Sygn. akt:KIO 4217/24
KIO 4219/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2024 r. oraz 12 grudnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 12 listopada 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 4217/24;

B.w dniu 12 listopada 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 4219/24;

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Sobótka

przy udziale uczestnika wykonawcy Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 4217/24 oraz KIO 4219/24

orzeka:

KIO 4217/24

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje Zamawiającemu uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści zawartych przez wykonawcę Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w zakresie dokumentów i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 września 2024 r. oraz udostępnienie Odwołującemu w całości wyjaśnień wykonawcy Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu złożonych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 17 września 2024 roku dotyczącego rażąco niskiej ceny

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze w części 1/2 oraz Zamawiającego Gminę Sobótka w części 1/2 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego wykonawcę R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) proporcjonalnie do liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

3.3. w pozostałym zakresie znosi koszty pomiędzy stronami.

KIO 4219/24

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz Zamawiającego Gminę Sobótka

w części 1/2 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego wykonawcę Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) proporcjonalnie do liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

3.3. w pozostałym zakresie znosi koszty pomiędzy stronami.

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.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt:KIO 4217/24
KIO 4219/24

U z a s a d n i e n i e

Gmina Sobótka (zwane dalej „zamawiającym"), prowadzi w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej: „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Gminy Sobótka* o numerze: RIiGK.271.16.2024*, (zwane dalej: „postępowaniem").*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00466673/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 4217/24

W dniu 12 listopada 2024 r. wykonawca R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.R. z siedzibą w Zielonej Górze (zwany dalej: „Odwołującym1") wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

A. zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zaberd sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „wykonawca ZABERD")

B. zaniechanie czynności doręczenia Oferentowi pełnej dokumentacji związanej z ofertą wykonawcy ZABERD

Odwołujący1 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

W zakresie części A:

1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD sp. z o.o., podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

W zakresie części B:

2) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „ZNKU") w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w zakresie dokumentów i wyjaśnień dotyczących Rażąco niskiej ceny, stanowiącej replikę na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 października 2024 roku. tj. w szczególności w zakresie:

a) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy,

b) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,

c) oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,

d) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2022 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

e) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

f) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska,

g) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy

podczas gdy, zdaniem Odwołującego, nie wykazał on w sposób skuteczny, że ww. zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a konsekwencji doprowadzenie do braku udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji stanowiących treść oferty i uniemożliwienia zweryfikowanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

2) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zasady przejrzystości polegające na dokonaniu badania i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w pkt 1 zarzutów odwołania.

3) naruszenie art. 89

W związku z powyższym Odwołujący1 wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, aby ten dokonał:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD;

3)uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i tym samym udzielenie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego;

ewentualnie o:

4)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

5)nakazanie Zamawiającemu udostępnienia w całości wyjaśnień Wykonawcy w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 17 października 2024 roku dotyczącego rażąco niskiej ceny i tym samym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w odpowiedzi na pismo z dnia 17 października 2024 r.

Odwołujący1 wyjaśnił, że ma interes posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący1 jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia ofert wykonawcy ZABERD, to oferta Odwołującego1, uwzględniając kryteria oceny ofert, byłaby ofertą najwyżej ocenioną i tym samym miałby duże szanse na ostateczne uzyskanie zamówienia. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący1 poniósł szkodę.

W uzasadnieniu Odwołujący1 w pierwszej kolejności wskazał okoliczności faktycznie, zgodnie z którymi w dniu 17 września 2024 roku Zamawiający wezwał wykonawców:

a. Pollight sp. z o. o.

b. ZABERD sp. z o. o.

c. K.R.

Do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub istotnych części składowych. Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien w wyjaśnieniach wskazać metodykę kalkulacji ceny ofertowej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 Pzp tj. w szczególności: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy,

1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,

2) oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,

3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2022 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

5) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska,

6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia, przy czym wyjaśnień oraz załączników oferty wykonawcy ZABERD nie odtajniono.

W dniu 7 listopada 2024 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZABERD.

Do niniejszego zagadnienia znajdą zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

1) art. 239 ustawy Pzp poprzez podjęcie czynności dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zaberd sp. z.o.o, pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

4) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przepisy te mają w ocenie Odwołującego1 zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy ZABERD zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

1) wyjaśnienia mają ogólny charakter,
2) brak dołączenia dowodów,
3) brak wykazania dysponowania niezbędnym sprzętem,
4) niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Natomiast w zakresie braku ujawnienia oferty Wykonawcy:

5) naruszenie zasady jawności i uczciwej konkurencji.

Odwołujący1 podniósł, że wobec utajnienia wyjaśnień wykonawcy ZABERD, swoje zarzuty opiera na własnym doświadczeniu zawodowym, złożoności zagadnień technicznych przedmiotowego zamówienia oraz doświadczeniu przy składaniu ofert oraz wyjaśnień wykonawcy ZABERD w innych, podobnych zamówieniach.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy ZABERD często, a zatem zapewne również i w tej sytuacji, mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystyka wyjaśnieniowa" składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Odwołujący1 wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji, przywołując jako przykładowe wyroki:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 178/15:*„Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie, jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności".*

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20:*„Wyjaśnienia składane na wezwanie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Ogólne zapewnienia czy ogólniki dotyczące np. wieloletniego doświadczenia wykonawcy, jeśli w ślad za nimi nie idą wyczerpujące wyjaśnienia, wskazujące na wykorzystanie tych przymiotów dla możliwości obniżenia wynagrodzenia, nie wnoszą do sprawy istotnych treści, bowiem nie wskazują na wymierne efekty ekonomiczne. Wyjaśnienia powinny zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, przy czym powinny to być wszystkie konieczne elementy związane z przedmiotem zamówienia i wynikające z obowiązujących przepisów prawa. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień zawierających wymienienie wysokości ponoszonych kosztów, bez wykazania prawidłowości ich określenia na takim poziomie. Wyjaśnienia powinny odpowiadać na wezwanie Zamawiającego nie tylko co do formy, ale też co do treści".*

W odniesieniu do brak dołączenia dowodów Odwołujący1 wskazał, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2022 r., sygn. akt KIO 2220/22:*„Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości. Wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość*
w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego”.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1176/22: *„Zgodnie*
z art. 224 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Dlatego wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w wyjaśnieniach takie dowody powinien przedstawić”.

