Sygn. akt: KIO 1890/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 czerwca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2024 roku przez *wykonawcę B.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni*
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *Polimex Infrastruktura spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą z siedzibą w Warszawie*

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu c tj. naruszenia art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieudostępnienie na wniosek Odwołującego załącznika nr 7 do wyjaśnień Polimeksu dot. rażąco niskiej ceny, mimo że nie był on zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.
2. Oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania obciąża *wykonawcę B.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim*
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawcę B.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim* tytułem wpisu od odwołania,
   kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę B.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę B.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim* tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
   kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesione przez *wykonawcę B.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim* tytułem opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw
   kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *Zamawiającego Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.2 zasądza od *wykonawcy Bożeny Dzidkowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim* na rzecz *Zamawiającego Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni* kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *Zamawiającego Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni* stosownie do wyniku postępowania,

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 1890/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający *Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni* prowadzi postępowanie pod nazwą *pn. Wykonanie robót budowlanych dla zadania nr 12272 „Modernizacja zespołu poligonowo-szkoleniowego w Ustce”.*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: nr 2023/S 152-484784, w dniu 9 sierpnia 2023 roku.

29 maja 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec naruszeń czynności Zamawiającego z dnia 20 maja 2024 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 74 ust. 1 i 2, art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) przez zaniechanie uznania przez Zamawiającego za

bezskuteczne – mimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK – zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Polimex, w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Odwołującego do Zamawiającego w dniu 27.05.2024 r., a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień,

2. art. 226. ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ust. 6 ustawy przez nie dopełnienie procedury oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z powodu nie przeprowadzenia pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Polimex, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Polimex, mimo że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska,
3. art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy przez nieudostępnienie na wniosek Odwołującego załącznika nr 7 do wyjaśnień Polimeksu dot. rażąco niskiej ceny, mimo iż nie był on zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa,
4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z ustawą oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

-nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polimex,

-nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień udzielonych przez Polimex na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, z uwzględnieniem załączników które Polimex wskazał jako zastrzeżone oraz załącznika nr 7,

-nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem czynności wskazanych w niniejszym postępowaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Polimex i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

-zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę, spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SWZ, natomiast na skutek czynności Zamawiającego – sprzecznych z przepisami ustawy Pzp – może nie uzyskać zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 161/14). W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący doznał uszczerbku, w związku z czym może ponieść szkodę. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego tj. pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia (tak m.in. KIO 1557/11). W związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polimex oraz zaniechania odrzucenia tej oferty, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, Odwołujący nie ma możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał:

W postępowaniu o udzielnie zamówienia pod nazwą „Modernizacja zespołu poligonowo-szkoleniowego w Ustce", zgodnie z informacją z otwarcia ofert, ofertę, która uzyskała najwyższą ilość punktów złożył Polimex.

Dowód: pismo Zamawiającego z dn. 20.05.2024 r. (w aktach postępowania).

W dniu 23.04.2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał Polimex, którego oferta zawierała najniższą cenę ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny.

Dowód: pismo Zamawiającego z dn. 22.04.2024 r. (w aktach postępowania).

I. Zarzut naruszenia zasady jawności postępowania przez bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że w dniu 30.04.2024 r. Polimex przekazał Zamawiającemu pismo zawierające wyjaśnienia dot. wysokości ceny złożonej oferty. Wszystkie argumenty mające świadczyć o racjonalności zaoferowanej ceny zostały przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tajemnicą objęte zostały także dokumenty mające służyć ich poparciu: oferty podwykonawców oraz symulacja wyceny opartej na przedmiarach.

Co więcej, dokumenty, które w jawnej części pisma zostały przytoczone jako potwierdzenie zasadności utajnienia wyjaśnień także zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Zamawiający bezpodstawne przyjął, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Polimex było skuteczne.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych oraz KIO, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy spełnić łącznie następujące przesłanki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstw lub inny posiadający wartość gospodarczą;
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
Nie można się zgodzić z twierdzeniem Polimeksu, aby powyższe warunki zostały spełnione.
Odwołujący przytacza orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 kwietnia 2016 roku o sygnaturze II GSK 2806/14, w którym stwierdził on, iż w przypadku komercyjnego aspektu przedsiębiorstwa, mówić możemy o tajemnicy przedsiębiorstwa jeżeli wykorzystanie jej przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zysk. Wątpliwym jest w ocenie Odwołującego, aby przekazanie pozostałym Wykonawcom informacji na temat takich dokumentów jak: regulamin obiegu i ochrony dostępu
do informacji poufnych w Grupie Kapitałowej Polimex Mostostal, procedura przygotowywania oferty i umowy, wzór umowy o pracę, wzór oświadczenia pracowników o zobowiązaniu do zachowania poufności, procedura zakupów w GK P-M, wzór klauzuli poufności -mogło w jakimkolwiek stopniu spowodować ograniczenie przez pozostałych uczestników wydatków lub zwiększenie ich zysku.
Sam fakt, iż dane przedsiębiorstwo podjęło kroki zmierzające do chronienia pewnych danych przed ich upublicznieniem nie stanowi, iż są to tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na tajemnicę przedsiębiorcy składa się także element materialny, tj. know-how przedsiębiorcy, czyli wytworzone przez niego unikalne rozwiązania techniczne, technologiczne lub organizacyjne, posiadające wartość gospodarczą. Trudno uznać, iż treść wzoru umowy o pracę, klauzul poufności
czy wewnętrzne procedury zakupowe zawierały tak rewolucyjne rozwiązania, by móc uznać je za unikalne na skali rynku. Jakkolwiek wskazane powyżej dokumenty nie mają bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, utajnienie podstawy do utajnienia danych merytorycznych uznać należy
za działanie mające na celu wyłącznie utrudnienie weryfikacji zasadności wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny.
Odwołujący wskazał na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r. odnośnie zasady jawności postępowania. Dodał Odwołujący, że Zamawiający nie może niejako „z urzędu" doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę wniosku spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia ochrony informacjom przekazanym zamawiającemu ciąży na wykonawcy. Niewywiązanie się z ciężaru łącznego wypełnienia przesłanek dotyczących zastrzeżenia informacji Zamawiający powinien uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Nie jest rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak m.in. KIO 18/22). Odwołujący podał, że należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: „Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią
to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy.
W tej sprawie treść zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadniała konieczności zachowania w poufności informacji tamże zawartych. Dokonanie zastrzeżenia należy uznać za nadużycie przez wykonawcę instytucji mającej charakter wyjątku od zasady. Zamawiający powinien zbadać skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był ujawnić zastrzeżone dokumenty, a zaniechanie w tym zakresie było naruszeniem art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (por. wyr. KIO z 18.08.2020 r., KIO 1418/2020,
uchw. SN z 21.10.2005 r., III CZP 74/05).
Podobne stanowisko w ocenie Odwołującego wyrazić należy w przedmiocie żądania utajnienia zasadniczej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Polimex nie wykazał, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje. Posłużenie się generalnym sformułowaniem,
że „wszystkie infromacje posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą" nie wypełnia przesłanek wynikających z ustawy UZNK. W art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznychustawodawca 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 „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 art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Uzasadnienie zastrzeżenia informacji niejawnych powinno odnosić się do konkretnych informacji i służyć powinno wykazaniu, że te konkretne informacje spełniają wymogi pozwalające
na utrzymanie ich w tajemnicy. Uzasadnienie nie może mieć charakteru ogólnego, ale powinno zostać poparte dowodami (tak m.in. KIO 1586/21).
Podkreślenia wymaga w ocenie Odwołującego również, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy dopuszcza możliwość nieujawniania informacji, nie zaś dokumentów jako takich. To obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (tak m.in. KIO 2067/21).
Odwołujący podał, że bezzasadne jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ofert podwykonawców. W przypadku wygrania przez Polimex przetargu i podpisania przez niego umowy na realizację zamówienia publicznego umowy z podwykonawcami będą musiały być zgłoszone zamawiającemu i informacje o cenach będą dostępne dla każdego w trybie dostępu do informacji publicznej, choćby przez fakt na ich wpływ na majątek publiczny
(art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 902). Natomiast w przypadku udzielenia zamówienia publicznego innemu podmiotowi, oferty złożone Polimeksowi stracą rację bytu i nie będą mogły być uznane za stanowiące dla tego przedsiębiorstwa wartość gospodarczą.
Jeszcze bardziej kuriozalnym w ocenie Odwołującego jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa symulacji wyceny opartej na przedmiarach. Wycena kosztorysów opracowanych na podstawie projektu stanowiącego część dokumentacji przetargowej
w żadnym wypadku nie może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.
W ocenie Odwołującego nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się przez Wykonawcę na bliżej niesprecyzowane know-how ani też na strategię cenową, w szczególności, gdy zaoferowana przez niego cena jest indywidualnie kalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania. Odwołujący wskzał na orzeczenie z dnia 1 września 2017 roku o sygnaturze KIO 1632/17.
Ponadto, w ocenie Odwołującego nieprawdziwym dla B&W jest argument wskazany przez Polimex jakoby „fakt iż Wykonawca uzyskał oferty podwykonawców na wykonanie poszczególnych części zamówienia, w sposób niebudzący wątpliwości wykazuje, że oferta Wykonawcy zawiera wynagrodzenie, które umożliwia prawidłową realizację przedmiotu Zamówienia." Stanowisko takie, jest w opinii B&W zbyt daleko idące.
Przedmiotem niniejszego zamówienia są materiały i usługi powszechnie dostępne. Przedsiębiorcy nie podają do publicznej wiadomości bardzo dużej części swoich działań,
co jednak nie sprawia, że są to tajemnice przedsiębiorstwa.
W opinii Odwołującego zastrzeżenie przez Polimex niemal wszystkich załączników
do wyjaśnień przez nie złożonych ma na celu wyłącznie utrudnienie weryfikacji zaoferowanej ceny przez pozostałych uczestników postepowania i ma za zadanie utrudnić pozostałym wykonawcom skorzystanie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Działania takie stanowią nadużycie prawa i jako takim zgodnie z art. 5 kodeksu cywilnego nie przysługuje
im ochrona prawna. Należy podkreślić, że nad zasadami ochrony tajemnicy przedsiębiorca prymat ma zasada jawności postepowania o udzielenie zamówienia oraz jawności wydatkowania środków publicznych. Powołał orzeczenie Izby z dnia 22 września 2015 r., KIO 1995/15.
Zgodnie z interpretacją UZP "Tajemnica przedsiębiorstwa" (dostępna na stronie internetowej:
www.uzp.gov.pl) do przykładowego katalogu informacji, które nie mogą stanowić tajemnicy
przedsiębiorstwa należą:
1) informacje ujawniane przez zamawiającego w czasie otwarcia ofert (art. 86 ust. 4 PrZamPubl2004) [uw. aut. – obecnie art. 222 ust. 5], a więc, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie;
2) kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.
Należy wskazać, że Zamawiający bezzasadnie uwzględnił wniosek Polimex o utajnienie kosztorysu ofertowego, skoro obowiązek złożenia tego kosztorysu wynika wprost z zapisów §3 ust. 6 wzoru umowy. Umowa o wykonie zamówienia publicznego jest jawna i nie podlega regulacjom wynikającym z ustawy UZNK. Co więcej kosztorys stanowić będzie podstawę

