

WYROK

Warszawa, dnia 03 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę w wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Cybernetyki 19B (02-677 Warszawa) i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, No.9 Chunxiu Road, Pekin, Chińska Republika Ludowa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni przy ul. Chrzanowskiego 10 (81-338 Gdynia)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, przy ul. Opackiej 12 (80-338 Gdańsk)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 478 zł 00 gr (czteryście siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie tytułem kosztów noclegu, kwotę 967 zł 13 gr (dziewięćset sześćdziesiąt siedem złotych trzynaście groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 259 zł 00 gr (dwieście pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 3 859 zł 00 gr (trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa wejścia do Portu w Łebie w ramach Projektu: Budowa morskiego terminalu serwisowego offshore w Łebie” - nr sprawy: ZP.371.63.2024.ASC (zwane dalej:

„postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2024 r. pod numerem 643387-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „PZP” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 10 lutego 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie (zwani dalej: „Odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

I)nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Korporację Budowlaną Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwanego dalej: „Doraco”) pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) (zwana dalej: „UZNK”);

II)nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Doraco pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego od wykonawcy doświadczenia;

III)bezpodstawnym uznaniu za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Doraco i w konsekwencji zaniechaniu odtajnienia informacji objętych nieskutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;

IV)nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Doraco pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z ceną rażąco niską;

V)zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Doraco;

VI)wyborze oferty złożonej przez Doraco, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;

VII)w następstwie czynności wskazanych w pkt I) - VI) powyżej zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

(1)art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Doraco jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o Doraco jako przedsiębiorcy w zakresie posiadanego doświadczenia przedstawionych w toku Postępowania, w celu wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego wymaganego od wykonawcy doświadczenia; ewentualnie, tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1:

(2)art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Doraco do uzupełnienia wykazu robót poprzez wskazanie roboty budowlanej potwierdzającej spełnienie warunku udziału dotyczącego wymaganego od wykonawcy doświadczenia podczas, gdy wskazana w tym wykazie robota budowlana opisana jako „Robota budowlana wykonana w Zatoce Gdańskiej, której przedmiotem była przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej – falochron półwyspy kierujący pn.: Przebudowa ujścia Wisły – roboty budowlane posadowione na głębokości ponad 4 m p.p.m (rzedną dna przy konstrukcji na połowie długości konstrukcji)” nie potwierdza spełnienia sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału dotyczącego doświadczenia; niezależnie zaś od zarzutu nr 1 i zarzutu nr 2:

(3)art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że Doraco skutecznie zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dokumentach stanowiących załącznik nr 1 do pisma złożonego przez Doraco w dniu 13 stycznia 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej;

(4)art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Doraco nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz

art. 224 ust. 6 PZP poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez Doraco są wystarczające do uchylecia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 PZP. tj. potwierdzają, że oferta złożona przez Doraco nie zawiera ceny rażąco niskiej;

(5)art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Doraco i uznanie, że oferta złożona przez Doraco nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o:

I)uwzględnienie odwołania w całości,

II)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty

złożonej przez Doraco, a jej ramach nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie – nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Doraco z uwagi na złożenie tej oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK; ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Doraco, a jej ramach nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie – nakazanie wystosowania do Doraco, w trybie art. 128 ust. 1 PZP, wezwania do uzupełnienia złożonego wykazu robót poprzez wskazanie roboty budowlanej potwierdzającej spełnienie sformułowanego w postępowaniu warunku udziału dotyczącego doświadczenia;
w każdym zaś przypadku:

- III) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty Doraco i nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert, a w jej ramach nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Doraco jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w dokumentach stanowiących załącznik nr 1 do pisma złożonego przez Doraco w dniu 13 stycznia 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Doraco jako oferty zawierającej cenę rażąco niską;
- IV) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- V) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma procesowego na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas тезach dowodowych;
- VI) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w świetle kryteriów oceny ofert. Wadliwość podjętych przez Zamawiającego czynności wskazanych w *petitum* Odwołania, uniemożliwia zatem Odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez Odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem Odwołującemu szkody polegającej na braku realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności w wymiarze finansowym poprzez nieuzyskanie spodziewanego zysku.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku.

