

WYROK

z dnia 24 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **21 marca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **10 marca 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **ZEC Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. *Wykonywanie robót budowlanych w zakresie budowy sieci i przyłączy ciepłych w ramach Nowych Przyłączeń do miejskiej sieci ciepłowniczej w Zielonej Górze* (nr POST/PEC/PEC/UZS/00912/2022)

prowadzonym w imieniu i na rzecz zamawiającego: **Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców: **ESOX O. A., Zielona Góra, „ESOX” M. P., Zielona Góra, E. P. PHU „ESOX”, Zielona Góra** –ubiegających się jako współnicy spółki cywilnej wspólnie o udzielenie zamówienia [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą uzasadnionym kosztom Zamawiającego 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

Sygn. akt KIO 678/23

dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

W imieniu i na rzecz Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej: „Zamawiający”} prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Wykonywanie robót budowlanych w zakresie budowy sieci i przyłączy ciepłych w ramach Nowych Przyłączeń do miejskiej sieci ciepłowniczej w Zielonej Górze* (nr POST/PEC/PEC/UZS/00912/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 7 września 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_172 pod poz. 488447.

Wartość tego zamówienia jest wyższa niż progi unijne.

28 lutego 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez ESOX O. A. z Zielonej Góry, „ESOX” M. P. z Zielonej Góry i E. P. PHU „ESOX” z Zielonej Góra jako współników spółki cywilnej {dalej: „Esox” lub „Przystępujący”}.

10 marca 2023 r. ZEC Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 – przez zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia przez Esox jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Esoxu, pomimo że istotne elementy części składowych ceny jego oferty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ewentualnie wyjaśnień złożonych przez Esox odnośnie ceny jego oferty.
4. Odrzucenia oferty Esoxu.

5. Powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący dla uzasadnienia wniesienia odwołania sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych [które poniżej przedstawiono w sposób uporządkowany i bez zbędnych powtórzeń].

{ad zarzutu nr 1 – częściowe utajnienie wyjaśnień dotyczących ceny oferty}

{okoliczności faktyczne}

Odwołujący podał, że zwrócił się do Zamawiającego o wgląd do dokumentacji przetargowej, w tym oczekując przekazania korespondencji prowadzonej z Esoxem. Zamawiający 1 marca 2023 r. udostępnił część dokumentów, a pismem z 2 marca 2023 r., zawiadomił że odmawia udostępnienia pozostałych dokumentów stanowiących załączniki do protokołu, tj. wyjaśnień w sprawie ceny wraz z załącznikami w zakresie utajnionym przez Esox, gdyż uznaje je za skutecznie zastrzeżone.

W ramach uzasadnienia utajnienia części wyjaśnień (i załączników do nich) Esox powołał się na unikatowy charakter postępowania, konieczność ochrony: know-how, z uwagi na zabezpieczenie sprzętu koniecznego do realizacji umowy, oraz imion i nazwisk pracowników, których jest deficyt na rynku pracy. Zamawiający nie wzywał jednak do wykazania listy pracowników czy listy sprzętu, a wynagrodzenie za sprzęt stanowi odrębną pozycję od tej będącej podstawą zastrzeżenia. Natomiast przedmiotem wyjaśnień były kwestie związane ze stawką za roboczo godzinę, do czego w uzasadnieniu utajnienia odniesiono się za pomocą lakonicznych stwierdzeń.

W uzasadnieniu można też przeczytać: *informacje nie były ujawnione do wiadomości publicznej – nie są one znane ogółowi lub osobom innym niż uprawnione do pozyskania tej wiedzy, wykonawca zaś wyraził swą wolę pozostawienia informacji zawartych w wykazach, jako poufnych poprzez złożenia odpowiedniego oświadczenia w chwili składania niniejszych wyjaśnień*. Przy czym Esox nie załączył żadnych dowodów potwierdzających, że każdy ze współników spółki cywilnej podjął działania w celu zachowania informacji w poufności.

{okoliczności prawne}

Zasada jawności, o której mowa w art. 18 ust. 1 pzp, ma fundamentalny charakter dla udzielania zamówień publicznych. Dlatego zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 pzp). Zasada jawności postępowania doznaje ograniczenia między innymi w odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”}.

Obowiązkiem zamawiającego jest – jak wskazuje bogate i jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – zweryfikowanie poprawności poczynionego ewentualnie

w tym zakresie przez wykonawcę zastrzeżenia [w odwołaniu wskazano tu na 4 wyroki Izby i zacytowano stosowne fragmenty z ich uzasadnień]

Wykonawca, aby zastrzeżenie danych informacji było skuteczne, zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Nie może to sprowadzać się jedynie do złożenia przez wykonawcę stosownego oświadczenia, gdyż konieczne jest właśnie wykazanie, co w części przypadków równoznaczne będzie z udowodnieniem wystąpienia tych przesłanek [w tym aspekcie w odwołaniu wskazano na łącznie 5 wyroków Izby i opisano lub zacytowano stosowne tezy z ich uzasadnień].

Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu tego wyroku [z 23.06.2021 r. sygn. akt KIO 1173/21] Izba uznała ponadto, że wykonawcy nie mogą opierać swojego przekonania o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w zastrzeżonych dokumentach na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie wskazując przy tym żadnych danych pozwalających na ich obiektywną ich weryfikację.

Orzecznictwo Izby co do utajniania personelu jednoznacznie wskazuje, że sam fakt deficytu na rynku pracy specjalistów w danej dziedzinie nie jest wystarczającym uzasadnieniem dla utajnienia informacji o nich.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 2. listy zarzutów, z tym zarzuty wynikające z uzasadnienia odwołania można sprowadzić do następującego wyводу.

