



WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ1.442.55.2021.AO
KND/60/21/DKZP

**Dyrektor Miejskiego Ośrodka Sportu
i Rekreacji w Sosnowcu**

ul. 3 Maja 41

41-200 Sosnowiec

e-mail: sekretariat@mosir.sosnowiec.pl

Szanowny Panie Dyrektorze,

w odpowiedzi na pismo z dnia 25 listopada 2021 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie udzielenia przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu zamówienia mającego za przedmiot „budowę zadaszania boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej i infrastruktury towarzyszącej na terenie Kompleksu Sportowego przy alei Mireckiego 31 w Sosnowcu” (znak sprawy: 10/2020), uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej: „ustawa 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”, oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ1.442.55.2021.AO).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie:

1. 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: G Sp. z o.o., Ga 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 zw. 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 Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 25 listopada 2021 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując w pierwszej kolejności, 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: G Sp. z o.o. i Ga 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: G Sp. z o.o. i G& 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 uiszczanego 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-budowlanych) – 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, należyście i bez zmian techniczno-projektowych 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, należyście skalkulowane, za które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej można należyście 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 Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu 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 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, iż 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.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż 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 zadaszenia 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. należy wskazać, iż w dniu 29 września 2020 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawcę I 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 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 i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że zaofferowana cena ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdziły złożone wyjaśnienia.

W tym miejscu należy podkreślić, iż wartość zamówienia mającego za przedmiot „Budowę zadaszenia boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej i infrastruktury towarzyszącej na terenie Kompleksu Sportowego przy alei Mireckiego 31 w Sosnowcu” nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.).

Wyrokiem z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. Akt KIO 2479/20, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wskazując w uzasadnieniu wyroku, że: zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast pod pojęciem zarzutu odwołania rozumie się nie tylko wskazaną podstawę prawną, lecz przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne, które w ocenie odwołującego wskazują na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Tego rodzaju okoliczności nie zostały w odwołaniu w ogóle przedstawione – tak w odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, jak i niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym brak było w odwołaniu zarzutów, które podlegałyby rozpoznaniu przed Izbą. W konsekwencji powyższego nie podlegały ocenie Izby również dowody, przedstawione przez odwołującego na późniejszym etapie postępowania odwoławczego.

Nie zmienia powyższego stanowiska podnoszona przez odwołującego okoliczność braku możliwości zaskarżenia zaniechania udostępnienia mu dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z prowadzeniem postępowania na podstawie przepisów właściwych dla zamówienia, którego wartość nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Takiego wyjątku od wskazanej powyżej zasady orzekania przez Izbę wyłącznie o zarzutach, które były zawarte w odwołaniu, nie przewidują bowiem przepisy ustawy Pzp. W odniesieniu do tych dokumentów odwołujący skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Na informację przekazaną przez odwołującego w tym trybie zamawiający winien odpowiedzieć, jednakże zarówno odpowiedź negatywna jak i brak odpowiedzi nie może zmienić zakresu kognicji Izby.

Mając na uwadze powyższe Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego, zawartego w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 23 listopada 2020 r., o udostępnienie odwołującemu do wglądu w toku rozprawy dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum G jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wskazywał sam odwołujący, w postępowaniu, którego wartość zamówienia

nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na uznaniu skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie udostępnienia zastrzeżonych dokumentów konkurencyjnemu wykonawcy – art. 180 ust. 2 ustawy Pzp a contrario. Uwzględnienie wniosku odwołującego oznaczałoby rozpoznanie przez Izbę zarzutów, które nie podlegają zaskarżeniu poprzez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Stanowiłoby zatem naruszenie przez Izbę przepisów ustawy Pzp, tym bardziej, że rozpoznanie tych zarzutów miałyby miejsce w drodze czynności faktycznej, a nie wydania przez Izbę orzeczenia.

W odniesieniu do poruszonej przez odwołującego kwestii zasad rozkładu ciężaru dowodu w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny należy podkreślić, że istotnie zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednakże przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy w odwołaniu zostały przedstawione w tym zakresie konkretne i precyzyjne twierdzenia, które następnie zostały w sposób wystarczający wykazane przedstawionymi przez odwołującego dowodami. Tym bardziej zatem ww. przepis nie mógł mieć zastosowania w sytuacji braku skonkretyzowania zarzutów w treści złożonego odwołania.

Z uwagi na powyższe należy podkreślić, iż w wyroku z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2479/20, Krajowa Izba Odwoławcza nie rozstrzygnęła 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: G Sp. z o.o., Ga 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 należy zauważyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Wykonawcy I 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga Sp. z o.o. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać, co następuje.

W piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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.*

Zgodnie z obowiązującą Dyrektywą art. 2 ust. 1 (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych

informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem) tajemnica przedsiębiorstwa oznacza informacje, które spełniają następujące wymogi:

- a) **są poufne** w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji.
- b) **mają wartość handlową** dlatego, że są objęte tajemnicą;
- c) **poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.**

Zastrzeżone przez nas informacje wypełniają powyższe wymogi gdyż:

- a) **nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne** dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji - dostępne są tylko wybranym, zaufanym partnerom handlowym naszych współpracowników i dostawców. My będąc takim zaufanym partnerem nie ujawniamy ogólnie dostępne otrzymanych od producentów materiałów handlowych, często przygotowywanych i zestawianych kompletnie już dla konkretnych realizacji.
- b) **mają wartość handlową** — nie dzielimy się ogólnie dostępnymi informacjami o tym z kim, w jakim zakresie i na jakich warunkach współpracujemy, jakich materiałów i w jakiej technologii użytkujemy. Zastosowane przez nas rozwiązania stanowią wypracowane przez nas know-how i jako takie mają wartość handlową, stanowią więc niejawną informację handlową przedsiębiorstwa.
- c) **Podlegają rozsądnym działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy** - środki podjęte przez nas celem zachowania poufności wszelkich informacji posiadających wartość gospodarczą zostały zachowane: cyfrowe zabezpieczenie cyfrowych danych, oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności.

