone w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców na takich samych zasadach mógł się zapoznać z wyjaśnieniami drugiego wykonawcy i mógł skontrolować ofertę konkurenta.

W sprawie nie zostało w prawidłowy sposób podniesione i wykazane przez Odwołującego aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. Odwołujący wprawdzie wskazuje na wstępie, że odwołanie jest wnoszone od dokonania wyboru oferty wykonawcy Petrokil, jednakże precyzując zarzuty oraz uzasadnienie odwołania Odwołujący nie przedstawił okoliczności faktycznych, wskazujących na to, że wybór oferty tego wykonawcy naruszał podane przez niego przepisy ustawy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że posiadane przez Odwołującego informacje, były wystarczające to tego, aby - jeśli uważał, że oferta wykonawcy Pestokil podlega odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę lub jest niezgodna z SIWZ – podnieść taki zarzut. Zauważenia wymaga, że przez zarzut nie rozumie się jedynie podania podstawy prawnej, lecz przede wszystkim podanie okoliczności faktycznych, które miałyby wskazywać na naruszenie danego przepisu ustawy.

Zakres odtajnionych przez Zamawiającego i udostępnionych Odwołującemu informacji pozwalał na postawienie już w rozpatrywanym przez Izbę odwołaniu zarzutów wskazujących jego zdaniem na to, że Zamawiający wadliwie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Pestokil, co oznacza, że nieujawnienie wszystkich informacji, w szczególności wielkości liczbowych zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, nie zamykało Odwołującemu drogi do kwestionowania np. zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy. Zostało wykazane, że Odwołujący dysponował istotnymi informacjami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny wykonawcy Pestokil, znał elementy, które składały się na kalkulację ceny oferty tego wykonawcy, bowiem te informacje zostały odtajnione przez Zamawiającego. Nie znał poszczególnych wielkości liczbowych podanych w wyjaśnieniach, czy faktur zakupu, ale znając wielkości składające się na cenę oferty wykonawcy Pestokil podane w Formularzu cenowym tego wykonawcy oraz znając zastosowany preparat oraz specyfikę realizacji zamówienia, dysponował niezbędnymi informacjami, które, pozwalały na postawienie, i co najmniej uprawdopodobnienie, takich zarzutów.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, że dysponując informacjami dotyczącymi: ceny jednostkowej usługi za m², powierzchni dezynsekcji, krotności usług oraz elementów, jakie wykonawca Pestokil uwzględnił w swojej kalkulacji ceny, w tym w szczególności informacji, że zatrudnia na umowę o pracę 2 techników, a także znając kwotę minimalnego wynagrodzenia pracowników, bez znajomości danych liczbowych przedstawionych w wyjaśnieniach tj. konkretnego wynagrodzenia, jakie otrzymują pracownicy (którzy zostali wymienieni z imienia i nazwiska w wykazie osób złożonym przez wykonawcę Pestokil), znając realia wykonywania zamówienia i jego specyfikę, znając treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny co do ich zakresu, wiedząc, jaki zysk na danym zamówieniu przewidział ten wykonawca, mógł i powinien, jeśli uważał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Pestokil, jest nierealistyczna, oderwana od warunków rynkowych, podnieść ten zarzut.

Tymczasem Odwołujący mając wystarczające dane nie zakwestionował oferty tego wykonawcy, jako oferty niewiarygodnej dla wykonania przedmiotu zamówienia, niepozwalającej wykonawcy na należyte wykonanie zamówienia bez straty, nie podjął się

podważenia możliwości osiągnięcia na zamówieniu znanego mu zysku założonego przez wykonawcę Petrokil

W odwołaniu Odwołujący przywołał wprawdzie z ostrożności procesowej art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*, w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, które stanowią: *2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*, jednakże nie wykazał okoliczności faktycznych, które miałyby budować taki zarzut. Odwołujący podniósł wprawdzie argument złożenia przez wykonawcę Petrokil niewystarczających wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jednakże nie wskazał w jakim zakresie są one w jego ocenie niewystarczające, tj. jakich niezbędnych elementów w tej kalkulacji brakuje, chociaż znany był mu zakres wyjaśnień tj. znał wszystkie czynniki, jakie wykonawca Petrokil uwzględnił w swojej kalkulacji ceny. To, że nie znał wielkości liczbowych przypisanych znaczącej liczbie tych elementów, nie mogło przeszkadzać w wykazywaniu ewentualnych braków w zawartości wyjaśnień, nie stało bowiem na przeszkodzie wykazaniu dlaczego te wyjaśnienia w jego ocenie nie są wyczerpujące, jakich koniecznych elementów nie zawierają.

Odwołujący także z ostrożności wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Petrokil z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, jednakże odwołanie nie zawiera merytorycznych argumentów w tym zakresie. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia na tę okoliczność. W tym zakresie zauważenia wymaga, że Odwołujący nie zakwestionował użytego przez wykonawcę Petrokil znanego mu preparatu, który z uwagi na specyfikę zamówienia ma kluczowe znaczenie dla oceny wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, podnosząc jedynie na rozprawie kwestię, iż nie jest wiadomo, w jakim stosunku będzie rozcieńczany, podczas gdy, jak stwierdził Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, sposób rozcieńczania tego preparatu, określa producent w karcie produktu, a nie wykonawca. Odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, aby dla skutecznego zakwestionowania oferty wykonawcy Petrokil niezbędne były również wszystkie nieujawnione mu dane liczbowe zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny tego wykonawcy.

Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, jednakże również w tym zakresie nie podał okoliczności faktycznych koniecznych dla skonstruowania zarzutu. Nie jest kwestionowane przez Odwołującego, że oferta Petrokil zajmuje pierwszą pozycję w rankingu ofert.

Treść odwołania wskazuje, że podstawowym zarzutem stawianym przez Odwołującego jest to, że mimo uwzględnienia jego poprzedniego odwołania, Zamawiający nie udostępnił mu całej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, zacierając większość liczb przedstawionych w tych wyjaśnieniach i w związku z tym koncentruje się na wykazaniu wadliwego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Petrokil.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Petrokil jest ogólnikowe. Zauważyć także należy, że zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność, a zatem wyłączenie tej jawności, jako wyjątek od zasady, winno następować w szczególnie uzasadnionych sytuacjach i przy wykazaniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Skutkiem braku wykazania przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa jest bowiem odtajnienie informacji.

W analizowanym postępowaniu wykonawca Petrokil w całości objął tajemnicą przedsiębiorstwa składane wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a zatem przejawiał wolę zachowania w poufności tych wyjaśnień, wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże nie wykazał wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie, chociaż powinien to uczynić. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp: *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.(...)*

Jak zostało wykazane w postępowaniu, Zamawiający ocenił skuteczność poczynionego zastrzeżenia otrzymanych wyjaśnień opierając się na własnej ocenie, które z treści wyjaśnień mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców i podjął decyzję o ich częściowym utrzymaniu w poufności, a w pozostałym zakresie o ich odtajnieniu. Zamawiający w części pozwalającej na kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty ujawnił treść wyjaśnień, przy czym uczynił to na takich samych zasadach w odniesieniu do obydwu wykonawców. Odwołujący nie skorzystał jednak z tej możliwości i nie wniósł zarzutów, na które winno się składać nie tylko samo podanie przepisu ustawy Pzp (niezależnie od ww. formy takiego przedstawienia), ale przede wszystkim podanie okoliczności faktycznych, które mogłyby wskazywać na wypełnienie się przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Petrokil.

Odwołujący, mając ww. udostępnione mu informacje niezbędne dla oceny w zakresie charakteru ceny oferty, tj. czy wypełnia ona kryteria uznania jej za rażąco niską, oraz wiedzę w przedmiocie zamówienia, nie zakwestionował tej ceny, jako rażąco niskiej. Należy zatem uznać, iż nie budziła ona jego zastrzeżeń, że nie uznawał, że cena oferty tego wykonawcy jest

nierealistyczna. Skoro cena oferty za przedmiot zamówienia nie została wskazana przez Odwołującego jako rażąco niska, i skoro w kalkulacji kosztów zostały uwzględnione wszystkie elementy, na co wskazuje brak przedstawienia argumentacji w odwołaniu odnośnie tego jakich informacji wyjaśnienia nie zawierają, chociaż powinny zawierać, to wielkości liczbowe przypisane do tych elementów kalkulacji, same w sobie, nie mogą wpływać na zmianę tej oceny. Poziom zysku założonego przez wykonawcę Petrokil jest Odwołującemu znany. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania (choć w okolicznościach sprawy było to możliwe), że przy znanej mu ilości i powierzchni dezynsekcji w trakcie trwania umowy i znanemu mu faktowi zatrudnienia dwóch techników na umowę o pracę oraz wiedzy w zakresie zastosowanego, znanego mu preparatu, nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę, jaką zawiera oferta Petrokil. Nadto Odwołujący nie tylko nie podniósł zarzutów wskazujących na istnienie jego zdaniem podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Petrokil, ale też nie wykazał lub nie uprawdopodobnił, że dopiero w razie udostępnienia mu danych liczbowych odnoszących się do ujawnionych mu poszczególnych pozycji wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Pestokil mogłoby nastąpić wykazanie, że zaoferowana cena nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia bez straty, bądź wykazanie przez niego, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na jej sprzeczność z SIWZ.

Zauważenia wymaga, iż wbrew stanowisku Odwołującego, informacje np. dotyczące nazwy dostawcy czy kwot zakupu, wynagrodzenia i jego pochodnych dwóch techników, sposób organizacji pracy, nazwy partnerów handlowych i oferowane przez nich ceny, umowy z podmiotami prywatnymi, nieodtajnione przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w myśl art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, obiektywnie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonanie częściowego odtajnienia wyjaśnień jest nową czynnością Zamawiającego, a jak zostało to podniesione powyżej, dla jej skutecznego podważenia z uwagi na brak pełnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawcę, konieczne było wykazanie przez Odwołującego braku możliwości postawienia prawidłowych zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Pestokil. To jednak nie nastąpiło.

W podsumowaniu, należy ponownie stwierdzić, iż udostępnione Odwołującemu informacje dotyczące oferty wykonawcy Pestokil i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są wystarczające dla prawidłowego postawienia zarzutów podważających wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Brak ujawnienia pozostałych informacji zawartych w wyjaśnieniach (zaczernionych przez Zamawiającego) nie pozbawiał zatem Odwołującego możliwości zakwestionowania tej czynności Zamawiającego, co ma szczególne znaczenie z uwagi na to, że postępowanie jest o wartości podprogowej i w związku z tym ma do niego zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z tym, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, brak sformułowania prawidłowych zarzutów, pomimo istnienia takich możliwości, w ocenie Izby nie może skutkować daniem wykonawcy kolejnej szansy na podważanie czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołanie winno być bowiem wnoszone w terminie określonym w ustawie Pzp i spełniać wymogi przewidziane w ustawie.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: