

WYROK

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2024 r. przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja** (adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex – budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Pamięci Narodowej Komisję Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie, ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, ul. J.K. 6, 22-400 Zamość**

**orzeka:**

1. Uwzględnia zarzut pierwszy odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022, poz. 1233) oraz art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu załączników do wyjaśnień z dnia 18 września 2024 r. oraz z dnia 27 września 2024 r. z wyłączeniem ofert współpracy stanowiących odpowiednio załącznik nr 6 i 5 do powyższych wyjaśnień.
2. Oddala zarzut drugi odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tj.: Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.).
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Instytut Pamięci Narodowej Komisję Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie, ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa** w części ½ i wykonawcę **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja** (adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex – budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa) w części ½ i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja** (adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex – budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja** (adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex – budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, ul. J.K. 6, 22-400 Zamość** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego **Instytutu Pamięci Narodowej Komisję Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie, ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa** rzecz wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja** (adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Eurocentrum Office Complex – budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa) kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione w części

½ tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. zasądza od wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 9202 Nanterre CEDEX, Francja** adres do korespondencji: **SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce Eurocentrum Office Complex – budynek Gamma, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**) na rzecz wykonawcy **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, ul. J.K. 6, 22-400 Zamość** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione

w części ½ tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodnicząca:**.....

**Sygn. akt KIO 3946/24**

### **Uzasadnienie**

Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Pełnienie funkcji inwestora zastępczego przy budowie nowego budynku siedziby Oddziału IPN w Krakowie o funkcji magazynowo – biurowo - konferencyjnej wraz z zagospodarowaniem terenu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. U. S: 148/2024 z dnia 31 lipca 2024 r. pod numerem 459214-2024.

W dniu 25 października 2024 r. (pismem z dnia 24 października 2024 r.) wykonawca **SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce**, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez wykonawcę **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu**, zwanego dalej „wykonawcą ZDI”, a w konsekwencji brak przekazania ich odwołującemu oraz brak wezwania wykonawcy **ZDI** do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę **ZDI** jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień RNC złożonych w dniu 18.09.2024 r. w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie załączników do tych wyjaśnień oraz załączników do pisma z dnia 27.09.2024 r. (w odpowiedzi na dodatkowe – uzupełniające - wezwanie do wyjaśnień RNC), a także samych załączników dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia informacji, pomimo, że Wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł te dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazał spełnienia przez informacje przesłankę do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z przepisami Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tj.: Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.) poprzez bezpodstawnie zaniechanie przez zamawiającego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane należycie), mimo że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału określonego w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1) lit. b) SWZ, w tym w szczególności nie pozwalają na ustalenie rzeczywistego zakresu realizowanego przez każdego z członków Konsorcjum;

ewentualnie,

- 1) art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp, bowiem analiza dostępnych odwołującemu wyjaśnień wskazuje, iż nie są one wystarczające do wykazania, iż cena ofertowa **ZDI** nie jest ceną rażąco niską.
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **ZDI**, podczas gdy, z dostępnej odwołującemu treści wyjaśnień RNC **ZDI** można przypuszczać, iż nie zostały ujęte wszelkie niezbędne koszty umożliwiające należytą realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy **ZDI** jako najkorzystniejszej,
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę **ZDI** załączników do wyjaśnień z dnia 18.09.2024 r., z dnia 27.09.2024

r. oraz niezwłoczne przekazanie ich odwołującemu,

4) wezwanie wykonawcy ZDI do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie:

5) odrzucenia oferty wykonawcy ZDI jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., że:

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp odwołujący przywołał orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt KIO 720/21, KIO 1626/19, KIO 1628/19, KIO 1149/20, KIO 1145/20, KIO 1129/20, KIO 477/20. Jednocześnie podniósł, że pojęcie „wykazania”, mimo iż nie jest tożsame, to należy równać z pojęciem „udowodnienia”. Niemniej jednak, nie można żądać od wykonawców udowodnienia każdej z przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 uznk, chociażby braku ujawnienia informacji poufnej do wiadomości publicznej – co może być nad wyraz problematyczne. Jednakże inaczej oceniać należy kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.) – a na taką okoliczność wykonawcy są w stanie przedłożyć odpowiednie dowody. Wskazania również wymaga, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej to na Wykonawcy, spoczywa ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ze względu na wartość gospodarczą jaką posiadają dla wykonawcy, należy badać skuteczność ich zastrzeżenia.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca ZDI przedłożyło tożsame uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa dołączone do wyjaśnień z dnia 18.09.2024 r. oraz 27.09.2024 r. Co istotne, niniejsze uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uznane za nieskuteczne m.in. w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, ul. Bohdana Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin na Nadzór inwestorski i rozliczenie finansowe i rzeczowe - funkcja Inżyniera przy realizacji zamówienia pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 860 na odcinku od drogi wojewódzkiej Nr 830 do stacji kolejowej Sadurki Małe”. ZDI w przedmiotowym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ZDW w Lublinie przedłożyło tożsame uzasadnienie zastrzeżenia dotyczące załączników do wyjaśnień RNC, które to ZDW w Lublinie uznało za nieskuteczne, udostępniając odwołującemu pełną treść wyjaśnień RNC wraz z załącznikami. Co istotne, załączniki te posiadają zbliżone (a część tożsame) nazwy z tymi, które ZDI zastrzegło w tym postępowaniu. Odwołujący na dowód powyższego w załączeniu do odwołania przedłożył treść uzasadnienia zastrzeżenia załączników do wyjaśnień RNC przedłożonych w postępowaniu prowadzonym przez ZDW w Lublinie. Już tylko powyższe świadczy o tym, że zastrzeżone załączniki nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie została spełniona jedna z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, tj. zastrzeżone informacje „nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób” – skoro odwołujący prawdopodobnie miał już do nich wgląd.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że wykonawca ZDI zastrzegł także jako tajemnica przedsiębiorstwa załączniki odnoszące się do samej treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji braku udostępnienia ich przez zamawiającego, odwołujący obecnie został pozbawiony możliwości zapoznania się z jedną z kluczowych kwestii (jednej z przesłanek niezbędnych do wykazania przez ZDI) dotyczących zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2021 r., o sygn. akt KIO 3513/21. W przypadku braku przedłożenia dowodów dotyczących podjętych przez wykonawcę ZDI działań mających na celu zachowanie zastrzeganych informacji w poufności, kolejna przesłanka wynikająca z treści art. 11 ust. 2 uznk nie zostałaby zachowana, co również stanowiłoby okoliczność nakazującą zamawiającemu odtajnienie i przekazanie pełnej treści wyjaśnień z dnia 18 września 2024 r. oraz 27 września 2024 r. wraz z załącznikami odwołującemu. Niniejsze stanowisko zostało niejednokrotnie potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, w tym m.in. w wyroku z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt KIO 2472/20.

Wykonawca ZDI w obydwu pismach powołało się na nieaktualną już podstawę prawną, tj. art. 11 ust. 4 uznk, który to w wyniku nowelizacji z dnia 05 lipca 2018 r. został zastąpiony przez art. 11 ust. 2 uznk. W dalszej części przedłożonego uzasadnienia wykonawca ZDI w znacznej mierze powołuje się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych wskazujące na samą możliwość dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa – czego Wykonawca nie kwestionuje – niemniej przedmiotowe uzasadnienie jest nad wyraz ogólnikowe oraz lakoniczne – nie poparte żadnymi dowodami. Takie też uzasadnienie uznać należy za niewystarczające. Wykonawca ZDI nie wykazała jaką wymierną wartość gospodarczą stanowią zastrzeżone informacje. Wykonawca ZDI wskazał, iż: „Pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów bez poniesienia jakichkolwiek nakładów zniwelowałoby obecną różnicę wynikającą z w/w przyczyn. Z tych też względów zrozumiałe jest, że te szczegółowe wyliczenia dotyczące ceny zostały przez ZDI objęte tajemnicą, gdyż ich ujawnienie zagrażałoby interesom ekonomicznym Spółki

ZDI." – niemniej, zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO, utajnienie określonych informacji nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 131/22.

Przedmiot niniejszego postępowania nie stanowi nader skomplikowanego czy niespotykanego przedsięwzięcia. Brak jest informacji, które mogłyby negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną wykonawcy ZDI poprzez uzewnętrznienie jakiegoś rodzaju unikalnych rozwiązań, które nie są dostępne innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, a których pozyskanie naraziłoby wykonawcę na szkodę. Wykonawca ZDI nie wykazał, w jaki sposób ujawnienie załączników mogłoby na tę pozycję negatywnie wpłynąć, ograniczając się jedynie do przedstawienia twierdzeń, bez poparcia ich dowodami. Nie nastąpiło zatem wykazanie, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle powyższego, kolejna z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk nie została wypełniona.