do ewentualnej waloryzacji wynagrodzenia umownego lub ustalenia wartości robót dodatkowych zgodnie z § 3 ust. 7 wzoru umowy, a tym samym nie może pozostawać utajniony.
Powyższa argumentacja została przekazana Zamawiającemu w piśmie Odwołującego z dnia
27.05.2024 r. W piśmie tym Odwołujący wniósł o uznanie przez Zamawiającego bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i przekazanie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz ze wszystkimi załącznikami. Do czasu sporządzenia niniejszego pisma wniosek ten pozostał bez odpowiedzi, mimo upływu wyznaczonego przez Odwołującego terminu 28.04.2024 r.
W opinii Odwołującego, Zamawiający nie sprostał obowiązkowi weryfikacji treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Polimex, powołał wyrok Izby z dnia 27 czerwca 2020 roku sygn. akt KIO 1093/19.
Obowiązek wykazania, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy należy rozumieć w ten sposób, iż nie wystarczy złożenie samego oświadczenia i deklaracji stwierdzającej, że dany zbiór informacji posiada charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz wymagane jest poparcie tego odpowiednimi dowodami, przy czym dowody te nie mogą przybierać jedynie formy deklaracji/oświadczenia.
Ponadto Odwołujący wskazuje, iż na etapie postępowania odwoławczego należy wykluczyć możliwość uzupełnienia o dowody w postaci dokumentów potwierdzających poufny charakter
informacji. Należy wskazać, iż wykonawca powinien przedstawić dowody potwierdzające ich poufny charakter na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
II. Zarzut nieudostępnienia wszystkich załączników do protokołu postępowania
Jedyny „jawny" załącznik do wyjaśnień Polimeksu – załącznik nr 7 „zestawienie cen Intercenbud" – nie został Odwołującemu przekazany przez Zamawiającego mimo wniosku
o udostępnienie wszystkich załączników do protokołu postępowania w zakresie korespondencji wraz z wszystkimi załącznikami prowadzonej między Zamawiającym
a Polimex.
III. Zarzut rażąco niskiej ceny.
Zarzuty dotyczące ceny oferty Polimex, w ocenie Odwołującego dotyczące bezprawnego zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy w sprawie rażąco niskiej ceny, uniemożliwiają Odwołującemu wyczerpującą weryfikację prawidłowości oceny zamawiającego ceny ofertowej Polimex pod kątem ceny rażąco niskiej i czynu nieuczciwej konkurencji. Uwzględnienie zarzutu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienie załączników
do wyjaśnień wykonawcy powinno skutkować ich udostępnieniem Odwołującemu,
zaś po zapoznaniu się z nimi Odwołujący powinien mieć możliwość zaprezentowania dalszego stanowiska w zakresie rażąco niskiej ceny.
Oferta podlega odrzuceniu, w przypadku, gdy wykonawca nie złożył wystarczających wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub gdy ocena złożonych wyjaśnień wraz
z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę (wskazał wyrok sygn. akt KIO 1036/24) ponadto za cenę rażąco niską uznaje się również cenę odbiegającą od cen rynkowych. Odwołujący powołał również wyrok Izby sygn. akt KIO 170/20.
Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie podjął się weryfikacji wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny Polimeksu. Załącznikiem do protokołu postępowania jest jedynie notatka służbowa z 10.05.2024 r., podpisana przez trzech członków komisji przetargowej, w której odnotowano, iż na podstawie załączonej „opinii technicznej w zakresie przekazanego przez oferenta stanowiska dot. tłumaczenia RNZ w kontekście złożonej oferty w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego" uznać należy, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają zasadność oferowanych cen.
Sama „opinia" (podpis autora dokumentu nieczytelny) nie zawiera żadnej oceny merytorycznej, a sformułowana została w sposób tak ogólnikowy i pobieżny, iż sam w sobie budzić powinien budzić sceptycyzm co do kwalifikacji autora, a być także nawet jego bezstronności. Przykładowo, zdaniem autora opinii, przedstawienie przez wykonawcę ofert podwykonawców „podpisanych przez osoby umocowane prawnie do reprezentowania przedmiotowych podmiotów na zewnątrz" stanowi „dobitny dowód należytej ostrożności procesowej i dużego doświadczenia". Podkreślone zostało, iż „skala porównawcza zbudowana na cenach zaczerpniętych z ogólnodostępnych publikatorów cenowych rynku budowlanego" dowodzi „przemyślanego i szczegółowo dopracowanego prawnie scenariusza dokumentu". Natomiast „zawarta w dokumentacji konkluzja o niższej wartości skalkulowanej ceny ofertowej od powszechnie obowiązującego poziomu cen nie pozostawia żadnych wątpliwości (co do) poprawności skalkulowanej ceny ofertowej w kontekście zapisów Pzp". Brak jest jakichkolwiek ocen merytorycznych.
Oświadczenie wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach kalkulacji ceny stanowi wyłączenie dowód tego, że osoba podpisana pod takim dokumentem złożyła oświadczenie w nim zawarte. W żadnej mierze nie jest to dowód na posiadanie indywidualnych, sprzyjających czynników wpływających na cenę, pozwalających na zaoferowanie kwoty wskazanej
w ofercie. Wykonawca ma obowiązek złożenia adekwatnych i miarodajnych dowodów,

co oznacza obowiązek przedstawienia wraz z wyjaśnieniami ceny materiału dowodowego potwierdzającego okoliczności w nim zawarte. Innymi słowy, obowiązek dowodowy determinowany jest treścią wyjaśnień i jeżeli wykonawca powołuje się w nich na konkretny czynnik cenotwórczy, dostępny wyłącznie jemu, to powinien złożyć dowód w tym zakresie (przykładowo wskazanie okoliczności rabatu/upustu na paliwo skutkuje koniecznością złożenia dokumentu taki rabat udowadniającego) (por. KIO 3583/23).
Dowód: pismo Zamawiającego z dn. 10.05.2024 r. wraz z „opinią techniczną". (w aktach
postępowania).
Zgodnie z treścią art. 240 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający miał obowiązek zweryfikowania i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia
na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zamawiający powinien szczegółowo sprawdzić, czy wykonanie przedmiotu zamówienia według cen zaproponowanych przez wykonawcę Polimeks jest możliwe. Zamawiający miał możliwość np. złożenia zapytań
do dostawców towarów i usług lub podjęcia innych czynności, w taki sposób, aby upewnić się, że środki przeznaczone na realizację zamówienia zostaną przeznaczone na roboty budowlane najlepszej możliwej jakości. Zamawiający podjąć się wnikliwej analizy wyjaśnień Polimeks szczególnie w sytuacji, gdy pozostałe oferty rynkowe są o ok. 40 % wyższe.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2024 roku od czynności z dnia
20 maja 2024 roku, a kopia zostały przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu,
co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 14 czerwca 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie" – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.
Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowody zawnioskowane
i załączone do pisma.