W dniu 24 lutego 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 25 lutego 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (zwanego dalej: „Przystępującym”). W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami. Izba postanowiła również, dopuścić dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – Skarb Państwa Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę wejścia do Portu w Łebie w ramach Projektu: Budowa morskiego terminalu serwisowego offshore w Łebie.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwana: „SWZ”), w Rozdziale IX ust. 2, w wyniku zmiany treści SWZ, określił warunek udziału dotyczący wymaganego doświadczenia wykonawcy w następującym brzmieniu:

„ 2. Warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że:

1) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie – 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspawy lub półwyspawy) lub pirs, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m p.p.m. (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) każda,

lub

wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspawy lub półwyspawy) lub pirs, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m p.p.m. (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji) o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) oraz 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej - nabrzeża, posadowionego na głębokości nie mniejszej niż 4 m p.p.m. (rzędna dna przy nabrzeżu na min. połowie długości nabrzeża), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł).”

W postępowaniu złożono 3 oferty, w tym ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący.

Zamawiający w toku prowadzonego postępowania, w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 PZP wezwał w dniu 02 stycznia 2025 r. Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. Przystępujący w dniu 13 stycznia 2025 r. złożył pismo, będące odpowiedzią na otrzymane wezwanie od Zamawiającego, w ten sposób, że część złożonych wyjaśnień wskazanych jako część I została przedstawiona w sposób jawny, zaś wyjaśnienia wykonawcy będące częścią II pisma – wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, wraz z dowodami, objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2025 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym do złożenia wykazu robót budowlanych.

W dniu 23 stycznia 2025 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył Zamawiającemu Wykaz Robót budowlanych, w którym wskazał na:

W dniu 31 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego. Odwołujący z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się, składając odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w pkt (1) *petitum* odwołania, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o Przystępującym jako przedsiębiorcy w zakresie posiadanego doświadczenia, przedstawionych w toku postępowania, w celu wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego wymaganego od wykonawcy doświadczenia. Odwołujący negował wskazane przez Przystępującego w złożonym przez niego Wykazie Robót w poz. 2 doświadczenie, tj: „Robota budowlana wykonana w Zatoce Gdańskiej, której przedmiotem była przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej – falochron półwyspawy kierujący pn.: Przebudowa ujścia Wisły – roboty budowlane posadowione na głębokości ponad 4 m p.p.m (rzędna dna przy konstrukcji na połowie długości konstrukcji)” (zwana dalej również: „robotą referencyjną”), które jego zdaniem nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w Rozdziale IX ust. 2 SWZ.

Odwołujący w odniesieniu do poz. 2 wskazanej w Wykazie Robót przez Przystępującego podniósł, że:

- a) brak jest objęcia tą robotą referencyjną morskiej budowli hydrotechnicznej, jak również w zakres tej inwestycji nie wchodziły falochrony, ani pirsy;

- b) zakres prac roboty referencyjnej jedynie w część to budowa, a pozostała część zdaniem Odwołującego stanowiła remont;
- c) głębokość posadowienia roboty referencyjne (kierownic) nie spełniała wymogu minimalnej głębokości posadowienia;
- d) wartość robót budowlanych przedstawiona w poz. 2 Wykazu Robót nie może potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej części Izba odniosła się do każdego z zarzutów wskazanych powyżej, dotyczących poz. 2 Wykazu Robót.