Zamawiający uznał poufność wyjaśnień na podstawie lakonicznego zastrzeżenia bezpodstawnie, gdyż Esox nie przedstawił żadnych danych pozwalających na obiektywne przyjęcie, że zastrzeżona przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa część wyjaśnień posiada wartość gospodarczą. Niezależnie od tego Esox nie udowodnił, że podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

{ad zarzutu nr 2 – rażąco niska ceny oferty}

{okoliczności faktyczne}

Z oferty (formularza cenowego) Esoxu wynikają następujące stawki roboczogodziny

wykonania przedmiotu tego zamówienia [netto w tym sensie, że bez doliczenia VAT-u, który jest zawarty w końcowej cenie oferty]:

- stawka podstawowa R {dalej: „stawka podstawowa”} – 14,90 zł;
- stawka po doliczeniu kosztów pośrednich od R (na poziomie 54,9%) – 23,08 zł;
- stawka końcowa (tzw. „Baza”) {dalej: „stawka końcowa” lub „stawka bazowa”} – 27,23 zł.

Poza tym w formularzu oferty podano również:

- zysk Z od $(R+Kp(R))+(S+Kp(S))$ – 18,00%
- koszt zakupu Kz – 5%.

Załącznik nr 2 do SWZ – Projekt umowy zawiera w szczególności następujące postanowienia:

1.4. Oświadczenia Wykonawcy.

Wykonawca oświadcza i zapewnia, że:

(...)

1.4.6 Starannie skalkulował składniki Wynagrodzenia Umownego i są one wystarczające dla realizacji Umowy, w tym pokrycia wszelkich kosztów, łącznie z wypłatą wszelkich odszkodowań lub wynagrodzeń związanych z nabyciem urządzeń i materiałów oraz zapewnieniem sprzętu, usług Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców, robocizną, podatkami, ubezpieczeniami, ustanowieniem Zabezpieczeń, wydatkami ogólnymi i wszelkimi innymi niewskazanymi powyżej kosztami wynikającymi z Opisu Przedmiotu Zamówienia, których poniesienie przez Wykonawcę będzie konieczne dla realizacji Umowy.

(...)

1.4.10 Skalkulował (oszacował i wycenił) ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego.

Z kolei umowa w sprawie tego zamówienia określa liczne zobowiązania wykonawcy, których koszt realizacji należało zatem uwzględnić w cenie oferty, w szczególności obowiązki związane z [jednostki redakcyjne umowy]:

- 1) zatrudnianiem przy realizacji umowy osób z odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami do prowadzenia prac i nadzorów wynikających z charakteru wykonywanych przez te osoby czynności i obowiązujących przepisów prawa [5.1.5];
- 2) zapewnienia mediów niezbędnych dla potrzeb realizacji prac [5.1.7];
- 3) zapewnienia, na własny koszt i ryzyko, wszelkich urządzeń, materiałów i narzędzi niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy [5.1.10];
- 4) pobierania z magazynu Zamawiającego i dostarczania na miejsce wykonywania prac, na własny koszt i ryzyko, części i materiałów Zamawiającego powierzonych wykonawcy

- lub będących w zakresie dostaw Zamawiającego [5.1.11];
- 5) wywozu, na własny koszt i ryzyko nadmiaru ziemi z wykopów, gruzu budowlanego i innych materiałów lub elementów z terenu prac [5.1.12];
 - 6) uzyskania wszelkich dopuszczeń, zezwoleń lub decyzji administracyjnych wymaganych do wykonania prac oraz poniesienia kosztów i opłat z nich wynikających (w tym na własny koszt i we własnym imieniu pozyska decyzję zezwolenie na zajęcie pasa drogowego – o ile jest ona niezbędna dla realizacji prac) [5.1.18];
 - 7) dostarczenia na miejsce pracy (uzgodnione z przedstawicielem Zamawiającego) kontenerów do zbiórki odpadów (oznakowane firmą wykonawcy oraz nazwą odpadu) [5.16]
 - 8) koszty gwarancji i rękojmi [§ 7]
 - 9) koszty ubezpieczenia [§ 8];
 - 10) koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy [§ 9].

Przy czym stawka bazowa określona na potrzeby tego zamówienia powinna uwzględniać nie tylko koszty pracownicze (omówione poniżej w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia), zysk, ale także wszelkie koszty, które wiążą się z realizacją umowy, tj.:

- 1) koszty zarządu, 2) koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 3) koszty pracy sprzętu, 4) koszty transportu, 5) płace i narzuty na płace stałego personelu budowy, 6) ubezpieczenie budowy, 7) zużycie zaplecza technicznego budowy, 8) zużycie sprzętu budowlanego, 9) koszty bezpieczeństwa i higieny pracy, 10) koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych, 11) inne koszty.

W pkt 2.4 załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} Zamawiający wymaga, aby przy realizacji umowy zatrudnione zostały osoby do pełnienia następujących funkcji: 1) kierownika budowy, 2) kierownika robót instalacyjno-sanitarnych, 3) kierownika robót budowlanych, 4) specjalisty ds. geodezji, 5) spawacze (4 osoby), 6) mufiarze (4 osoby).

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że na powyżej wymienionych stanowiskach zatrudnia się za wynagrodzenie zdecydowanie wyższe niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Przy czym Zamawiający wymaga, aby osoby, które będą wykonywać montaż rur preizolowanych były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. 2020 poz. 1320 ze zm.) {dalej również: „kp”} [pkt 4.4 SWZ w zw. z pkt 2.1 OPZ].

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z 10.10.2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. z 2020 r. poz. 2207) wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego

wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i 4. Jeżeli zaś pracownik jest zatrudniony w niepełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy, wysokość minimalnego wynagrodzenia ustala się w kwocie proporcjonalnej do liczby godzin pracy przypadającej do przepracowania przez pracownika w danym miesiącu, biorąc za podstawę wysokość minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie ustawy. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. poz. 1952) określa wysokość minimalnej stawki godzinowej na: 1) 22,80 zł do 30 czerwca [w § 2] 2) 23,50 zł od 1 lipca [w § 4.]