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 1 złożony przez Zamawiającego (1 karta) – „Procentowy wzrost ,cen stali konstrukcyjnej" (wykres).

W zakresie umorzenia postępowanie odwoławcze co do zarzutu c odwołania:

Izba postanowieniem wydanym w tenorze wyroku w punkcie 1 umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu c tj. naruszenia art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieudostępnienie na wniosek Odwołującego załącznika nr 7 do wyjaśnień Polimeksu dot. rażąco niskiej ceny, mimo że nie był on zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa – w związku z uwzględnieniem tego zarzutu przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, oraz oświadczeniem uczestnika postępowania odwoławczego o niewnoszeniu sprzeciwu co do uwzględnionego zarzutu odwołania.
Izba podkreśla w tym miejscu, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu c odwołania zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz wydania postanowienia zgodnie
z art. 568 pkt 3 ustawy. Izba podkreśla, że na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nie zmienia i nie znosi tego obowiązku wynikającego z uwzględnienia zarzutu odwołania fakt przesłania przez Polimex załącznika nr 7 do złożonych wyjaśnień, w trakcie rozprawy, do Odwołującego.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty,

- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

(…)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 ustawy - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

- art. 224 ust. 2 ustawy - W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

- art. 224 ust. 3 ustawy - Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

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

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

- art. 224 ust. 6 ustawy - 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.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :

- art. 11 ust. 2 - Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji

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

W zakresie rozpoznania zarzutów (wszystkich poddanych rozpoznaniu) odwołania Izba zważyła:

Izba na wstępie – wspólnie w zakresie rozpoznania zarzutów 1, 2 i 4 odwołania (poddanych merytorycznej ocenie) – przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione ww. zarzuty odwołania Izba wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego
jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają
te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika
z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Izba podkreśla również, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy art. 516 ust. 1 odwołanie zawiera: 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych
i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z regulacji tej wynika w sposób jednoznaczny, że na Odwołującym ciążą określone obowiązki w zakresie złożenia odwołania.

W przypadku składania odwołania obejmującego zarzuty do oceny przez Zamawiającego oferty wykonawcy konkurencyjnego w pryzmacie wyjaśnień ceny oferty, wymaga szczególnego podkreślenia i wskazania, że Odwołujący nie został zwolniony przez ustawodawcę ze wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Mimo odwrócenia ciężaru dowodu zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, nie zmienia to faktu, że to po stronie Odwołującego ustawodawca określa jednoznacznie obowiązki w zakresie wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesione odwołanie. To wykonawca Odwołujący, mimo odwróconego ciężaru dowodu, obowiązany jest do udowodnienia, że wyjaśnienia udzielone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez innego wykonawcę są niewystarczające, nierzetelne lub z innych względów wadliwe. Jest
to stanowisko ugruntowane w ramach orzecznictwa tak np.: wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2019 r. sygn.. akt XXIII Ga 1780/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2025 roku sygn. akt KIO 1651/15) jak również szerokiej doktryny przedmiotu.

W ramach rozpoznania ww. zarzutów odwołania niezbędne jest również wskazanie, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozerwalny element podniesionych w petitum odwołania zarzutów odwołania zakreśla jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić
do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej
w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r.
w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej
i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez
nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie
w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu

Odwołujący.
W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany
do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu." (wyrok Sądu najwyższego
z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności
te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd,
że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie
w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.
Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza lub że oceniłby je inaczej,
w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego
i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego
w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie
z zasadą orzekania w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika to również z tego, że jakiekolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu argumentację / stanowisko Odwołującego,
z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej. Tym samym wszelkie uzasadnienie faktyczne nieujęte w treści odwołania musi zostać pominięte przez Izbę przy rozpoznaniu zarzutów odwołania, bowiem składane jest po upływie terminu na złożenie odwołania. Argumentacja faktyczna uzasadniająca dany zarzut odwołania nie może być uzupełniana w trakcie rozprawy. Tym samym wszelkie nowe okoliczności, uzasadnienia podnoszone przez Odwołującego na rozprawie Izba będzie obowiązana pominąć, bowiem gdyby uwzględniła
je przy ocenie zarzutów naruszyłaby obowiązujący nakaz orzekania w zakresie objętym odwołaniem.
W zakresie zarzutu 2 – naruszenia art. 226. ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ust. 6 ustawy przez nie dopełnienie procedury oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z powodu nie przeprowadzenia pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Polimex, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Polimex, mimo że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**
W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba ustaliła, że:
- pismem z dnia 22 kwietnia 2024 roku, działając na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający wezwał Polimex Infrastruktura spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Polimex) do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny (pismo w aktach sprawy).
Pismem z dnia 30 kwietnia 2024 roku Polimex udzielił wyjaśnień, które w części zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa co do treści wyjaśniać wyliczenia ceny oraz załączników przedstawionych przez Polimex przy tym dokumencie.
W zakresie rozpoznania Izba zważyła:
Mając na uwadze stanowisko Izby wyrażone na wstępie rozpoznania, powyżej
w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania (str. 15 i następne) Izba przechodząc dale w rozważaniach w ramach rozpoznania ww. zarzutu (zarzut 2) należy na wstępie wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są

