

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2024 przez odwołującego Rembud Trzebinia Sp. z o.o. w Trzebiniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasta Jaworzno przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego konsorcjum GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie, J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie

orzeka:

1. częściowo uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. konsorcjum GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie, J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/8 obciąża zamawiającego Gminę Miasta Jaworzno oraz w części 7/8 obciąża odwołującego Rembud Trzebinia Sp. z o.o. w Trzebiniu i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

3.2. zasądza od odwołującego Rembud Trzebinia Sp. z o.o. w Trzebiniu na rzecz zamawiającego Gminy Miasta Jaworzno na rzecz kwotę 650,00 (sześćset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Jaworzno, Urząd Miejski w Jaworznie ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa ul. Nowoszczakowskiej wraz z przebudową skrzyżowania z ul. Grunwaldzką DK79 w Jaworznie w ramach zadania „Budowa Obwodnicy Północnej Miasta”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 118018-2024 z dnia 26 lutego 2024 r., numer Dz.U. S: 40/2024, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 12 lipca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Rembud Trzebinia Sp. z o.o. ul. Marszałka Piłsudskiego 137, 32-540 Trzebinia (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 224 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego rzetelnej oceny wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty, co spowodowało zaniechanie kontynuowania postępowania wyjaśniającego cenę a w konsekwencji co najmniej przedwcześnie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. art. 224 ust. 6 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp poprzez jego nie zastosowanie i brak odrzucenia przez

Zamawiającego oferty z rażąco niską ceną Wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniły podanej w ofercie ceny;

- 3.art. 224 ust. 6 pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przedłożył dowody które uzasadniają podaną w ofercie cenę;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę a w konsekwencji stanowi przejaw prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;
- 5.art. 16 pkt 1 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, poprzez wybranie oferty z rażąco niską ceną jako najkorzystniejszej;
- 6.art. 18 ust. 1 pzp w zw. z art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 3 znk polegające na wyłączeniu zasady jawności w zakresie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza poprzez wskazanie, iż dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i uznanie, że Wykonawca niniejsze wykazał co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację danych a inne złożone wyjaśnienia nie zawierające danych/dowodów stanowiły w rzeczywistości jedynie lakoniczny i ogólny opis;
- 7.art. 17 ust. 1 pzp w zw. z art. 83 pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę a zatem dokonanie wyboru oferty która nie zostanie zrealizowana lub jej realizacja będzie skutkowałą doborem robót budowlanych najniższej jakości pomimo, że Zamawiający chciał przeznaczyć na ten kontrakt kwotę dwukrotnie wyższą;
- 8.art. 58 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 95 kc i art. 96 kc poprzez brak sprawdzenia przez Zamawiającego dokumentów stanowiących części składowe oferty w postaci pełnomocnictw i zasad reprezentacji podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) co spowodowało brak wezwania Wykonawcy do uzupełnienia braku a w konsekwencji uznania że oferta nie zawiera braków formalnych podczas gdy oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do dokonywania tej czynności, bez dysponowania prawem do reprezentacji konsorcjum składającego się z 3 podmiotów łącznie.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1.zgodnie z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 b p.z.p. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
- 2.zgodnie z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 a p.z.p. nakazanie zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie dokumentów które złożył Wykonawca wraz z załącznikami w zakresie wyjaśnień i dodatkowych wyjaśnień w pismach z dnia 26.04.2024 r., 27.05.2024 r. oraz 14.06.2024 r.
- 3.zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. uwzględnienie odwołania w całości z uwagi na stwierdzenie naruszeń, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów nin. postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonych rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy, w tym koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- wszystkich dokumentów, które są przywołane w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Budowa ul. Nowoszczakowskiej wraz z przebudową skrzyżowania z ul. Grunwaldzką DK79 w Jaworznie w ramach zadania „Budowa Obwodnicy Północnej Miasta”, oznaczenie sprawy/numer referencyjny: ZPU.271.1.5.2024 znajdujących się na stronie internetowej; na okoliczność wykazania ich treści i potwierdzenia zapisów oraz wymogów na które powołuje się w odwołaniu odwołujący,
- pełnomocnictwo z dnia 2.04.2024 r. dla Gama Sp. z o.o. od ECC PAX Sp. z o.o.,
 - pełnomocnictwo z dnia 2.04.2024 r. dla Gama Sp. z o.o. od EKO - PROJEKT J.O.,
 - oferta Rembud Trzebinia Sp. z o.o.,
 - zbiorcze zestawienie ofert,
 - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 lipca 2024 r.,
 - wyjaśnienia wykonawcy z dnia 27.05.2024 r.,
 - wezwanie zamawiającego z dnia 17.06.2024 r.,
 - wyjaśnienia wykonawcy z dnia 26.04.2024 r.,
 - wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14.06.2024 r.,

- załącznik nr 7 do SWZ od wykonawcy (zobowiązanie się podmiotu do oddania się do dyspozycji – zasoby),
- załącznik nr 8 do SWZ od wykonawcy (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie),
- załącznik nr 5 do SWZ od wykonawcy (oferta),
- załącznik nr 24,
- wydruk odpisu KRS Gama Sp. z o.o. na okoliczność wykazania, że wykonawca nie wykonuje robót/usług wskazanych w rozdzieleniu na poszczególnych konsorcjantów a jednocześnie nie wykonuje ich żaden z pozostałych konsorcjantów,
- wydruk odpisu KRS ECC PAX Sp. z o.o. na okoliczność wykazania, że wykonawca nie wykonuje robót/usług wskazanych w rozdzieleniu na poszczególnych konsorcjantów a jednocześnie nie wykonuje ich żaden z pozostałych konsorcjantów,
- wydruk z CEIDG EKO PROJEKT J.O. na okoliczność wykazania, że wykonawca nie wykonuje robót/usług wskazanych w rozdzieleniu na poszczególnych konsorcjantów a jednocześnie nie wykonuje ich żaden z pozostałych konsorcjantów,
- wydruk aktualnego odpisu KRS odwołującego na okoliczność wykazania, iż odwołujący jest osobą prawną oferującą na rynku wykonywanie robót związanych z przedmiotem zamówienia.

Na podstawie art. 536 p.z.p. odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do udostępnienia dokumentów, które złożył wykonawca wraz z załącznikami w zakresie wyjaśnień i dodatkowych wyjaśnień w pismach z dnia 26.04.2024 r., 27.05.2024 r. oraz 14.06.2024 r. bez anonimizacji i utajnienia danych w nich zawartych.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający bada oferty pod kątem dochowania odpowiedniej formy, w tym również pod względem zgodności z przepisami o reprezentacji. W przypadku składania oferty podpisanej przez pełnomocnika należy złożyć wraz z ofertą stosowne pełnomocnictwo. Udzielenie pełnomocnictwa stanowi przykład czynności upoważniającej, w wyniku której osoba umocowywana uzyskuje kompetencję (umocowanie) do działania w imieniu mocodawcy. Podstawową kwestią przy ocenie treści pełnomocnictwa jest istnienie skutecznego umocowania pełnomocnika. Jak wskazuje się w doktrynie, „Prawne znaczenie dla skuteczności reprezentacji ma istnienie umocowania w momencie składania oświadczenia woli w imieniu reprezentowanego”.

Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę - konsorcjum przez osobę nieumocowaną do dokonania tej czynności oraz bez dysponowania prawem do reprezentacji konsorcjum trzech podmiotów GAMA Sp. z o.o. (lider), ECC PAX Sp. z o.o. (partner) oraz EKO - PROJEKT J.O. (partner). Z załączonego do oferty pełnomocnictwa z dnia 02.04.2024 r. wynika, że GAMA Sp. z o.o. otrzymała upoważniającego do reprezentowania konsorcjum w skład którego wchodzi GAMA Sp. z o.o. i ECC PAX Sp. z o.o. oraz konsorcjum w skład którego wchodzi GAMA Sp. z o.o. i EKO - PROJEKT J.O.. Podmioty te zostały umieszczone w dwóch odrębnych pełnomocnictwach które jednocześnie zawierały spis podmiotów wchodzących w dane konsorcjum. W każdym z tych pełnomocnictw zostały określone strony, które wchodzi w skład powołanego konsorcjum wraz ze wskazaniem, że będą wspólnie ubiegać się o zamówienia. Przy czym żadne z tych dokumentów nie wskazuje umocowania GAMA Sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum składającego się łącznie z trzech podmiotów, co sugeruje skład podmiotów ujawniony w ofercie. Z literalnego brzmienia przedłożonych pełnomocnictw natomiast wynika, że reprezentacja obejmuje dwa twory prawne tj. konsorcjum GAMA Sp. z o.o. (lider) z ECC PAX Sp. z o.o. (partner) oraz osobno konsorcjum GAMA Sp. z o.o. (lider) z E.J. (partner). Jednocześnie oferta wykonawcy – konsorcjum GAMA Sp. z o.o. (lider), ECC PAX Sp. z o.o. (partner) oraz E.J. (partner) została opatrzona tylko jednym podpisem kwalifikowanym tj. prezesa zarządu GAMA Sp. z o.o.

Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego, zamawiający winien był zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 p.z.p. co najmniej wezwać wykonawcę (konsorcjum) do złożenia pełnomocnictwa obejmującego taki sam zakres podmiotów, jak ujawniony w ofercie. Jednocześnie winna budzić u zamawiającego wątpliwości definicja konsorcjum, które miało być udział w postępowaniu, bowiem z dwóch dołączonych do oferty pełnomocnictw nie wynika żeby w postępowaniu miały łącznie (razem wspólnie ubiegając się o zamówienie) trzy podmioty. Jednocześnie brak jest w załączonych pełnomocnictwach potwierdzenia jakoby te trzy podmioty planowały wstąpić razem w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto skoro pełnomocnik prezes zarządu GAMA Sp. z o.o. miałby być w posiadaniu pełnomocnictwa z którego wynika, że konsorcjum to trzy ujawnione podmioty, to zapewne by takie przedłożył opatrzone podpisem kwalifikowanym z datą

najpóźniej na czas złożenia oferty.

Można przypuszczać, że gdyby zamawiający wezwał o takie pełnomocnictwo, to nie byłoby możliwe jego przedłożenie, ponieważ takie pełnomocnictwo nie istnieje, a winno być ewentualnie uzupełnione, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 128 ust. 2 p.z.p. tj. aktualne według stanu na dzień złożenia oferty. Tym samym nawet gdyby zamawiający prawidłowo wezwał wykonawcę - konsorcjum o przedłożenie prawidłowego pełnomocnictwa, ono z uwagi na powyższe nie zostałoby przedłożone, to zamawiający w myśl art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. winien tę ofertę odrzucić.

Dalej odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjął, że oferta wykonawcy - konsorcjum została złożona bez braków formalnych skutkujących jej odrzuceniem zawiera ona rażąco niską cenę. Jednocześnie zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej wyklucza możliwości ich zakwestionowania. Odwołujący zacytował art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p. i wskazał, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. W niniejszym postępowaniu cena wskazana w ofercie wykonawcy – konsorcjum jest o ponad 40 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i aż o 15% niższa od oferty wykonawcy znajdującego się na drugim miejscu zbiorczego zestawienia ofert. Zamawiający dostrzegł powyższe i wezwał kilkakrotnie konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie za przepisem art. 224 ust. 6 p.z.p. należy przyjąć, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa wyłącznie na wykonawcy. W momencie sformułowania wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy. Wykonawca musi obalić to domniemanie przy uwzględnieniu wątpliwości zasygnalizowanych przez zamawiającego (tak: m.in. KIO 500/23). Zdaniem odwołującego oferta konsorcjum powinna ulec odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną w związku z poniższymi powodami.

Głównym powodem, dla którego też wykonawca uznał, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, który zdaniem konsorcjum pozwalała złożyć ofertę z taką ceną, to szczególne warunki biznesowe wynegocjowane z osobami trzecimi dostawcami/usługodawcami. Przy czym jako dowód zostały złożone oferty kontrahentów (utajnione) ale nie wskazując przy tym żeby miały one cechy oryginalności, o której mowa w przepisie art. 224 ust. 3 pkt 3 p.z.p. Jednocześnie konsorcjum oświadczyło, że kwoty są cenami rynkowymi w przypadku zakupu materiałów i usług, a do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne oferty cenowe dostawców i usługodawców innych poza te z których rzekomo skorzysta konsorcjum celem porównania ich z rzekomo wypracowanymi warunkami biznesowymi podmiotów z których przy tym zamówieniu skorzysta.

Co więcej, konsorcjum w ofercie nie wskazało żadnych innych podmiotów, oprócz podmiotu udostępniającego zasoby którymi będzie się posługiwał w realizacji zamówienia. Natomiast żaden z trzech podmiotów wchodzących w skład rzekomego konsorcjum nie jest w stanie wykonać przedmiotowej inwestycji własnymi siłami. Wykonawca nie wykazał pomimo wymagań z SWZ, że posiada własny TOR, uprawnienia elektryczne, jaka konkretna ilość pracowników zostanie skierowana do jakiej części zadania i jakie konkretnie otrzyma wynagrodzenie i czy spełniona zostanie przesłanka zatrudnienia tych osób na umowę o pracę, w tym przedłożenie zamawiającemu takich umów, nie wykazano nazw maszyn, możliwości w zakresie teletechniki, przebudowy gazociągów oraz obiektów inżynierskich jak np. podziemne przejścia dla pieszych/rowerzystów. Niniejsze aspekty wpływają bowiem na cenę wskazaną w ofertach.

Również wskazany podział zadań pomiędzy konsorcjantów nie zakłada wszystkich czynności, które należy zgodnie ze sztuką budowlaną, przepisami prawa, wymogami postępowania wykonać, aby móc zrealizować zadanie. Co więcej przedmioty działalności ujawnione w KRS spółek oraz CEIDG jednego z partnerów konsorcjum w ogóle nie przewidują wykonywania przez wykonawcę - konsorcjum prac, które są niezbędnymi elementami zamówienia. Zamawiający powinien też posiadać wiedzę jaki zakres zamówienia przystępujący zrealizuje własnymi siłami, a jaki zasobem podwykonawców, żeby sprawdzić przykładowo czy zaoferowana liczba personelu jest adekwatna do realizacji zamówienia. Tym samym, skoro nie ma żadnego innego podmiotu, któremu zakres ten zostałby powierzony to wykonawca nie ujął go w cenę, a zatem zaproponowana cena w ofercie wskazuje, że jest poza nią jeszcze znaczny zakres, który powoduje, że wykonawca -konsorcjum nie będzie w stanie zrealizować tego zadania tj. jego kalkulacje własne tego nie przewidują.

Nadto zdaniem odwołującego kalkulacje własne konsorcjum nie przewidują również kosztów najmu maszyn i sprzętów powołując się rzekomo na swój zasób maszyn na co sam wskazał wykonawca. Zamawiający nie otrzymał informacji jaka jest ilość tych maszyn i jakie konkretnie są to maszyny oraz w spisie nie wymieniono żadnych sprzętów, które są niezbędne do prowadzenia i utrzymania TORu. Tym samym już tylko ten zakres, jak wskazał sam wykonawca, nie stanowił składnika ceny z oferty. Wykonawca powinien bowiem wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia, co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją. Z uwagi na powyższe czynniki osiągnięcie jakiegokolwiek zysku nie jest możliwe, bowiem wykonawca nie dokonał poprawnej kalkulacji kosztów. Zamawiający zdaniem odwołującego co najmniej przedwcześnie wybrał najkorzystniejszą ofertę bez dokładnego i

rzetelnego sprawdzenia, pomimo istnienia ku temu przesłanek z art. 17 ust. 1 p.z.p., art. 83 p.z.p. Wykonawca powinien w wyjaśnieniach wyjaśnić m.in. przyjętą technologię, organizację dostaw/usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, rezerwę na nieprzewidziane wydatki których do tej pory nie wykazał.