W odniesieniu do braku objęcia robotą referencyjną morskiej budowli hydrotechnicznej, jak również według twierdzeń Odwołującego w zakres tej inwestycji nie wchodziły ani falochrony ani pirsy, argumentacja Odwołujący w pierwszej kolejności odwoływała się do tego, iż na etapie przygotowania roboty referencyjnej do realizacji, została ona skalsyfikowana w kategorii XXVII załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2024 r., poz. 725) gdzie zostały skalsyfikowane budowle hydrotechniczne piętrzące, upustowe i regulacyjne, jak: zapory, progi i stopnie wodne, jazy, bramy przeciwpowodziowe, śluzy wałowe, syfony, wały przeciwpowodziowe, kanały, śluzy żeglowne, opaski i ostrogi brzegowe, rowy melioracyjne. Jak podkreślił Odwołujący, wyliczenie zawarte powyżej ma charakter zamknięty, zaś jego analiza jasno wskazuje, że nie ujęto w nim takich obiektów budowlanych jak falochrony, ponieważ te zostały skalsyfikowane jak wskazał Odwołujący w kategorii XXI załącznika do ustawy Prawa budowlanego, która została opisana w następujący sposób - obiekty związane z transportem wodnym, jak: porty, przystanie, sztuczne wyspy, baseny, doki, falochrony, nabrzeża, mola, pirsy, pomosty, pochylnie.

Mając na uwadze powyższe, jak również treść warunku udziału w postępowaniu, Izba doszła do przekonania, że argumentacja Odwołującego jest bezzasadna, ponieważ jak ustalił skład orzekający, biorąc pod uwagę literalną treść warunku, Zamawiający w wymaganiu budowy lub przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych takich jak falochron (wyspowy lub półwyspowy) lub pirs jedynie wymienił przykładowo morskie budowle hydrotechniczne, a więc wyliczenie to nie stanowi katalogu zamkniętego. Dostrzeżenia wymaga, iż synonimem pojęcia „takich jak” jest „przykładowo”, czy „na przykład”. Dlatego też, w ocenie Izby, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że Odwołujący zawęził opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, nadając mu inną treść (podobnie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3259/21). Cała argumentacja Odwołującego skoncentrowana na tym, iż robota referencyjna nie obejmowała swoim zakresem morskich budowli hydrotechnicznych takich jak falochronem lub pirs jest nieistotna dla rozstrzygnięcia, ponieważ w zakres roboty referencyjnej nie musiał wchodzić tylko i wyłącznie falochron lub pirs. Kwestię tą podnosił również Zamawiający, wskazując iż dla Zamawiającego było kluczowe to, aby potencjalni wykonawcy posiadali doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy szeroko rozumianych konstrukcji hydrotechnicznych morskich, a nie konkretnie tylko falochronu lub pirsu, co znalazło odzwierciedlenie w opisanym warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dalszej kolejności podnosił również, iż robota referencyjna wskazana przez Przystępującego nie była morską budowlą hydrotechniczną. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, iż w Zamawiający w Rozdziale IX ust. 2 pkt 2 pod lit c) w uwagach w pkt 4 wskazał, że: „Morska budowla hydrotechniczna w rozumieniu określonym w § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r., Nr 101, poz. 645 ze zm.).

Zgodnie przywołanym powyżej przepisem, poprzez morską budowlą hydrotechniczną rozumie budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną:

- a) na morzu terytorialnym,
- b) na morskich wodach wewnętrznych,
- c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego,
- d) w portach i przystaniach morskich.

Odwołujący wskazywał, iż inwestycja prowadzona w ramach „Przebudowy ujścia Wisły” nie obejmowała prac na morskiej budowli hydrotechnicznej, ponieważ jej usytuowanie (rozumiane jako usytuowanie całości obiektu w wymiarze całości techniczno-użytkowej) nie zawierało się na żadnej z lokalizacji wymienionych w przepisie § 2 pkt 6. Jednakże Izba wskazuje, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów, które jednoznacznie by potwierdzały, że tak jest. Odwołujący m.in. na potwierdzenie swoich twierdzeń jako dowód dołączył do odwołania pismo WUPROHYD Sp. z o.o. z dnia 06 lutego 2025 r. W piśmie tym także zostało wskazane, iż konstrukcje wchodzące w zakres roboty referencyjnej był wykonywana również na wodach morskich.

Zgodnie z przywołanym art. § 2 pkt 6 lit c) rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, morską budowlą hydrotechniczną jest również budowla nawodna lub podwodna, wznoszoną na lądzie,

lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego. Zgodnie zaś z ustawą z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej () i jej art. 36, pasem nadbrzeżnym jest obszar lądowy przyległy do linii brzegu morskiego.

