

KND/24/20/DKZP

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej**

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

- Zamawiający:** PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie, Budynek Skylight, XII p. przy ul. Złotej 59,  
PGE Paliwa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1,  
Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Łowieckiej 24,  
w imieniu których postępowanie przeprowadził:  
Departament Zakupów PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 2 CUW w Krakowie  
ul. Ciepłownicza 1  
31-587 Kraków
- Rodzaj zamówienia:** usługi
- Rodzaj procedury:** zamówienie sektorowe
- Przedmiot zamówienia:** usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Paliwa Sp. z o.o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A.
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony
- Wartość zamówienia:** 7 633 830,43 zł (1 770 492,02 euro), w zakresie części nr 5:  
2 609 971,60 zł (605 323,10 euro)

**Wszczęcie postępowania:** 23 lipca 2019 r.

**Data udzielenia zamówienia:** 22 listopada 2019 r. (w zakresie części nr 5 zamówienia)

**Środki UE:** nie

**Kontrola doraźna dotyczy części nr 5 zamówienia.**

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: „ustawa Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A(...) który nie wykazał, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z §4 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) poprzez odmowę udostępnienia niezwłocznie dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania nieobjętych wyłączeniem jawności.

**UZASADNIENIE**

Zgodnie z pkt 6 protokołu postępowania Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Paliwa Sp. z o.o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A.* w podziale na 6 części poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej <https://pgeenergiasiepla.eb2b.com.pl> od dnia 23 lipca 2019 r. do dnia 24 grudnia 2019 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 18 lipca 2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 140-346126 w dniu 23 lipca 2019 r.

Zgodnie z pkt 11 protokołu postępowania otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło w dniu 25 września 2019 r. o godz. 11.15. Zgodnie z pkt 12 protokołu postępowania, w zakresie części nr 5 zamówienia wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty	Firma (nazwa oraz adres wykonawcy)	Cena brutto [PLN]
1	A(...)	2.044.897,04
2	S(...)	3.789.755,58
8	G(...)	2.106.182,68
9	M(...)	3.298.494,70
11	EK(...)	5.462.032,58
12	EP(...)	3.663.028,43
13	P(...)	2.468.362,70
14	S(...)	3.165.207,10

W zakresie części nr 5 postępowania najwyższą liczbę punktów uzyskała oferta wykonawcy A(...) i została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W dniu 22 listopada 2019 r. Zamawiający zawarł z wykonawcą A(...) umowę w sprawie zamówienia publicznego w zakresie części nr 5 zamówienia. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 247-611016 w dniu 23 grudnia 2019 r.

#### **Ad 1)**

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż zgodnie z dokumentem pn. „Informacja z otwarcia ofert” z dnia 26 września 2019 r. dla części nr 5 przedmiotowego zamówienia wykonawca A(...) złożył ofertę z ceną całkowitą wynoszącą 2 044 897,04 zł brutto, podczas gdy średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 3 249 745,10 zł brutto, tym samym cena całkowita oferty wykonawcy A(...) była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 30 września 2019 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy A(...) z wezwaniem do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w którym, w zakresie części nr 5 zamówienia wskazano co następuje.

*[...] Również cena całkowita oferty zaoferowana w zakresie części 5 zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w części 5 zamówienia.*

*W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w ramach części 3 i 5 zamówienia, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych*

*dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. nr 200, poz. 1679 z późn. zm.);*

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Pismem z dnia 4 października 2019 r. Zamawiający wyjaśnił w zakresie części nr 5 zamówienia co następuje.

*Mając na uwadze wezwanie nas do wyjaśnień w ramach złożonej oferty, w celu ustalenia, czy zaproponowana przez nas cena w złożonej ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, przedstawiam poniższe wyjaśnienia.*

*Biorąc pod uwagę poglądy doktryny prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy, że cena zawarta w naszej ofercie stanowi cenę realistyczną, gdyż nie odbiega od cen rynkowych za realizację zamówień publicznych o podobnym charakterze.*

*Dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz doświadczeniu w realizacji usług objętych postępowaniami przetargowymi, złożyliśmy w postępowaniu ofertę, która zapewnia Zamawiającemu należyłą realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania Umowy. Oferta została przygotowana rzetelnie, obejmując swym zakresem wszystkie składniki cenotwórcze. Dodatkowo mamy w przyszłej Umowie (zgodnie z par. 20.5) potwierdzoną możliwość waloryzacji umowy w kolejnych latach jej świadczenia zatem nie musimy wzrostu ich wielkości dziś uwzględnić w zaproponowanej cenie usługi.*

*Takie stanowisko znajduje pełne potwierdzenie w poniższej kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do kosztów pracy, kosztów środków czystości oraz wszystkich innych elementów mających wpływ na cenę oferty. Poniższe zestawienie kosztów kalkulacyjnych przedstawiamy ze szczegółowym rozbiem na poszczególne składowe kalkulacji kosztów pracowniczych, rozbiecie kosztów środków chemicznych, maszyn i urządzeń oraz innych kosztów stanowiących elementy składowe całości kalkulacji zaproponowanej Państwu oferty cenowej. [...]*

*Dzięki ponad 20 letniej praktyce w realizacji przedmiotowej usługi na terenie całej Polski oraz poza jej granicami a także biorąc pod uwagę zaplecze techniczne i organizacyjne firmy (14 Oddziałów w Polsce, ponad 7000 osób zatrudnionych, bieżąca współpraca z ponad 1000 firm w Polsce) mogliśmy zaplanować optymalną wydajność realizacji poszczególnych elementów usługi dopasowując te założenia do potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ oraz do optymalnej ilości osób koniecznych do prawidłowego wykonania opisywanej usługi. Dodatkowym atutem jest posiadanie mobilnej grupy operacyjnej, która zajmuje się usuwaniem pilnych zleceń awaryjnych*

oraz częścią zaplanowanych prac okresowych. Grupa współpracuje także z wyselekcjonowanymi podwykonawcami, z którymi jesteśmy związani Umowami o współpracy i którzy w razie potrzeby wspierają nas swoimi siłami operacyjnymi i technicznymi jednak wykonując prace zlecone zgodnie z naszymi procedurami i pod kontrolą naszych Kierowników operacyjnych.