Z ostrożności – nie znając treści załączników przedłożonych wyjaśnień w zakresie ceny – jeżeli zawierają one oferty od podmiotów trzecich (np. potencjalnych podwykonawców) – nie wskazując w swojej treści na stosowną klauzulę poufności – zamawiający również jest zobowiązany do ich odtajnienia. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z dnia 25 września 2020 r., sygn. akt KIO 2123/20.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł m.in., że wykonawca ZDI wykazując spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie ust. 1 lit. b) SWZ przywołanego powyżej, powołał się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji usługi świadczonej przez konsorcjum w składzie ZDI Spółka z o.o. wraz z Partnerem – ZBM Inwestor Zastępczy S.A oraz Promost Consulting Sp. z o.o.. sp. k. zgodnie z zawartą umową nr O.LO.D-3.2410.3.2027.cz2.af z dnia 12 września 2018 r. Z treści przedłożonego na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp dokumentu „Poświadczenia” z dnia 07.09.2023 r. nie sposób wyczytać jaki konkretnie zakres usługi wykonało ZDI. Zamawiający zaniechał weryfikacji jakie konkretnie czynności wykonywało ZDI podczas realizacji ww. usługi referencyjnej mającej na celu wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Przywołał wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2534/18 i w sprawie o sygn. akt KIO 924/23.

Zamawiający winien co najmniej wezwać wykonawcę ZDI do wyjaśnienia, w jakim zakresie wykonywała przedmiotową usługę i czy spełnia ona kryteria postawione przez niego w rzeczonym postępowaniu – czego zaniechał, dopuszczając się do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. pkt 8 ustawy Pzp odwołujący podniósł m.in., że udostępnione odwołującemu wyjaśnienia RNC z dnia 18 września 2024 r. wraz z ich uzupełnieniem z dnia 27 września 2024 r. należy uznać za lakoniczne oraz ogólnikowe. Cena ofertowa wykonawcy ZDI stanowi jedyne 28% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, co budzi uzasadnioną wątpliwość co do jej rynkowości. Ponadto, koszt personelu odwołującego, który to został rzetelnie skalkulowany na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ i jest w zgodności zarówno z przepisami prawa, jak też stawkami wynikającymi z biuletynu SEKOCENBUD, opiewa na kwotę w wysokości 978 450,00 PLN netto, co znacząco przekracza globalną cenę ofertową wykonawcy ZDI.

W świetle powyższego odwołujący podniósł, że wątpliwym wydaje się możliwość uwzględnienia pozostałych kosztów niezbędnych do realizacji zadania przy tak niskiej cenie ofertowej wykonawcy ZDI. Niemniej, odwołujący nie jest w stanie dokonać pełnej weryfikacji wyjaśnień ze względu na zaniechanie przez zamawiającego czynności odtajnienia i udostępnienia załączników do wyjaśnień RNC wykonawcy ZDI. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2020 r., sygn. akt KIO 2501/20.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że do wyjaśnień RNC z dnia 18 września 2024 r. dołączono załączniki pn.: „Tabela amortyzacji środków trwałych ZDI sp. z o.o.”, „kalkulacja”, „Oferty”. Wskazane dokumenty przekładane są do wyjaśnień składanych przez wykonawcę ZDI w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – zatem brak jest skonkretyzowania i przygotowania indywidualnych dowodów dotyczących postępowania.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 25 października 2024 r. za pośrednictwem platformy <https://ipn.logintrade.net>.

W dniu 28 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, zwany dalej „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 13 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

- 1)uwzględnia zarzut odwołującego zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy ZDI do złożenia wyjaśnień w jakim zakresie wykonywał usługę na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie (art. 128 ust. 4 ustawy Pzp);
- 2)w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi

na odwołanie na poparcie twierdzeń w niej wskazanych.

W dniu 13 listopada 2024 r. wykonawca ZDI wniósł pismo procesowe w sprawie, w którym zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części w zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wezwania Wykonawcy do złożenia w jakim zakresie wykonywał usługę na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie (art. 128 ust. 4 ustawy Pzp).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, zwanego dalej „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1. Uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień RNC jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami złożone przez ZDI w postępowaniu prowadzonym przez ZDW w Lublinie.

