

Sygn. akt: KIO/KU 24/21

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 15 grudnia 2021 roku**

Po rozpatrzeniu w dniu 15 grudnia 2021 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 25 listopada 2021 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. znak: DKZP.WKZ1.442.55.2021.AO,

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Członkowie: Katarzyna Poprawa  
Małgorzata Rakowska**

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Kontrolujący” lub „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę doraźną w sprawie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp2004”).

W wyniku kontroli sporządzony został Protokół Kontroli Doraźnej (dalej „Protokół”) oraz Informacja.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), dalej: „znk”, poprzez zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego załączników nr 4-7 do pisma Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy

W uzasadnieniu powyższych naruszeń, Prezes UZP wskazał, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

1. załączniki nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. stanowiące dokumenty dotyczące materiałów, które będą użyte do realizacji zadania:
  - a) Odn. materiału, z którego wykonana będzie powłoka: karty techniczne, deklaracje zgodności, klasyfikacja p.poż,
  - b) Odn. opraw głównych: deklaracja zgodności, karta techniczna,
  - c) Odn. granulatu: dokument potwierdzający, że granulat po jego wymianie spełnia minimalne parametry określone w projekcie wykonawczym wymiany granulatu gumowego na boisku piłkarskim ze sztucznej nawierzchni przy alei Mireckiego: karta techniczna granulatu,

d) Odn. systemu grzewczo-nadmuchowego: deklaracja wykonawcy potwierdzająca, że system grzewczo nadmuchowy nadaje się do ogrzewania hal pneumatycznych i spełnia normę wykazaną w projekcie,

2. całość informacji zawartych w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2020 r. w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp2004 do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w celu ustalenia czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Ad 1. W piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zawarł następujące uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa: Niniejszym oświadczamy, że zastrzegamy dokumenty wymienione w pkt 4-7 niniejszego pisma i nie mogą być one udostępnione. Dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierają informacje techniczne i technologiczne. Środki podjęte przez nas celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą zostały zachowane: cyfrowe zabezpieczenie cyfrowych danych firmy, oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności. Odpowiednio oznakowane informacje poufne dopięto w oddzielnym skoroszycie.

Prezes UZP wskazał, że pismem z dnia 10 września 2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004 Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., wskazując przyczyny tego zastrzeżenia, gdyż w ocenie Zamawiającego w ww. piśmie brak jest takiego uzasadnienia. W piśmie z dnia 10 września 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. wyjaśnił, iż: Tajemnica przedsiębiorstwa stanowi kluczowe aktywa każdej firmy. Decyduje o pozycji na rynku i zdolności do zarabiania pieniędzy i zdolności należytej realizacji podjętych zobowiązań. Wykonawca oświadczył, że przyczynę zastrzeżenia części dokumentów złożonych na wezwanie tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnia fakt, że nie jest powszechnie dostępna wiedza, z kim, w jakim zakresie, na jakich warunkach, i z wykorzystaniem których dokładnie materiałów, technologii i rozwiązań realizujemy konkretne zamówienia. Wykonawca wskazał, że związany jest zasadami poufności względem naszych partnerów handlowych, także przez wzgląd, na ich interesy z innymi firmami z branży. Tak budowany szacunek i zaufanie zapewnia nam możliwość długotrwałej współpracy z naszymi zaufanymi partnerami handlowymi i należyte wykonanie podjętych zobowiązań. (...)

Następnie Prezes UZP wskazał, że w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. stanowiącym wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. wskazał: Niniejszym oświadczamy, że zastrzegamy wyjaśnienia wraz z załącznikami dotyczące rażąco niskiej ceny. Środki przedsięwzięte przez Gardenię Sport sp. z o.o. celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą zostały zachowane: cyfrowe zabezpieczenie cyfrowych danych firmy, oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności. Powyższe dokumenty oraz wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i wyłączył je z jawności dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp2004 postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 2 ustawy Pzp2004 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 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. W celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest zatem jednoczesne wykazanie przez wykonawcę wystąpienia następujących przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowej procedury), tj.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe przesłanki muszą wystąpić łącznie. Prezes UZP wskazał, że jak wynika z powołanego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych przepisów wynika, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przy tym wyraźnie podkreślić różnicę, pomiędzy „wykazaniem” a „wyjaśnieniem” danej okoliczności.

Prezes UZP wskazał, że w odniesieniu do pierwszej z przytoczonych wyżej przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 znk należy stwierdzić, że zarówno w piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r., jak i z dnia 10 września 2020 r., Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zawarł lakoniczne uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących załączniki nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., tj.: wskazał jedynie, że ww. dokumenty dotyczące materiałów, które będą użyte do realizacji zadania zawierają informacje techniczne i technologiczne, a następnie w piśmie z dnia 10 września 2020 r. doprecyzował, iż objęcie treści ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa jest uzasadnione faktem, iż nie jest powszechnie dostępna wiedza, z kim, w jakim zakresie, na jakich warunkach, i z wykorzystaniem których dokładnie materiałów, technologii i rozwiązań realizujemy konkretne zamówienia oraz zobowiązaniem wynikającym z obowiązku zachowania zasad poufności względem naszych partnerów handlowych, także przez wzgląd, na ich interesy z innymi firmami z branży.

Wobec powyższego Prezes UZP zauważył, iż Wykonawca nie jest producentem wyrobów, których dotyczą zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty w postaci kart technicznych i deklaracji zgodności produktu z normami. Wszystkie produkty, których dotyczą załączniki nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. są produktami ogólnie dostępnymi na rynku, a nie specjalnie zaprojektowanymi i wytworzonymi dla spełnienia wymagań kontrolowanego postępowania. Ponadto, informacje zawarte w tych dokumentach są znane innym firmom działającym w tej branży, a także (w części) udostępnione na stronach internetowych producentów.