Dzięki wieloletniej obecności w branży usług cleaningowych współpracujemy z większością wiodących producentów i Dystrybutorów produktów chemicznych oraz maszyn i urządzeń. Posiadamy znaczący park maszynowy, który w razie potrzeby możemy wykorzystać w celu prawidłowej realizacji kontraktu (jako uzupełnienie maszyn i urządzeń przypisanych bezpośrednio do danego kontraktu i obecnych w miejscu świadczenia danej usługi). Na dowód tego w załączeniu do powyższych wyjaśnień przedstawiamy Państwu zestawienie maszyn i urządzeń wykorzystywanych do obsługi terenu zewnętrznego, będących we władaniu firmy na terenie kraju.

Pragniemy również poinformować Zamawiającego, iż Nasza firma, ma możliwość świadczenia usług u Klientów na niskich marżach i kupowanie sprzętu oraz środków chemicznych po bardzo konkurencyjnych cenach bezpośrednio od sprawdzonych Dystrybutorów i producentów. Ceny, które otrzymujemy od naszych Dostawców są cenami niższymi niż ogólnie dostępne na rynku dzięki otrzymywanym dodatkowym rabatami i upustom cenowym. Na dowód tego w załączeniu do powyższych wyjaśnień przedstawiamy Państwu przykładową fakturę zakupową od jednego z wiodących Dostawców (zgodnie z umową z Dostawcami nie mamy prawa ujawnić danych Dostawcy), która potwierdza bardzo konkurencyjne ceny zakupu.

Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienia i wyjaśnienia oraz załączone dokumenty poświadczające te wyjaśnienia, Zamawiający nie może uznać przedstawionej przez nas ceny za cenę dumpingową lub rażąco niską.

W konsekwencji uznać należy, że nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż cena w ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. [...]

W ww. wyjaśnieniach wykonawca A(...) zawarł tabele obrazujące koszty związane z realizacją przedmiotowej usługi, jak również przekazał dokumenty w postaci faktury i wykazu maszyn i urządzeń.

Zgodnie z treścią dokumentu „Zawiadomienie o wyniku postępowania w zakresie części 5 i 6 zamówienia” z dnia 6 listopada 2019 r., jako najkorzystniejszą w zakresie części nr 5 zamówienia wybrano ofertę wykonawcy A(...). Powyższe potwierdza również treść pkt 18 i 21 protokołu postępowania.

W dniu 22 listopada 2019 r. pomiędzy Zespołem Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. a wykonawcą A(...) umowę nr C17Z190103 w sprawie zamówienia publicznego w zakresie części nr 5 zamówienia.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się

*o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

*1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

*2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

*3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Stosownie zaś do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Prezes Urzędu dysponuje informacją o wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 24 grudnia 2019 r. wyroku o sygnaturze KIO 2454/19 w sprawie dotyczącej części nr 3 zamówienia, którego część nr 5 jest przedmiotem niniejszej kontroli.*

*W powyższym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż po dokonaniu analizy wyjaśnień wykonawcy A(...) w zakresie ceny rażąco niskiej z dnia 4 października 2019 r., Izba stanęła na stanowisku, że Przystępujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Izba uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie są*

wyczerpujące, szczegółowe i rzetelne a ogólnikowe, niespójne i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości, które zrodziły się po stronie Zamawiającego. W ich treści brak jest szczegółowych informacji na temat tego, z czego wynika struktura zaoferowanej ceny a także informacji o tym, jaki poziom oszczędności wykonawca osiągnął w zakresie konkretnych elementów cenotwórczych.

Ponadto Izba stwierdziła co następuje:

*Dostrzeżenia wymaga, że tabela, przedstawiona przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach zawiera prawie analogiczne dane jak te wskazane w ofercie, z tym zastrzeżeniem, że dane z jednej z kolumn została rozbite na dwie, co nie wnosi w zasadzie niczego nowego w kwestii wyjaśnienia poziomu ceny zawartej w ofercie wykonawcy A(...). Przystępujący w złożonym piśmie poza ww. rozbiciem w nie wyjaśnił konkretnie skąd wynika poziom cen zawartych w tabeli. Tym samym nie sposób uznać, że wskazane w niej dane mogą być uznane za takie, które rozwiewają wątpliwości w aspekcie występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej, bowiem jest to praktycznie to samo ujęcie ceny jak to, wskazane w ofercie, z wyjątkiem - tak jak powyżej wskazano - dane jednej kolumny rozbite na dwie. Przystępujący nie wyjaśnił i nie odniósł się do kwestii zakładanego zysku.*

*Po analizie złożonych przez wykonawcę A(...) Izba doszła do przekonania, że w treści wyjaśnień wykonawca poprzestał jedynie na ogólnikowych stwierdzeniach co do poziomu zaoferowanej ceny. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wraz z ww. wyjaśnieniami wykonawca złożył jako dowód fakturę, która w lwiej części odnosiła się do zakupu środków czystości. Jedynie w niewielkim zakresie zawierała komponenty, które mogą być uznane za te przydatne do realizacji usługi, tj. worki, rękawice, szufelki. Natomiast brak jest wyjaśnień i dowodów w zakresie szczegółowego poziomu kosztów, które wydają się istotnymi elementami realizacji przedmiotu zamówienia, np. środków służących do usuwania śliskości czy też materiałów eksploatacyjnych w zakresie usługi związanej z terenami zielonymi czy też paliwem. Zamiast tego w treści wyjaśnień pojawiają się określenia charakterystyczne dla usług sprzątnia np. koszty środków czystości czy też stwierdzenie „usługi cleaningowe”, co koresponduje ze złożonym przez Przystępującego dowodem w postaci faktury. Jeśli zaś chodzi o koszty związane z używaniem sprzętu to Przystępujący załączył do złożonych wyjaśnień co prawda wykaz sprzętu nie mniej jednak zaznaczył w toku rozprawy, że wykaz nie jest kompletny. W kontekście powyższego trudno uznać ww. dowód za wyczerpujący i miarodajny. Za istotne należy uznać również to, że Przystępujący nie wskazał jakie są związane z tym składnikami ceny oszczędności i jaki mają one wpływ na obniżenie ceny wskazanej w ofercie.*