2. Wyjaśnienia ZDI z dnia 18.09.2024 r.

3. Wyjaśnienia ZDI z dnia 27.09.2024 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Informacja o odtajnieniu o odtajnieniu dokumentów wykonawcy ZDI Sp. z o.o. przez GDDKiA Oddział w Lublinie z dnia 9 października 2024 r.

2. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę ZDI Sp. z o.o. z dnia 27 września 2024 r.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

**Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę ZDI jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień RNC złożonych w dniu 18.09.2024 r. w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie załączników do tych wyjaśnień oraz załączników do pisma z dnia 27.09.2024 r. (w odpowiedzi na dodatkowe – uzupełniające - wezwanie do wyjaśnień RNC), a także samych załączników dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia informacji, pomimo, że Wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł te dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazał spełnienia przez informacje przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z przepisami Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut 1 odwołania) potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2024 r., wezwał wykonawcę ZDI, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny oraz jej istotnych części składowych, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ZDI, pismem z dnia 20 września 2024 r., złożył wyjaśnienia, załączając do nich „UZASADNIENIE DOTYCZĄCE OBJĘCIA TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA WYJAŚNIEŃ DOTYCZĄCYCH NISKIEJ CENY WRAZ Z ZAŁĄCZNIKAMI”.

Zamawiający, pismem z dnia 24 września 2024 r., wezwał wykonawcę ZDI, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy w związku z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oraz w odniesieniu do złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny do doprecyzowania wyjaśnień poprzez jednoznaczne wykazanie wszystkich kosztów realizacji zamówienia (wraz z narzutami odpowiadającymi przyjętej formie zlecenia) tj. do przedstawienia rozliczenia w kwotach ostatecznych - brutto.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ZDI, pismem z dnia 27 września 2024 r., złożył wyjaśnienia, zastrzegając złożone do niego załączniki jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 18 ust. 1 -3 ustawy Pzp stanowi, że:

„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 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”.

Z kolei art. 16 ustawy pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2)przejrzysty;
- 3)proporcjonalny”.

Nadto art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że „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.”.

Niewątpliwym jest, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Od zasady tej istnieją wyjątki, o których mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak więc warunkiem skutecznego zastrzeżenia jest wykazanie przez wykonawcę łącznego spełnienia trzech przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. tego, że określona informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest informacją mającą wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca ZDI zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki do złożonych wyjaśnień z dnia 18 września 2024 r. (Tabela amortyzacji środków trwałych ZDI Sp. z o.o., Wzór Klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, Regulamin w sprawie sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” oraz zakresu i warunków stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w celu ich ochrony w ZDI Sp. z o.o.,Certyfikat ISO 9001:2015, kalkulacja, oferty) i 27 września 2024 r. (wzór klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, Regulamin w sprawie sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” oraz zakresu i warunków stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w celu ich ochrony w ZDI Sp. z o.o., certyfikat ISO 9001:2015, kalkulacja brutto, oferta).

W ocenie Izby wykonawca ZDI w odniesieniu do załączników załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek zastrzeżenia ich poufności z wyłączeniem ofert współpracy stanowiących odpowiednio załącznik nr 6 i 5 do powyższych wyjaśnień. Zawierają one bowiem jedynie ogólne uzasadnienie, sprowadzając się w zasadzie do przytoczenia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Nie wynika z nich jednak – jak słusznie podniósł odwołujący – że zastrzeżone informacje mają jakiś unikatowy charakter. Wykonawca ZDI nie wykazał także ich wartości gospodarczej, jak również jakie działania zostały przez niego podjęte celem zachowania ich poufności. Co więcej ich treść jest tożsama w odniesieniu do załączników obydwu wyjaśnień rażąco niskiej ceny. A ponadto tego typu informacje były już udostępniane w innych postępowaniach, na dowód czego odwołujący przedłożył „Informacje o odtajnieniu dokumentów” przez GDDKiA Oddział w Lublinie, która to czynność nie była przez wykonawcę ZDI kwestionowana poprzez wniesienia odwołania. Nie wystarczy bowiem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać określoną wartość gospodarczą, która powinna być wykazana. Nie wystarczy też samo zapewnienie, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Odnosząc się do poszczególnych załączników stwierdzić należy, co następuje:

Odnosnie Certyfikatu ISO zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba uznała, że certyfikatu ISO należy zastrzegać jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Certyfikaty ISO 9001 oraz ISO 14001 potwierdzają standardy systemu zarządzania funkcjonującego u wykonawcy (zarządzania jakością czy też zarządzania środowiskowego). Nie są więc czymś unikatowym. Wobec czego nie wymagają podjęcia jakiś szczególnych działań w celu zachowania ich poufności. A takowe w odniesieniu do tych certyfikatów nie zostały wykazane. Brak jest więc podstaw do ich zastrzegania.