Odnosząc się do kwestii utajnienia informacji o producentach, z którymi Wykonawca współpracuje, Prezes UZP zaznaczył, iż nie jest to informacja o charakterze technicznym, technologicznym, czy też dotyczącym organizacji przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wyjaśnił również w jaki sposób wiedza ta ma wartość handlową, tzn. w jaki sposób ujawnienie powyższej informacji konkurencji może zaszkodzić interesom firmy. Należy zaznaczyć, iż ujawnienie treści załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. spowodowałoby, że potencjalni konkurenci poznaliby producentów/dystrybutorów, z którymi Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. współpracuje, ale nie szczegółowe warunki współpracy pomiędzy tymi firmami. Należy zaznaczyć, iż wymagania co do jakości oferowanych materiałów, technologii czy konkretnych rozwiązań są już zawarte w dokumentacji projektowej i technicznej — i w tym zakresie są one znane już wszystkim wykonawcom na etapie wszczęcia

postępowania, tym bardziej trudno ocenić w jaki sposób ujawnienie kart technicznych, certyfikatów czy też deklaracji zgodności z normami mogłoby wpłynąć na wiedzę konkurencji o używanej przez Wykonawcę technologii lub jakości materiałów budowlanych. Natomiast, w kwestii zachowania zasad poufności względem partnerów handlowych, Prezes UZP wskazał, że Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie przywołał żadnych konkretnych zapisów umów zawartych z producentami/dystrybutorami, z którymi współpracuje, ani też nie załączył do pisma kopii takich dokumentów.

Ponadto, Prezes UZP zauważył, iż w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004, pismem z dnia 14 września 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. przekazał Zamawiającemu:

- 1) oświadczenie dystrybutora, potwierdzające, że oferowana przez nas tkanina powlekana PCW 745 Polyplan Ten Light nadaje się do stosowania w konstrukcjach hal pneumatycznych montowanych pod siecią lin stalowych,
- 2) dokument poświadczający trudnozapalność granulatu- Sprawozdanie z badań reakcji na ogień oraz atest PZH potwierdzający, że zaproponowany granulát przeznaczony jest do stosowania w obiektach zamkniętych, bez jednoczesnego zastrzeżenia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. A zatem, w dniu 14 września 2020 r. ujawnił materiały i producentów, z którymi współpracuje — tym samym podważył wiarygodność złożonych pismem z dnia 28 sierpnia i 10 września 2020 r. wyjaśnień dotyczących objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących załączniki nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP, uzasadnienie wykonawcy zawarte w pismach z dnia 28 sierpnia i 10 września 2020 r. nie zawiera żadnych innych argumentów mających wykazać zasadność kwalifikacji zastrzeganych informacji jako informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innym posiadającym wartość gospodarczą. Uzasadnienie wykonawcy w powyższym zakresie zawiera wyłącznie ogólne stwierdzenia powielające w istocie treść sformułowań zawartych w art. 11 ust. 4 znk. Natomiast, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że konkretne informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz w załączanych dokumentach w danym postępowaniu stanowią informacje o charakterze określonym w art. 11 ust. 4 znk. W uzasadnieniu Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. brak odniesienia do informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, np. dlaczego zastrzegane informacje posiadają istotną wartość gospodarczą,

a ich ujawnienie może zaszkodzić interesom prowadzonym z kontrahentami, czy też brak przywołania zapisów umów zawartych z dystrybutorami/producentami, w których zastrzeżono poufność informacji. Informacja, której wartość gospodarcza wynika jedynie z faktu braku dostępu do niej pozostałych wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie podlega ochronie na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004. Powołując się na kwestię wartości handlowej wykonawca zobowiązany był do przekonującego wykazania obiektywnej wagi zastrzeganych informacji, niesprowadzającej się jedynie do zwiększenia sobie szans uzyskania zamówienia, na które prowadzone jest bieżące postępowanie. Ze względu na lakoniczne uzasadnienie powyższej przesłanki, pozbawione konkretnych argumentów nawiązujących chociażby w minimalnym stopniu do treści zastrzeganych informacji należy stwierdzić, iż uzasadnienie zastrzeżenia przedstawione w odniesieniu do pierwszej przesłanki wskazanej w przepisie art. 11 ust. 4 znk było daleko niewystarczające, ażeby móc stwierdzić, iż doszło do jej wykazania.

Natomiast, w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, Prezes UZP wskazał, że Wykonawca wskazał w piśmie 18 sierpnia 2020 r. jedynie środki przedsięwzięte celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą pomijając wskazanie jaki charakter mają zawarte w wyjaśnieniach informacje oraz podstaw braku ujawnienia ich do publicznej wiadomości. W powyższym zakresie w ogóle nie uzasadnił objęcia treści pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. tajemnicą przedsiębiorstwa, tym samym nie wykazując spełnienia przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 pkt 1 i 2 znk. Zdaniem Prezesa UZP w podobny sposób należy ocenić uzasadnienie dotyczące trzeciej przesłanki — podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji — w zakresie dotyczącym utajnienia zarówno załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., jak i wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. Informacje w tej kwestii mają charakter ogólny i nie dostarczają konkretnych argumentów wykazujących podjęcie działań wymaganych w przepisie ustawy o znk. W obu przypadkach Wykonawca podnosi, iż zostały powzięte środki przedsięwzięte celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą tj.: cyfrowe zabezpieczenie cyfrowych danych firmy, oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności. Ograniczenie się do wskazania tego rodzaju ogólnej informacji nie stanowi wykazania ustawowej przesłanki niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. Wykonawca nie wyjaśnił na czym polegają ww. cyfrowe zabezpieczenia cyfrowych danych firmy ani dowodów na ich stosowanie w zakresie obejmującym utajnione w niniejszym postępowaniu dokumenty. Natomiast, w zakresie nałożenia na pracowników zobowiązania w kwestii zachowania poufności informacji, Wykonawca nie doprecyzował w jakiej postaci ww. rozwiązanie zostało uregulowane, tj. czy w stosownych