Z kolei minimalna stawka godzinowa wynikająca z podzielenia wysokości minimalnego wynagrodzenia przez liczbę godzin pracy przypadającą do przepracowania przez pracownika w danym miesiącu 2023 r. wynosi: 1) styczeń, maj-lipiec – $3490 \text{ zł} \div 160 \text{ h} = 20,78 \text{ zł/h}$; 2) luty – $3490 \text{ zł} \div 160 \text{ h} = 21,82 \text{ zł/h}$; 3) marzec $3490 \text{ zł} \div 184 \text{ h} = 18,97 \text{ zł/h}$; 4) kwiecień $3490 \text{ zł} \div 152 \text{ h} = 22,97 \text{ zł/h}$; 5) sierpień, październik $3600 \text{ zł} \div 176 \text{ h} = 20,46 \text{ zł/h}$; 6) wrzesień $3600 \text{ zł} \div 168 \text{ h} = 21,43 \text{ zł/h}$, 7) listopad $3600 \text{ zł} \div 160 \text{ h} = 22,50 \text{ zł/h}$; 8) grudzień $3600 \text{ zł} \div 152 \text{ h} = 23,69 \text{ zł}$.

Do tego należy doliczyć koszty pracodawcy (tj. płatne przez pracodawcę obowiązkowe składki).

Zgodnie z wytycznymi kosztorysowania z rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. poz. 2458):

- w skład ceny robocizny wchodzi następujące składniki kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych: 1) wynagrodzenie zasadnicze, 2) premie regulaminowe, 3) dodatkowe składniki wynagrodzenia (dodatki za staż pracy, inne dodatki przysługujące zgodnie z postanowieniami regulaminu pracy), 4) inne świadczenia związane z pracą (wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego i za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, zasiłki za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), 5) obowiązkowe obciążenia płac, 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, mieszkaniowy itp. [§ 6 ust. 2];
- w cenach jednostkowych uwzględnia się kosztorysową cenę pracy jednostki sprzętowej lub transportowej wraz z kosztami obsługi etatowej oraz kosztami jednorazowymi, uwzględniającymi koszty przewozu sprzętu lub środków transportu z bazy na budowę i powrotem, montaż i demontaż na miejscu pracy albo przebrojenie [§ 6 ust. 5].

Stawki robocizny kosztorysowej netto publikowane w wydawnictwach Sekocenbud

zawierają składniki kalkulacyjne określone m.in. w Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych. W stawkach tych uwzględnione są więc przeliczone na godzinę: wynagrodzenia robotników, płace uzupełniające, obligatoryjne obciążenia płac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Stawki robocizny kosztorysowej brutto obejmują oprócz wartości stawek kosztorysowych netto również narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny. W praktyce są to więc rynkowe ceny usług budowlanych wyrażone w zł/roboczogodzinę” [W. Sikorska-Ożgo, „Zależność pomiędzy stawkami robocizny netto i brutto do kosztorysowania”, Raport Sekocenbud 08.06.2017].

Stawki robocizny wg Sekocenbudu dla III kwartału 2022 r. dla Zielonej Góry (miejsce wykonywania prac) określono na następującym poziomie dla robót podobnych do objętych przedmiotowym zamówieniem [w zł]:

- roboty ogólnobudowlano-inwestycyjne (netto) – min. 22,00 / max. 30,00 / śr. 25,13
- roboty ogólnobudowlano-inwestycyjne (brutto) – min. 40,50 / max. 55,20 / śr. 46,24
- roboty ogólnobudowlano-remontowe (netto) – min. 21,80 / max. 28,00 / śr. 24,44
- roboty ogólnobudowlano-remontowe (brutto) – min. 40,40 / max. 51,90 / śr. 45,31
- roboty inżynierskie (netto) – min. 21,50 / max. 28,00 / śr. 24,14
- roboty inżynierskie (brutto) – min. 39,10 / max. 50,90 / śr. 43,87

Zakres wezwania został sformułowany przez Zamawiającego następująco: *Zaoferowana przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ESOX spółka cywilna cena w złożonym wraz z Ofertą Załączniku nr 7 do SWZ – Formularz cenowy, pozycja „Stawka podstawowa R [zł/rbg]” – 14,90 netto wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.*

W części jawnej wyjaśnień Esox w ogóle nie odnosi się do tej stawki. W szczególności wyliczona tam stawka 18,02 zł brutto wynika z ilorazu kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę za 2022 r. i uśrednionej liczby 167 roboczogodzin w miesiącu. Analogiczne wyliczenie przedstawiono dla 2023 r. Tymczasem według powszechnie dostępnych kalkulatorów obliczania wynagrodzenia (np. <https://wynagrodzenia.pl/kalkulator/wynagrodzen/wyniki>) przy stawce brutto w rozumieniu przepisów dot. wynagrodzeń pracowników w wysokości 18,02 zł/h stawka netto wynosi 15,55 zł/h, a stawka uwzględniająca łączny koszt pracodawcy (tzw. brutto brutto) – 21,71 zł/h.

Następnie w pkt 7.2 pisma Esox wskazał:

7.2.1. Minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia wynosi dla 2022 r. brutto/h – 18,0240 + narzuty podstawowe po stronie Pracodawcy 4,5313 + narzuty uzupełniające (urlop, odzież, pranie odzieży, badanie lekarskie) 2,7613 = 25,32 zł za godzinę

7.2.2. Minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia wynosi dla I połowy 2023 r. brutto/h – 20,8982 + narzuty podstawowe po stronie Pracodawcy 5,2539 + narzuty uzupełniające (urlop, odzież, pranie odzieży, badanie lekarskie) 3,5018 = 29,35 zł za godzinę

7.2.3. Minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia wynosi dla II połowy 2023 r. brutto/h – 215569 + narzuty podstawowe po stronie Pracodawcy 5,4195 + narzuty uzupełniające (urlop, odzież, pranie odzieży, badanie lekarskie) 3,3011 = 30,28 zł za godzinę

Nie wiadomo, w jaki sposób tak wskazana średnia stawka godzinowa została uwzględniona w kalkulacji stawki podstawowej roboczogodziny (np. w jako sposób kwota 29,35 zł dla I kwartału 2023 r. została ujęta w stawce 14,90 zł).

Esox nie wskazał w wyjaśnieniach, jaka wysokość wynagrodzenia jest wypłacana w jego przedsiębiorstwie.