z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny
w obowiązującym stanie prawny. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.
Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia –
tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna
do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.
Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska.
To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).
Izba wskazuje i ponownie podkreśla, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał
tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień
w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać
na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przy czym należy zaznaczyć, że w każdym przypadku okoliczności jakie wpływają na wysokość ceny oferty stanowią indywidualną wypadkową okoliczności jakie odnoszą się do danego wykonawcy.
Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,
a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy,
że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania
o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy

w składaniu wyjaśnień, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.
Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,
że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.
Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców
w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy, do którego
to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.
Wymaga podkreślenia, że wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy
do wykazania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to,
że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność
i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania.
Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej lub na poszczególne jej elementy.
Elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są wyłącznie samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający
nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreślenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy. Jednocześnie wymaga wskazania, że określone informacje odnoszące się do kalkulacji ceny oferty mogą wynikać właśnie ze złożonych dowodów. Wyjaśnienia wykonawcy wraz z dowodami muszą być oceniane całościowo.
Mając na uwadze powyższe odniesienie do obowiązującego stanu prawnego obowiązujących regulacji ustawowych Izba w pierwszej kolejności zaznacza i podkreśla,
co już znalazło swój wyraz we wstępnej części stanowiska Izby, że po stronie Odwołującego materializuje się obowiązek przedstawienia argumentacji uzasadniającej podniesiony zarzut odwołania. Nic nie zwalnia Odwołującego z argumentowania i dowodzenia swoich racji, które mają uzasadniać podniesione naruszenia prawa.
Odwołanie, co słusznie dostrzegł w swoim stanowisku Polimex, w zakresie tego zarzutu jest bardzo ogólnikowe i w zasadzie nie zawiera żadnego stanowiska uzasadniającego,
że zaoferowana w postępowaniu cena przez Polimex nie pozwoli na należyte, zgodne
z wymaganiami Zamawiającego zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami związanymi z przedmiotem tego zamówienia. Izba ocenia czynności Zamawiającego oceny ofert w postępowaniu ale w zakresie przedstawionych przez Odwołującego argumentów uzasadniających podniesiony w odwołaniu zarzut. Tych w zasadzie brak jest w tym

odwołaniu. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnia, nie przedstawia w zasadzie żadnego stanowiska, które uzasadniałoby jego ogólne twierdzenie. Znamiennym jest, że faktycznie sam Odwołujący zaznaczył okoliczność braku podnoszenia argumentacji, na wstępie swojego stanowiska przedstawionego w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do tego zarzutu odwołania. Izba nie zastępuje Odwołującego w poszukiwaniu argumentacji faktycznej, jak również nie prowadzi za Odwołującego postępowania dowodowego.

Skoro Odwołujący decyduje się podnosić zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polimex
z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty, to w swoim stanowisku powinien wykazać dlaczego twierdzi, że ta oferta została złożona z rażąco niską ceną. Powinien przedstawić argumentację faktyczną uzasadniającą te twierdzenia, dla przykładu powinien podać stasowane wyliczenia uzasadniające takie twierdzenie, odniesienie do elementów ceny oferty których nie ujął Polimex w cenie oferty lub które musiał ująć w zbytni zaniżonej kwocie – ale takie stanowiska Odwołujacego jest brak w odwołaniu.

Odwołujący polemizuje w odwołaniu z dokumentami zawartymi w aktach sprawy odwoławczej a znajdującymi się w dokumentacji zamówienia, przy czym podkreślić należy, że to nie te dokumenty pochodzące od Zamawiającego, a stanowiące nośnik informacji dotyczący oceny stanowią dokumenty źródłowe dla oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty Polimex. Natomiast w ocenie Izby fakt, że Odwołujący odnosi się
do tych dokumentów, pośrednio potwierdza, że Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień ceny oferty przez Polimex. Natomiast, co należy podkreślić, Odwołujący
w odwołaniu polemizuje z treścią tych dokumentów, ale w żaden sposób nie przedstawia argumentacji uzasadniającej: po pierwsze, że w tych dokumentach powinno znajdować się coś ponad to o czym traktują, jak również po drugie, nie przedstawia argumentacji uzasadniającej odmienne twierdzenia tj. że cena oferty jest zaniżona, nierealna, a wręcz rażąco niska. Izba podkreśla, że w orzecznictwie Izby ugruntowany jest stanowisko i pogląd, że Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej jako zawierającej rażąco niską cenę, przy objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień tego wykonawcy, winien wykazać, że taka cena jaka została zawarta w ofercie w zasadzie jest nierealistyczna i nie dająca podstawy do należytego zrealizowania zamówienia zgodnie
z wymaganiami Zamawiającego. Izba podkreśla, że nie jest wystarczających w zakresie uzasadnienia stanowiska przedstawienie przekonania Odwołującego.