Odnosząc się do częściowego utajnienia przez zamawiającego treści wyjaśnień złożonych przez konsorcjum należy uznać za nie zgodne z przepisem art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 p.z.p., a także art. 11 ust. 4 z.n.k. wykonawca nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zamawiający winien był je udostępnić w całości. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność rzekomego uzgodnienia z kontrahentami braku zgody na ujawnienie przez niego danych w zakresie ofert kontrahentów. Co więcej wprost wskazał, że jeżeli takie ustalenia były to jedynie z podmiotem GAMA Sp. z o.o., a nie pozostałymi konsorcjantami. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów, że konkretne informacje są znane wyłącznie ściśle ograniczonej grupie osób (brak wykazania minimum poprzez przedłożenie umów NDA), a także nie wskazał wybranych pracowników i dokumentów, na podstawie których miałyby pociągać ich do rzekomej odpowiedzialności za ujawnienia danych. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie. Posługiwanie się ogólnikami, jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie, przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja 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. Nie znajduje też uzasadnienia twierdzenie jakoby dane te były potrzebne innym wykonawcom branżowym celem wykorzystania ich dla celów własnych, bowiem jak sam przyznał wykonawca zostały wprost przygotowane pod niniejsze zamówienie, a zatem nie jest możliwym skorzystanie z nich na obecnym etapie tj. po złożeniu ofert. Tym samym należy stwierdzić, że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do uniemożliwienia zapoznania się przez pozostałych wykonawców z istotnymi informacjami dotyczącymi kalkulacji ceny ofertowej i do uniemożliwienia kontroli prawidłowości decyzji zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lipca 2024 r., i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum: GAMA Sp. z o.o. ul. Chopina 94, 43-600 Jaworzno, J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. ul. Kielecka 44/30, 41-221 Sosnowiec i ECC PAX Sp. z o.o. ul. Chopina 94, 43-600 Jaworzno (dalej zwane „przystępującym”), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pisma z dnia 24 lipca 2024 r. (w wersji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa dla Izby i zamawiającego oraz w wersji bez treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dla odwołującego).

Skład orzekający zgadza się z odwołującym, że załączone do zgłoszenia przystąpienia dwa dokumenty pełnomocnictw z dnia 2 kwietnia 2024 r. są wadliwe, ponieważ nie pozwalają na jednoznaczne ustalenie zakresu umocowania oraz podmiotu udzielającego pełnomocnictwa, w tym nie potwierdzają, że lider GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie jest umocowany do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego się z trzech podmiotów, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia, w ramach rozstrzygnięcia zarzutu nr 8 z *petitum* odwołania. Niemniej umocowanie lidera konsorcjum GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do reprezentacji ww. konsorcjum wynika z dokumentu pn. umowa współpracy w ramach konsorcjum z dnia 29 marca 2024 r. zawartej pomiędzy liderem i partnerami, złożonej do akt sprawy wraz z pisemnym stanowiskiem przystępującego, zawierającej określenie sposobu reprezentowania konsorcjum zgłaszającego przystąpienie w stosunkach zewnętrznych, co było wystarczające dla weryfikacji na potrzeby postępowania odwoławczego. Ergo, Izba dysponowała dokumentem potwierdzającym, że lider jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu całego konsorcjum, a tym samym mógł on skutecznie umocować pełnomocnika

procesowego zgłaszającego przystąpienie w imieniu konsorcjum, i gdyby ten dokument nie został przedłożony przystępujący nie zostałby dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym z powodu nieskutecznego zgłoszenia przystąpienia.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, uwzględniając stanowiska procesowe zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało uwzględnione w części. Skład orzekający uwzględnił zarzut nr 8 z *petitum* odwołania i nakazał zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie lidera konsorcjum GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu. Potwierdził się również zarzut nr 6 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 3 z.n.k. poprzez wadliwe uznanie, że wyjaśnienia ceny złożone przez przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże nie mógł on spowodować uwzględnienia odwołania w tym zakresie z powodu brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących zaferowania przez odwołującego ceny rażąco niskiej (oddalone zarzuty nr 1-5, 7 z *petitum* odwołania).

W przedmiocie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 58 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 95 k.c. i art. 96 k.c. poprzez brak sprawdzenia przez zamawiającego dokumentów stanowiących części składowe oferty w postaci pełnomocnictw i zasad reprezentacji podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), co spowodowało brak wezwania przystępującego do uzupełnienia braku, a w konsekwencji uznania że oferta nie zawiera braków formalnych, podczas gdy oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do dokonywania tej czynności, bez dysponowania prawem do reprezentacji konsorcjum składającego się z trzech podmiotów łącznie (zarzut nr 8), Izba wskazuje jak niżej.

Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający w przetargu otrzymał ofertę, z której wynika, że została ona złożona przez konsorcjum składające się z trzech podmiotów 1) lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie, 2) partnera J.O.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu i 3) partnera ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie, co także nie było sporne. Ofertę podpisała osoba występująca z ramienia lidera, zgodnie z opisem KRS uprawniona do składania oświadczeń w jego imieniu, pani M.G. Do oferty załączono dwa pełnomocnictwa z dnia 2 kwietnia 2024 r.:

1.w którym partner ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie udziela pełnomocnictwa dla lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie z uwagi na wspólne ubieganie się przez lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie zwanych w pełnomocnictwie konsorcjum, o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu. Pełnomocnictwo określa upoważnienie lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do reprezentowania konsorcjum (składającego się z lidera i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie) do m.in. złożenia oferty w postępowaniu i podpisania umowy w imieniu konsorcjum.

Jednakże zgodnie z dokumentacją postępowania konsorcjum w składzie lider GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie i partner ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie nie złożyło oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2.w którym partner E.J. w Sosnowcu udziela pełnomocnictwa dla lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie z uwagi na wspólne ubieganie się przez lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie i EKO – PROJEKT J.O. w Sosnowcu, zwanych w pełnomocnictwie konsorcjum, o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu. Pełnomocnictwo określa upoważnienie lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do reprezentowania konsorcjum (składającego się z lidera i E.J. w Sosnowcu) do m.in. złożenia oferty w postępowaniu i podpisania umowy w imieniu konsorcjum.

Jednakże zgodnie z dokumentacją postępowania konsorcjum w składzie lider GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie i partner J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu nie złożyło oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie dysponował więc w toku badania i oceny ofert dokumentem potwierdzającym, że GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie jest uprawniona do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego się z: GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie, J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie. Wraz z ofertą złożono pełnomocnictwa dotyczące innych podmiotów, innych konsorcjum, ponieważ w ich treści strony jednoznacznie określiły jakich konsorcjum, składających się z których wykonawców, przedmiotowe pełnomocnictwa dotyczą, jednocześnie takowe konsorcja (składające się z dwóch wykonawców) nie składały żadnych ofert w tym przetargu. I nie jest problemem fakt, że w postępowaniu złożono dwa odrębne dokumenty pełnomocnictw, co sugerował

zamawiający i przystępujący, a problemem jest merytoryczna treść omawianych dokumentów z dnia 2 kwietnia 2024 r., w której strony zakreślają jakiego konsorcjum ono dotyczy (mamy spis dwóch podmiotów, które wchodzi w skład konsorcjum). Nie jest decydującym także, że w pełnomocnictwach jest odniesienie do tego, konkretnego przetargu, skoro uprawnień do reprezentacji przez lidera udzielono dla dwóch konsorcjum, które swoich ofert w tym postępowaniu jednak nie złożyły.