Z uzasadnienia wyroku Izby, który przesądził o zasadności wezwania do wyjaśnień Esox wynika, że koszt zapewnienia odzieży roboczej pracownikom powinien zostać ujęty w pozycji kosztów pośrednich od kosztów jednej roboczogodziny.

Natomiast z powyżej przytoczonego fragmentu wyjaśnień wynika, że ekwiwalent za odzież roboczą i pranie tej odzieży (jako alternatywa dla obowiązku zapewnienia odzieży roboczej przez pracodawcę, art. 237⁷ i art. 237⁹ Kodeksu pracy) został ujęty przy wyliczeniu minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej.

{okoliczności prawne}

Z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy pzp wynika konieczność uwzględnienia przez wykonawców ubiegających o zamówienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Przepis ten, wskazując jedną z przesłanek tzw. domniemania ceny rażąco niskiej, nie uzależnia jej zaistnienia od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wprowadzeniu bądź rezygnacji z wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, gdyż odnosi się również do wykonywania takich czynności przez te osoby na podstawie umów cywilnoprawnych.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a konkretne zarzuty wynikające uzasadnienia można sprowadzić do następujących twierdzeń.

Po pierwsze, określona przez Esox stawka podstawowa roboczogodziny jest rażąco niska w zestawieniu z minimalną stawką godzinową wynikającą z przywołanych powyżej przepisów o wynagrodzeniu minimalnym w 2023 r. dla każdego miesiąca tego roku, w którym rozpocznie się wykonywanie zamówienia.

Po drugie, wynikająca z oferty Esox stawka roboczogodziny z uwzględnieniem kosztów pośrednich od robocizny jest niższa od stawki roboczogodziny wynikającej z przywołanych powyżej przepisów o wynagrodzeniu minimalnym w 2023 r. powiększonej o koszty podstawowe po stronie pracodawcy.

Po trzecie, z uwagi na zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa znacznej części wyjaśnień nie ma możliwości zweryfikowania tego, czy określona przez Esox stawka końcowa (bazowa) roboczogodziny uwzględnia zarówno koszty pracownicze pracodawcy, jak i koszty pośrednie związane z realizacją tego zamówienia, których kategorie zostały wymienione powyżej.

Po czwarte, nie tylko stawka podstawowa, ale i stawka końcowa z oferty Esox nie uwzględnia składników kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych, o których mowa w przywołanym powyżej rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r.

Po piąte, nie tylko stawka podstawowa, ale i stawka końcowa z oferty Esox znacząco odbiega od stawek Sekocenbudu, o których mowa powyżej.

W odpowiedzi na odwołanie z 21 marca 2023 r. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie pierwszego zarzutu i oddalenie odwołania z uwagi na niezasadność drugiego zarzutu.

{ad zarzutu nr 1 odwołania}

Zamawiający wyjaśnił, że 20 marca 2023 r. otrzymał pismo, w którym Przystępujący oświadczył, że odtajnia dokumenty zastrzeżone dotychczas jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z tym tego samego dnia Zamawiający przekazał Odwołującemu odtajnione wyjaśnienia.

Mając na względzie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, zgodnie w którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, Zamawiający wniósł o umorzenie niniejszego postępowania w zakresie zarzutu nr 1.

Zamawiający podniósł, że jak wskazuje się w doktrynie, *zbędność postępowania odwoławczego to sytuacja, w której przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Izby* {W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Warszawa 2021}, co ma jego zdaniem miejsce w tej sprawie w związku z odtajnieniem dokumentów.

{ad zarzutu nr 2 odwołania}

Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził szacowanie wartości tego zamówienia w oparciu o ceny (stawki) z poprzednio należycie zrealizowanej umowy nr 3310088512,

zawartej 21.06.2021 r. z Esoxem w wyniku postępowania na analogiczny przedmiot zamówienia (nr POST/PEC/PEC/ZWR/00015/21) [stawka podstawowa R – 12,69 zł/rbg; koszty pośrednie od R – 64,9%, koszty pośrednie od S – 80,0%; zysk Z – 10,8%; stawka końcowa (bazowa) – 23,19%, koszt zakupu (materiałów) – 5%] – zwiększając je o 20% z uwagi na obecną sytuację na rynku usług budowlanych.

Ponadto Esox zrealizował należycie analogiczne prace w latach 2017-2019, na podstawie umowy nr C18Z170031 z 22.02.2017 r., w której stawka podstawowa R za roboty inżynierskie wynosiła 10,70 [zł/rbg] zł, a za instalacje budowlane 8,00 [zł/rbg], natomiast stawka końcowa (bazowa) wynosiła odpowiednio 19,25 [zł/rbg] za roboty inżynierskie i 14,08 [zł/rbg] za instalacje budowlane.

Z powyższych danych wynika, że Esox w kolejnych ofertach składanych w postępowaniach na tożsamy przedmiocie zamówienia podwyższa stawki, w szczególności w stosunku do poprzednio obowiązującej umowy stawka podstawowa roboczogodziny jest wyższa o ok. 17%.

Zamawiający dokonał również analizy stawek podstawowych R za roboczogodzinę z innych zawartych przez siebie umowach na sukcesywne wykonywanie robót budowlanych [co zobrazowano w tabelarycznym zestawieniu pięciu umów, w tym trzech zawartych z Esoxem na przestrzeni od 2017 r. do 2021 r., z których ostatnia wciąż jest wykonywana przy stawce wynoszącej 12,50 zł].

Zamawiający podsumował, że skoro dotychczas Esox należycie wykonywał analogiczne i podsobne roboty budowlane za niższe stawki, tym bardziej jest w stanie wykonać należycie to zamówienie.