regulaminach wewnętrznych nakładających na pracowników obowiązek złożenia stosownego oświadczenia, czy w zawartych umowach. Podnoszona przez wykonawcę okoliczność mogła zostać udowodniona poprzez przedłożenie wraz z uzasadnieniem wzoru stosownego oświadczenia, wzoru umowy czy też wyciągu z regulaminu wewnętrznego. Zaniechanie wykazania spełnienia omawianej przesłanki w ten sposób czyni wyjaśnienia w tym zakresie niewystarczającymi i zbyt ogólnymi. Ponadto, w zakresie informacji zawartych w załącznikach nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., Wykonawca pismem z dnia 14 września 2020 r. ujawnił część informacji dotyczących produktów oraz producentów, z którymi współpracuje — a zatem nie powziął wszystkich środków niezbędnych do zachowania poufności tych informacji, które w jego ocenie posiadały wartość handlową.

Prezes UZP wskazał, że mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez ww. Wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż wykazana została zasadność zastrzeżenia omawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i co za tym idzie, zasadność ograniczenia ustawowej zasady jawności postępowania. Tym samym, nie można uznać, że informacje zawarte w załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. dokumentach oraz w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 4 znk poprzez zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego załączników nr 4-7 do pisma Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dalej Prezes UZP wskazał, w okolicznościach kontrolowanej sprawy wystąpiły przesłanki do zastosowania wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp2004, gdyż oferta Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zawierała cenę niższą o 39,78% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Jednocześnie, wątpliwości Zamawiającego mógł budzić również fakt, iż cena oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. była niższa o 27,25% od średniej arytmetycznej cen



wszystkich złożonych ofert. Prezes UZP wskazał, że większość wykonawców w wyjaśnieniach składanych na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 powołuje się na doświadczenie spółki, korzystne warunki współpracy z producentami, sprzyjające warunki finansowania przedsięwzięcia, czy też przyjęty system zarządzania kadrami — co prowadzi do zmniejszenia kosztów pośrednich przedsięwzięcia. W takim wypadku wykonawca oprócz wymienienia elementów wpływających na obniżenie ceny ofertowej bądź kosztów powinien wykazać, jak te okoliczności wpływają na ukształtowanie ceny ofertowej, w szczególności poprzez przedstawienie: własnych kalkulacji elementów wpływających na wysokość ceny, umów zawartych z danymi producentami, szczegółowych kalkulacji związanych z sytuacją finansową spółki wraz ze wskazaniem jak ta sytuacja wpływa na pozycję rynkową spółki w aspekcie konkurencji, informacji o wynagrodzeniach pracowników, ilości zawartych umów o pracę/cywilnoprawnych, przyjętych zasad wynagradzania pracowników oraz jego wpływu na ich wydajność, czy też szczegółowych danych o zasadach współpracy z podwykonawcami.

Odnosząc się do treści złożonych pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r. wyjaśnień Prezes UZP zauważył, że Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie załączył do pisma żadnych dowodów, w tym wyliczeń wskazujących na realność zaoferowanej ceny. Natomiast, treść złożonych oświadczeń jest bardzo ogólna i nie wykazuje jednoznacznie przyczyn skalkulowania ceny oferty niższej o 27,25% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert ani o 39,78% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Sam Wykonawca lakonicznie uzasadnił jedynie oszczędności poczynione przy kalkulacji oferty w wysokości ok. 12-13%. W ocenie Prezesa UZP, wyjaśnienia Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. złożone pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r. nie zawierają wystarczających danych pozwalających na ocenę realności zaoferowanej ceny ani jednoznacznie stwierdzić, skąd wynikają poczynione przez tego Wykonawcę oszczędności przy szacowaniu ceny ofertowej.

Prezes UZP wskazał, że mając na uwadze powyższe, jak i fakt, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, należy stwierdzić, iż Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie wykazał jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zaoferowanie przez niego ceny odbiegającej od innych ofert w postępowaniu oraz całkowitej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Ponieważ, co do zasady wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 można zastosować tylko raz, w niniejszym przypadku Zamawiający nie miał podstaw prawnych do ponownego

wezwania Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym był zobligowany do odrzucenia oferty tego Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004.

Z uwagi na powyższe, Prezes UZP stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 25 listopada 2021 r. do Prezesa UZP Zamawiający zgłosił zastrzeżenia w sprawie ww. naruszeń ustalonych przez Prezesa UZP. We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, iż kontrola została przeprowadzona z naruszeniem art. 608 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, gdyż: w niniejszej sprawie, postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte w dniu 31 marca 2021r. (vide: pismo Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych DKZP. WKZ1.442.55.2021.AO z dnia 31 marca 2021r.), a zatem na podstawie wskazanego wyżej przepisu procedura w tym przedmiocie powinna zostać zakończona nie później niż w dniu 30 września 2021 r. Tymczasem w dniu 29 września 2021r. pismem DKZP.WKZ1.442.55.2021.AO zamawiający został wezwany do przesłania dokumentacji postępowania (z wyjątkiem dokumentów już przekazanych). Zamawiający wykonał to zobowiązanie w dniu 12 października 2021r. Skoro w październiku 2021 r. (tj. po upływie 6 miesięcy od dnia wszczęcia postępowania) Urząd nadal prowadził postępowanie wyjaśniające, to ewidentnie naruszył normę zawartą w art. 608 ust. 3 pzp.

Następnie, Zamawiający podniósł, iż naruszenia wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. były przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2479/20, Izba oddaliła odwołanie. Zamawiający podkreślił, iż: istotnym jest okoliczność, że odwołujący oparł środek zaskarżenia bezpośrednio na zarzucie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pośrednio na uwzględnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do zastrzeżonej przez wykonawcę dokumentacji. Skoro objęte kontrolą doraźną aspekty stanowiły przedmiot postępowania Krajowej Izby Odwoławczej, która nie potwierdziła

zasadności w ten sposób sformułowanych zarzutów, to ustalenia kontrolujących pozostają w oczywistej sprzeczności z tym orzeczeniem. Zdaniem Zamawiającego nie można dopuścić do sytuacji, że ocena identycznego stanu faktycznego dokonana w obrębie właściwości rzeczowej tego samego organu doprowadziła do odmiennych wniosków bądź wzajemnie wykluczających się ustaleń. Jeżeli przyjmie się w pełni uzasadnioną tezę, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążący dla stron, bo weryfikuje prawidłowość czynności zamawiającego przeprowadzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w aspekcie zgłoszonych w odwołaniu zarzutów, to trudno negować to orzeczenie poprzez czynności kontroli doraźnej (zresztą najprawdopodobniej wszczętej wskutek wniosku podmiotu niezadowolonego z tego orzeczenia).

Odnosząc się do kwestii prawidłowości zastrzeżenia przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o. i Garapena Sp. z o.o. dokumentacji technicznej jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004, Zamawiający podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu zostały spełnione wszystkie obowiązki wynikające z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 oraz art. 11 ust. 2 znk, gdyż:

1. Zamawiający przeanalizował, zbadał i ocenił zgłoszone przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym świadczy m.in. wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień (pismo DYR./455/2020 z dnia 10 września 2020 r.);
2. Wykonawca skutecznie zastrzegł część dokumentów objętych ofertą wykazując, iż zastrzeżone informacje spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym w rozumieniu art. 2 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Zastrzeżone informacje są bowiem: poufne, wartościowe, chronione oraz nie stanowią powszechnie dostępnej wiedzy i mają wartość gospodarczą. Ponadto, Wykonawca wyjaśnił, iż: dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnione jest tym, iż przedłożone dokumenty / informacje nie stanowią powszechnie dostępnej wiedzy, z kim, w jakim zakresie, na jakich warunkach i z wykorzystaniem jakich materiałów, technologii i rozwiązań realizuje konkretne zamówienie. Przystępujący zobowiązany jest do zachowania zasad poufności względem jego partnerów handlowych, także przez wzgląd na ich interesy. Zbudowany przez to wzajemny szacunek i zaufanie zapewnia mu możliwość długotrwałej współpracy z partnerami handlowymi i należyte wykonywanie zobowiązań.

W związku z powyższym, Zamawiający wyjaśnił, że w momencie oceny dokonanej przez wykonawcę zastrzeżenia nie posiadał specjalistycznej wiedzy dotyczącej procesu produkcyjnego, kosztów, materiałów, technologii, kontaktów handlowych etc., które mogły mieć istotne znaczenie przy realizacji zamówienia. Nie są to bowiem informacje ogólnodostępne. Zamawiający nie znał także źródeł skąd można taką wiedzę uzyskać. Zamawiający ocenił zatem, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie są publicznie dostępne i mogą stanowić dla niego wartość gospodarczą pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży. W oparciu o zastrzeżone dane, konkurencyjne podmioty byłyby w stanie oszacować cenę jaką wykonawca może przedstawić w organizowanych przetargach. Wiedza w tym zakresie na pewno stanowi wartość gospodarczą stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i jako taka nie powinna podlegać odtajnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...). Według Zamawiającego wykonawca wykazał, że załączniki nr 4 -7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. i całość informacji zawartych w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. ma obiektywnie charakter informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej lub innej posiadającej realnie określoną wartość gospodarczą. Dodatkowo wykonawca wyjaśnił, że w stosunku do tych informacji podjął działania zmierzające do zachowania ich w tajemnicy. W efekcie w toku postępowania zamawiający zasadnie przyjął, iż zaistniały obie wyżej wskazane przesłanki determinujące uznanie dokumentacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno zatem negować decyzję zamawiającego w zakresie odmowy udostępnienia tych informacji na podstawie art. 8 ust. 3 pzp2004 w związku z art. art. 11 uznk i zarzucać zamawiającemu naruszenie wyżej wymienionych przepisów. (...)

Ponadto, w ocenie Zamawiającego zawarte w Informacji o wyniku kontroli z dnia 16 listopada 2021 r. tezy w zakresie oceny prawidłowości zastrzeżenia przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o. i Garapena Sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią wyłącznie polemikę z zebranymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami Wykonawcy i dokonaną przez Zamawiającego oceną, która opiera się na subiektywnej interpretacji przepisów art. 11 znk i nie uwzględnia aspektu, iż ujawnienie informacji związanych z działalnością przedsiębiorcy może wywołać negatywne konsekwencje zarówno dla Wykonawcy (zachwianie pozycji rynkowej), jak i Zamawiającego (postępowanie sądowe o odszkodowanie).