Wykonawca ZDI nie wykazał również przesłanek zastrzeżenia wzoru Klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również Regulaminu w sprawie sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” oraz zakresu i warunków stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w celu ich ochrony w ZDI Sp. z o.o. Zastrzeżony wzór klauzuli nie zawiera żadnych danych lub informacji mających walor wartości gospodarczej. Przedłożone oświadczenie zawiera bowiem zobowiązanie do zachowania poufności i jako takie jest jedynie zbiorem reguł postępowania o znacznym stopniu ogólności. Wykonawca ZDI nie wykazał także w jaki sposób odtajnienie tych dokumentów wpłynie negatywnie na jego pozycję rynkową, mimo iż to właśnie do pozycji rynkowej się odwoływał. Dokumenty te stanowią bowiem dokumenty wewnętrzne funkcjonujące u tego wykonawcy i nie wynika z nich żadna informacja, która mogłaby zachwiać pozycją rynkową tego wykonawcy.

Wykonawca ZDI nie wykazał także zasadności zastrzeżenia kalkulacji ceny jego oferty. Przedmiotem zamówienia jest usługa, która opiera się na kosztach wynagrodzenia. Wykonawcy konkurują więc ceną. „Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1479/23, KIO 480/23, KIO 1481/23, KIO 1482/23) Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki wykonawca ZDI skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów tego wykonawcy i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej na rynku. Oczywistym jest bowiem, że wykonawcy konkurujący ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen. Nie oznacza to jednak, że kalkulacja oparta w zasadzie na wynagrodzeniach zespołu specjalistów koniecznych do realizacji tego niemal standardowego zamówienia stanowi jakieś autorskie rozwiązanie wykonawcy ZDI. To przecież ceną konkurują wykonawcy, która stanowi istotny element oferty. Takie informacje, jak zawarte w kalkulacji cenowej usługi będącej przedmiotem tego zamówienia, nie są w stanie pogorszyć sytuacji rynkowej wykonawcy ZDI, ani też wypłynąć pozytywnie na sytuację rynkową konkurentów. Co więcej wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość reguł, jakimi rządzą się tego rodzaju postępowania, a mianowicie zachowanie zasady jawności

Zasadności zastrzeżenia poufności dokumentów, tj. wykazu środków trwałych wykonawca ZDI także nie wykazał. Praktycznie w ogóle do kwestii tej nie odniósł się w treści uzasadnienia zastrzeżenia. Próżno szukać w nim jakichkolwiek informacji dotyczących tego wykazu. Wobec tego stwierdzić należy, że wykonawca ZDI w odniesieniu do tych informacji nie wykazał zasadności zachowania ich poufności.

Jedynymi informacjami jakie zostały skutecznie zastrzeżone są oferty osób – specjalistów (ich zobowiązania współpracy wraz z oczekiwany wynagrodzeniem). Zamawiający wykazał bowiem ich wartość gospodarczą. Istotnie występują one w zbiorze, który nie jest powszechnie dostępny. Zamawiający wskazał bowiem bazę osób, z którymi współpracuje. Ta współpraca znalazła odzwierciedlenie w złożonych wykonawcy ZDI ofertach specjalistów i co pozwoliło mu – jak podkreślał przystępujący - na wynegocjowanie korzystnych stawek wynagrodzenia. Co więcej przystępujący wskazał na praktykę „podkupywania” pracowników pomiędzy wykonawcami wykonującymi tego rodzaju usługi, w tym taką, która miała miejsce właśnie pomiędzy odwołującym a przystępującym. Dobór specjalistów do realizacji tego, jak i innych usług ma niewątpliwie znaczenie dla wykonawcy usługi. A tym samym może mieć i ma także wymiar gospodarczy. Dlatego też Izba uznała, że w zakresie do tych dokumentów zarzut odwołującego nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tj.: Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.) poprzez bezpodstawne zaniechanie przez zamawiającego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane należycie), mimo że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału określonego w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1) lit. b) SWZ, w tym w szczególności nie pozwalają na ustalenie rzeczywistego zakresu realizowanego przez każdego z członków Konsorcjum (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale IX SWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOS

DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW podał:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, a w szczególności:

1) wykazą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. wykazą się wykonaniem w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) minimum jednej (1) usługi polegającej na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego przy realizacji pełnego procesu budowy (tj. od wprowadzenia wykonawcy robót budowlanych na budowę do uzyskania pozwolenia na użytkowanie) nowego budynku o funkcji biurowej o powierzchni użytkowej min. 3500 m<sup>2</sup>;

b) minimum jednej (1) usługi polegającej na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego przy realizacji pełnego procesu inwestycyjnego (zaprojektowania i wykonania robót budowlanych) nowego budynku o powierzchni użytkowej min. 3500 m<sup>2</sup>, realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”.”.