Zamawiający następująco objaśnił znaczenie kolejnych pozycji tabeli zawartej w załączniku nr 7 do SWZ – Formularzu cenowy. Stawka podstawowa R [zł/rbg] – pierwszy ze składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej na etapie realizacji zamówienia. Na żadnym etapie postępowania i w żadnym dokumencie nie została określona jako minimalna stawka godzinowa w rozumieniu obowiązujących przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a żaden z wykonawców nie składał wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie. Koszty pośrednie Kp [%] od R, Koszty pośrednie Ko [%] od S, Zysk [%] od $(R+Kp(R))+(S+Kp(S))$ – kolejne ze składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej na etapie realizacji zamówienia, zażądane w ofercie w celu uniknięcia zawyżania ich przy kosztorysowaniu zlecanych zadań. Nie sprecyzowano, co wykonawcy powinni uwzględniać w ramach tych pozycji, a żaden z wykonawców nie składał wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie. Stawka końcowa = BAZA – wyliczona przez wykonawcę z poprzednich pozycji, która posłuży Zamawiającemu do określenia wysokości wynagrodzenia. Koszt zakupu Kz [%] – dodatkowy zysk wykonawcy obejmujący koszty zakupu materiałów.

Ceny złożonych ofert: Esox 23.952.337,23 zł, ZEC – 36.109.594,99 zł, a ta pierwsza była niższa o 2,63% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a jednocześnie była niższa o 20,24% od średniej arytmetycznej cen tych dwóch złożonych w postępowaniu ofert.

Również żadna z części składowych oferty Esoxu nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Niemniej w ramach wykonania wyroku Izby z 17 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3527/22 Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Esox w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty.

Przy czym w uzasadnieniu powyższego wyroku Izba w szczególności wskazała, co następuje:

Izba nie wyklucza, że z uwagi na to, że ww. kategorie kosztowe bardzo często są ze sobą powiązane, mogą między nimi następować pewne przesunięcia. Natomiast na obecnym etapie, uwzględniając jedynie treść formularza cenowego, nie wiadomo w jaki sposób Przystępujący dokonał kalkulacji ceny swojej oferty, a w szczególności nie wiadomo w jaki sposób skalkulował koszty pracy i czy uwzględnił w ich ramach stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalne stawki godzinowe. Wskazanie stawki za jedną roboczogodzinę w wysokości 14,90 zł netto, biorąc pod uwagę argumentację znajdującą się w odwołaniu, budzi poważne wątpliwości co do prawidłowego skalkulowania istotnej części składowej ceny oferty Przystępującego i kwestia ta powinna zostać wyjaśniona.

Wątpliwości jakie powinien był powziąć Zamawiający w zakresie sposobu skalkulowania kosztów pracy potwierdza punkt 23 odpowiedzi na odwołanie. Wskazuje w nim Zamawiający, że stawka podstawowa nie uwzględnia kosztów pośrednich, w których mogą znajdować się koszty związane z zatrudnieniem pracowników. Jak dalej zauważa, co do zasady w kosztach pośrednich za pracę sprzętu zawarte są koszty m. in. pracy jednostki sprzętowej wraz z kosztami obsługi etatowej. Z przytoczonego fragmentu wynikałoby, że koszty pracy mogły zostać skalkulowane przez Przystępującego w trzech pozycjach, jednak nie wiadomo ostatecznie w której i w jakiej wysokości. Nie można zatem na podstawie samego formularza cenowego stwierdzić czy założenia Przystępującego uwzględniają regulacje dotyczące minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnej stawki godzinowej, skoro nawet sam Zamawiający nie ma pewności co do tego, w jakiej wysokości koszty te zostały przez Przystępującego ostatecznie skalkulowane.

Wydaje się więc, że zasadnym byłoby wyjaśnienie tej kwestii w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy pzp, a zatem zarzut postawiony w odwołaniu należało uznać za trafiony.

Podsumowując zatem, zdaniem Izby, poprzez przedstawioną w odwołaniu argumentację Odwołujący wykazał, że istnieją poważne wątpliwości w zakresie prawidłowego uwzględnienia w ofercie Przystępującego kosztów pracy, w szczególności w zakresie stawki za roboczogodzinę i jej zgodności z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej. Powyższe uzasadnione jest również faktem, iż realizacja zamówienia będzie trwała 27 miesięcy, a więc w latach 2023 i kolejnych, gdzie koszty pracy ulegną (lub już uległy) zwiększeniu w porównaniu z 2022 r. Biorąc pod uwagę datę wszczęcia postępowania oferenci powinni mieć tę okoliczność na uwadze. Dlatego też w składanych wyjaśnieniach Przystępujący powinien wykazać, w jaki sposób w ofercie skalkulował koszty pracy, skonfrontować wskazaną przez niego stawkę 14,90 zł netto z poziomem stawek wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i wskazać na ewentualne przesunięcia skalkulowanych kosztów pracy w ramach innych pozycji formularza cenowego.

Tym samym w ocenie Zamawiającego Izba uznała, że dopuszczalne jest, aby Esox koszty pracy uwzględnił również w innych pozycjach formularza cenowego niż w pozycji „Stawka podstawowa R [zł/rbg]”.

W wezwaniu Zamawiający sprecyzował, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości, a Esox odniósł się do tych elementów składowych, przedstawiając rzetelnie i obszernie sposób kalkulacji, w szczególności w pkt 5-9 wyjaśnień (częściowo objętych tajemnicą przedsiębiorstwa). Z przedstawionych wyjaśnień – w których Esox opisał, w jaki sposób wyliczył koszty pracownicze i w jakich pozycjach formularza zostały one uwzględnione – wynika, że ta kalkulacja pozostaje w zgodzie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy określającymi minimalne wynagrodzenie za pracę w 2023 r., a Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Natomiast argumenty i wyliczenia przedstawione przez Odwołującego (stanowiące w istocie powielenie treści poprzedniego odwołania) są według Zamawiającego bezzasadne w kontekście metodyki obliczania stawek i kalkulacji zaprezentowanej w wyjaśnieniach. Wobec nieznamości całości złożonych wyjaśnień, zarzuty bazują na hipotezach, które nie przystają do założeń, na których oparta została kalkulacja przedstawiona przez Esox. Wykonawca przedstawił również dowody potwierdzające zatrudnianie swoich pracowników na podstawie umowy o pracę w zakresie czynności określonych w opisie przedmiotu zamówienia (co nie dotyczy geodetów i kierowników budowy).