*W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący powołuje się również na posiadanie mobilnej grupy operacyjnej, która współpracuje także z wyselekcjonowanymi podwykonawcami, z którymi Przystępujący jest związany umowami o współpracy i którzy w razie potrzeby wspierają go swoimi siłami operacyjnymi i technicznymi jednak wykonując prace zlecone. Przystępujący nie tylko nie wskazał jaki konkretny wpływ na zaoferowaną cenę będą miały ww. okoliczności ale również nie przedstawił żadnych dowodów owej współpracy, np. powołanych umów o współpracy czy też ofert pochodzących od innych podmiotów.*

*Jeśli zaś chodzi o dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie, mające potwierdzać jego bardzo bogate doświadczenie w zakresie realizacji usług o analogicznym charakterze jak te, zamawiane przez wiele lat, to Izba stwierdziła, brak jest w nich potwierdzenia tego, że Przystępujący świadczy ww. usługi od wielu lat. Nie mniej jednak nawet gdyby uznać powyższe dowody za wystarczające, z czym nie mamy do czynienia w tym przypadku, to w ocenie Izby w złożonych*

wyjaśnieniach wykonawca nie wyjaśnił w sposób dostateczny, jakie przełożenie ma wskazywane przez A(...) doświadczenie na ukształtowaną przez niego cenę. Wykonawca oparł się jedynie na lakonicznym stwierdzeniu, że: „Dzięki ponad 20 letniej praktyce w realizacji przedmiotowej usługi na terenie całej Polski oraz poza jej granicami a także biorąc pod uwagę zaplecze techniczne i organizacyjne firmy (14 Oddziałów w Polsce, ponad 7.000 osób zatrudnionych, bieżąca współpraca z ponad 1.000 firm w Polsce) mogliśmy zaplanować optymalną wydajność realizacji poszczególnych elementów usługi dopasowując te założenia do potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ oraz do optymalnej ilości osób koniecznych do prawidłowego wykonania opisywanej usługi”. Przystępujący nie opisał szczegółowo na czym miałyby polegać „zaplanowanie przez niego optymalnej wydajności realizacji poszczególnych elementów usługi” podczas, gdy za tego rodzaju opis mogłoby służyć np. wskazanie na konkretny unikatowy sposób organizacji pracy wypracowany przez wykonawcę, który byłby użyteczny na potrzeby tego zamówienia, czy też zastosowaną wyjątkową technologię, która pozwoli na konkretne oszczędności, mające przełożenie na zaoferowaną przez Przystępującego cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła nietrafność decyzji Zamawiającego, który uznał, że wyjaśnienia Przystępującego są prawidłowe w aspekcie wykazania, że oferta A(...) nie zawiera ceny rażąco niskiej. Izba uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe, rzetelne i przekonujące a ogólnikowe, niespójne i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości, które zrodziły się po stronie Zamawiającego. Konsekwencją powyższego jest nieuzasadnione przekonanie Zamawiającego, że wykonawca A(...) wykazał w sposób dostateczny, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W związku z tym Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są uzasadnione co skutkowało uwzględnieniem złożonego przez wykonawcę odwołania i nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy A(...).

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, iż przywołana argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej znajduje zasadniczo uznanie również w odniesieniu do stanu faktycznego w zakresie części nr 5 przedmiotowego zamówienia, przede wszystkim ze względu na fakt, iż opisowa część wyjaśnień wykonawcy A(...) zawartych w piśmie z dnia 4 października 2019 r. jest wspólna zarówno dla części nr 3 jak i części nr 5 danego zamówienia. W tym względzie należy zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, iż przedmiotowe wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i niespójny, zaś okoliczności w nich przedstawione nie rozwiewają wątpliwości co do ich wpływu na cenę zaoferowaną przez wykonawcę.

Jednocześnie wskazać należy, iż przedstawiona w wyjaśnieniach wykonawcy A(...) z dnia 4 października 2019 r. tabela zawierająca wykaz kosztów związanych z realizacją zamówienia w zakresie części nr 5, analogicznie jak w sprawie stanowiącej przedmiot analizy przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie zawiera w zasadzie nowych informacji w stosunku do treści oferty wykonawcy, z wyjątkiem rozbicia danych z jednej kolumny na dwie, tym samym nie rozwiewa wątpliwości w aspekcie występowania w ofercie wykonawcy A(...) ceny rażąco niskiej. Także zawarcie informacji dotyczącej struktury kosztów w zakresie pkt 8 i 9 ww. tabeli nie przesądza o wykazaniu braku ceny rażąco niskiej, przede wszystkim ze względu na fakt, iż dotyczą one jedynie części z prac do wykonania w ramach realizacji zamówienia, jak również, iż informacje te nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. W szczególności nie może zostać uznana za wiarygodny dowód przedstawiona przez wykonawcę Faktura nr F(...), ze względu na fakt, iż główną część wymienionych w niej produktów stanowią środki chemiczne i środki czystości, które w większości nie mogą mieć zastosowania przy realizacji danego przedmiotu zamówienia. Z kolei na podstawie przedstawionego



przez wykonawcę „Wykazu maszyn i urządzeń”, w powiązaniu z ogólnikowymi wyjaśnieniami, nie sposób określić wpływu na cenę przedstawioną w ofercie.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż wykonawca A(...) nie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę A(...) są co najmniej niepełne i nie wynika z nich, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie zaś z wykładnią przyjętą w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

*Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny w związku z tym zostać rzetelnie opracowane, powinny być konkretne i wyczerpujące. Stanowią one bowiem podstawę oceny w zakresie prawidłowości ceny oferty, a zatem powinny rozwiewać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej, że oferta podlega odrzuceniu zarówno wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie złożył wyjaśnień, jak też wówczas, gdy wykonawca wprawdzie złożył wyjaśnienia, ale są one niepełne, nierzetelne, nie odpowiadają żądaniu zamawiającego i nie wykazują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 ZamPublU, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ZamPublU, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. KIO 1362/19).*

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A(...), który nie wykazał, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszył przepis art. 90 ust. 3 w związku z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta wykonawcy A(...) została wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji przedmiotowe zamówienie zostało udzielone temu wykonawcy.