Argumentacja, że lider jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego się z trzech podmiotów, na podstawie umocowania udzielonego w dwóch odrębnych dokumentach, nie wynika z treści tych pełnomocnictw. Żaden z przedmiotowych dokumentów nie dotyczy bowiem konsorcjum składającego się z trójki wykonawców, a tylko takie złożyło ofertę w postępowaniu. Upraszcza zatem – fakt, że lider (GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie) zgodnie z pierwszym pełnomocnictwem może reprezentować podmiot A (ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie) występując w ramach konsorcjum lider+A, oraz że zgodnie z drugim pełnomocnictwem lider może reprezentować podmiot B (E.J. w Sosnowcu) występując w ramach konsorcjum lider+B nie spowoduje automatycznie, że lider może reprezentować konsorcjum w składzie lider+A+B (które jest odrębnym podmiotem od pozostałych dwóch konsorcjum), ponieważ w każdym z dwóch pełnomocnictw sprecyzowano, że prawo reprezentacji przez lidera dotyczy umocowania do składania oświadczeń w ramach precyzyjnie określonego w pełnomocnictwie konsorcjum. Z treści omawianych dokumentów nie wynika także, aby lider mógł reprezentować podmioty A i B w ramach jakiegoś innego konsorcjum (lider+A+B), niż jednoznacznie określone w tych pełnomocnictwach, czyli wyłącznie: 1) konsorcjum lider+A i 2) konsorcjum lider+B.

Przy tym należy zgodzić się z przystępującym, że przepisy p.z.p. (ani też k.c., bowiem instytucja konsorcjum jest właściwa wyłącznie dla postępowań udzielanych w trybie p.z.p.) nie narzucają odrębnych obowiązków w zakresie treści pełnomocnictwa udzielanego liderowi przez partnera konsorcjum, ani nie istnieją ograniczenia prawne do udzielenia umocowania na jednym dokumencie, a istotnym jest, aby z treści pełnomocnictwa wynikało: kto, kogo i do jakich czynności umocowuje – w tym przypadku lider konsorcjum reprezentujący konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu. Przystępujący trafnie też zauważył, że to treść pełnomocnictwa rozstrzyga czy ustanowiony pełnomocnik jest uprawniony do złożenia oferty w postępowaniu i zawarcia umowy, a takim prawidłowym dokumentem, dla lidera konsorcjum składającego się z: GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie, J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie zamawiający nie dysponował. Jednocześnie oferta została opatrzona wyłącznie podpisem prezesa zarządu GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie (właściwe umocowanie pani M.G. do reprezentacji spółki wynika z odpisu KRS), a zamawiający nie otrzymał żadnego dokumentu potwierdzającego, że GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie dysponuje prawem do reprezentacji konsorcjum składającego się z trzech wykonawców.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zamawiający powinien uznać złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictwa za niewystarczające i nie powinien dokonywać na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej. Badanie i ocena ofert zostały przeprowadzone wadliwie, zamawiający był zobligowany do zastosowania trybu naprawczego z art. 128 ust. 1 p.z.p., aby pozyskać dokumenty jednoznacznie wskazujące na uprawnienie lidera GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do reprezentacji konsorcjum składającego się z lidera i dwóch partnerów – J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. w Sosnowcu i ECC PAX Sp. z o.o. w Jaworznie, zatem omawiany zarzut został przez skład orzekający uwzględniony.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska odwołującego, że w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia art. 58 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 95 k.c. i art. 96 k.c., dokonując subsumpcji stanu faktycznego pod właściwe normy, które powinny zostać zastosowane (art. 128 ust. 1 p.z.p.), ponieważ to czy oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną, a tym samym czy zaistniała wada ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i czy powinna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. będzie możliwe do stwierdzenia dopiero po wystosowaniu przez zamawiającego obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia, czego zaniechano, a co nakazano zamawiającemu w sentencji wyroku. Izba stwierdziła także, że narzucanie zamawiającemu na obecnym etapie wymagania konkretnego dokumentu, z konkretną datą jest zbyt daleko idące, zaś ocena jaki dokument, o dokładnie jakiej treści byłby w tym zakresie prawidłowy będzie dokonywana przez zamawiającego dopiero po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, którego zaniechano. Obecnie jest to hipotetyczna narracja, która nie została przez odwołującego wykazana, bez istnienia jej przedmiotu w ramach badania i oceny ofert przetargu. Natomiast forma dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania została określona we właściwych normach p.z.p. i w SWZ, więc powinna być znana przystępującemu, który uczestniczy w obrocie profesjonalnym; oczywiście jeżeli zamawiający stwierdzi, że jakieś dodatkowe elementy wezwania do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., którego zaniechał, byłyby niezbędne, to może je sprecyzować.

Warto również uwypuklić, że w postępowaniu odwoławczym przystępujący przedłożył umowę konsorcjum składającego się z trzech podmiotów (umowa współpracy w ramach konsorcjum z dnia 29.03.2024 r.), która była wystarczająca dla uznania skuteczności zgłoszonego przystąpienia. Niemniej, skład orzekający nie ocenił tego

dokumentu w zakresie zasadności lub bezzasadności zarzutu nr 8 odwołania, a wyłącznie w zakresie skuteczności przystąpienia. W szczególności, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności instytucji zamawiającej, które podejmowano w przetargu, nie zaś zastępuje zamawiającego podczas badania i oceny ofert. (por. np. wyroki KIO: z dnia 04.12.2023 r., sygn. akt: KIO 3376/23, gdzie podkreślono, że „Nie jest rolą Izby wyręczać Zamawiającego w tych czynnościach - Izba jedynie weryfikuje prawidłowość czynności Zamawiającego oraz ewentualnie stwierdza, że w danym postępowaniu doszło do zaniechania konkretnej, wymaganej w postępowaniu czynności, co jak wyżej wskazano, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.”, wyrok z dnia 03.06.2020 r. sygn. akt: KIO 698/20, zgodnie z którym „Izba nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie wyręcza Zamawiającego w badaniu i ocenie ofert”).

Nie jest zatem możliwe złożenie przez strony nowych dokumentów, których nie było w przetargu i dokonanie ich weryfikacji przez skład orzekający w ramach merytorycznego rozpoznawania zarzutów. Zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna doprowadzić do wyłonienia wykonawcy, który spełnia wszystkie wymogi, co bada się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro z ustalonego stanu rzeczy wynika, że zamawiający nie dysponował żadnymi innymi dokumentami, niż omówione dwa wadliwe pełnomocnictwa z dnia 2 kwietnia 2024 r., w tym nie dysponowano ww. umową konsorcjum, to skład orzekający nie może weryfikować tego dokumentów w ramach rozpoznania zarzutu nr 8 odwołania, a wybór najkorzystniejszej oferty (rozstrzygnięcie zamawiającego z dnia 03.07.2024 r.) jest nieprawidłowy i należy go unieważnić. Skład orzekający nakazał zatem zamawiającemu dokonanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie lidera do występowania w ramach konsorcjum składającego się z trzech podmiotów, ponieważ decyzja o ewentualnym braku potrzeby wystosowania wezwania wiązałaby się z uprzednią koniecznością merytorycznej oceny dokumentów, którymi zamawiający nie dysponował w przetargu, co jest niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie zasad naczelnych p.z.p.