Ponadto Zamawiający przy ocenie wyjaśnień uwzględnił niezwykle korzystne warunki realizacji prac dostępne Esox jako lokalnemu przedsiębiorcy, który nie musi ponosić kosztów przemieszczania pracowników i posiada własny park maszynowy oraz zaplecze techniczne zlokalizowane w bliskiej odległości od miejsca robót objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że biuletyn Sekocenbud przy szacowaniu wartości robót ma charakter wyłącznie pomocniczy, przy czym podawane tam stawki robocizny netto i brutto wynikają z prowadzonych na polskim rynku budowlanym badań ankietowych, a nie z przeliczeń kalkulacyjnych. Sekocenbud podaje średnie stawki obowiązujące na danym obszarze. Natomiast dla Zamawiającego najbardziej miarodajne są stawki stosowane przy realizacji tożsamyh lub podobnych prac na jego rzecz

Zamawiający dodał, że nie uczynił również w dokumentach zamówienia punktem odniesienia przywołany w odwołaniu przepis rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2021 poz. 2458).

Zamawiający podsumował, że analiza złożonych wyjaśnień pozwoliła mu na stwierdzenie braku rażąco niskiej ceny oferty, gdyż wynika z nich jednoznacznie, że Esox jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i warunkami określonymi w SWZ, a także przy dochowaniu przepisów regulujących wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu (datowanym na 20 marca 2023 r.) Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając takie stanowisko.

Przystępujący wywiódł, że formularz cenowy należy analizować łącznie z treścią umowy, bo zawarte w nim pozycje nie składają się na kompletną stawkę roboczogodziny i nie odnoszą się do innych elementów kosztorysu, na podstawie którego będą dokonywane rozliczenia poszczególnych zlecanych zadań. Każdorazowo kosztorys będzie sporządzany na podstawie katalogów nakładów. Oprócz stawki roboczogodziny elementami tego kosztorysu jest praca sprzętu w liczbie godzin przyjętej dla każdej jednostki, zdefiniowanej w oparciu o normy ogólnie obowiązujące (co oznacza, że czas pracy sprzętu jest zdefiniowany), oraz wartość materiałów, które mają być użyte do realizacji danego zamówienia. Z formularza cenowego wynika stawka roboczogodziny kosztorysowej, a nie stawka wynagrodzenia pracownika wykonawcy, przy czym liczba roboczogodzin określana jest na podstawie KNR, KNC lub innych katalogów norm pracy – według wyboru Zamawiającego.

Brzmienie pkt 4.2. umowy:

4.2. Rozliczanie wykonanych Prac, realizowanych w ramach Zamówień w ramach Umowy będzie się odbywało na podstawie ryczałtu, kosztorysów powykonawczych. Zamawiający

każdorazowo w Zamówieniu określi sposób rozliczenia dla poszczególnych inwestycji, na podstawie i z zachowaniem kolejności następujących cen i stawek:

4.2.1. jednostkowych stawek ryczałtowych określonych w Katalogu Czynności, stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy;

4.2.2 ilości wykonanych prac i stawek kosztorysowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy oraz nakładów pracochłonności określonych w katalogach KNR, KNC lub innych katalogach norm pracy zaakceptowanych przez obie Strony w niniejszej Umowie;

4.2.3. na podstawie wystawionych Wykonawcy faktur VAT za części zamienne lub materiały, pod warunkiem, że przed realizacją dostawy lub wykonaniem usługi Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia cenniki dostarczanych materiałów lub części zamiennych, a przedstawione ceny będą cenami rynkowymi. Do powyższych cen Wykonawca doliczy koszty zakupu w wysokości 5%.

Wobec tego w odniesieniu do formularza ofertowego na cenę kosztorysową mają wpływ:

- 1) jednostkowe stawki ryczałtowe określone w załączniku nr 3 do umowy, tzw. katalogu czynności, który zostanie opracowany na podstawie formularza cenowego (kwoty ryczałtowe za wykonanie takich usług, jak: montaż lokalizatora, obsługa geodezyjna, dokumentacja powykonawcza);
- 2) nakłady określone w KNR, KNC lub w innych katalogach norm pracy przy uwzględnieniu stawek kosztorysowych określonych w załączniku nr 3 do umowy:
 - liczba roboczogodzin wynikająca z poniesionych nakładów określonych w katalogach norm dla zadania pomnożona przez określoną w formularzu cenowym stawkę podstawową R, powiększoną o koszty pośrednie od R (Kp od R) oraz zysk;
 - ceny jednostkowe pracy sprzętu – określone jako koszty pracy i najmu jednostki sprzętowej i środków transportu technologicznego, powiększone o koszty pośrednie od S (Kp od S) oraz zysk;
- 3) materiały – cena ich nabycia łącznie z kosztami zakupu – faktury VAT + 5% kosztów zakupu (procent określony jako wartość stała przez Zamawiającego).

W kalkulacji szczegółowej przyjmuje się jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny, materiałów i pracy sprzętu.

Zgodnie z pkt 4.2. umowy na wartość kosztorysową robót składają się: $C = \sum n_r \cdot C_r + \sum (n_m \cdot C_m + k_{z_m}) + \sum n_s \cdot C_s + \sum j_{sr}$ [objaśnienie symboli: C – wartość kosztorysowa robót; n_r – jednostkowe nakłady robocizny; C_r – stawka końcowa = BAZA; n_m – jednostkowe nakłady materiałowe; C_m – ceny jednostkowe nabycia materiałów k_{z_m} – koszty zakupu materiałów, n_s – jednostkowe nakłady sprzętu; C_s – ceny jednostkowe maszynogodziny pracy sprzętu; j_{sr} – jednostkowe stawki ryczałtowe].