## **Ad 2)**

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż pismem z dnia 30 września 2019 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy A(...) z wezwaniem do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 4 października 2019 r. Zamawiający przekazał wyjaśnienia o treści jak w Ad 1), z poniższym zastrzeżeniem.

*Jednocześnie wskazujemy, iż wyjaśnienia i przedstawione załączniki do wyjaśnień dotyczące wszystkich elementów kalkulacji ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu innym wykonawcom. Zawarte w nich dane gospodarcze, informacje o sposobie zatrudnienia i kosztach z tego tytułu, dane o cenach wynegocjowanych z dostawcami, stanowią samodzielną wartość o charakterze gospodarczym i podlegają ochronie. Wykonawca posiada wdrożone procedury obiegu tego typu informacji, ograniczające krąg osób, które mają do nich dostęp.*

*Zgodnie z wcześniejszą informacją wyjaśnienia i załączniki do nich stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Mając*

to na uwadze, zwracamy się do Zamawiającego o zachowanie poufności wszystkich tych informacji oraz o nieudostępnianie przedstawionych danych pozostałym uczestnikom postępowania przetargowego i innym podmiotom.

Poufny charakter wszystkich ww. informacji, co do których zastrzeżliśmy, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) wynika z następujących przesłanek:

I. Informacje takie nie zostały nigdy, w żadnym miejscu oraz postępowaniu podane do wiadomości publicznej. Informacje przekazane w powyższych wyjaśnieniach dotyczące kalkulacji oferty, są wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowej oferty oraz postępowania przetargowego i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz nie jest wolą Wykonawcy ujawnianie ich na zewnątrz. Nie są one również dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Wykonawca wskazuje, iż informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony.

II. Utajnione informacje posiadają wartość gospodarczą, która ma na celu osiągnięcie korzyści handlowych oraz stanowią informację techniczną określającą szczególnie dla Wykonawcy sposób wykonania i kalkulowania przedmiotu zamówienia, przy zaoferowaniu określonego sprzętu, środków, systemu organizacji pracy oraz procedur indywidualnie opracowanych na potrzeby realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia. Zauważyć należy, iż za każdym razem informacje zawarte w ofercie są niepowtarzalne, ponieważ są tworzone pod kątem danego Zamawiającego w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia. Podkreślam, że sposób kalkulacji oferty, jest jednym z podstawowych elementów konkurencji, również wśród przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia, dla których stosowane są rygory oznaczone ustawą Prawo zamówień publicznych i jako taki wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej oferty a ponadto w sposób istotny wpływa na wartość przedsiębiorstwa, którą jest jego marka. Wskazać zatem należy, iż wiedza w zakresie przyjętej organizacji pracy, technologii i metod, wykonywania usług, jaką dysponuje dany wykonawca, stanowi jedną z najistotniejszych wartości danej firmy (potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 59/09). W tym znaczeniu powyższe informacje mają w naszej ocenie doniosły charakter organizacyjny, jako całokształt doświadczeń, których dorobił się wykonawca w okresie prowadzenia swej działalności (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2011r. – sygn. akt KIO 988/11)".

III. Informacje zastrzeżone mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, zawierają dane znane tylko Wykonawcy, zostały stworzone na potrzeby postępowania. Wskazujemy, że zastrzeżone wyjaśnienia zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, jak również zawierają szczególne wyliczenia, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. Oświadczamy ponadto, że w stosunku do tych zastrzeżonych informacji podjęliśmy wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich poufności (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2012 r. – sygn. akt KIO 277/12). Wykonawca pragnie podkreślić, że informacje podane w powyższych wyjaśnieniach, zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonej przez Zamawiającego.

IV. Uprzejmie informujemy, że w firma A(...) podjęta rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące.

V. Nadmieniam również, jak powyżej w pkt I, II i III, że rozwiązania i sposób kalkulacji usługi mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, zawierają dane znane tylko Państwu. Powyższe wyjaśnienia i oświadczenia nie stanowią ogólnych informacji, powtarzalnych w wielu postępowaniach, znanych ogólnie branży, ale opracowane zostały w sposób autorski, odpowiadających szczególnym i zindywidualizowanym potrzebom Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt: KIO 197/18): „Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić również dane o czynnikach cenotwórczych oferty oraz o partnerach handlowych, skoro informacje te zostały objęte ochroną przez wykonawcę i danych tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, a pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania tych informacji w poufności, a także nazwiska osób pełniących funkcje nadzorcze na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, których ujawnienie na etapie składania i oceny ofert może narazić wykonawcę na negatywne konsekwencje”. Oznacza to, iż zastrzeżony przez nas zbiór informacji, posiadający niewątpliwy walor gospodarczy (zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2017 r. o sygn. akt: KIO 2421/17: „jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę”) objęty jest tajemnicą ze względu na swoją specyfikę. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00 wskazano, iż „powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) «nie ujawniona do wiadomości publicznej» to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie «tajemnicy», kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. «Tajemnica» nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się