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 776/22:
„To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”.

4) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1197/21:*„Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w postaci opisowej oraz załączony do nich kosztorys nie pozwalają zatem na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ. Ponownie należy wskazać, że jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie”.*

5) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 839/20:*„Tym samym nie wystarczy przedstawić szczegółowych kalkulacji, które potwierdzają cenę ofertową ale należy wyjaśnić/udowodnić oszczędności wyceny oferty, ich skalę w stosunku do wyceny zamawiającego, czy też do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”.*

Zdaniem Odwołującego minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:

1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia.

2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.

3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca.

Odwołujący1 wskazał, że gdyby wyjaśnienia miały szczegółowy charakter, był do nich dołączony kosztorys szczegółowy (czyli z rozbiciem każdej pozycji jednostkowej na robociznę, materiały oraz sprzęt) oraz do wyjaśnień zostałyby dołączone dowody (w szczególności w zakresie kosztów robocizny, materiałów oraz sprzętu), to Zamawiający mógłby dokonać stosownego sprawdzenia czy założenia wykonawcy ZABERD są prawidłowe.

W szczególności Zamawiający mógłby sprawdzić, czy założenia wykonawcy co do tej pozycji
w kosztorysie szczegółowym są realistyczne oraz sprawdzić założenia z dowodami, np. czy faktycznie wykonawca jest w stanie zakupić materiały za taką cenę.

Brak wyjaśnień oraz utajnienie tej części korespondencji pomiędzy Zamawiającym
i Wykonawcą uniemożliwia rzetelną weryfikację kosztrorysu.

Odwołujący1 podniósł również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy ZABERD do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie, na potwierdzenie czego Odwołujący1 przywołał:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3216/21:*„Wykonawca biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalista, zobowiązany jest udzielić wyczerpujących wyjaśnień na pierwsze wezwanie zamawiającego, które jasno określało zakres wymaganych wyjaśnień. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne. Nie można zastosować ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne”.*

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1166/21: *„Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. (…) Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami”.*

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21:*„Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.*

Odnośnie zarzutu odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący podnosi, że wykonawca ZABERD w rzeczywistości nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał, że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo, że nie są łatwo dostępne dla takich osób i nie wykazał, aby podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, co stanowiło nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego skuteczności oświadczenia Wykonawcy ZABERD o zastrzeżeniu jego wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkującą w konsekwencji zaniechaniem udostępnienia.

Odwołujący1 wskazał, że kwestionowane zaniechanie Zamawiającego z zakresie oceny zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty wykonawcy ZABERD jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pozbawiło Odwołującego1 możliwości zbadania poprawności czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty wykonawcy ZABERD pod kątem jej rażącego zaniżenia.

Odwołujący1 wskazał, że 17 października 2024 r. złożył do Zamawiającego wniosek o odtajnienie dokumentów i doręczenie pełnej korespondencji z wykonawcą ZABERD dotyczącej wyjaśnienia ceny oferty.

W ocenie Odwołującego1, w złożonym oświadczeniu o zastrzeżeniu treści wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 17 października 2024 r. wykonawca ZABERD nie wykazał, aby zastrzegane przez niego informacje wpisywały się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

Odwołujący1 wskazuje, że po pierwsze, treść przedmiotowych wyjaśnień stanowi w przeważającej mierze parafrazę przepisów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy ZNK oraz sprowadzona jest do takiego poziomu ogólności, że w zasadzie mogłaby być przedłożona przy zastrzeżeniu każdego rodzaju informacji i w każdym postępowaniu, nawet niezwiązanym ze świadczeniem pomocy prawnej. Odwołujący wskazuje też, że odwołując się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowanej w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, wykonawca ZABERD nie wykazał w szczególności ziszczenia się drugiej i trzeciej przesłanki zawartej w tym przepisie, tj.:

1) faktu, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, że nie są łatwo dostępne dla takich osób;
2) faktycznego podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący1 zauważył, że jeśli mowa o braku powszechnej znajomości tych informacji lub braku łatwego dla nich dostępu, Wykonawca ZABERD w zasadzie złożył w tym zakresie jedynie deklarację własną i to w treści samych wyjaśnień. W szczególności nie wykazał, że w innych postępowaniach o udzielnie zamówienia, również zastrzega informacje - o tej samej przecież - strukturze czy polityce płacowej lub sposobie kształtowania ceny w ramach zamówień polegających na świadczeniu pracy przez skierowany personel, albo aby zobowiązał kogokolwiek ze swojej organizacji do zachowania przedmiotowych informacji w tajemnicy. Tymczasem, co odwołujący wykaże podczas rozprawy, wyjaśnienia wykonawcy ZABERD składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia są jawnymi i każdy może zapoznać się z obecnie utajnianą metodologią konstruowania ceny oferty przez tego Wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego1, ponad powyższe, wykonawca ZABERD nie wykazał powzięcia działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, co stanowi równorzędną z innymi i kumulatywną przesłankę z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Mimo powołania się na rzekomo stosowane w tym zakresie środki, zdaniem Odwołującego, mają one co najwyżej charakter pozorny, co Odwołujący wykaże podczas rozprawy. Wykonawca ZABERD pomimo deklaracji w tym zakresie, nie przedstawił też jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego realne stosowanie tych działań i środków.

W ocenie Odwołującego1, utajnienie przez Wykonawcę ZABERD informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny jego oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter iluzoryczny i służy wyłącznie do utrudnienia weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny tych wyjaśnień. Powyższą ocenę potwierdza fakt - również nieprawidłowego - utajnienia przez Wykonawcę ZABERD całości wyjaśnień ceny oferty, a nie ewentualnie poszczególnych informacji tam zawartych. Trudno przyjąć za racjonalne stanowisko, aby cała treść przedmiotowych wyjaśnień tj. absolutnie wszystkie podane tam informacje, posiadały wartość gospodarczą.