Izba w żaden sposób również nie podziela stanowiska wyrażonego przez Odwołujacego
w odwołaniu, a odnoszącej się do tego, że „oświadczenie zawarte w wyjaśnieniach kalkulacji ceny stanowi wyłączenie dowód tego, że osoba podpisana pod takim dokumentem złożyła oświadczenie w nim zawarte." Izba podkreśla, że to właśnie wyjaśnienia wykonawcy, zawierające stanowisko odnoszące się do kalkulacji ceny oferty oraz wszystkie – w tym przypadku objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – dla kalkulacji ceny, elementów cenotwórczy
i innych wpływających na poziom cenowy oferty stanowią podstawowy i kluczowy element wykazania Zamawiającemu realności zaoferowanej ceny oferty. To właśnie złożone wyjaśnienia wykonawcy stanowią podstawę do składania dowodów uzasadniających twierdzenia podane w tych wyjaśnieniach;, o ile oczywiście wymagają dowodów, mogą być dowodzone. Nie sposób uznać za prawidłowe oraz poddawane w wątpliwość stanowisko wykonawcy prezentowane w złożonych wyjaśnieniach. Odwołujący poddaje w wątpliwość nie tylko treść wyjaśnień – której co należy podkreślić nie zna – ale sam fakt złożenia oświadczenia, umniejszając w sposób niezrozumiały oświadczenie podmiotu. Również niezrozumiałe jest w stanowisku Odwołujacego odnoszenie się do tego, że takie oświadczenie „w żadnej mierze nie jest to dowód na posiadanie indywidualnych, sprzyjających czynników wpływających na cenę, pozwalających na zaoferowanie kwoty wskazanej w ofercie". Odwołujący podkreślenia wymaga, nie zna treści wyjaśnień wykonawcy, które objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, podnosi argumentację, której jednocześnie nie odnosi do żadnego konkretnego elementu wyceny ofert Polimex. Taka ogólnikowa argumentacja wynika najprawdopodobniej z tego, że: (-) po pierwsze, nie ma
do czego się odnieść Odwołujacy, bo nie zna treści wyjaśnień Polimex; (-) po drugie,
nie przedstawia żadnej własnej argumentacji odnoszącej się do kalkulacji (a przecież jak wskazał w trakcie rozprawy, znane są mu ceny ofert złożonych w tym postępowaniu, opis przedmiotu tak więc może wykazywać dlaczego w jego ocenie nie można za kwotę Polimex zrealizować należycie zamówienia), (-) po trzecie, argumentacji Odwołujacego –
i to w całości odwołania – stanowi zlepek fragmentów wyroków Izby wydanych w różnych stanach faktycznych, również nieodpowiadających choćby w zbliżeniu temu stanowi faktycznemu, natomiast w żaden sposób cytowanie czy przywoływanie treści wyroków z innych spraw nie stanowi uzasadnienia faktycznego. Tak samo odwołanie się przez Odwołujacego do w zasadzie braku złożenia dowodów – co stanowi argumentację chybioną, bowiem do wyjaśnień Polimex załączył szereg dowodów. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, do jakich wniosków w jego ocenie powinien dojść Zamawiający oceniając wyjaśnienia, ale również nie wykazał i nie udowodnił tego, że Zamawiający nie przeprowadził badania i analizy wyjaśnień wykonawcy Polimex. W zasadzie odwołując się do „Opinii" oraz „Notatki" Odwołujący przeczy własnym twierdzeniom o braku dokonania badania i analizy wyjaśnień Polimex, bowiem

jednoznacznie dokumenty te potwierdzają i dowodzą dokonanie oceny wyjaśnień przez Zamawiającego. Na podstawie tych dokumentów jednoznacznie można stwierdzić, że Zamawiający dokonał analizy wyjaśnień ceny oferty Polimex, oraz to, że z tej oceny jednoznacznie wyniknęło, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo.
Izba stwierdziła również brak argumentacji Odwołujacego w odniesieniu do stanowisk prezentowanych w pismach procesowych przez Zamawiającego oraz przez Polimex.
Nie przedstawił swojego stanowiska Odwołujący w trakcie rozprawy odnosząc się do ogólnie obowiązujących zasad przy ocenie ofert. Jednocześnie podniósł, na co zwrócił uwagę Polimex, że znane są wszystkim ceny ofert wszystkich wykonawców, przedmiot tego zamówienia, ale jednocześnie nie uzasadnia dlaczego, w oparciu o jakie argumenty uważa, że cena oferty Polimex jest zaniżona. Dowody przedstawione przez Zamawiającego oraz jego argumentacja z rozprawy, której dziwił się Odwołujący, potwierdzają wszechstronną ocenę wyjaśnień Polimex – tu odniesienie do projektów atrapy okrętu (symulatora) oraz cen stali na podstawie gromadzonych danych z postępowań o zamówienie. Ta argumentacja uzasadniała realność czynności podjętych przez Zamawiającego w toku oceny ofert.