*na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.*

*Z przytoczonych definicji jasno wynika, że przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa są informacje, które przykładowo co do rodzaju zostały określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które mogą być zapisane na określonych nośnikach bądź nie. Informacje te winny stanowić źródło przewagi konkurencyjnej na rynku poprzez ich poufność i samą wartość. Zdobywanie tych informacji przez konkurentów może oznaczać dla nich pewną korzyść, a zatem zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków. Natomiast nie jest wymagane, by informacje te cechowała nowość lub oryginalność. Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić np. patentowane lub niepatentowane wynalazki, plany techniczne, listy klientów, wiedza i metody natury administracyjnej i organizacyjnej, metody kontroli jakości, sposoby marketingu, organizacji pracy, treść zawartych umów, porozumień, korespondencja handlowa, strategia funkcjonowania przedsiębiorstwa.*

*VI. Podkreślam także, jak we wstępie, że Wykonawca przejawia wolę, by wyjaśnienia pozostały tajemnicą dla określonych kręgów odbiorców i wola ta jest dla tych odbiorców rozpoznawalna. Ujawnienie tych informacji na gruncie przedmiotowego postępowania może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem rozwiązania i sposobu kalkulacji oferowanego przez Wykonawcę.*

*VII. W konsekwencji zwracamy się o zapewnienie poufności tych informacji zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ewentualne ich udostępnienie pozostałym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narazi nas – jako Wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie niniejszego zamówienia – na szkodę.*

Pismem z dnia 10 października 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę A(...) do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca A(...) przekazał żądane oświadczenia i dokumenty, jak również pismem z dnia 21 października 2019 r. wskazał co następuje.

*Załączone do uzupełnienia dokumentacji referencje wraz z ich listą w postaci tabelarycznej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Mając to na uwadze, zwracamy się do Zamawiającego o zachowanie poufności wszystkich tych informacji oraz o nieudostępnianie przedstawionych danych pozostałym uczestnikom postępowania przetargowego i innym podmiotom.*

W dalszej części pisma wykonawca A(...) przedstawił mutatis mutandis argumentację analogiczną do wskazanej w piśmie z dnia 4 października 2019 r.

Zgodnie z treścią dokumentu „Zawiadomienie o wyniku postępowania w zakresie części 5 i 6 zamówienia” z dnia 6 listopada 2019 r., jako najkorzystniejszą w zakresie części 5 zamówienia wybrano ofertę wykonawcy A(...). Powyższe potwierdza również treść pkt 18 i 21 protokołu postępowania.

Pismem z dnia 7 listopada 2019 r. wykonawca S(...) zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty wykonawcy A(...) wraz z całą korespondencją z Zamawiającym w ramach postępowania powstałą do dnia udostępnienia dokumentów, protokołu postępowania oraz karty oceny indywidualnej wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 12 listopada 2019 r. Zamawiający skierował do wykonawcy S(...) odpowiedź na ww. wniosek przekazując część wnioskowanej dokumentacji postępowania. Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów przesłanych przez wykonawcę A(...) w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wykazu usług, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług argumentując, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy A(...).

Pismem z dnia 12 listopada 2019 r. wykonawca P(...) zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami dotyczącego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert.

Pismem z dnia 13 listopada 2019 r. Zamawiający skierował do wykonawcy P(...) odpowiedź na ww. wniosek przekazując część wnioskowanej dokumentacji postępowania, jak również informując o dostępności określonych dokumentów na portalu zakupowym Zamawiającego. Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów przesłanych przez wykonawcę A(...) w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wykazu usług, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług argumentując, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy A(...).

Pismem z dnia 14 listopada 2019 r. wykonawca P(...) zwrócił się do Zamawiającego z ponownym wnioskiem o udostępnienie dokumentów i informacji w ramach części nr 5 zamówienia, które to dokumenty i informacje nie zostały przekazane w odpowiedzi na wcześniejszy wniosek wykonawcy datowany na 12 listopada 2019 r.

Pismem z dnia 15 listopada 2019 r. wykonawca P(...) ponowił prośbę o udostępnienie dokumentów wykonawcy A(...) zgodnie z treścią pisma z dnia 14 listopada 2019 r.

Pismem z dnia 19 listopada 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcy P(...) odpowiedź na pismo z dnia 14 listopada 2019 r., wskazując co następuje.

*W odpowiedzi na Państwa wniosek o udostępnienie dokumentów z dn. 14.11.2019 r. Zamawiający informuje, iż udostępnił całą jawną dokumentację, o którą Państwo wnioskowaliście. Dokumenty przesłane przez Wykonawcę A(...) w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wykaz usług, stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazanych usług stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy A(...), tak samo jak uzasadnienia dokonanych zastrzeżeń i nie zostaną udostępnione. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Zgodnie z orzecznictwem KIO powyższą zasadę stosuje się również do dokumentów składanych po terminie składania i otwarcia ofert, z zastrzeżeniem, że wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykazane zostanie,*

*iz zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.*

*W ramach uzupełnienia Zamawiający informuje, iż zgodnie z danymi z portalu zakupowego eB2B, za pośrednictwem którego odbywa się komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami w postępowaniu nr 1001238000, Wykonawca A(...) przedłożył:*

- *Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 04.10.2019 r. o godz. 10:52*
- *Dokumenty i oświadczenia, wymienione w wezwaniu do złożenia dokumentów i oświadczeń z dnia 10.10.2019 r., w dniu 21.10.2019 r. o godz. 13:43 i 14:50.*

*Zamawiający informuje również, że poza wezwaniem Zamawiającego z dnia 30.09.2019 r. do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie były kierowane do Wykonawcy A(...) żadne inne pisma dot. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.*

*Pismami z dnia 19 grudnia 2019 r. Zamawiający skierował do wykonawcy P(...) jak również do wykonawcy S(...) informację o odtajnieniu dokumentów wykonawcy A(...), w której wskazał co następuje.*