Odpowiadając więc na Państwa pytanie oświadczamy, 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. Zobowiązani jesteśmy 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. (...)

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.

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, iż ustawodawca wymaga „wykazania” a nie wyjaśnienia przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem, ogólnikowe wyjaśnienia, nie potwierdzone żadnymi dowodami, czy też same twierdzenia Wykonawcy, że dane informacje mają duże znaczenie dla pozycji Wykonawcy na rynku, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, czy też zapewnienia o poufności tych danych – są nie wystarczające do wykazania, że w niniejszym przypadku zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 znk. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 marca 2017 r., KIO 421/17. *od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla "wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy - tak Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15. Podobnie w wyrokach z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15, z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 863/15.*

W niniejszym przypadku wyjaśnienia zastrzeżenia dokumentacji technicznej stanowiącej załączniki do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawierają chociażby odwołania do konkretnych okoliczności uprawdopodobniających, że zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 znk. Wykonawca Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga Sp. z o.o. nie przedłożył również żadnych dowodów wskazujących na charakter poufny zastrzeżonych informacji, nie zawiera żadnych argumentów mających wykazać zasadność kwalifikacji zastrzeganych informacji jako informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innym posiadającym wartość gospodarczą. Należy w tym miejscu zauważyć, 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.

Ponadto należy podkreślić, iż Zamawiający nie odniósł się w ogóle do kwestii, 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: G Sp. z o.o., Ga 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 trudnozapałalność granulatu – Sprawozdanie z badań reakcji na ogień oraz atest PZH potwierdzający, że zaproponowany granulat 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.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej wniesionych pismem z dnia 25 listopada 2021 r. Zamawiający wskazał, 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. (...)

Wobec powyższego należy zaznaczyć, iż fakt, że Wykonawca Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga 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. Należy podkreślić, iż 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 przesłanek zastrzeżenia załączników nr 4-7 do pisma Wykonawcy Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga Sp. z o.o. nie przedłożył takich dowodów w trakcie trwania postępowania.

Jednocześnie należy podkreślić, 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.

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: G Sp. z o.o., Ga 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, uprzejmie informuję, 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: G Sp. z o.o., Ga 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 należy w pierwszej kolejności wskazać, iż definicja rażąco niskiej ceny nie została przytoczona w art. 90 ustawy Pzp2004, lecz ukształtowana poprzez doktrynę i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a tym samym jest wiążąca również dla Zamawiających. Przyjmuje się, że rażąco niską ceną oferty jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością lub cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową.

Ponieważ obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, wyjaśnienia złożone w oparciu o wezwanie wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 powinny doprowadzić do przekonania zamawiającego, iż zaoferowana cena jest ceną realną, rynkową i pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a także zakłada zysk wykonawcy. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2703/18, *dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia wyżej wymienionego domniemania. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych*

oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 powołanej ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie.

W tym miejscu należy wskazać, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004 nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli w wyniku badania ofert zamawiający uzna, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, iż sam fakt złożenia wyjaśnień przez wykonawcę należy traktować na gruncie czysto formalnym, czyli jako dostarczenie do zamawiającego przez wykonawcę w wyznaczonym terminie pisma w odpowiedzi na wezwanie. Następnie wyjaśnienia te podlegają ocenie i jeżeli na podstawie tejże oceny zamawiający przyjmie, że cena oferty nie może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zobowiązany poddać ofertę ocenie merytorycznej. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1479/15, *w sytuacji, gdy odwołujący nie wykazał jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarczył wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu, uzasadniona była czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu odwołującego z postępowania.*

Pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r. Wykonawca Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia dotyczące czynników wpływających na wysokość zaoferowanej ceny bez jednoczesnego dostarczenia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie poczynionych oszczędności, 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. Należy zauważyć, iż sam Wykonawca lakonicznie uzasadnił jedynie oszczędności poczynione przy kalkulacji oferty w wysokości ok. 12-13%. Należy zatem uznać, iż wyjaśnienia Wykonawcy Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga 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.

Uwzględniając 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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.

W tym miejscu należy podkreślić, iż w momencie oceny realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie posiadał obecnej wiedzy, czy za zaoferowaną przez Wykonawcę Konsorcjum firm: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga Sp. z o.o., gdyby Zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy.

Na marginesie, 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: G Sp. z o.o., Ga 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: G Sp. z o.o., Ga 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.*

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego 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 przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Informację w tej sprawie Prezes Urzędu przekazał Panu Dyrektorowi w piśmie z dnia 8 grudnia 2021 r. (znak: DKZP.WKZ1.442.55.2021.AO).

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 15 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 24/21) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.* Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie z art. 610 ust. 5 ustawy Pzp uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej udzielenia przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu 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”. Jednocześnie w za
przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO/KD
24/21).

z

s uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 24/21).