Odnosząc się do ustaleń dotyczących rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazał, iż: osoby kontrolujące najprawdopodobniej nie zadały sobie trudu aby sprawdzić czy wykonawca zrealizował zamówienie oraz zweryfikować wysokość uiszczonego na rzecz wykonawcy wynagrodzenia z tego tytułu. Zdaniem zamawiającego, w stosunku do następczego badania aspektu rażąco niskiej ceny w ramach zamówienia wykonanego należy w szczególności

sprawdzić czy w toku realizacji zamówienia (w tym wypadku robót budowlanych) nastąpiła zmiana ceny kontraktowej oraz czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową i techniczną. Analiza w tym przedmiocie daje bowiem jednoznaczną odpowiedź:

- Jeżeli wykonawca należycie wykonał zamówienie za zaoferowane wynagrodzenie — to oznacza, iż określona w toku postępowania u udzielenie zamówienia publicznego cena nie może być uznana za rażąco niską.
- Jeżeli w toku procesu budowlanego nie wystąpiły okoliczności skutkujące podwyższeniem wartości zamówienia (np. roboty dodatkowe) lub zasadnością przyjęcia rozwiązań zamiennych (pod względem techniczno-budowlanym) — to oznacza, że cena wykonawcy nie była rażąco niska.
- I odwrotnie, całkowicie nieracjonalnym i nielogicznym byłoby uznanie jako rażąco niską cenę - wysokość wynagrodzenia wykonawcy, który w całości, należycie i bez zmian technicznoprojektowych wykonał roboty budowlane za wynagrodzeniem, które złożył w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie zamawiający w dniu 22 grudnia 2020r. zawarł z wykonawcą umowę o roboty budowlane nr Z/121/2020/MOSiR za wynagrodzeniem w wysokości: 1.279.562,89 zł netto. Integralną częścią podpisanego kontraktu były: projekt techniczny i wykonawczy oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Objęta tą umową inwestycja została wykonana w całości, co potwierdza protokół odbioru końcowego robót budowlanych. W trakcie realizacji robót budowlanych nie nastąpiły jakiegokolwiek zmiany techniczno-projektowe, nie wystąpiły okoliczności uzasadniające zlecenie wykonawcy robót dodatkowych lub robót zamiennych, wreszcie nie zaistniały przesłanki dla podwyższenia wynagrodzenia kontraktowego. Wykonawca zatem w całości wykonał roboty budowlane (zamówienie) bez zmian, odstępstw za wynagrodzeniem objętym zawartą umową. Fakt ten wskazuje, że zaoferowane przez wykonawcę wynagrodzenie było ekonomicznie i rynkowo uzasadnione, należycie skalkulowane, za które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej można należycie wykonać przedmiot umowy.

Następnie, Zamawiający podkreślił, iż przepisy prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, a przepisy art. 90 ustawy Pzp formułują jedynie w stosunku do zamawiającego obowiązek oceny czy zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, a także kreują obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający wykonał powyższe obowiązki i w oparciu o otrzymane od wykonawcy

wyjaśnienia (pismo z dnia 18 sierpnia 2020 r.) ocenił, że wykonawca jest w stanie wykonać roboty budowlane za zaoferowane wynagrodzenie, pomimo iż jego wysokość jest niższa od cen zawartych w innych złożonych ofertach. Zamawiający uznał, że nie wystąpiły przesłanki obligujące go do odrzucenia oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004, gdyż wykonawca złożył wyjaśnienia, a zamawiający po ocenie wyjaśnień uznał, że realizacja zamówienia nie jest zagrożona (jak się okazało w toku realizacji robót budowlanych — ocena ta była w pełni uzasadniona). Zatem, skoro w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ocena zamawiającego w tym przedmiocie okazała się słuszna i nie została wzruszona przy wykorzystaniu dopuszczonych przez przepisy środków zaskarżenia, to w ramach następczej (po wykonaniu inwestycji) kontroli doraźnej zamówienia - Urząd nie powinien tej okoliczności badać. Ewentualnie Urząd powinien uznać, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia wykonawcy, przez co wykonał zamówienie za kwotę niższą o prawie 0,5 mln złotych oraz działał zgodnie z nałożonymi na niego przez przepisy ustawy o finansach publicznych zasadami gospodarności i oszczędności. Przyjęcie odmiennego założenia prowadzi do absurdalnego stwierdzenia, że Urząd Zamówień Publicznych neguje zweryfikowane przez rynek działania instytucji publicznej, które doprowadziły do należytego wykonania inwestycji za możliwie najniższą kwotę wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający wniósł o uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń poprzez przyjęcie, iż nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 4 znk oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes UZP w piśmie z dnia 8 grudnia 2021 r. podtrzymał swoje stanowisko. Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wszcząć, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast, w myśl przepisu art. 608 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie wyjaśniające stanowi wstępny etap kontroli doraźnej i ma na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 608 ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie wyjaśniające musi zostać zakończone bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 6 miesięcy od dnia wszczęcia kontroli doraźnej. Przepis art. 609 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje bezpośrednio, że kontrola doraźna składa się z dwóch etapów, tj. postępowania wyjaśniającego oraz postępowania kontrolnego. Termin określony w art. 608 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się jedynie do postępowania wyjaśniającego, stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej. Zgodnie z art. 608 ust. 2 oraz art. 609 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zakończeniem kontroli doraźnej po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego jest przekazanie informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli Zamawiającemu lub Wnioskodawcy. Natomiast, zakończeniem

drugiego etapu kontroli — w przypadku wystąpienia uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania — jest doręczenie Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, przy czym zgodnie z art. 609 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia zastrzeżeń, o których mowa w art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Prezes UZP wskazał, że pismem z dnia 30 marca 2021 r. zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające w sprawie przeprowadzonego przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu postępowania o udzielenie zamówienia mającego za przedmiot „budowę zadania boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej i infrastruktury towarzyszącej na terenie Kompleksu Sportowego przy alei Mireckiego 31 w Sosnowcu”. Pismem z dnia 27 września 2021 r., Zamawiający został poinformowany o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej w przedmiotowej sprawie, w związku z uzasadnionym przypuszczeniem, że doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż w dniu 27 września 2021 r. zakończono pierwszy etap kontroli doraźnej, tj. postępowanie wyjaśniające, oraz rozpoczęto postępowanie kontrolne stanowiące drugi etap kontroli doraźnej, którego zakończeniem jest przekazanie Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, bądź — w przypadku wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli — informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń przez Prezesa Urzędu. Zatem, zarzut naruszenia art. 608 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezakończenie postępowania wyjaśniającego w terminie 6 miesięcy od wszczęcia kontroli doraźnej należy uznać za niepotwierdzony.