Dane podane w formularzu cenowym Esox:

- C_r = stawka podstawowa $R + Kp(R) + Z[R + Kp(R)] = (14,90 + 54,9\%) + 18\% = 27,23$ zł;
- $kz_m = 5\%$;
- C_s = cena jednostkowa maszynogodziny pracy sprzętu + $Kp(S) + Z[S + Kp(R)] = (\text{cena jednostkowa maszynogodziny pracy sprzętu} + 80\%) + 18\%$;
- jsr = montaż lokalizatora + obsługa geodezyjna + dokumentacja powykonawcza

Wartość kosztorysowa robót z uwzględnieniem danych podanych w formularzu cenowym Esoxu:

$$C = \sum n_r \cdot 27,23$$

$$+ \sum (n_m \cdot C_m + 5\%)$$

$$+ \sum n_s \cdot ((\text{cena jednostkowa maszynogodziny pracy sprzętu} + 80\%) + 18\%)$$

$$+ \sum (\text{montaż lokalizatora} + \text{obsługa geodezyjna} + \text{dok. powykonawcza})$$

Na wartość kosztorysową robót wpływ mają iloczyn sumy nakładów robocizny oraz stawki końcowej (bazowej), suma iloczynów cen jednostkowych materiałów oraz ich ilości, powiększonych o 5% kosztów zakupu, suma iloczynów nakładów jednostkowych sprzętów oraz cen jednostkowych maszynogodzin pracy sprzętów, określonych jako koszt najmu jednostki sprzętowej, powiększona o koszty pośrednie od pracy sprzętu oraz zysk, oraz suma jednostkowych stawek ryczałtowych za prace określone w formularzu cenowym (tj. montaż lokalizatora, obsługa geodezyjna, dokumentacja powykonawcza).

Stawka roboczogodziny jest tylko jedną ze składowych kalkulacyjnych wynagrodzenia za wykonane prace, przy czym z analizy własnej zrealizowanych zadań wynika, że stanowi średnio około 22,5% wartości kosztorysu. Wobec braku zastrzeżeń ze strony Zamawiającego co do możliwości rozbicia wartości stawki na poszczególne pozycje kosztorysu (czyli zawarcie kosztu stawki roboczogodziny także w 80% kosztach pośrednich od pracy sprzętu i 5% kosztach pośrednich od sprzedaży), Esox w następujący sposób dokonał kalkulacji rzeczywistej stawki roboczogodziny (R_{SR}):

$$R_{SR} = \{C_r + kz_m / \sum rbg + [15\% \text{ od } Kp(S)] / \sum rbg + \text{dokumentacja powykonawcza} / \sum rbg\} \cdot \text{współczynnik rzeczywistej liczby roboczogodzin poświęconych na zadanie w stosunku do liczby roboczogodzin kosztorysowych dla danej roboty, czyli } R_{SR} = (27,23 + 2,04 + 2,78 + 1,36) \cdot 1,352148 = 45,17 \text{ [zł]}.$$

Przystępujący podsumował, że przedstawiony przez niego [na str. 5 pisma] schemat [którego podsumowaniem jest powyższy wzór i wyliczenie] obrazuje ostateczną kalkulację, z której jednoznacznie wynika brak rażąco niskiego zaniżenia przez niego ceny.

Natomiast Odwołujący bezpodstawnie sprowadza wszystkie elementy formularza cenowego do stawki 27,33 zł za roboczogodzinę, gdyż pozycje dotyczące kosztów

pośrednich od sprzętu i kosztów pośrednich od cen materiałów nie wchodzi w wartość roboczogodziny. Koszty pośrednie od stawki kosztorysowej roboczogodziny – z prostego matematycznego przeliczenia wynika, że kwota 14,90 zł powiększona o 54,9% kosztów pośrednich daje kwotę 23,08 zł, czyli już przekraczającą stawkę minimalną za roboczogodzinę z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Po dodaniu do niej jeszcze 18% zysku otrzymamy kwotę 27,23 zł, co tym bardziej pozostaje w zgodzie z tymi przepisami.

Przystępujący zauważył, że 80% kosztów pośrednich za użycie sprzętu i 5% kosztów pośrednich od zakupu materiałów nie wlicza się do stawki roboczogodziny z tej prostej przyczyny, że cena za użycie sprzętu wynika z przyjętego kosztorysu, na podstawie którego będzie prowadzona kalkulacja, gdzie określa się wartość godzinową pracy sprzętu oraz czas pracy sprzętu i jest to podane przez Zamawiającego, a wartość cen materiałów nie jest zawarta w formularzu cenowym – wynika z bieżących cen hurtowych. Do wszystkich tych pozycji należy dodać jeszcze 18% zysku – zgodnie z formularzem cenowym.

Przystępujący nadmienił, że dysponuje bazą materiałową i maszynową odpowiadającą potrzebom Zamawiającego, na co złożył dowody w przedstawionych wyjaśnieniach skalkulowanej ceny oferty. Dysponuje również własną doświadczoną kadrą pracowniczą, zapewniającą sprawne i prawidłowe wykonanie umowy, a jako wykonawca lokalny nie ponosi dodatkowych kosztów na akomodację i aprowizację pracowników. Ponadto całą umowę będzie realizował własnymi siłami, bez pomocy podwykonawców – co również ma znaczenie przy kalkulacji ceny, gdyż nie ponosi dodatkowych kosztów kolejnych podmiotów i nie jest od nikogo uzależniony.

Konkludując, Przystępujący stwierdził, że prawidłowo skalkulował cenę oferty, przy uwzględnieniu zasad prowadzenia działalności gospodarczej, tj. z założeniem zrealizowania umowy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i uzyskania zysku.

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 stanowisko 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.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z wyjaśnień Esoxu wynika, że wynagrodzenie osób wykonujących zasadniczy zakres prac objętych przedmiotem zamówienia będzie odpowiadało rzeczywistej stawce roboczogodziny, którą skalkulował na 45,17 zł. Jest ona zatem znacznie wyższa niż wyliczone w odwołaniu z minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2023 r. stawki godzinowe tzw. brutto brutto, a w dodatku odpowiada średniemu poziomowi stawek robocizny brutto wg Sekocenbudu dla III kwartału 2022 r. dla Zielonej Góry, na które wskazywał jako punkt odniesienia Odwołujący.