Ponadto, zdaniem Odwołującego1, Wykonawca ZABERD w żaden sposób nie wyjaśnił na czym polegać ma gospodarczy charakter utajnianych informacji, w szczególności z jakich względów, jego zawarta w przedmiotowych wyjaśnieniach kalkulacja ma charakter unikalnej czy wyjątkowej, zwłaszcza w kontekście wymagania Zamawiającego opiewającego na skierowanie do realizacji zamówienia określonej w ofercie grupy osób. Sam bowiem fakt, że utajniane informacje zawarte są w wyjaśnieniach ceny oferty, nie przesądza sam przez się, że mają one wartość gospodarczą. Odwołujący1 nie skomentował też w żaden sposób, w jaki sposób, ryzyko zapoznania się przez konkurencję z konstrukcją jego ceny oferty, przełożyć mogłaby się na jego interes gospodarczy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Wykonawca ten ponadto w dniu 28 listopada 2024 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

W dniu 27 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania złożonego przez Odwołującego1, przedstawiając argumentację i dowody na poparcie stanowiska.

KIO 4219/24

W dniu 12 listopada 2024 r. wykonawca Pollight spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym2") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na uznaniu za najkorzystniejszą i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „wykonawca ZABERD") oraz odrzuceniu oferty Odwołującego2 i w konsekwencji dokonania czynności z naruszeniem przepisów prawa oraz z zaniechaniem czynności przez Zamawiającego w zakresie

jakim był zobowiązany.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący2 zarzucił naruszenie:

1. Naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez wskazanie nieistniejącej podstawy prawnej dla odrzucenia oferty Odwołującego oraz niepełnego i nieprecyzyjnego uzasadnienia, które miałoby potwierdzać niezgodność oferty z wymaganiami SWZ, jednak poprzez ograniczenie do ogólnych twierdzeń w zakresie niezgodności niemających jednocześnie poparcia w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania, nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne.

2. Przyjmując, że mogło dojść do omyłki pisarskiej naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 223 ust. 1 i konsekwencji art. 16 Pzp poprzez błędne zastosowanie i uznanie, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, bez wcześniejszego zastosowania instytucji wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp - w zakresie kwestionowanych parametrów opraw oraz bez zastosowania instytucji wezwania do wyjaśnień w obszarze zaoferowanych przez Odwołującego oprawy LED. Tym samym poprzez założenie rzekomej niezgodności oferty
z wymaganiami na podstawie przypuszczeń, domniemań i bliżej niezidentyfikowanych informacji lub dokumentów nie stanowiących treści oferty, jak i nie będących przedmiotowym środkiem dowodowym, których przedłożenia też Zamawiający nie wymagał w celu wykazania zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami SWZ.

3. Naruszenie art. 239 Ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD, która to oferta została uznana za najkorzystniejszą w wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp, przy prawidłowej ocenie ofert to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

4. art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania
w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 pzp przepisów, co nastąpiło na skutek badania ofert złożonych w postępowaniu z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości
i proporcjonalności oraz zaniechań czynności, co do których Zamawiający był zobowiązany w świetle postanowień SWZ.

5. Z ostrożności procesowej również art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i w konsekwencji dokonanie niewłaściwej wykładni treści oferty Odwołującego, w sposób sprzeczny z jego wolą i intencją Odwołującego, co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego
a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z treści uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący2 wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego2;

3)nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego2 w tym dokonania czynności zaniechanych.

Odwołujący2 wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Odwołujący w świetle działań dokonanych przez Zamawiającego
z naruszeniem przepisów ustawy Pzp jak i w świetle zaniechania czynności, co do których Zamawiający był zobowiązany, może utracić możliwość pozyskania Zamówienia. W przypadku gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, przedstawiała by korzystniejszy bilans w ramach kryteriów oceny ofert i winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Na skutek wskazanych naruszeń przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego, postępowanie jest prowadzone wadliwie. Zamawiający niezasadnie, odrzucił ofertę Odwołującego2 i tym samym
w sposób nieuprawniony wybrał ofertę wykonawcy ZABERD jako ofertę najkorzystniejszą. Powyższe okoliczności narażają Odwołującego2 na poniesienie szkody majątkowej wynikającej z braku możliwości uzyskania zamówienia oraz braku możliwości wykonania przedmiotu potencjalnie zawartej z Zamawiającym Umowy, z czym wiązałaby się utrata potencjalnego zysku.

W uzasadnieniu Odwołujący2 w pierwszej kolejności przywołał zapisy rozdziału VI SWZ OPIS PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA, w którym Zamawiający wskazał, że *„Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i usługę wymiany oświetlenia drogowego w ramach zadania „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie gminy Sobótka". Modernizacja polega na wymianie opraw starego typu na nowoczesne energooszczędne oprawy LED terenie Gminy Sobótka zgodnie z*

załączoną dokumentacją techniczną oraz zestawieniem parametrów techniczno-użytkowych."

Dodatkowo Zamawiający w SWZ wskazał, że*„Modernizacja oświetlenia objęta jest dofinansowaniem z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych „Rozświetlamy Polskę", dlatego moc oprawy nie może być większa niż w załączonej dokumentacji technicznej i zestawieniu parametrów techniczno-użytkowych. Wartość luminancji nie może być mniejsza niż w załączonej dokumentacji technicznej, obliczeniach fotometrycznych oraz zestawieniu parametrów techniczno-użytkowych. Pozostałe parametry opraw muszą być zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.*

Dobrane oprawy muszą posiadać certyfikaty ENEC, ENEC+, ZD4i. Wyposażone będą w gniazdo Zhaga umożliwiające włączenie oprawy do systemu inteligentnego sterowania bez dodatkowej ingerencji w oprawę w standardzie D4i. Dobrane oprawy muszą spełniać wymagania norm oświetleniowych, w tym normy PN-EN 13201.