Odnosząc się do kwestii rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą kwestii naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. Prezes UZP wskazał, że w dniu 29 września 2020 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawcę InterHall Sp. z o.o. Odwołujący Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum Gardenia Sport i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum Gardenia Sport i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdziły złożone wyjaśnienia.

Wyrokiem z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2479/20, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W wyroku Izba nie rozstrzygała merytorycznie kwestii zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę części dokumentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ani prawidłowości oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem, zarzut sprzeczności ustaleń poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz Prezesa Urzędu w toku kontroli doraźnej należy uznać za bezzasadny, Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, treść uzasadnienia wyroku nie zabraniała Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpienia do ponownego badania oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. w kontekście art. 8 ust. 3 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004, po dniu 23 listopada 2020 r., gdyż powyższe kwestie nie zostały merytorycznie rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 23 listopada 2020 r. Jednocześnie Prezes UZP zauważył, iż Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Wykonawcy InterHall Sp. z o.o., bowiem z uwagi na zastrzeżenie dokumentacji technicznej oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca nie był w stanie przedstawić dowodów na potwierdzenie zarzutów dotyczących naruszenia: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004, natomiast w myśl art. 180 ust. 2 ustawy Pzp2004, w niniejszym przypadku odwołanie nie przysługiwało na okoliczność utajnienia dokumentacji przez Wykonawcę w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004. Zatem, w związku ze stwierdzonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znk, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2479/20, jedynie dowodzi, iż poprzez zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego załączników nr 4-7 do pisma Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa — Zamawiający ograniczył innym Wykonawcom weryfikację oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. oraz możliwość skorzystania z przysługującym im środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp2004.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego o spełnieniu obowiązków wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 oraz zasadności zastrzeżenia wskazanych przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa Prezes UZP wskazał, że w piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zastrzegł informacje zawarte



w załącznikach nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa podając, że: dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierają informacje techniczne i technologiczne. Środki podjęte przez nas celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą zostały zachowane: cyfrowe zabezpieczenie cyfrowych danych firmy, oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności. Odpowiednio oznakowane informacje poufne dopięto w oddzielnym skoroszybie. Pismem z dnia 10 września 2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004 Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., wskazując przyczyny tego zastrzeżenia, gdyż w ocenie Zamawiającego w ww. piśmie brak jest takiego uzasadnienia. Prezes UZP w całości podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes UZP wskazał ponadto, że Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie jest producentem materiałów, których dotyczą informacje zawarte w treści załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., wynika bezpośrednio z treści tych dokumentów. Na podstawie tej wiedzy Zamawiający posiadał wystarczające środki do sprawdzenia czy producenci zastrzegli poufność informacji zawartych w załącznikach nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r., choćby sprawdzając na ich stronach internetowych — w tym zakresie nie jest potrzebna żadna specjalistyczna wiedza, na którą powołuje się Zamawiający. Technologia przyjęta do wykonania zamówienia wynika bezpośrednio z założeń dokumentacji projektowej i technicznej przekazanej Wykonawcom wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Ponadto, z treści dokumentacji technicznej, czy też bardzo ogólnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, zawartych w piśmie z dnia 18 sierpnia 2021 r., nie wynikają żadne konkretne informacje dotyczące kontaktów handlowych. W związku z powyższym wskazanie przez Zamawiającego, że nie posiadał wiedzy specjalistycznej do zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w następstwie czego stwierdził, że nie są to informacje ogólnodostępne, a także przyznanie się Zamawiającego, że nie znał źródeł pozyskania takiej wiedzy — pozwala zakwestionować czy w ogóle doszło do badania treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Prezesa UZP, nie można ocenić treści wyjaśnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa bez jednoczesnego odwołania się do treści przekazanych dowodów ani treści tych dokumentów i oświadczeń, które miałyby być zastrzeżone jako poufne. Ocena zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podlega bowiem badaniu w kontekście art. 11 ust. 4 znk, w tym poprzez określenie charakteru informacji oraz dostępności tej informacji dla osób działających w danej branży. Powyższe badanie musi nastąpić w oparciu o treść zastrzeganej informacji, przy uwzględnieniu kwestii czy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 znk spełnia dokument jako całość, czy tylko poszczególne, zawarte w nim informacje. Z uwagi na powyższe,

należy zastanowić się czy Zamawiający oceniając podstawy do zastosowania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 oparł się jedynie na treści samych wyjaśnień Wykonawcy dotyczących wystąpienia przestanków zastrzeżenia załączników nr 4-7 do pisma Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa — bez analizy informacji zawartych w tych dokumentach oraz bez dowodów uprawdopodobniających, że zostały spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 znk, gdyż Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie przedłożył takich dowodów w trakcie trwania postępowania.