Przy czym wysokość wielu kategorii kosztów nie została skwantyfikowana w odwołaniu, a niektóre z wyróżnionych kategorii zostały błędnie zakwalifikowane jako mieszczące się w kosztach robocizny, a nie sprzętu czy materiału. Tym bardziej nie ma zatem podstaw, aby twierdzić, że nie zostaną pokryte przy sposobie rozliczania przewidzianym na potrzeby realizacji tego zamówienia, który nie sprowadza się wyłącznie do stawek i wskaźników procentowe wskazanych w formularzu cenowym oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nawet nie odniósł na rozprawie do tego, że stawki i wskaźniki procentowe określone przez Esox na potrzeby tego zamówienia są wyższe od tych, za które dotychczas wykonywał należycie na rzecz Zamawiającego takie same lub podobne zamówienia na przestrzeni ostatnich kilku lat, a jednocześnie zbieżne z dokonany przez Zamawiającego z należytą starannością oszacowaniem wartości tego zamówienia. Tym samym okoliczności te – abstrahując od tego, że znajdują oparcie w dowodach załączonych do odpowiedzi na odwołanie lub wynikających z dokumentacji tego postępowania – na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp należało ocenić jako przyznane przez Odwołującego.

Odwołanie w przeważającej mierze rzeczywiście polega na powtarzaniu tych samych okoliczności i argumentów, co w poprzedniej sprawie odwoławczej, co jednak mogło być wystraszające dla wykazania zasadności wezwania Esoxu do wyjaśnień, ale już nie

w kontekście oceny ich treści, której zresztą w najistotniejszym zakresie Odwołujący nie znał. Mimo to zdecydował się na jednoczesne skarżenie zarówno ich nieudostępnienia w tym zakresie, jak i nieodrzczenia oferty Esoxu jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo że mógł ten drugi zarzut uczynić ewentualnym w stosunku do pierwszego zarzutu.

Skorzystał z tego Przystępujący, który odtajniasjąc w całości wyjaśnienia, co prawda przyznał w ten sposób zasadność pierwszego zarzutu odwołania, ale dzięki temu w pełni mógł powołać się w treści pisma procesowego na utajnioną część wyjaśnień, do której Odwołujący nie był w stanie odnieść się merytorycznie na rozprawie.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp, gdyż nie wykazał, że Zamawiający powinien ocenić złożone w trybie art. 224 ust. 1 pzp przez Esox wyjaśnienia jako niewykazujące braku rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w aspekcie kosztów pracy, które legły u podstaw skalkulowania stawek i wskaźników określonych w tabeli formularza cenowego.

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.

Jednakże w tej sprawie kluczowe znaczenie ma rozważenie ciężaru dowodu w przypadku stawiania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia, w kontekście granic kognicji Izby, a więc ustalenie, co wynika dla tej sprawy z relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 ustawy pzp [poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a ustawy pzp z 2004 r.] do przepisu art. 555 ustawy pzp [poprzednio art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.].

Według art. 534 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2).

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 pzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku 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 o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Zatem zarzut naruszenia tych przepisów, aby mógł być skuteczny, nie może sprowadzać się do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie da się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia

strat, czy też, że wyjaśnienia, niezależnie od ich treści, nie mogły wytłumaczyć tak niskiej ceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalałyby na wyprowadzenie takiego wniosku.

Nawet w sytuacji, gdy Odwołujący zdecydował się podnieść częściowo w ciemno zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień, nie powinno sprowadzać się to do *de facto* postulowania, aby Izba niejako z urzędu wszechstronnie zbadała te wyjaśnienia. Odwołujący co prawda sprecyzował, na ile był w stanie, jakimi hipotetycznie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, ale okazało się to zupełnie nieprzystające do utajnionej części wyjaśnień. Jak to ustalono powyżej, nawet według danych zawartych w uzasadnieniu odwołania, Przystępujący sprostował ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym parafrazując stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie zaprezentowane w ramach uzasadnienia wyroku z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21, zawarta w złożonych wyjaśnieniach kalkulacja nie może być uznana za niewiarygodną. O ile oczywiście jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie.

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: „popzednio 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 przesądzone, 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 w 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].

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.

W przypadku uznania, że informacje powinny zostać odtajnione, organ rozpoznający odwołanie winien ocenić, czy nieujawnienie owych informacji pozbawiło odwołującego możliwości wniesienia skutecznego środka prawnego. W takiej sytuacji konieczne jest albo uchylene decyzji o udzieleniu zamówienia, albo uznanie, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia, przy czym bieg terminu na jego wniesienie rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

Jednakże w tej sprawie kluczowe znaczenie ma, że z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania Odwołujący pozbawił się niejako możliwości skorzystania z ochrony prawnej w zakresie dotyczącym dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oferty. Odwołujący kwestionował bowiem brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez Przystępującego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a w konsekwencji brak odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Co wymaga podkreślenia, Odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierających do odrzucenia oferty Przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Odwołujący, domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę już na obecnym etapie zarzutów dotyczących dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępującego dotyczących ceny jego oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy wobec niezasadności zarzutu odnoszącego się do niewykazania przez Przystępującego braku rażąco niskiej ceny oferty, Odwołujący utracił możliwość ponownego ich podnoszenia w przypadku ujawnienia mu w całości wyjaśnień ceny. Zatem ujawnienie przedmiotowej tajemnicy nie miało żadnego wpływu na tok dalszego postępowania, a w konsekwencji jego wynik.

Takie stanowisko w analogicznych uwarunkowaniach procesowych wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 maja 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 43/22, co odpowiada zapatrywaniu od lat prezentowanemu przez skład orzekający Izby. Co jest tym bardziej aktualne w sytuacji, gdy – jak w tej sprawie – Odwołujący częściowo znał

wyjaśnienia, a co więcej na rozprawie twierdził, że odtajniona część wyjaśnień jest bez znaczenia dla zasadności zarzutów odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zd. w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 1 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 tymi kosztami – na które złożyły się: wpis uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem) – Odwołującego.