Efektem modernizacji jest gwarancja uzyskania redukcji mocy o 50% zachowując jednocześnie wymagania norm oświetleniowych oraz parametrów techniczno-użytkowych. Rezultatem modernizacji jest uzyskanie szacunkowego rocznego spadku emisji gazów cieplarnianych nie mniej niż 261 ton CO2."

Odwołujący2 podkreślił, ze pomimo dość szczegółowo określonych wymagań, co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający z pełną świadomością zaniechał możliwości oceny ofert pod względem zgodności zaoferowanego przedmiotu na podstawie przedmiotowych środków dowodowych. Zgodnie bowiem z rozdziałem VII SWZ Zamawiający, wskazał, że nie wymaga przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane oprawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający potwierdził brak wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w ramach wyjaśnień z dnia 4 września 2024 r., zgodnie z którymi w odpowiedzi na pytanie nr 5, pytanie nr 6, pytanie nr 10 oraz najszerzej na pytanie nr 27.

Tym samym Zamawiający ograniczył się wyłącznie do oświadczeń wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie w zakresie, iż oferowany przedmiot spełnia wymagania SWZ oraz do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdziale XII SWZ.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że w ramach podmiotowych środków dowodowych poza oświadczeniami wykonawców, Zamawiający wskazał również wymaganie w zakresie załącznika nr 7 -szczegółowy wykaz lokalizacji i załącznika nr 12 - zestawienie parametrów techniczno użytkowych proponowanych opraw.

W dniu 7 listopada 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego2 wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu jego oferty wskazując na zastosowaną podstawę prawną odrzucenia (pkt. 7 zawiadomienia z dnia 7 listopada 2024 r.) tj. art. 226 ust. 5 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego z uzasadnienia odrzucenia , w sposób bardzo nieprecyzyjny i niezrozumiały co do podstaw faktycznych, należy przyjąć, że Zamawiający uznaje ofertę Odwołującego za niezgodną z wymaganiami SWZ, w przypadku w którym zastosowanie winien mieć Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał, że:

Odwołujący2 wskazał, że nie może zgodzić się z zarzutem by jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia, oraz tym by była sporządzona i przedstawiona w sposób niezgodny z warunkami.

Zgodnie z przywołanym uzasadnieniem Zamawiający wskazuje na rzekome niezgodności w oparciu o dokonane porównanie oferowanych parametrów z załącznika nr 12 do SWZ dla opraw zaproponowanych przez Odwołującego2. Tym samym w celu oceny poprawności wniosków Zamawiającego należy odnieść tę ocenę właśnie do wymagań SWZ i zaoferowanych parametrów zgodnie z zestawieniem parametrów techniczno-użytkowych załączonych do Oferty Odwołującego2,
tj. sporządzonego na wzorze tj. załączniku nr 12 do SWZ zgodnie z wymaganiem Zamawiającego.

W celu odniesienia się do poszczególnych zastrzeżeń Zamawiającego, Odwołujący2 dla przedstawienia i porównania parametrów wymaganych jak i oferowanych (oferta Odwołującego2) zgodnie z przywołanym zestawieniem stanowiącym załącznik do oferty przedstawił tabelę
z parametrami wymaganymi i parametrami oferowanymi zgodnie z w/w załącznikiem nr 12
w odniesieniu do kwestionowanych parametrów przez Zamawiającego.

1.)Tabela z porównaniem parametrów wymaganych zgodnie z SWZ a opraw zaoferowanych FALCON 1 ; FALCON

2; FALCON 3 produkcji Pollight

2.)Tabela z porównaniem parametrów wymaganych zgodnie z SWZ a opraw zaoferowanych LOMLUX LM-GSL0
oraz LM-GSL06:

Ponadto Odwołujący wskazał, że w przypadku opraw FALCON, przywołany przez Zamawiającego parametr Ta=50°C, potwierdza, że oferowane oprawy dostosowane są do pracy nawet w temperaturze otoczenia 50°C. Tym samym wszystkie oferowane oprawy FALCON dostosowane są do pracy w temperaturze 40°C i spełniają wymaganie Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie rzekomej niezgodności kształtu oferowanych opraw parkowych z wymaganiami Zamawiającego, wskazania wymaga fakt, że Zamawiający wskazując poglądowy kształ opraw parkowych zastosował rzut opraw LUG, bez szczegółowego odniesienia do parametrów i wymiarów. Wskazania również wymaga fakt, że rzut oprawy jest charakterystyką poglądową i nie odzwierciedla dokładnego kształtu oprawy. Nie można jednocześnie pominąć,
że Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne nie precyzując zakresu równoważności
jak i parametrów, które muszą być bezwzględnie spełnione dla uznania równoważności. Tym samym również i w tym zakresie zarzut należy uznać za chybiony.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący2 złożył kompletną ofertę i wykazał zgodnie
z wymaganiami SWZ za pomocą wymaganych dokumentów spełnienie wymagań w zakresie parametrów opraw.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący2 z ostrożności procesowej wskazuje, że w przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia przez Odwołującego2, Zamawiający winien zastosować procedurę wyjaśnienia treści ofert, o której mowa w art. 223 ustawy Pzp. W stanie faktycznym przedmiotowego postępowania Zamawiający pomija parametry deklarowane przez Odwołującego2 w swojej ofercie zgodnie z załącznikiem do oferty sporządzonym w oparciu o załącznik nr 12 do SWZ, a ponadto dokonuje oceny na podstawie bliżej niezidentyfikowanych paramentów, w oparciu o nieznane źródła tych informacji oraz ewentualne dokumenty nie stanowiące treści oferty, pomijając jednocześnie możliwość wyjaśnienia treści oferty i tym samym pozbawiając możliwości wyjaśnienia i wyeliminowania wątpliwości zaistniałych po stronie Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jako autor postępowania przetargowego, określa też sposób badania zgodności oferty z wymaganiami SWZ poprzez określenie dokumentów na podstawie których takiej oceny/weryfikacji będzie dokonywał. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do oceny oferty w oparciu o wymagane dokumenty zgodnie z SWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający sam pozbawił się możliwości oceny przedmiotowych środków dowodowych poprzez brak określenia wymagania w tym zakresie. Co więcej decyzja Zamawiającego w zakresie braku takiego wymagania wydaje się w pełni świadomą i przemyślaną biorąc pod uwagę podtrzymanie braku wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, czego potwierdzeniem są wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego na etapie postępowania.