Na potwierdzenie powyższego, na wezwanie zamawiającego, wykonawca ZDI złożył m.in. Wykaz usług według wzoru stanowiącego załącznik nr 12 do SWZ, w treści którego wskazał dwie usługi, w tym zrealizowaną na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Lublin oraz Poświadczenie z dnia 7 września 2024 r. wystawione przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Lublin.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”.

Oznacza to, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2023)

Z kolei § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tj.: Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.) stanowi, że „Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: (...)

2) o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.”.

Oznacza to, że wykonawca w sytuacji gdy samodzielnie posługuje się doświadczeniem w wykonaniu referencyjnego przedmiotu zamówienia wykonywanego wspólnie z innymi wykonawcami składa wykaz, który ma dotyczyć tych dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten uczestniczył bezpośrednio. Wymóg „bezpośredniego uczestniczenia” w wykonaniu przedmiotu zamówienia nie oznacza przy tym obowiązku bezpośredniego wykonania całego zakresu prac a jedynie obowiązek bezpośredniego uczestniczenia w ich wykonaniu lub wykonywaniu.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca ZDI na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazał m.in. zadanie realizowane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Lublin. Na potwierdzenie bezpośredniego uczestniczenia w jego realizacji oraz należytego wykonania referencyjnego zamówienia wykonawca ZDI złożył Poświadczenie z dnia 7 września 2024 r. wystawione przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Lublin, z którego wprost wynika, że liderem konsorcjum wykonującym przedmiotowe zamówienie było ZDI Spółka z o.o. A ponadto Poświadczenie to – jak słusznie wskazał przystępujący – odnosi się do wykonywania całej usługi przez ZDI Spółka z o.o., a nie konsorcjum w skład, którego wchodzi ZDI Spółka z o.o. Wskazuje więc na zakres usług wykonywanych przez tego wykonawcę (ZDI Spółka z o.o.). Brak jest więc podstaw do kwestionowania złożonego przez wykonawcę ZDI Poświadczenia i wzywania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący w żaden sposób nie przedstawił bowiem jakichkolwiek okoliczności, które kwestionowałyby prawidłowość oświadczenia złożonego w postępowaniu przez wykonawcę ZDI.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący podniósł także zarzuty ewentualne, tj. zarzuty naruszenia:

1) art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp, bowiem analiza dostępnych odwołującemu wyjaśnień wskazuje, iż nie są one wystarczające do wykazania, iż cena ofertowa ZDI nie jest ceną rażąco niską.

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZDI, podczas gdy, z dostępnej odwołującemu treści wyjaśnień RNC ZDI można przypuszczać, iż nie zostały ujęte wszelkie niezbędne koszty umożliwiające należyłą realizację przedmiotowego zamówienia,

które – jak wskazał w uzasadnieniu odwołania – podniósł z daleko posuniętej ostrożności, gdyż brak odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 18 września 2024 r. oraz ich uzupełnienia w dniu 27 września 2024

r. uniemożliwia mu pełną ocenę prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy ZDI.

W związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę ZDI jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień RNC złożonych w dniu 18.09.2024 r. w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie załączników do tych wyjaśnień oraz załączników do pisma z dnia 27.09.2024 r. (w odpowiedzi na dodatkowe – uzupełniające - wezwanie do wyjaśnień RNC), a także samych załączników dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZDI na podstawie art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący – w związku z nieznajomością wyjaśnień – sformułował ten zarzut bowiem jako zarzut ewentualny, podnosząc przy tym „*udostępnione mu wyjaśnienia RNC z dnia 18.09.2024 r. wraz z ich uzupełnieniem z dnia 27.09.2024 r. - nie znając treści załączników - należy uznać za lakoniczne oraz ogólnikowe*”. Dlatego też wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodnicząca:**.....