*W związku z trwającym postępowaniem odwoławczym (sygn. akt KIO 2454/19) w postępowaniu pn. „Usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Paliwa sp. z o.o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich”, część 3 zamówienia - PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku (Gdańsk i Gdynia), Zamawiający w dniu 17 grudnia br. dokonał odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez A(...) pismem z dnia 4.10.2019 r.*

*W związku z Państwa wcześniejszym wnioskiem/wnioskami o udostępnienie dokumentacji postępowania, Zamawiający w załączeniu przesyła dokumenty przesłane przez A(...) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.*

*W toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa Urzędu, pismem z dnia 26 listopada 2019 r. (znak: (...)) zwrócono się do Zamawiającego m.in. o:*

- *szczegółowe wyjaśnienie przyczyn, dla których Zamawiający odmówił udostępnienia informacji dotyczących oferty wykonawcy A(...) ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa;*
- *wyjaśnienia, w jakim terminie i w jaki sposób wykonawca A(...) zastrzegł, że dane informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

*Pismem z dnia 11 grudnia 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 16 grudnia 2019 r.) w powyższym zakresie Zamawiający wyjaśnił co następuje.*

*W dniu 6 listopada 2019 r. Zamawiający powiadomił wykonawców oraz zamieścił na platformie zakupowej eB2B zawiadomienie o wyniku Postępowania w zakresie części 5 i 6 zamówienia. 12 listopada 2019 r. wykonawca P(...) zawnioskował w trybie art. 96 ust. 3 ustawy [...] o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Paliwa sp. z o.o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich – zadanie nr 5 wraz z załącznikami.*

*W odpowiedzi na wniosek wykonawcy Zamawiający w dniu 13 listopada 2019 r. udostępnił protokół postępowania wraz z jawnymi załącznikami informując przy tym, że dokumenty przesłane przez Wykonawcę A(...) w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wykaz usług, stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazanych usług stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa A(...) i nie zostaną udostępnione. Następnie wykonawca złożył kolejny wniosek o udostępnienie dokumentów 14.11.2019 r. domagając się udostępnienia dokumentów, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez A(...). Po dokonaniu stosownych analiz prawnych odpowiedź na wniosek Wykonawcy P(...) z 14 listopada 2019 r. została przesłana w dniu 19 listopada 2019 r. Zamawiający w tym miejscu podkreśla i wskazuje, że nie opóźniał udzielenia odpowiedzi na pismo z wezwaniem do przekazania brakujących dokumentów. Odpowiedź na pierwszy wniosek w ciągu 3 dni roboczych. Tym samym Zamawiający działał z dochowaniem należytej staranności, a podejmowane czynności w Postępowaniu służyły zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

*Odnosnie zastrzeżenia samej tajemnicy przedsiębiorstwa, A(...) nie zastrzegł w ofercie, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wykaz usług, stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazanych usług stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zastrzeżenie dotyczyło dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania. [...]*

*A(...) przekazał uzasadnienie dokonanych zastrzeżeń wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, odpowiednio na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz na etapie składania dokumentów i oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, o czym wnioskodawca został poinformowany pismem z dnia 19 listopada 2019 r.*

*Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca A(...) przesłał w dniu 4 października 2019 r. o godz. 10:52 poprzez portal zakupowy eB2B, za pośrednictwem którego odbywa się komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami w Postępowaniu w postaci osobnych plików zawierających w nazwie sformułowanie „tajemnica przedsiębiorstwa”.*

*Wykaz usług wraz z referencjami i zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca A(...) przesłał w dniu 21.10.2019 r. o godz. 14:50 za pośrednictwem portalu zakupowego eB2B w formie osobnego foldera opatrzonych nazwą „tajemnica przedsiębiorstwa”.*

*Zamawiający odmówił udostępnienia powyższych dokumentów, ponieważ zarówno informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jak i uzasadnienia dokonanych zastrzeżeń zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Komisja przetargowa dokonująca badania i oceny ofert pozytywnie oceniła wszystkie złożone przez A(...) dokumenty i oświadczenia, żaden członek komisji nie zgłaszał w tym zakresie uwag, komisja uznała tym samym zasadność dokonanych zastrzeżeń i nie zawnioskowała do Zamawiającego o odtajnienie informacji objętych tajemnicą.*

*Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2019 poz. 1010 - t.j. ze zm.): „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym*

rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Tym samym, celem uznania iż dana informacja jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa musi spełnić łącznie trzy przesłanki:

- a) powinna być poufna,
- b) posiadać wartość gospodarczą i
- c) być poddana odpowiednim działaniom w celu zachowania stanu poufności.

Jak wskazuje Stanisław Sołtyśński, „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz”, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, 2019: „ Zwrot „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje” należy interpretować szeroko. Znowelizowana ZNKU kontynuuje tradycję wskazywania przykładów tajemnic przedsiębiorstwa, tym niemniej zakres informacji objętych ochroną jest identyczny, jak w przypadku TRIPS i dyrektywy 2016/943 – potencjalnie każdy rodzaj informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie jak w prawie patentowym (wynalazczym) linię demarkacyjną między innowacjami podlegającymi ochronie jako tajemnice przedsiębiorstwa a informacjami niekorzystającymi z ochrony prawnej wyznaczają przepisy ustawowe i dobre obyczaje”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego Postępowania Zamawiający wskazuje, iż A(...) wykazał w uzasadnieniu, że przedstawione wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny jak i załączniki do wyjaśnień dotyczące elementów kalkulacji ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w nich dane gospodarcze, informacje o sposobie zatrudnienia i kosztach z tego tytułu, dane o cenach wynegocjowanych z dostawcami, stanowią samodzielną wartość o charakterze gospodarczym i podlegają ochronie. W zakresie wykazu usług i referencji A(...) również wykazał, iż wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone dane dotyczą podmiotów niepublicznych, z którymi Wykonawca może mieć zawarte umowy, w których zobowiązuje się do utrzymania w tajemnicy wszelkich informacji związanych z realizowanymi na ich rzecz usługami.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1546/19: „Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności. Warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna”.