Odwołujący2 wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 22/23) jednoznacznie wskazano stanowisko co do zakresu dokumentów które ocenia Zamawiający wskazując na brak możliwości oceny dokumentów, których Zamawiający nie wymagał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. *„Dokumenty niewymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie mogą być przez Zamawiającego oceniane w tymże postępowaniu, więcej – na podstawie takich dokumentów nie mogą być podejmowane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Poddanie ocenie dokumentów, jakich Zamawiający nie żądał w postępowaniu, nawet tych przesłanych przez wykonawcę, stanowiłoby naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych. Błędne, niezgodne*
z prawem zamówień publicznych oraz naruszające wszystkie zasady prawa zamówień publicznych działanie Zamawiającego oparte na ocenie dokumentu niewymaganego w postępowaniu przesądza jednoznacznie o nieprawidłowości czynności Zamawiającego. (…) Wyjście poza zakres dokumentów
i oświadczeń określonych przez Zamawiającego w SWZ zawsze musi być traktowane negatywnie, bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i warunki zamówienia Zamawiający określa przy publikacji postępowania, a po czasie składania ofert nie mogą one ulegać zmianą. Zamawiający określa zakres niezbędnych oświadczeń i dokumentów jakie mają wykonawcy złożyć w postępowaniu i które to dokumenty stanowią podstawę do oceny złożonej oferty. Ocena złożonej oferty, w każdym jej aspekcie, dokonywana jest w oparciu o te wymagane oświadczenia
i dokumenty." (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 22/23).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Wykonawca ten ponadto w dniu 28 listopada 2024 r. oraz 6 grudnia 2024 r. przesłał pisma procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

W dniu 27 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania złożonego przez Odwołującego2, przedstawiając argumentację i dowody na poparcie stanowiska. Ponadto w dniu 6 grudnia 2024 r. Zamawiający przesłał pismo wraz z informacja sporządzona przez podmiot pełniący nadzór nad dokumentacją projektową.

W dniu 11 grudnia 2024 r. Odwołujący2 złożył pismo procesowe zawierające stanowisko Odwołującego2 odnoszące się do przedstawionego stanowiska Zamawiającego jak i przystępującego wykonawcy ZABERD.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez wykonawcę ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą we Wrocławiu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 4217/24 oraz KIO 4219/24.

W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowań odwoławczych do których zgłosił przystąpienia (dalej odpowiednio jako „Przystępujący ZABERD" lub „Przystępujący").

Wobec braku spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. z siedzibą w Zielonej Górze do udziału
w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 4219/24 po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający, na podstawie dokumentacji postępowania oraz po zapoznaniu się ze stanowiskiem stron oraz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. z siedzibą w Zielonej Górze, stwierdził że podmiot ten nie przesłał kopii zgłoszenia przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Okoliczność tę potwierdził wykonawca zgłaszający przystąpienie w toku posiedzenia niejawnego. Tymczasem zgodnie z treścią art. 525 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Ustawa Pzp nie przewiduje także możliwości usunięcia braków zgłoszenia przystąpienia w postaci braku przesłania kopii przystąpienia zamawiającemu lub odwołującemu

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzono, że przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 4219/24 wniesione przez wykonawcę R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. z siedzibą w Zielonej Górze, nie spełniało przesłanek określonych w art. 525 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie zostało złożone w sposób skuteczny.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący we wszystkich z rozpoznawanych spraw posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

KIO 4217/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, stanowiącej odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 września 2024 r.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że zasada jawności postępowania ustanowiona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp jest naczelną zasadą, na której oparte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Znajduje ona zastosowanie na każdym etapie postępowania. Celem jej wprowadzenia było nie tylko zapewnienie jawności działania podmiotów publicznych,
ale również umożliwienie wykonawcom oraz wszystkim podmiotom zainteresowanym przebiegiem postępowania, zapoznania się z informacjami podanymi w jego toku. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności.
Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności może doznać ograniczeń wyłącznie w przypadkach opisanych w ustawie Pzp. Jedno z owych ograniczeń zostało przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

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 (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Co istotne, dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie.

Wykonawca dokonujący zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Owo wykazanie powinno nastąpić wraz
z przekazaniem zastrzeganych informacji. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się pojęciem „wykazał", zatem nie może zostać uznane za wystarczające jedynie wskazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Okoliczności powoływane przez wykonawcę powinny mieć obiektywny charakter i być możliwe do zweryfikowania. Ponadto, w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że twierdzenia wykonawcy o czynnościach lub środkach, jakie podjął w celu zachowania określonej informacji w poufności, powinny zostać poparte dowodami.

W orzecznictwie ugruntowane jest także stanowisko, że wymóg wykazania wraz
z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca, rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, zamawiający nie jest uprawniony do zastępowania wykonawcy w takim wykazaniu. Zamawiający nie może w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania,
że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji.
Brak skutecznego wykazania przez wykonawcę wraz z przekazaniem informacji, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być sanowany na późniejszym etapie.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący ZABERD w piśmie z dnia 20 września 2024 r. przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, które mają w zasadniczej części charakter lakoniczny i ogólnikowy, nie referują zaś do konkretnych uwarunkowań zaistniałych w przedmiotowej sprawie. Izba zgadza się, że zarówno wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również poszczególne elementy takie jak sposób kalkulacji ceny, dane o czynnikach cenotwórczych oferty, partnerach handlowych, relacjach handlowych i warunki zawieranych przez niego umów itp. mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby jednak taki przymiot uzyskały i były tak traktowane, również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi zostać wykazane że spełniają one określone w ustawie przesłanki, jak również że podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął określone działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie okoliczności te nie zostały wykazane, a zatem nie została potwierdzona zasadność wyłączenia ich jawności jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności w zakresie okoliczności, iż zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom

zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób zgodzić się należy z Odwołującym, iż Przystępujący ZABERD poprzestał w tym zakresie na parafrazie zapisu zawartego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie została natomiast przedstawiona jakiekolwiek szczegółowe uzasadnienie dla tej przesłanki, które referowałoby do informacji przedstawionych w ramach odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności za okoliczność braku powszechności czy dostępności określonych informacji nie może być uznany wyłącznie fakt braku zawarcia określonych informacji w rejestrach publicznych. Izba stwierdziła, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego (poza ogólnym powołaniem się w jego treści na wypracowane przez Przystępującego kontakty gospodarcze oraz wiedzę o podmiotach i osobach, z jakimi współpracuje oraz warunków tej współpracy) nie zostało zindywidualizowane i odniesione do konkretnych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego dotyczącej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, Izba stwierdziła, iż stanowi ona ogólne deklaracje Przystępującego, oparte głównie na jego przewidywaniach, nie powiązane z konkretnymi informacjami zawartymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Zauważyć należy, iż Przystępujący wiąże wysokość potencjalnej szkody z samym faktem ujawnienia jego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy nie wykazał on, aby ujawnienie informacji tam zawartych faktycznie zagrażało interesom jego przedsiębiorstwa, w szczególności wpływało na pogorszenie jego sytuacji na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia. Przystępujący poprzestał na ogólnikowych tezach o zagrożeniu jego pozycji rynkowej, nie przedstawił jednak żadnej analizy dotyczącej tego, jak ujawnienie tych konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień ma przekładać się na spadek jego konkurencyjności. Samo powołanie się na wysokość szkody, jaka zdaniem Przystępującego miałaby wystąpić w efekcie ujawnienia informacji, w sytuacji gdy nie uwiarygodniono, że prawdopodobieństwo zagrożenia interesom Przystępującego w ogóle zachodzi, nie może zostać uznane za wystarczające, aby uznać, że informacje mają wartość gospodarczą. Tym bardziej, że jak już wskazywano, uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego nie odnosi się do konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Izba za chybione uznała powoływanie się przez Przystępującego w kontekście potencjalnej szkody na koszty związane ze sporządzeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, w tym poprzez wyszukanie na rynku podmiotów i osób, z którymi mógłby wziąć udział w realizacji przedmiotu zamówienia i starania, by podmioty te pozyskały dokumenty niezbędne, by wykonawca mógł ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, w kontekście wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przystępujący poświęcił siły i środki po to, by należycie przygotować ofertę i uzyskać zamówienie. Ewentualną szkodę upatrywaną jako wysokość kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępujący mógłby ponieść zatem w sytuacji, gdyby nie uzyskał zamówienia, a nie w przypadku odtajnienia wyjaśnień i załączonych do niego dokumentów. Ewentualna utrata możliwości uzyskania zamówienia byłaby z kolei wynikiem wadliwości oferty Przystępującego, a nie odtajnienia wyjaśnień. Nadto Przystępujący choćby w przybliżonym stopniu nie określił wartości gospodarczej informacji, których zastrzeżenia oczekiwał.

Przystępujący nie wykazał także, że podjął działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Za wykazanie takie nie może zostać uznane twierdzenie Przystępującego,
iż w przedmiotowym zakresie *stosowne działania uwzględnia zarówno w polityce firmy* oraz *organizacyjnie, technicznie i systemowo zabezpiecza dostęp do informacji poufnych, umożliwiając dostęp do zasobów informacyjnych każdego projektu tylko osobom bezpośrednio z projektem związanych, odpowiednio zobowiązanych do zachowania poufności danych.* Przystępujący poprzestał na złożeniu w tym zakresie oświadczenia, opisującego politykę bezpieczeństwa danych prowadzoną
u wykonawcy oraz przesłał w załączeniu dokumenty w postaci „*Polityki Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa*" wraz ze wzorem „*Oświadczenia o zachowaniu poufności*". Jednocześnie jak słusznie podniósł Odwołujący nie przedstawiono jakichkolwiek okoliczności wskazujących na realne zastosowanie ww. procedur i polityk w odniesieniu do informacji, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów mających wykazać potwierdzenie podjęcia czynności opisanych w tych dokumentach w odniesieniu do informacji których zastrzeżenia- poufności Przystępujący pragnąłby dokonać.

Wobec zaniechania wykazania przez Przystępującego zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zaistniały podstawy do uznania zastrzeżenia informacji zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami za nieskuteczne i uwzględniła zarzuty odwołania w tym zakresie.

Na uwzględnienie nie zasługiwał natomiast zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD sp. z o.o., podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby postawiony zarzut ma w tym zakresie charakter

blankietowy. Odwołujący poza stwierdzeniami natury ogólnej oraz szerokim przywołaniem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie nie przedstawił uzasadnienia tego zarzutu tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych odnoszących się do konkretnych okoliczności zaistniałych w przedmiotowej sprawie, które to okoliczności pozwoliłyby na dokonanie oceny zasadności tego zarzutu. W tym kontekście Izba pragnie ponadto przywołać stanowisko wyrażane uprzednio m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2024 r., sygn. akt KIO 576/24, zgodnie z którym *zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ściśle ograniczony zarzutami odwołania sprowadzającymi się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Stąd też, odwołujący w odwołaniu zobowiązany jest wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. (…) Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać, na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Nie jest w gestii Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.*

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego1 kwotę 5 000 zł, której wysokość stanowi stosunkowa wartość wpisu, ustalona poprzez obliczenie proporcji liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła (jeden zarzut), do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (jeden zarzut). Jednocześnie Izba zniosła wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym koszty obejmujące wynagrodzenia pełnomocników.