Jednocześnie Prezes UZP wskazał, iż w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, Wykonawca wskazał w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. jedynie środki przedsięwzięte celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą pomijając wskazanie jaki charakter mają zawarte w wyjaśnieniach informacje oraz podstaw braku ujawnienia ich do publicznej wiadomości. Należy zatem uznać, iż w powyższym zakresie w ogóle nie uzasadnił objęcia treści pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. tajemnicą przedsiębiorstwa, tym samym nie wykazując spełnienia przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 znk.

W ocenie Prezesa UZP, mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. należy stwierdzić, że Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez ww. Wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż wykazana została zasadność zastrzeżenia omawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i co za tym idzie, zasadność ograniczenia ustawowej zasady jawności postępowania. Tym samym, nie można uznać, że informacje zawarte w załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. dokumentach oraz w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zatem, w niniejszym przypadku odtajnienie informacji zawartych w treści załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. nie wywołałoby negatywnych konsekwencji ani dla Wykonawcy — treść zastrzeżonej dokumentacji technicznej nie ma waloru poufnej, a wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny są ogólne i nie zawierają szczegółowych kalkulacji cenotwórczych ani warunków współpracy z producentami/dystrybutorami materiałów — ani dla Zamawiającego — w trakcie ewentualnego procesu sąd uwzględni, iż czynności podjęte przez

Zamawiającego były zgodne z przepisami ustawy Pzp2004. Natomiast, obawa przed ewentualnym postępowaniem odwoławczym nie może stanowić uzasadnienia do naruszania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego, że zawarte w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 4 znk są wyłącznie polemiką z zebranymi przez zamawiającego wyjaśnieniami wykonawcy i dokonaną przez niego oceną, a polemika ta opiera się na subiektywnej interpretacji przepisów art. 11 znk, Prezes UZP wskazał, iż w oparciu o art. 605 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Zatem, stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. naruszenia oparto na ustalonym stanie faktycznym sprawy w oparciu o całość dokumentacji postępowania przekazaną przez Zamawiającego oraz złożone przez niego wyjaśnienia, w tym m. in. treść złożonej oferty, dokumentów i oświadczeń złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. oraz korespondencję Zamawiającego prowadzoną w trakcie postępowania. Ponadto, subiektywna interpretacja przepisów art. 11 znk została w niniejszym przypadku oparta na dorobku doktryny, przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu kontrolach oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W zakresie stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 Prezes UZP podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes UZP wskazał, iż w momencie oceny realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie posiadał obecnej wiedzy, czy za zaoferowaną przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. cenę można należycie wykonać zamówienie, bez ponoszenia ze strony Wykonawcy nadmiernych kosztów, a ponadto uzyskując chociażby minimalny zysk. Ocena poprawności działań Zamawiającego przy ustalaniu czy Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zaoferował rażąco niską cenę musi zostać rozpatrzona na etapie trwania postępowania, bowiem w tamtym momencie Zamawiający, w oparciu o same wyjaśnienia Wykonawcy, powinien stwierdzić, czy dostarczone informacje i dowody pozwalają na stwierdzenie, że oferowana cena nie jest ceną dumpingową, W niniejszym przypadku, z uwagi na bardzo ogólne wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie poparte żadnymi dowodami czy też kalkulacjami, wyjaśnienia zawierające uzasadnienie zaoferowania ceny niższej od konkurencji tylko o 12-13%, podczas gdy cena ofertowa Wykonawcy Konsorcjum

firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. była niższa o 27,25% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert oraz o 39,78% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług — Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004, bowiem z treści złożonych wyjaśnień nie wynikała realność wykonania zamówienia. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż przywoływanie przez Zamawiającego opłaconych faktur za realizację zamówienia, w celu usprawiedliwienia naruszenia ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie wykazał na etapie trwania postępowania jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarczył wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, należy uznać za niezrozumiałe, gdyż w kontrolowanym postępowaniu nie powinno w ogóle dojść do podpisania umowy z Wykonawcą Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o., gdyby Zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto Prezes UZP wskazał, że przywołane przez Zamawiającego dowody w postaci kopii opłaconych faktur nr 01/04/21 i 02/08/21 oraz protokołu odbioru końcowego potwierdzają, że zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z umową, bez podwyższenia wysokości wynagrodzenia wskazanego w ofercie, jednakże nie zawierają informacji czy w związku z wynagrodzeniem niższym o 27,25% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz o 39,78% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie wykonał zamówienia poniżej kosztów własnych oraz czy ww. wynagrodzenie wygenerowało zakładany przez niego zysk. Należy podkreślić, iż dopiero rozstrzygnięcie tych kwestii pozwoliłoby Zamawiającemu na rzetelne ustalenie czy prawidłowo ocenił na etapie trwania postępowania cenę ofertową Wykonawcy Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. jako cenę niewykazującą znamion rażąco niskiej, gdyż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 992/19, cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

***Izba ustaliła i zważyła co następuje:***

Izba, na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Kontrolującemu, Protokołu, Informacji oraz Zastrzeżeń, a także stanowiska Kontrolującego zajętego po złożeniu zastrzeżeń uznała przypisanie Zamawiającemu wskazanych w Informacji naruszeń za zasadne.

Izba podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w Informacji, jak i argumentację dodatkową Kontrolującego, ujętą w piśmie z dnia 8 grudnia 2020 r., uznając ją za własną.