W przedmiocie zarzutów odwołania, które związane są z zaferowaniem przez przystępującego ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszenia przez zamawiającego: art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. (zarzut nr 1), art. 224 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (zarzut nr 2), art. 224 ust. 6 p.z.p. (zarzut nr 3), art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. (zarzut nr 4), art. 16 pkt 1 p.z.p. (zarzut nr 5), art. 17 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 83 p.z.p. (zarzut nr 7), Izba zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu i wskazuje co następuje.

Należy zgodzić się z zamawiającym, że zarzuty odwołania są ogólnikowe, a odwołujący zdaje się, że próbował wskazać na jakąkolwiek wadę oferty przystępującego, zaś samo uzasadnienie zarzutów zaferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym odniesienie się do tego, że cena zaferowana przez przystępującego jest nierynkowa, nieekwiwalentna jest dość oszczędne. Odwołujący w żaden sposób nie podważył wysokości ceny przystępującego, nie zawarto żadnych danych pozwalających na uznanie jej za zaniżoną, omawiane zarzuty dotyczą zaferowania ceny rażąco niskiej, a w odwołaniu nie pada żadna kwota.

O ile trzykrotnie składane wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego wraz z dowodami zostały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to odwołujący zdecydował się na postawienie stanowczych zarzutów w tym zakresie, zatem mając na uwadze wymagania dokumentacji postępowania, realia rynkowe oraz warunki tego konkretnego zamówienia, odwołujący powinien przedstawić dlaczego w jego ocenie cena przystępującego jest ceną rażąco niską, niepozwalającą na prawidłowe zrealizowanie umowy, odnosząc się do wysokości tej ceny – chociażby na ogólnym, przybliżonym poziomie. W rozpoznawanym środku zaskarżenia nie zawarto odniesienia do jakichkolwiek skwantyfikowanych wartości, nie podjęto nawet próby ogólnego wskazania o ile zdaniem odwołującego cena przystępującego została zaniżona lub jaka kwota byłaby w jego ocenie wartością rynkową – aby możliwym było zweryfikowanie i uznanie, że zakwestionowana cena jest nierealna; że zamówienie mogłoby być realizowane ze stratą. Jeżeli odwołując nie odniósł się nawet do rzędu kwoty, o jaką w jego ocenie cena przystępującego została potencjalnie zaniżona, to nie ma możliwości podzielenia tezy, że wysokość zakwestionowanej ceny nie odzwierciedla realnych kosztów realizacji zamówienia, ponieważ Izba nie ma z czym skonfrontować treści i wyliczeń z wyjaśnień przystępującego.

Jak trafnie podnosi się w orzecznictwie Izby „Niewątpliwie podnoszenie takich okoliczności jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z jednej strony nie można obarczać skarżącego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana. Z drugiej strony zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że nie mogły one być wystarczające dla uzasadnienia ceny wskazanej w ofercie. Odwołujący, jeżeli chce mieć szansę na uwzględnienie odwołania, powinien sprecyzować, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie, a nie tylko odsyłać do brzmienia i wykładni przepisów ustawy pzp dotyczących problematyki rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim

dla wykonawcy składającego ofertę w tym samym postępowaniu, który sam musiał skalkulować jej cenę, nie powinno nastrożać trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające.” (tak wyrok z dnia 31.10.16 r. sygn. akt: KIO 1901/16, 1903/16, 1904/16).

W odwołaniu zabrakło podjęcia próby przedstawienia, chociażby na podstawie własnej kalkulacji odwołującego, ogólnych wyliczeń, które doprowadziły odwołującego do postawienia przedmiotowych zarzutów, tak aby możliwa była weryfikacja i podzielenie jego stanowiska. O ile nie znajduje uzasadnienia obarczenie odwołującego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana, to zarzuty nieprawidłowej oceny przez zamawiającego i wybrania oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia nie mogą ograniczać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest zaniżona, bez jakiegokolwiek odniesienia się do jej wysokości. Odwołanie sprowadza się do ogólnych rozważań, supozycji, bez rzeczywistego odniesienia się do poziomu ceny przystępującego, którą w ramach omawianych zarzutów odwołujący uznał za cenę w wysokości tak rażąco niskiej, że nie pozwala na właściwe zrealizowanie umowy. Zgodnie zaś ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Warszawie: „Podkreślić należy, że to na skarżącym spoczywał ciężar uwiarygodnienia okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny ofert wykonawców (...) i (...). Skarżący nie przedstawił jednakże żadnego materiału dowodowego z którego wynikałoby, że oferty tych wykonawców zawierały rażąco niską cenę. Zaś samo podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny nie jest wystarczające dla jego uwzględnienia, lecz należy szczegółowo wskazać, jakie koszty rodzajowe są kwestionowane oraz wskazać dowodowo fakty je uzasadniające.” (tak wyrok z dnia 29.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 110/21, XXIII Zs 111/21).

Zdaje się, że odwołujący w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, posiada charakter absolutny i wystarczającym jest samo stwierdzenie, że cena jest rażąco niska, tak jakby nie była ona szczegółowo wyjaśniana. Udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostał ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa. Przyjmując koncepcję powstania domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że domniemanie to zostało przez przystępującego obalone w wyniku złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z podjęcia próby przekonania Izby o zasadności stawianych przez niego zarzutów, aby bowiem skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła instytucja zamawiająca oceniając wyjaśnienia przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez przyzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniliby wyjaśnienia wykonawcy (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny niż zamawiający w postępowaniu objętym sporem i stwierdziłby cenę rażąco niską, która nie pozwala na właściwe zrealizowanie przedmiotu umowy.

Odnosząc się do poszczególnych elementów uzasadnienia omawianych zarzutów, Izba wskazuje, że okoliczność, że cena oferty przystępującego jest o około 40 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i o 15% niższa od oferty wykonawcy znajdującego się na drugim miejscu zbiorczego zestawienia ofert, nie była sporna i była znana zamawiającemu, który wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p., wskazując właśnie, że zaoferowana przez przystępującego cena jest o 39,01% niższa od wartości zamówienia (tak wezwanie zamawiającego z dnia 15.04.2024 r.).

Natomiast zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa „okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. [*obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. - przyp. Izba*]. Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu”. (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 15 grudnia 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 116/21, XXIII Zs 121/21 „Błędne jest zatem przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Sąd rozpoznający niniejszą skargę aprobuje przy tym stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (XIX Ga 175/10) w którym stwierdzono, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame.”.

Na cenę oferty ma wpływ szereg okoliczności i czynników indywidualnie dostępnych dla danego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki, co także wynika z ofert złożonych przez odwołującego w dodatkowym stanowisku procesowym (aczkolwiek zamawiający ma rację, że oferty te przekraczają okoliczności wskazane w odwołaniu), jak również znalazło bezpośrednie odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego.

Odwołujący podniósł, że okoliczność szczególnych warunków biznesowych wynegocjowanych z osobami trzecimi/dostawcami/usługodawcami oraz przedłożone (utajnione) oferty kontrahentów bez ich porównania względem innych ofert funkcjonujących na rynku, nie mogą świadczyć o udowodnieniu braku rażąco niskiej ceny. Jednakże składając wyjaśnienia sposobu kalkulacji swojej ceny każdy wykonawca powinien przede wszystkim przedstawić dowody wskazujące na indywidualnie dostępne mu warunki, w których kalkulowano ofertę, które spowodowały obniżenie ceny, czyli dowody na poparcie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach kalkulacji ceny. Materiał dowodowy, tak jak i wyjaśnienia ceny, powinny przede wszystkim dotyczyć ceny podanej w ofercie i ją uzasadniać, a nie wykazywać postulowane przez odwołującego ceny rynkowe. Przystępujący nie musiał zatem przedkładać „dla porównania” innych ofert dotyczących cen z rynku, aby wykazać, że jego oferty mają postulowane przez odwołującego cechy oryginalności, ponieważ zamawiający poznał ceny rynkowe otrzymując w postępowaniu oferty od kilku wykonawców, z otrzymanych formularzy ofertowych. Nie było zatem konieczne składanie dodatkowych „kontrofert” na analogiczne roboty od innych podmiotów, zamawiający o takie oferty również nie wzywał.