KIO 4219/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut odnoszący się do naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią rzeczonego przepisu, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jakkolwiek ustawa Pzp. nie reguluje, co dokładnie winno zawierać się w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, kwestia ta wielokrotnie była przedmiotem rozstrzygania przez Krajową Izbę Odwoławczą. I tak, w wyroku z dnia 19 maja 2014 roku Izba stwierdziła, że „Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej”.

Izba po zapoznaniu się z treścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego2 z dnia 7 listopada 2024 r. wraz z uzasadnieniem tej czynności i stwierdziła, że zawiera ono wszystkie niezbędne informacje pozwalające na ustalenie, w jakim zakresie oferta Odwołującego2 jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający przede

wszystkim wskazał, że które z oferowanych elementów nie spełniają w jego ocenie warunków zamówienia (oprawy FALCON 1, 2 i 3 oraz oprawy parkowe LOMLUX LM-GSL03 oraz LM-GSL06) oraz w zakresie jakich parametró zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Wskazana została także podstawa prawna tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zauważyć, że w ocenie Izby Odwołujący2 nie miał problemu ze odczytaniem zastrzeżeń, jakie wobec jego oferty wysunął Zamawiający oraz jaka była podstawa prawna zastosowanego odrzucenia jego oferty. Odwołujący dał temu wyraz w szczególności formułując kolejny zarzut tj. kwestionując czynność odrzucenia oferty oraz przedstawiając szeroką argumentację na poparcie twierdzenia, że niezgodności wskazane przez Zamawiającego nie miały miejsca.

Tym samym, w ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia, iż uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego było sformułowane, niezgodnie z dyspozycją art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności aby pozbawiało Odwołującego2 możliwości podjęcia polemiki z decyzją Zamawiającego i skorzystania przez z możliwości wniesienia odwołania, co uzasadnia oddalenie podniesionego w tym zakresie zarzutu.

Za zasadny Izba uznała natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte,
w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego,
w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę
nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień
w nich zawartych.
Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia,
które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego,
który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy,
który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego
i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne
(tak: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 69/20).

Ponadto Izba wskazuje, że jak niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie zamawiający nie może zmienić (w tym rozszerzyć) uzasadnienia faktycznego ani prawnego czynności odrzucenia oferty wykonawcy po wniesieniu przez tegoż odwołania na tą czynność. W przeciwnym razie, gdyby było dopuszczalne dokonywanie zmiany (w szczególności rozszerzania) uzasadnienia faktycznego lub prawnego tej czynności, Izba, będąc związana zarzutami zawartymi w

odwołaniu, nie mogłaby odnieść się do nowych okoliczności stanowiących uzasadnienie faktyczne lub prawne, przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania, co czyniłoby odwołanie nieskutecznym środkiem odwoławczym. Wobec powyższego w takim przypadku granice orzekania przez Izbę z jednej strony wyznaczają więc zarzuty zawarte w odwołaniu, z drugiej zaś strony - treść uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty, które zamawiający zobowiązany jest podać informując o tej czynności.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, z uwzględnieniem okoliczności podniesionych dopiero w postępowaniu odwoławczym.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności wskazać należy, że jak jednoznacznie wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego2 podstawą dla podjęcia przez Zamawiającego rzeczonej decyzji o odrzuceniu było porównanie z warunkami zamówienia parametrów zaoferowanych w załączniku nr 12 do SWZ. Załącznik ten zatytułowany „Zestawienie parametrów techniczno-użytkowych" został wskazany w SWZ w rozdziale XII „Podmiotowe środki dowodowe" pkt 4, w którym Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych należy do oferty załączyć ww. załącznik, w którym zostaną wskazane proponowane oprawy oświetleniowe spełniające wymogi techniczne.

Przedmiotowy załącznik podzielony został na następujące kolumny:

Nr	*Parametr/Warunek*	*Spełnienie wymaganego parametru/warunku (wpisać tak/nie)*	*Parametr oferowany/ podać zakresy*	*Dokument producenta potwierdzający spełnienie parametru np. karta katalogowa, opis producenta, deklaracja zgodności, certyfikat oraz wskazanie strony, na której znajduje się dokument.*

W świetle treści ww. załącznika stanowiącego element treści oferty złożonej przez Odwołującego2 stwierdzić należy, iż nie wskazuje on w sposób oczywisty i niewątpliwy na niezgodności przedstawione przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał w odniesieniu do opraw FALCON, że stwierdzono iż oferowane oprawy nie posiadają blokady uniemożliwiającej samoczynne zamknięcie oprawy w czasie prac montażowo – konserwacyjnych (parametr nr 3), podczas gdy Odwołujący2 w przedmiotowym załączniku jednoznacznie oświadczył, iż oferowana oprawa taki parametr posiada i w kolumnie 4 wskazał analogiczny jak wymagany przez Zamawiającego.

W zakresie parametru nr 15 *utrzymanie strumienia świetlnego w czasie: L90B10 dla 100 000h dla Ta=25°C (utrzymanie 90% strumienia świetlnego w czasie 100 000h przez 90% źródeł światła),* Odwołujący2 oświadczył że oferowany produkt spełnia ww. parametr podając jego wartość jako *L90B10>100000h* Zamawiający wskazał iż podana została wartość L, nie można zaś zweryfikować wartości B. Tym samym nie sposób przyjąć, w świetle wątpliwości wyartykułowanych przez samego Zamawiającego, iż niezgodność jest oczywista i niewątpliwa.

W zakresie parametru nr 21 *Waga nieprzekraczająca 9 kg* Odwołujący2 w załączniku oświadczył, ze parametr ten jest spełniony wskazując *Max waga 9 kg.* Również w tym zakresie nie sposób z treści załącznika nr 12 odczytać podnoszonej przez Zamawiającego niezgodności.