W ocenie Izby przedstawione wyjaśnienia wykonawcy Polimex zawierają bardzo szczegółowe informację zawarte w złożonych wyjaśnieniach odnoszące się do konkretnych elementów, które zostały w sposób systematyczny omówione przez wykonawcę Polimex. W związku z tym, że w odniesieniu do ceny oferty Polimex Odwołujący nie przedstawił żadnego konkretu, który nie zostałby ujęty w tej cenie, bądź wyceniony w sposób nieprawidłowy Izba nie ma możliwości dokonania oceny w tym pryzmacie. Wymaga podkreślenia, że to treść uzasadnienia odwołania jest lakoniczna, ogólnikowa i w zasadzie blankietowa – taka, którą można byłoby odnieść do wielu postępowań odwoławczych. Odwołujący w żadne sposób
nie wykazał dlaczego jego zdaniem Zamawiający nie dokonał sprawdzenia wyjaśnień.
Nie podał Odwołujący jakichkolwiek okoliczności wskazujących na brak wszechstronności oceny złożonych wyjaśnień. Izba we wstępnej części rozpoznania zarzutów odwołania przedstawiła stanowisko odnoszące się do obowiązku wykonawcy prezentowania zarzutów odwołania oraz uzasadnienia treści tych zarzutów, jak również w zakresie rozkładu ciężaru dowodów i w tym miejscu w całości przyjmuje tą argumentację za zasadną. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący kwestionując czynność oceny danych dokumentów dokonaną przez Zamawiającego (Izba ocenia czynność Zamawiającego w pryzmacie zarzutu odwołania) obowiązany jest do prezentacji argumentacji dającej poddać się ocenie, bowiem ustalony na podstawie art. 537 ustawy ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego
z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czynią uzasadnienia
dla podnoszonego zarzutu. Jednocześnie przepis art. 516 ust. 1 ustawy jednoznacznie, niezależnie od pozostałych regulacji, wymaga od Odwołującego zawarcia w treści odwołania uzasadnienia faktycznego. Nie jest tym samym wystarczającym podnoszenie ogólnikowych, gołosłownych twierdzeń, które nie odnoszą się do konkretnych elementów uzasadniających podnoszone naruszenia.
W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy podniesionych
w ramach zarzutu. Izba podkreśla również, że zarzut ten nie był podnoszony jako zarzut ewentualny, tym samym rozpoznanie tego zarzutu powoduje, że odwołujący skorzystał już
z prawa kwestionowania czynności Zamawiającego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu 1 naruszenia art. 74 ust. 1 i 2, art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK") przez zaniechanie uznania przez Zamawiającego
za bezskuteczne – mimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK – zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Polimex, w odpowiedzi
na wezwanie skierowane przez Odwołującego do Zamawiającego w dniu 27.05.2024 r.,
a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień.
W odniesieniu do rozpoznania tego zarzutu odwołanie kluczowym jest to,
że w konstrukcji odwołania złożonego przez Odwołujacego niezależnie od rozpoznania zarzutu (1) odwołania, to odwołanie podlegać będzie oddaleniu. Wynika to z tego,
że zgodnie z linią orzeczniczą prezentowaną przez Sąd Okręgowy - Sąd Zamówień Publicznych w wyrokuz dnia 30 maja 2022 roku sygn. akt XXIII Zs 43/22, w przypadku jaki również rozpoznawany jest w tej sprawie odwoławczej, gdy za niezasadny zostaje uznany zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, który nie został podniesiony jako zarzut ewentualny do zarzutu zaniechania ujawnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, to rozpoznanie zarzutu zaniechania ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych wyjaśnień ceny oferty nie będzie miało wpływu na tok dalszego postępowania i na jego wynika. Tym samym Sąd uznał za niezasadne, niezależnie o wyniku oceny zrzutu odwołania, uwzględnianie odwołania w tym zakresie. W ww. wyroku czytamy: *W pierwszej kolejności zgodzić się należy z ustaleniami Izby, iż z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania odwołujący (...) pozbawił się niejako możliwości skorzystania z ochrony prawnej w zakresie*

dotyczącym dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty. Odwołujący bowiem kwestionował brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego (skarżącego), tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez przystępującego, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej cery jego oferty. Co wymaga podkreślenia, odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierzających do odrzucenia oferty przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę, już na obecnym etapie, zarzutów dotyczących dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wobec czego, nawet w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i nakazania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez skarżącego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie będzie miał to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z ww. kwalifikowanego naruszenia wskazanej ustawy, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 stycznia 2020 r., KIO 58/20).

W niniejszej sprawie, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie wyjaśnień wykonawcy (...) S.A. w zakresie zaoferowanej ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast, w ocenie Sądu Okręgowego, przy tak sformułowanych zarzutach odwołania i ich merytorycznym rozpoznaniu przez Izbę, nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez (...) wyjaśnień ceny oferty byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niezasadne zarzuty odwołania odnoszące się do niewykazania przez wykonawcę (...) braku rażąco niskiej ceny oferty, odwołujący utracił możliwość ponownego ich podnoszenia w przypadku ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy. Zatem ujawnienia przedmiotowej tajemnicy nie miało żadnego wpływu na tok dalszego postępowania, a w konsekwencji jego wynik. Uwzględnienie więc odwołania w zakresie zarzutu pierwszego było bezcelowe. Zdaniem Sądu Okręgowego, odwołanie w tym zakresie powinno zostać więc oddalone w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, bez względu na jego zasadność. Z tego też względu, zaskarżony wyrok w pkt 1 należało zmienić i oddalić odwołanie również w zakresie zarzutu pierwszego.

Izba podkreśla w tym miejscu, że stanowisko powyższe prezentowane jest również
w orzecznictwie Izby i tak np.: wyrok z dnia 24 marca 2023 roku sygn. akt KIO 678/23.

W zakresie rozpoznania zarzutu 1 odwołania Izba podaje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy
do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Walor informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić.

Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne, aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia.

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

Wymaga wskazania, że zasada jawności postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie ma charakteru