Odnosząc się do zastrzeżonych dokumentów to informacje w zakresie rażąco niskiej ceny były bardzo konkretne i odnosiły się do kosztów i cen, które ponosi A(...). Wykonawca nie zastosował



*stosowanej często praktyki nadmiernego opisywania przewag konkurencyjnych. Wyjaśnienia w tym zakresie były rzeczowe i oparte o szczegółowe informacje. Ich udostępnienie mogłoby narazić A(...) na ryzyko prowadzenia nieuczciwej gry konkurencyjnej ze strony kontrahentów z uwagi na uzyskanie wrażliwych dla A(...) danych.*

*W zakresie wykazu usług i referencji do niego załączonych Zamawiający wyjaśnia, iż zastrzeżenie dotyczy usług realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, gdzie uzyskanie zamówienia odbywa się z wyłączeniem zasady jawności wyrażonej w trybie ustawy Pzp. Tym samym brak jest podstaw prawnych do udostępnienia informacji o kontrahentach A(...). Informacje takie mają wartość gospodarczą dla wykonawcy, na co wskazał on w treści złożonych wyjaśnień w tym zakresie (stron 1 pisma A(...) z dnia 21 października 2019 r.).*

*Zamawiający wskazuje, iż po analizie udzielonych wyjaśnień ich całość stanowiła zbiór, który podlega ochronie, dlatego też odmówił ich udostępnienia wykonawcy. Jednocześnie wymaga podkreślenia, iż wnioskodawca nie skorzystał ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Pzp i nie wniósł odwołania od zaniechania udostępnienia mu dokumentów A(...).*

*Pismem z dnia 21 kwietnia 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 21 kwietnia 2020 r.) Zamawiający poinformował co następuje.*

*Jednocześnie, Zamawiający wskazuje, iż w związku z wniesionym odwołaniem dla części nr 3 w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zarzuty formułowano wobec zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy A(...), dalej: „A(...)”, Zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie w tym zakresie i odtajnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny A(...) również w zakresie części nr 5 Postępowania.*

*Ponadto ustalono, iż w pkt 27 protokołu postępowania Zamawiający wskazał, że załącznik do protokołu stanowią – w pkt 17 – wezwania/zawiadomienia/informacje kierowane do Wykonawców wraz z odpowiedziami Wykonawców.*

*W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.*

*Zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

*Przepisy art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp stanowią z kolei:*

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
- 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
- 3. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Zgodnie z treścią §4 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. *Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek.*
5. *Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.*

Stosownie zaś do treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W kontekście ustalonego stanu faktycznego należy uznać, iż informacje przedstawione przez wykonawcę A(...) obejmujące wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wykaz usług, stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług, których ujawnienia na żądanie wykonawców S(...) oraz P(...) Zamawiający odmówił pismami z dnia 12 listopada 2019 r., 13 listopada 2019 r. oraz 19 listopada 2019 r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z ustaleniami dokonanymi na podstawie dokumentacji postępowania Zamawiający odmówił udostępnienia następujących dokumentów przekazanych przez wykonawcę A(...):

- 1) pismo z dnia 4 października 2019 r. zawierające wyjaśnienia dotyczące potencjalnej rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami,
- 2) wykaz wykonanych/wykonywanych usług w okresie ostatnich 5 lat z podaniem wartości, przedmiotu, dat ich wykonania i odbiorców wraz z załącznikami – dowodami potwierdzającymi wykonanie lub wykonywanie usług w postaci referencji i oświadczenia przedłożony w dniu 21 października 2019 r.

W zakresie dokumentu, o którym mowa w pkt 1) należy uznać, iż przedstawiona przez wykonawcę A(...) w treści ww. dokumentu argumentacja nie daje podstaw do uznania, iż przedmiotowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, jak stwierdzono w Ad 1) niniejszej informacji o wyniku kontroli, wyjaśnienia wykonawcy mają w dużej mierze charakter ogólnikowy, m.in. w zakresie istnienia zaplecza technicznego i organizacyjnego firmy, posiadania mobilnej grupy operacyjnej, znaczącego parku maszynowego, wieloletniej obecności na rynku czy faktu korzystania z bliżej niesprecyzowanych rabatów i upustów, a co za tym idzie, nie sposób przypisać im zasadniczej wartości gospodarczej. Stwierdzić należy, że obejmują one także informacje dostępne publicznie

(m.in. w zakresie liczby oddziałów – dostępne na stronie internetowej wykonawcy: (...)). Wykonawca nie wykazał tym samym, iż informacje te nie zostały nigdy podane do wiadomości publicznej jak również, iż zostały wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowej oferty oraz postępowania przetargowego. W kontekście ustaleń poczynionych w Ad 1) niniejszej informacji o wyniku kontroli należy również uznać, iż tabela z danymi zawarta w ww. piśmie nie zawiera zasadniczo nowych informacji o znaczeniu gospodarczym w stosunku do treści jawnej oferty wykonawcy A(...), a co za tym idzie, nie ma podstaw do uznania tych danych za spełniające warunki ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ogólnikowy charakter mają również wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wykazu maszyn i sprzętu, usług wykonywanych na zlecenie oraz usług stałych – struktury organizacyjnej. Zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, *wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiadają określoną wartość gospodarczą. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18: Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2019 r., sygn. KIO 2673/18). Należy podkreślić, iż wykonawca A(...) nie skonkretyzował rzekomej wartości gospodarczej przedstawianej przez ww. informacje, nie wyjaśnił także w sposób przekonujący jaką szkodę mógłby ponieść w przypadku ich upowszechnienia.*

Wymaga również zauważenia, iż jakkolwiek wykonawca A(...) wskazał na zastosowanie rozwiązań zabezpieczających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na *odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące*, to jednocześnie nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wdrożenie ww. rozwiązań w ramach wewnętrznej struktury organizacyjnej.