W zakresie parametru nr 29 *Temperatura pracy oprawy -40°C - +40°C* Odwołujący2 w załączniku oświadczył, ze parametr ten jest spełniony wskazując jako oferowany parametr *Temperatura pracy oprawy -40°C - +40°C.*

Z kolei do oferowanych opraw LOMLUX Zamawiający wskazał na niezgodność w zakresie parametru nr 1 *Oprawa dostosowana do montażu zwieszanego na rurze montażowej o średnicy ø42-60 lub do montażu na słupie ø48/60/76mm zgodnie z typem oprawy określonym w Szczegółowym wykazie lokalizacji i opraw,* polegającą na tym, że parametr faktyczny *wynosi 76mm or 60 mm.* Tymczasem Odwołujący w treści załącznika oświadczył, że oferowany produkt spełnia ww. parametr wskazując parametr analogiczny z wymaganym tj. *Oprawa dostosowana do montażu zwieszanego na rurze montażowej o średnicy ø42-60 lub do montażu na słupie ø48/60/76mm zgodnie z typem oprawy.*

W zakresie parametru nr 8 *Żywotność LED [h]: (L90B10) 100 000,* Zamawiający wskazał, że podana została jedynie żywotność ogólna > 50,000 h. Tymczasem treść załącznika nr 12 złożonego przez Odwołującego2 nie zawiera ww. wartości, zawiera natomiast oświadczenie o spełnianiu parametru oraz wskazując dla niego wartość L90B10>100000h.

W zakresie parametru nr 11 *Temperatura pracy oprawy -40°C - +40°C*, Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty wskazał, że faktyczna temperatura pracy oprawy wynosi *-30°C - +45°C*. Wartość ta nie wynika jednak z treści załącznika nr 12 dołączonego do oferty Odwołującego2 w której dla tego parametru wskazano *Temperatura pracy oprawy -40°C - +40°C.*

Z kolei w odniesieniu do parametru nr 14 *Oprawa wyposażona w złącze Zhaga, zgodnie ze standardem ZD4i oraz posiadająca certyfikaty ENEC i ENEC+* Zamawiający jako niezgodność wskazał, iż nie ma informacji o złączu Zhaga oraz brak jest certyfikatu ZD4i. Informacje takie nie wynikają jednak z treści załącznika nr 12, w którym to Odwołujący2 w zakresie przedmiotowego parametru złożył jedynie oświadczenie *Posiadają.* Nie sposób z powyższego oświadczenia w sposób oczywisty i niewątpliwy wyprowadzić stwierdzenia odnośnie niezgodności oferowanego produktu z warunkami zamówienia.

Jako kolejny z parametrów, który nie został spełniony Zamawiający wskazał parametr nr 15 Kształt oprawy parkowej (zwieszanej i nasadzanej). W zakresie powyższego Zamawiający nie wskazał jednak na czym przedmiotowa niezgodność miałaby polegać, przy czym podkreślenia wymaga,
iż Odwołujący2 w złożonym z ofertą załączniku nie przedstawił kształtu oferowanej oprawy
(tak zwieszanej i nasadzanej).

W świetle powyższego zasadnie wywodził zatem Odwołujący2, iż Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty z naruszeniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Żadna z przywoływanych przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego2 z warunkami zamówienia nie znajduje bowiem swojego źródła w treści tejże oferty, w szczególności treści załącznika nr 12 wskazywanego przez Zamawiającego jako podstawa do ich stwierdzenia. Wskazując na powyższe Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego2.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2024 r. a także w toku rozprawy wskazał na dalsze nieprawidłowości w ofercie Odwołującego2, które nie zostały podane w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 7 listopada 2024 r. Zamawiający wskazał ponadto inne źródła z których czerpał wiedzę odnośnie produktów oferowanych przez Odwołującego2 takie jak opinie projektanta, ogólnodostępne strony internetowe czy też strona internetowa Odwolującego2 czy też producenta.

Izba pominęła wskazaną wyżej argumentację Zamawiającego. Izba podkreśla, że jej zadaniem jest ocena prawidłowości czynności Zamawiającego, które zostały przez niego ujawnione w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego2, zaś Zamawiający nie jest uprawniony do wskazywania w na etapie postępowania odwoławczego innych podstaw odrzucenia oferty wykonawcy niż te, które wskazał
w informacji o odrzuceniu oferty.

Ponadto Izba pragnie podkreślić za stanowiskiem wielokrotnie wskazywanym w orzecznictwie iż Zamawiający dokonuje oceny ofert na podstawie i w oparciu o dokumenty jakich w postępowaniu wymagał od wykonawców, wszystkie inne składane np. nadesłane przez inne podmioty albo pozyskane samodzielnie przez Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do badania i oceny oferty
w kontekście przesłanek jej odrzucenia (tak m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 roku sygn. akt KIO 2640/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2023 roku sygn. akt KIO 3534/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2023 roku sygn. akt KIO 22/23). Oparcie czynności badania i oceny ofert o dokumenty czy też informacje, które nie były zawarte w treści oferty Odwołującego2, lecz zostały w sposób samodzielny pozyskane przez Zamawiającego w oparciu o źródła które nie zostały przedstawione czy też wskazane przez Odwołującego2 w treści oferty należy uznać za jednoznacznie naruszające podstawowe zasady prowadzenia postępowania określone w art. 16 ustawy Pzp.

W realiach przedmiotowej sprawy, w szczególności w sytuacji w której Zamawiający nie żądał przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych, w przypadku powstania wątpliwości co do treści złożonej oferty lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń bądź co do sposobu ich rozumienia, Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SWZ zobowiązany był wszechstronnie ją zbadać oraz wyjaśnić w trybie określonym w art. 223 ust. 1 Pzp. Rezygnacja z podjęcia tego działania czy też zastąpienie jej poprzez samodzielne poszukiwanie przez Zamawiającego wyjaśnienia powstałych wątpliwości odnośnie treści oferty z pominięciem wykonawcy należy uznać za działanie niedopuszczalne i dokonane z naruszeniem art.. 223 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie
art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego2 kwotę 5 000 zł, której wysokość stanowi stosunkowa wartość wpisu, ustalona poprzez obliczenie proporcji liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła (jeden

zarzut), do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (jeden zarzut). Jednocześnie Izba zniosła wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym koszty obejmujące wynagrodzenia pełnomocników.

Przewodniczący:…….