Przystępujący w składanych wyjaśnieniach: z dnia 26 kwietnia 2024 r., 27 maja 2024 r., 14 czerwca 2024 r. przytoczył szereg okoliczności uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny ofertowej i przedłożył kalkulacje w tym zakresie. Przystępujący wykorzystał swoją korzystną pozycję rynkową oraz doświadczenie, przedkładając konkurencyjną względem innych wykonawców ofertę, a przedłożone wyjaśnienia w kompleksowy sposób wykazały jakie okoliczności wpłynęły na zaproponowaną cenę. W toku składanych wyjaśnień przystępujący udowodnił, że przy kalkulowaniu ceny ofertowej wziął pod uwagę indywidualne, szczególne okoliczności umożliwiające mu skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie. Ponadto, przedłożono właściwe oferty od podmiotów, z którymi przystępującego wiążą relacje handlowe pokazując, że posiada on szczególnie korzystne, wyłącznie mu dostępne warunki, w których kalkulował cenę oferty, a także inne dowody adekwatne do treści wyjaśnień, dostarczając zamawiającemu materiał dla poparcia przedstawionych kalkulacji cenowych, co spowodowało prawidłowe wypełnienie przez przystępującego obowiązku określonego w art. 224 ust. 5 p.z.p.

Odwołujący dalej podnosił, że przystępujący w wyjaśnieniach ceny powinien wyjaśnić m.in. przyjętą technologię, organizację dostaw/usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, rezerwę na nieprzewidziane wydatki, których do tej pory nie wykazał. Izba stwierdziła, że złożone wyjaśnienia są wyczerpujące i pełne, zawierają wszystkie elementy wymagane przepisami p.z.p., a także te, o które pytał zamawiający, w tym są adekwatne do treści wezwań zamawiającego, które determinują zawartość udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień ceny.

W opinii odwołującego przystępujący nie wykazał, pomimo wymagań z SWZ, że posiada własny TOR, uprawnienia elektryczne, jaka konkretna ilość pracowników zostanie skierowana do jakiej części zadania i jakie konkretnie otrzyma wynagrodzenie i czy spełniona zostanie przesłanka zatrudnienia tych osób na umowę o pracę, w tym przedłożenie zamawiającemu takich umów, nie wykazano nazw i ilości maszyn, możliwości w zakresie teletechniki, przebudowy gazociągów oraz obiektów inżynierskich jak np. podziemne przejścia dla pieszych/rowerzystów, zaś aspekty te wpływają na cenę wskazaną w ofertach. Zdaniem odwołującego przystępujący powinien też wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia, co najmniej w całości pokrywające koszty związane z jego realizacją oraz zysk.

W powyższym zakresie Izba w całości podzieliła i przyjęła za własną argumentację przystępującego zawartą w jego pisemnym stanowisku procesowym (str. 21-23 wersji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa), iż wszystkie podnoszone przez odwołującego koszty zawarto w cenie. Natomiast wobec faktu, że informacje których dotyczy spór zostały utajnione, skład orzekający odwoła się do numerów stron i punktów wyjaśnień kalkulacji ceny, bez ujawniania konkretnych, skutecznie utajnionych przez przystępującego informacji (podobnie, jak to uczynił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie).

SWZ nie nakładała na wykonawców obowiązku określenia ilości pracowników wykonujących poszczególne prace, czy też nazw maszyn, którymi prace miałyby być realizowane, jednakże w treści wyjaśnień z dnia 26 kwietnia 2024 r. przystępujący wskazał na posiadany park maszynowy, jako jeden z czynników o istotnym wpływie na wysokość zaoferowanej ceny, wskazując jaką bazą sprzętową dysponuje (str. 2, pkt 1 wyjaśnień z 26.04.2024 r.). W treści wyjaśnień przystępujący złożyło oświadczenie o zatrudnieniu i minimalnej wysokości wynagrodzenia za pracę (str. 9, pkt

5 i 7 wyjaśnień 26.04.2024 r.), a także podał na jaką kwotę oszacował wartość robocizny. Wbrew twierdzeniu odwołującego prace w zakresie tymczasowej organizacji ruchu (TOR) zostały przez przystępującego uwzględnione, taka pozycja została znalazła się w wycenie, a budżet na jej realizację został wykazany w wyjaśnieniach (str. 7, pkt 4.14 wyjaśnień z 26.04.2024 r.), prace wymagające uprawnień elektrycznych również zostały uwzględnione w kalkulacji ceny (str. 5 pkt 4.3 i str. 6, pkt 4.8 wyjaśnień z 26.04.2024 r., oferta załącznik nr 5). Prace w zakresie teletechniki także uwzględniono w ofercie (str. 6, pkt 4.7 wyjaśnień z 26.04.2024 r., wycena załącznik nr 15); podobnie jak i skalkulowano przebudowę gazociągów (str. 7, pkt 4.16 wyjaśnień z 26.04.2024 r.) i obiektów inżynierskich (str. 6, pkt 4.6 wyjaśnień z 26.04.2024 r.). Ponadto, przystępujący w wyjaśnieniach wskazał zysk (str. 8 wyjaśnień z 26.04.2024 r.).

Odwołujący argumentował dalej, iż przystępujący w ofercie nie wskazał żadnych innych podmiotów, oprócz podmiotu udostępniającego zasoby, którymi będzie się posługiwał w realizacji zamówienia. Natomiast żaden z trzech podmiotów wchodzących w skład konsorcjum nie jest w stanie wykonać przedmiotowej inwestycji własnymi siłami. Skład orzekający stwierdził, że odwołujący oparł swój zarzut na wadliwej interpretacji dokumentacji postępowania. Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie skorzystał z możliwości, jaką daje art. 117 ust. 1 p.z.p. i nie określił szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ergo zastosowanie w postępowaniu znajduje reguła ogólna, polegająca na dopuszczeniu możliwości łącznej oceny spełniania warunków przez członków konsorcjum, a nie wyjątek wskazany w art. 117 ust. 1 p.z.p. – w postaci ograniczenia sumowania potencjałów. Innymi słowy, konsorcjum zawiązuje się w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i co do zasady potencjał podmiotów, które wchodzi w skład konsorcjum jest sumowany, więc trudno stawiać przystępującemu zarzut, że występuje jako konsorcjum, skoro dokumentacja zamówienia nie stawia żadnych ograniczeń w tym zakresie. Odwołujący nie zdecydował się także wskazać, którą normę naruszył przystępujący lub na jakiej podstawie wywodzi swój zarzut, zaś art. 58 ust. 1 p.z.p. stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, zaś w SWZ nie ma żadnych ograniczeń w tym przedmiocie – w świetle dokumentacji postępowania zamawiający nie byłby uprawniony do badania czy uczestnicy konsorcjum są w stanie wykonać przedmiot zamówienia siłami własnymi, tym samym zarzut jest nieuzasadniony.