Należy także podkreślić, iż jak wskazuje się w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. KIO 242/17). Tym samym nawet w przypadku uznania, iż określona informacja w ramach dokumentu ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadnia to odmowy ujawnienia pozostałej części dokumentu.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z treścią pism Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2019 r. skierowanych do wykonawców P(...) oraz S(...) Zamawiający zdecydował się na odtajnienie wyjaśnień wykonawcy A(...) w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 4 października 2019 r., co tym bardziej wzmacnia argumentację o nieposiadaniu przez ww. informacje charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższa czynność, ze względu na fakt dokonania jej już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia i zawarciu umowy w sprawie zamówienia w zakresie części nr 5 nie może jednakże sanować naruszenia w postaci zaniechania niezwłocznego udostępnienia przedmiotowych informacji na wezwanie wykonawców w toku postępowania.

W zakresie dokumentu, o którym mowa w pkt 2) należy uznać, iż przedstawiona przez wykonawcę A(...) w treści pisma z dnia 21 października 2019 r. argumentacja nie daje podstaw do uznania, iż przedmiotowy wykaz usług wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż wykonawca A(...) nie uzasadnił w sposób dostateczny, że przedmiotowy wykaz usług oraz załączone referencje i oświadczenie stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, m.in. ze względu na fakt, iż jak ustalono w toku postępowania wyjaśniającego, wykonawca ten prowadzi politykę publikowania referencji na własnej stronie internetowej w celu promocji świadczonych przez siebie usług (...). W szczególności należy podkreślić, iż jakkolwiek konkretne referencje przedstawione przez wykonawcę A(...) w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie zostały zamieszczone na ww. stronie internetowej, to znajdują się tam referencje o częściowo zbliżonej treści, lecz ze wcześniejszą datą, wystawione przez jeden z podmiotów, który wystawił także referencje wykorzystane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. KIO/KU 30/18). M.in. ze względu na eksponowanie przez wykonawcę A(...) faktu świadczenia określonych usług na rzecz danego podmiotu na stronie internetowej w celach promocyjnych, należy uznać wyjaśnienia wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 21 października 2019 r. dotyczące wartości gospodarczej danych informacji w kontekście zachowania ich poufności za niewiarygodne, w szczególności nie uzasadniają takiego wniosku różnice treściowe pomiędzy referencjami opublikowanymi na stronie internetowej oraz referencjami przedłożonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez tożsamy podmiot.

Ponadto należy zauważyć, iż przedstawione przez wykonawcę A(...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia referencje w związku z oświadczeniem wykonawcy zasadniczo nie zawierają

innych, konkretnych informacji aniżeli te niezbędne dla wykazania spełnienia warunku w postępowaniu. Jak wskazuje w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, *tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ZamPublU nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. KIO 2260/11). Tym samym uznać należy, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek szczegółowego wykazania, z jakich powodów referencje potwierdzające jedynie należyte wykonanie czy wykonywanie usług miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca A(...) nie uczynił zadość temu obowiązkowi, ograniczając się do ogólnych i szablonowych sformułowań, bez konkretyzacji wartości gospodarczej przedstawionych informacji lub potencjalnej szkody, jaką mógłby ponieść w przypadku ich upowszechnienia.

Analogicznie uznać należy, iż wykonawca nie uzasadnił w sposób przekonujący charakteru informacji zawartych w samym wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, iż data rozpoczęcia realizacji jednej z wymienionych usług jest tożsama z datą rozpoczęcia usług, o której mowa we wcześniej wzmiankowanych referencjach zamieszczonych na stronie internetowej wykonawcy A(...), co poddaje w wątpliwość rzetelność wyjaśnień wykonawcy, który wskazywał m.in., iż „informacje takie nie zostały nigdy, w żadnym miejscu oraz postępowaniu podane do wiadomości publicznej”. Wykonawca nie wyjaśnił też w jaki konkretnie sposób inne zawarte w wykazie usług informacje, w szczególności dotyczące określonej progowo wartości zrealizowanych usług, spełniają określone w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezrozumiałe są twierdzenia wykonawcy dotyczące określania przez ww. informacje sposobu „wykonania i kalkulowania przedmiotu zamówienia przy zaoferowaniu określonego sprzętu, środków, systemu organizacji pracy oraz procedur indywidualnie opracowanych na potrzeby realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia” podczas gdy ani z wykazu usług ani z załączonych doń referencji nie wynikają kwestie sposobu realizacji danego zamówienia, zastosowanego sprzętu, środków, systemu organizacji pracy oraz indywidualnie opracowanych procedur. Podobnie nie mogą znaleźć uznania twierdzenia wykonawcy, jakoby informacje zawarte w przedłożonym wykazie usług, referencjach czy oświadczeniu zawierały rozwiązania o charakterze indywidualnym, niepowtarzalnym lub zostały opracowane w sposób autorski, podczas gdy przedmiotowe dokumenty zawierają jedynie podstawowe informacje dotyczące realizacji usług na rzecz określonych podmiotów.

Tym samym należy stwierdzić, iż nie zaistniały podstawy do uznania przez Zamawiającego informacji zawartych w piśmie wykonawcy A(...) z dnia 4 października 2019 r. obejmujące wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również informacji zawartych w wykazie usług oraz załączonych do niego referencjach i oświadczeniu wykonawcy A(...) przedłożonych w dniu 21 października 2019 r. za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji – należy uznać, iż nie zaistniały podstawy do ograniczenia zasady jawności postępowania i odmowy udostępnienia ww. informacji zawartych w załącznikach do protokołu postępowania na wniosek wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający poprzez odmowę udostępnienia niezwłocznie dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania nieobjętych wyłączeniem jawności naruszył art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, w związku z §4 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż co najmniej część informacji zawartych w dokumentach, których udostępnienia Zamawiający odmówił, mogła stanowić podstawę faktyczną do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, czego dotyczy naruszenie, o którym mowa w pkt 1 niniejszej informacji o wyniku kontroli.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.