Izba uzupełniająco dodaje, że w zakresie wskazanego przez Zamawiającego uchybienia dotyczącego terminu zakończenia kontroli doraźnej, stanowisko Zamawiającego oparte jest na błędnej interpretacji mających zastosowanie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający bowiem w swoich zastrzeżeniach pomija odrębność postępowania wyjaśniającego, do którego referuje ustawodawca w art. 608 ust. 1 ustawy Pzp i termin ukończenia którego został określony w ust. 3 ww. przepisu ustawy od etapu postępowania kontrolnego. Ustawodawca w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości odnosi termin 6 miesięcy do zakończenia postępowania wyjaśniającego. Z kolei zgodnie z art. 608 ust. 2 oraz art. 609 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zakończeniem kontroli doraźnej po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego jest przekazanie informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli Zamawiającemu lub Wnioskodawcy. Zakończeniem drugiego etapu kontroli — w przypadku wystąpienia uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania — jest doręczenie Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, przy czym zgodnie z art. 609 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia zastrzeżeń, o których mowa w art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, zakończeniem kontroli jest doręczenie Zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. W analizowanym stanie faktycznym postępowanie wyjaśniające zostało zakończone w terminie 6 miesięcy. Jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania zostało wszczęte przez Prezesa UZP w dniu 30 marca 2021 i zakończone w dniu 27 września 2021 r. W konsekwencji, zastrzeżenia Zamawiającego Izba uznała za niezasadne.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, Izba również uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie i w całości podziela stanowiska Kontrolującego. Izba zaznacza, że w wyroku o sygn. akt: KIO 2479/20 Izba nie rozstrzygała merytorycznie kwestii zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę części dokumentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ani prawidłowości oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem, zarzut sprzeczności ustaleń poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej należy uznać za bezzasadny.

Ponadto zdaniem Izby, Prezes UZP prawidłowo uznał, że wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie wykazał zasadności zastrzeżenia spornych dokumentów jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, iż momencie dokonywania oceny nie posiadał specjalistycznej wiedzy na temat procesu produkcyjnego, kosztów, materiałów, technologii, kontaktów handlowych, które mogły mieć istotne znaczenie dla realizacji zamówienia. Izba wskazuje po pierwsze, że twierdzenia Zamawiającego mają tak ogólny charakter, że nie sposób nawet domniemywać jak należałby je odnieść do informacji zastrzeżonych przez konsorcjum Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. Po drugie, zastrzeżone przez konsorcjum informacje to dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, które to podmioty są dysponentem informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, nie zaś wykonawca. Po trzecie, technologia przyjęta do wykonania zamówienia wynika bezpośrednio z założeń dokumentacji projektowej i technicznej przekazanej Wykonawcom wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, której autorem jest przecież Zamawiający. Po czwarte, wskazanie przez Zamawiającego, że nie posiadał wiedzy specjalistycznej do zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w następstwie czego stwierdził, że nie są to informacje ogólnodostępne, a także przyznanie się Zamawiającego, że nie znał źródeł pozyskania takiej wiedzy — pozwala zakwestionować czy w ogóle doszło do badania treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po piąte Izba wskazuje, że ogólne twierdzenia Zamawiającego o zakazanie ujawnienia informacji dotyczących działalności przedsiębiorstwa nie mogą stanowić argumentacji do ograniczenia zasady jawności postępowania. Izba podkreśla, że wykonawca konsorcjum Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. nie wykazał w jakikolwiek logiczny i spójny sposób obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Zamawiający zaś w treści zastrzeżeń niejako powieliła ogólność i lakoniczność stanowiska wykonawcy uzasadniając swoje postępowanie. Należy raz jeszcze podkreślić, że ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie jakie konkretnie

informacje, w jaki sposób, w przypadku ich ujawnienia, mogą wpłynąć negatywnie na pozycję wykonawcy na rynku i powodować bliżej zdefiniowane i określone negatywne skutki. Takich okoliczności konsorcjum nie wykazało. Tym samym, nie można uznać, że informacje zawarte w załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. dokumentach oraz w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez Zamawiającego, zaś ich nieujawnienie stanowiło naruszenie przepisów wskazanych przez Prezesa UZP.

Odnosząc się zaś do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących stwierdzonego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, również w tym zakresie Izba uznała zastrzeżenia Zamawiającego za niezasadne. Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP. Okoliczności na jakie powołuje się Zamawiający tj. prawidłowe wykonanie umowy przez wykonawcę nie mają znaczenia dla oceny stwierdzonych przez Prezesa UZP naruszeń. Izba podkreśla, że w momencie oceny realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie posiadał obecnej wiedzy, czy za zaoferowaną przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. cenę można należycie wykonać zamówienie, bez ponoszenia ze strony Wykonawcy nadmiernych kosztów, a ponadto uzyskując chociażby minimalny zysk. Ocena poprawności działań Zamawiającego przy ustalaniu czy Wykonawca Konsorcjum firm: Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. zaoferował rażąco niską cenę musi zostać rozpatrzone na etapie trwania postępowania, bowiem w tamtym momencie Zamawiający, w oparciu o same wyjaśnienia Wykonawcy, powinien stwierdzić, czy dostarczone informacje i dowody pozwalają na stwierdzenie, że oferowana cena nie jest ceną dumpingową. Zdaniem Izby, bardzo ogólne twierdzenia wykonawcy Gardenia Sport Sp. z o.o., Garapena Sp. z o.o. dotyczące ekonomicznych uwarunkowań realizacji zamówienia nie dawały żadnych podstaw do przyjęcia przez Zamawiającego, iż wykonawca wykazał realność i rynkowy charakter ceny jaką zaproponował za realizację zamówienia. Zdaniem Izby, z uwagi na przedmiot zamówienia, wykonawca miał obowiązek przedłożyć konkretne wyliczenia kosztów robocizny, liczby roboczogodzin, kosztów materiałów w celu weryfikacji czy przyjęte założenia cenowe odpowiadają uwarunkowanym rynkowym. Bez takich informacji, ocena dokonana przez Zamawiającego miała wyłącznie charakter formalny i pozorny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....