Zdaniem odwołującego podział zadań pomiędzy konsorcjantów nie zakłada wszystkich czynności, które – zgodnie ze sztuką budowlaną, przepisami prawa, wymogami postępowania – należy wykonać, aby móc zrealizować zadanie. Takie gołosłowne stwierdzenie nie zostało ani wykazane, ani nie wskazano jak miałyby powodować cenę rażąco niską lub inną wadę oferty. Gdyby zamawiający żądałby obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 60 p.z.p.), wtedy należałoby przedstawić w ofercie kluczowe zadania, które miałyby wykonywać dany konsorcjant, ale zamawiający nie postawił w dokumentacji postępowania takich wymagań. Stanowisko odwołującego, czego rzekomo przystępujący nie wskazał, pomija normy p.z.p. i treść SWZ, w której zamawiający określa co należy mu przedstawić. Nie można zatem czynić przystępującemu zarzutu, że czegoś nie wskazał bez podania wyraźnej podstawy określającej taki obowiązek, czego zabrakło w rozpoznawanym odwołaniu. Tożsamo, w zakresie próby nałożenia na przystępującego obowiązku podania jaki zakres zamówienia zrealizuje własnymi siłami, a jaki zasobem podwykonawców. Skład orzekający stwierdził, że w żadnym punkcie dokumentacji postępowania zamawiający nie zastrzegł, że określone części przedmiotu zamówienia nie mogą być realizowane przez podwykonawców. Nie zastrzeżono kluczowych części realizacji zamówienia do osobistej realizacji wykonawcy (art. 121 p.z.p.). Przystępujący wskazał, że na dzień składania oferty nie miał wiedzy na temat podwykonawcy, który wykona planowane zakresy. Zgodnie zatem z pkt VII ust. 14 SWZ, przystępujący nie miał obowiązku ujawniania ich nazw w treści oferty (wykonawca powinien podać firmy podwykonawców w formularzu ofertowym, jeżeli są znane na etapie składania oferty), a odwołujący próbuje nakładać na przystępującego obowiązki, które nie wynikają ani z norm p.z.p., ani z uregulowań SWZ.

W ocenie odwołującego działalności ujawnione w KRS spółek oraz CEIDG jednego z partnerów konsorcjum w ogóle nie przewidują wykonywania prac, które są niezbędnymi elementami zamówienia. Izba stwierdziła, że w dokumentacji postępowania zamawiający nie postawił takiego wymagania i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Pomijając już samą możliwość ustanowienia wymogu posiadania określonego kodu we właściwym rejestrze. W oparciu o brzmienie wiążącej SWZ brak jest nie tylko możliwości negocjowania oferty przystępującego z tego powodu, ale nie ma żadnych podstaw do podejmowania próby weryfikacji czy przystępujący spełnia wymóg, którego brak zarzucał mu odwołujący. Jeżeli odwołujący uznaje za konieczne spełnienie dodatkowych wymogów, w jego ocenie niezbędnych do prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia, zastrzeżenie takie powinien wносить we właściwym trybie i terminie, czyli skorzystać z możliwości zadawania pytań do treści SWZ w tym przedmiocie lub wnieść odwołanie wobec ukształtowania warunków przetargu, zaś obecnie twierdzenia takie są twierdzeniami spóźnionymi. Na marginesie wypada również zauważyć, że według przepisów o Krajowym Rejestrze Sądowym ujawnieniu w KRS podlega tylko 10 punktów przedmiotu działalności – w razie, gdy umowa spółki zawiera ich więcej nie są one wpisywane w rejestrze,

co nie zmienia faktu, iż wchodzi w zakres przedmiotu działalności przedsiębiorcy. Tym samym zapisy rejestru nie dają pełnej wiedzy o przedmiocie działalności ujawnionym dla potrzeb statystycznych.

Konkludując, skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, w wyniku czego stwierdzono, że stawiane w tym zakresie przez odwołującego zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego, nie potwierdziło się bowiem, żeby wskazana cena było nierynkowa, nieekwiwalentna, czy aby planowano realizować zamówienie ze stratą. Nie doszło do naruszenia którejkolwiek ze wskazywanych przed odwołującego norm p.z.p. w ramach zarzutów nr 1-5 i 7 z *petitum* odwołania, w tym co istotne nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie potwierdziło się, aby okoliczności wskazane w odwołaniu mogły spowodować uznanie ceny przystępującego za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, więc omawiane zarzuty zostały oddalone.

W zakresie zarzutu nr 6 – naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 3 z.n.k. polegające na wyłączeniu zasady jawności w zakresie wyjaśnień złożonych przez przystępującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza poprzez wskazanie, iż dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i uznanie, że przystępujący niniejsze wykazał, co uniemożliwiło odwołującemu weryfikację danych, a inne złożone wyjaśnienia nie zawierające danych/dowodów stanowiły w rzeczywistości jedynie lakoniczny i ogólny opis – Izba wskazuje co następuje.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożenie rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań w celu ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.).

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 133/21, „W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. [obecnie art. 18 ust. 3 p.z.p. - przyp. Izba], w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c. (...) Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”. (por. też wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z dnia 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21 i z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21).

„Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, bo wymóg „wykazania”, co jest niczym innym, jak obowiązkiem udowodnienia. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” – tak wyrok

Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.03.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 9/22.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że zamawiający, który uznał trzykrotnie składane wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, działał nieprawidłowo. Zgodnie z materiałem procesowym do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący nie dołączył żadnych dowodów dotyczących podejmowania działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeganych danych. Zatem odwołujący ma rację, że przystępujący nie wykazał, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zamawiający winien był je odtajnić w całości.

Z powodu braku przedstawienia dowodów pozbawiono zamawiającego możliwości zweryfikowania czy informacje te, w sposób obiektywny, w oderwaniu od oświadczenia wykonawcy, faktycznie powinny pozostać utajnione. Co istotne, z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy przystępujący opisał czynności, które podejmuje, aby chronić swoje informacje, tj. informacje te są znane ściśle ograniczonej grupie osób, wybranym pracownikom, którzy zobowiązani są do nieujawniania informacji jako ściśle poufnych, a naruszenie takiego obowiązku wiąże się z odpowiedzialnością pracownika. Pracownicy zostali pouczeni o poufnym charakterze informacji. Wykonawca organizuje pracę w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji osobom niezaangażowanym w dany projekt i wdrożył system obiegu dokumentów zapewniającego selektywne udostępnianie informacji wybranym pracownikom. Istnieją zatem dowody np. pouczenia pracowników o poufnym charakterze informacji, których dysponentem i autorem jest przystępujący, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu; poza tym na takie trudności przystępujący nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą.

Przystępujący zdecydował się na pozostawienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy gospodarczej w postaci oświadczenia, z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że utajniane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, ale dowodów tych nie złożono, wbrew obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę przez ustawodawcę. Skład orzekający stwierdził więc, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie. Stanowisko przystępującego pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach, a brak złożenia dowodów – w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest wykonawca, o których mowa w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa – powoduje, że stanowisko to również nie jest wiarygodne.

Dopiero w postępowaniu odwoławczym, wraz z pisemnym stanowiskiem procesowym, przystępujący zdecydował się na przedłożenie dowodów, które miały w jego ocenie potwierdzać fakt utajniania rzeczonych danych, jednakże dowody te należało przedłożyć zamawiającemu w momencie zastrzegania danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich złożenie na obecnym etapie należy ocenić jako spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 3 p.z.p. wykonawca powinien wykazać, że zastrzegane dane stanowią jego tajemnicę wraz z przekazywaniem takich informacji zamawiającemu, a nie składać dowody dopiero przed Izbą. Wadliwa jest także argumentacja przystępującego, że rzeczony dowody mógłby złożyć, gdyby zamawiający wezwał go do tego, ponieważ to zadaniem wykonawcy, który chce zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, jest złożenie adekwatnego materiału dowodowego wykazującego tajemnicę i zamawiający nie powinien wystosowywać do strony jakiegoś dodatkowego wezwania, ustawa p.z.p. również takowego wezwania nie przewiduje. Działanie przystępującego nie zasługuje na aprobatę, Izba dokonuje oceny działań zamawiającego w przetargu, który w chwili podjęcia decyzji o utajnieniu informacji bazuje na treść wyjaśnień wykonawcy. Przy tym ustawodawca w art. 18 ust. 3 p.z.p. jednoznacznie określił moment, w którym należy wykazać wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 z.n.k. i jest to w tym wypadku moment złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny w przetargu, a nie postępowanie odwoławcze. Zatem wskazywanie nowych okoliczności i składanie dowodów, których nie złożono zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dopiero przekazano je przed Izbą, należy uznać za spóźnione.