bezwzględnego. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa, określona w ww. przepisie, wskazuje, że prze tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione
do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pryzmacie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba podkreśla w tym miejscu,
że Odwołującemu znana była w całości treść złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak jest odniesienia w zakresie odwołania do poszczególnych argumentów [podnoszonych przez Odwołujacego. Ponownie jak w zakresie rozpoznania zarzutu odnoszącego się do nieprawidłowego zweryfikowania ceny oferty Polimex, również w tym przypadku Odwołujący swoje stanowisko w znakomitej części opiera na cytowaniu orzeczeń Izby. Podkreślić należy, że cytowanie orzecznictwa czy też przywoływanie danych rozstrzygnięć „własnymi słowami" nie zastępuje argumentacji w odniesieniu do uzasadnienia zarzutu odwołania. Może wspierać stanowisko Odwołujacego ale nie zastępować merytorycznej argumentacji, która podda się ocenie w zakresie rozpoznania zarzutu odwołania. Odwołujący nie przedstawia faktycznych naruszeń obowiązujących przepisów jakie zidentyfikował. Odwołujący w żadne sposób nie wyjaśnia w jakim zakresie podnosi tą argumentację, w odniesieniu do dokumentów czy też danych informacji. Z przywołanego fragmentu wyroku w uzasadnieniu odwołania nie sposób wywieść co też było podstawą faktyczną zarzutu odwołania. W zakresie argumentacji odnoszącej się do ofert podwykonawców (załączniki do złożonego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny), które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie przedstawił argumentacji odnoszącej się do naruszenia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk. W zasadzie Odwołujący kwestionując prawo do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji podnosi, że jest to nadużycie ale nie wskazuje w jakich zakresach to nadużycie nastąpiło. Nie uzasadnia w szczególności,
że Zamawiający nie dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia, jednocześnie zarzucając Zamawiającemu, że takich czynności nie dochował. Emanacją czynności Zamawiającego
w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zakres udostępnienia informacji Odwołującemu. Natomiast Odwołujący nie wykazał,
że Zamawiający nie zbadał zastrzeżenia dokonanego przez Polimex – a taki argument podnosi w odwołaniu. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił również stanowiska
w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączników składanych wraz
z wyjaśnieniami ceny oferty, bowiem nie odniósł się w zakresie tych załączników do wykazania niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk w pryzmacie stanowiska Polimex wyrażonego w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 roku. W żaden sposób również nie wykazał, nie udowodnił że takie działania Polimex mają jedynie prowadzić do utrudniania weryfikacji oceny złożonych wyjaśnień przez pozostałych wykonawców. Stanowisko Odwołujacego w żaden sposób nie zostało udowodnione i stanowi w ocenie Izby, przy braku wykazania seplenienia ww. przesłanek, jedynie subiektywną ocenę Odwołujacego. W zakresie stanowiska Odwołujacego dotyczącego „kosztorysu ofertowego" Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że nie był to wbrew twierdzeniu Odwołujacego kosztorys ofertowy. Wykonawcy na nie byli zobowiązani do przestawienia takiego kosztorysu wraz z ofertą, Polimex w złożonych wyjaśnieniach przedstawił załącznik nr 14 – symulacja wyceny oparta na przedmiarach (nazwy załączników jawne w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 roku). Jednoznacznie również oświadczył w trakcie rozprawy, że nie jest to dokument jaki będzie składał do umowy zgodnie z par.3 pkt. 7 projektu umowy. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdza, że argumentacja Odwołujacego oparta na stanowiskach UZP odnoszących się
do zakresu informacji nieobejmowanego tajemnicą przedsiębiorstwa jest niezasadna, bowiem nie odnosi się do dokumentów jakie zostały w tej informacji podane. Izba zaznacza również, że Odwołujący swoim stanowiskiem wprowadza w błąd czytelnika, ponieważ odnosi się do dokumentu tj.: „kosztorysu ofertowego" jaki nie został złożony w wyjaśnieniach ceny oferty oraz nie został zastrzeżony przez Polimex. Izba podkreśla, że taki dokument, mimo
że oparty na przedmiarach (bo na czym miałby zostać innym oparty) zawiera określone informacje jakie zamierzał przedstawić Zamawiającemu Polimex w korelacji z innymi informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa i nie stanowi kosztorysu ofertowego. prezentacja kalkulacji ceny oferty w tym przypadku zawarta ww. załączniku nr 14 stanowi indywidualny sposób prezentacji danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba
nie podziela również stanowiska Odwołujacego w odniesieniu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a odnoszących się do dokumentów dotyczących regulaminów, procedur, czy też wzorów umów, oświadczeń, procedur zakupowych czy klauzul poufności. Podkreślenia wymaga, że również w tym zakresie Odwołujący nie wykazywał naruszenia poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, jak również nie podnosił zakresu kwestionowania dokumentów (w części czy w całości). Izba nie zastępuje Odwołujacego

w przyjmowaniu podstaw kwestionowania czynności Zamawiającego, tym samym niewykazanie przesłanek ww. przepisu odnieść należy do całości tych dokumentów. Zaskakujące jest również twierdzenie Odwołujacego o tym, że z jednej strony podnosi,
że dokumenty te nie mają „bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania
o udzielnie zamówienia publicznego", dalej twierdzi, że „utajnienie podstawy do utajnienia danych merytorycznych uznać należy za działanie mające na celu wyłączenie utrudnienie weryfikacji wyjaśnień dot. Rażąco niskiej ceny." Odwołujący w żaden sposób nie wykazuje na czym owo utrudnienie miałoby polegać, lecz jednocześnie stwierdza, że nie mają znaczenia dla oceny w zakresie rozstrzygnięcia postępowania.
Mając wszystko powyższe na uwadze, jak również stanowisko Izby zaprezentowane na wstępie rozpoznania zarzutów odwołania Izba stwierdza, że Odwołujacy nie wykazał naruszenia przepisów określonych w zarzucie 1 odwołania, a tym samym uznaje zarzut odwołania za niezasadny. Izba zaznacza jednocześnie, że uznanie zarzutu za niezasadny nie ma bezpośredniego wpływu na sentencje wyroku, bowiem zgodnie z wyżej przytoczonym wyrokiem, Sądu Okręgowego - Sądu Zamówień Publicznych, z dnia 30 maja 2022 roku sygn. akt XXIII Zs 43/22, odwołanie należało oddalić z uwagi na stwierdzoną niezasadność zarzutu 2 i w efekcie, w związku z tym, że zarzut 2 nie był postawiony jako zarzut ewentualny, stwierdzić brak wpływu na wynik postępowania w zakresie rozpoznania zarzutu 1 odwołania.

Izba podkreśla w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Odwołujący nie odnosi się w żaden sposób
do braku wykazania spełnienia przez ZABERD przesłanek określonych w rat 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w zakresie argumentacji jaką podniósł stanowisko Odwołującego Izba uznała z niezasadne.
W konsekwencji Izba za niezasadny uznała zarzut 2 odwołania.

W zakresie zarzutu 4 naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z Pzp oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu **- Izba zarzut uznała za niezasadny.**
Izba mając na uwadze stanowisko w zakresie rozpoznania zarzutu 1 i 2 odwołania stwierdza, że Odwołujący nie wykazał naruszenia zasad do jakich referuje w tym zarzucie odwołania. Izba podkreśla jednocześnie, że w żaden sposób w uzasadnieniu pisemnym
nie odnosił się odwołujący i nie wyjaśniał w jakim zakresie te zasady zostały naruszone.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.
Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*
Izba zasadziła od Odwołujacego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika stosownie
do wyniku postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 oraz § 8 ust. 3 pkt 1 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).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……