Przystępujący nie wykazał, aby podejmował jakiegokolwiek czynności mające na celu ochronę zastrzeganych danych, więc zamawiający nie był nawet zobligowany do szczegółowego zbadania adekwatności podejmowanych przez odwołującego działań w związku z chronieniem zastrzeżonych informacji i analizy czy zastrzeżone dane spełniają przesłanki materialne dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą wykonawcy. Wykazanie podejmowania omawianych czynności powinno być bowiem pierwszym etapem, żeby rozpocząć jakąkolwiek szczegółową weryfikację. Obowiązkowi udowodnienia spełnienia wszystkich przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę odpowiada obowiązek zamawiającego (na który ciąży nakaz prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą jawności wynikającą z art. 18 ust. 1 p.z.p.) zbadania czy informacje spełniają wymóg objęcia ich tajemnicą. Jeżeli więc wykonawca wraz z zastrzeżeniem informacji nie przedstawi żadnych dowodów, to zamawiający nie ma materiału do oceny, zatem analiza czy zastrzeżone dane spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 z.n.k. nie była w sprawie konieczna.

Rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje,

że zarzut potwierdził się. Jeżeli bowiem wykonawca – pomimo twierdzenia, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji prawidłowości utajnienia danych – podejmuje decyzję, że dowodów tych nie złoży, pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić. Innymi słowy, skoro przystępujący wraz z przedstawieniem informacji nie był w stanie wykazać, że omawiane dane są utajniane, a przedstawiał je w ramach wyjaśnień trzykrotnie i za żadnym razem nie przedstawił dowodów na objęcie tych informacji tajemnicą, to *a priori* wyjaśnienia kalkulacji ceny nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rekapitulując, z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., więc zarzut zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny przystępującego wraz z dowodami, co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, w ocenie Izby posiada uzasadnione podstawy, jednakże nie mógł zostać uwzględniony.

Skład orzekający zauważył, że w ustalonym stanie rzeczy występowała rozbieżność pomiędzy treścią zarzutów podniesionych w odwołaniu (*vide* str. 3 odwołania), a żądań co do sposobu jego rozstrzygnięcia (nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień ceny przystępującego wraz z załącznikami, powołanie się na art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., *vide* str. 4 odwołania). Odwołujący nie żądał odrzucenia oferty przystępującego ze względu na zaferowanie ceny rażąco niskiej, pomimo postawienia sześciu zarzutów w tym zakresie. Rozbieżność pomiędzy zarzutami i żądaniami wymagała wyjaśnienia i na posiedzeniu odwołujący wyjaśnił, że pomimo sformułowania żądań odwołania, wszystkie zarzuty są zarzutami głównymi, nie postawiono zarzutów w sposób ewentualny.

Skoro zatem zarzuty dotyczące zaferowanie ceny rażąco niskiej, które podlegały oddaleniu, są zarzutami postawionym w sposób stanowczy, zastosowanie znajdzie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 marca 2023 r., gdzie podniesiono, że „(...) jak słusznie wskazał Skarżący, naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 Pzp nie będzie miało żadnego wpływu wobec postawienia przez Odwołującego dalszych definitywnych (a nie ewentualnych) zarzutów w zakresie podstaw do odrzucenia oferty Skarżącego, jako zawierającej rzekomo rażąco niską cenę. Zarzut odwołania dotyczący rzekomo rażąco niskiej ceny nie był zarzutem ewentualnym, lecz zarzutem stanowczym. Nie było podstaw do uznania tego zarzutu za przedwczesny, skoro został sformułowany w sposób stanowczy, a Odwołujący w sposób definitywny domagał się jego rozpatrzenia.

(...) W konsekwencji, nawet gdyby zarzut w zakresie nieudostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia złożonej kalkulacji ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za prawidłowy, to i tak nie miałoby to wpływu na wynik postępowania (a tylko takie zarzuty mogą podlegać uwzględnieniu), z tego tytułu, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a podnosząc stanowczy zarzut w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny, doszło do wystąpienia powagi rzeczy osądzonej w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Nawet po udostępnieniu Odwołującemu rzeczowego uzasadnienia zastrzeżenia kalkulacji ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie mógłby podnosić zarzutów w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny, ponieważ ze względu na podniesienie tego zarzutu już w postępowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt: KIO 3255/22 zarzut w tym zakresie zyskał status powagi rzeczy osądzonej. „W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 8 ust. 1 i 3 ZamPublU, przez zaniechanie ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny oraz załączonych do wyjaśnień dowodów. Naruszenie to nie może mieć jednak żadnego wpływu na wynik postępowania, biorąc pod uwagę, że kwestia zaferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny została oceniona przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Skoro Odwołujący zdecydował się na podniesienie tego zarzutu bez znajomości pełnej treści wyjaśnień i - zgodnie z treścią odwołania i wyraźnym oświadczeniem złożonym podczas posiedzenia Izby - zarzut ten nie miał charakteru ewentualnego (nie został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa), to musiał liczyć się z tym, że zarzut rażąco niskiej ceny zostanie objęty powagą rzeczy osądzonej. W związku z tym ujawnienie pełnej treści wyjaśnień nie uprawniałoby Odwołującego do ponownego zakwestionowania zaferowanej przez Przystępującego ceny w ramach kolejnego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. A contrario, odwołanie nie może zostać uwzględnione w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie” - (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2021 r., KIO 1611/21).” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27.03.2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 11/23),

Mając na uwadze powyższe, wobec oświadczenia odwołującego, że wszystkie zarzuty są zarzutami głównymi, a także z powodu braku potwierdzenia się zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., Izba oddaliła zarzut nr 6 z *petitum* odwołania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z proporcją zarzutów uwzględnionych (1 zarzut) do zarzutów oddalonych (7 zarzutów), zamawiający odpowiada za koszty w części 1/8, zaś odwołujący w części 7/8. Na koszty złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (20 000,00 zł, gdzie zamawiający odpowiada za jego 1/8 część, tam gdzie przegrał - 2500,00 zł, a odwołujący za 7/8, tam gdzie przegrał - 17 500,00 zł) i koszty pełnomocnika zamawiającego (uwzględnione na podstawie złożonej do akt faktury VAT, w kwocie wynikającej z limitu określonego w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia 3600,00 zł - gdzie odwołujący powinien zwrócić zamawiającemu 3150,00 zł tych kosztów, a zamawiający 450,00 zł ponosi we własnym zakresie). Mając zatem na uwadze wynik postępowania odwoławczego zamawiającemu, w związku z wygraną w 7/8 części, należy jest zwrot 3150,00 zł za wynagrodzenie pełnomocnika, a odwołującemu, wobec wygranej w 1/8 części, zwrot 2500,00 zł za wpis, co powoduje, że odwołujący powinien zwrócić zamawiającemu 650,00 zł różnicy w należnych kosztach. W pozostałym zakresie strony przegrały i ponoszą koszty postępowania odwoławczego we własnym zakresie.

Należy także dodać, że odwołujący zawarł w odwołaniu wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i innych uzasadnionych wydatków, w tym kosztów przeprowadzenia innych dowodów, jednakże odwołujący nie zdecydował się na przedłożenie rachunku lub spisu kosztów do akt sprawy (§ 5 ust. 2 ww. rozporządzenia). W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie kosztów strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów – dowodu poniesienia tych wydatków. W przypadku więc braku lub braku możliwości przedłożenia takiego dowodu skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący:

.....