W skład pasa nadbrzeżnego wchodzi:

1. pas techniczny – stanowiący strefę wzajemnego bezpośredniego oddziaływania morza i lądu; jest on obszarem przeznaczonym do utrzymania brzegu w stanie zgodnym z wymogami bezpieczeństwa i ochrony środowiska;
2. pas ochronny – obejmujący obszar, w którym działalność człowieka wywiera bezpośredni wpływ na stan pasa technicznego.

Pas nadbrzeżny przebiega wzdłuż wybrzeża morskiego.

Izba mając na uwadze powyższe, przywołane przepisy, jak również dowody dostarczone przez Zamawiającego na rozprawie m.in. w postaci wydruków z Systemu Informacji Przestrzennej Administracji Morskiej (SIPAM) (Izba tym samym, nie uwzględniała wniosku Odwołującego o pominięcie tych dowodów) doszła do przekonania, iż robota referencyjna mieściła się w definicji morskiej budowli hydrotechnicznej. Ponadto na podstawie przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie dowodów w postaci decyzji administracyjnych również nie można było przesądzić, że jest inaczej. Przywołać należy chociażby decyzję Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku z dnia 20 grudnia 2010 r. gdzie zostało wskazane, iż „Projektowane przedsięwzięcie zlokalizowane jest na obszarze morskich wód wewnętrznych Zatoki Gdańskiej będących w administracji Urzędu Morskiego w Gdyni. Ujście Wisły położone jest na Mierzei Wiślanej nad Zatoką Gdańską, w województwie pomorskim na granicy dwóch gmin: miasto Gdańsk i Stegna.” Co było również odzwierciedleniem, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, opisu z Projektu Budowlanego dla roboty referencyjnego, Rozdział 5, pkt 5.1. Również w decyzji Wojewody Pomorskiego z dnia 12 sierpnia 2011 r. o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych wskazano, iż realizacji inwestycji odbędzie się również na obszarach morskich wód wewnętrznych Zatoki Gdańskiej będących w administracji Urzędu Morskiego w Gdyni.

Dlatego też uwzględniając powyższe, jak również wobec nie dostarczenia dowodów przez Odwołującego, które mogły jednoznacznie przesądzić, iż referencyjna robota nie mieści się w zakresie morskich budowli hydrotechnicznych, Izba doszła do przekonania, że w tym zakresie zarzut nie mógł być uwzględniony.

W następnej kolejności Odwołujący podniósł, iż zakres prac roboty referencyjnej jedynie w część to budowa, a pozostała część zdaniem Odwołującego stanowiła remont.

Jak w odwołaniu argumentował Odwołujący, powyższe jego zdaniem miało wynikać m.in. z pojęć remontu i budowy, zdefiniowanych w ustawie Prawo budowlane. Jak Odwołujący wskazywał, w tejże ustawie rozróżnione są pojęcia budowy i remontu. Przede wszystkim remont w myśl definicji wynikającej z ustawy Prawo Budowlane dotyczy robót budowlanych mających na celu przywrócenie stanu pierwotnego istniejącego już obiektu budowlanego (w przypadku „Przebudowy ujścia Wisły” – istniejących już kierownicy zachodniej i wschodniej), zaś przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (w przypadku „Przebudowy ujścia Wisły” – wydłużenie kierownicy wschodniej).

Jednakże Izba nie podzieliła tej argumentacji, jak również argumentacji w tym zakresie przedstawionej na rozprawie. Z dowodu przedstawionego przez Przystępującego w postaci pisma z dnia 25 lutego 2025 r. od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie (które to pismo odzwierciedla zakres jaki został wskazany w poświadczeniu wykonania zadania z dnia 1 marca 2016 roku w części „zakres zadania obejmował,”) w załączniku nr 1 do tego pisma „Ogólna charakterystyka inwestycji” przedstawiono zakres wykonanych prac, umieszczono zdjęcia poglądowe obrazujące stan kierownic z przed i po realizacji prac. Izba doszła do przekonania, mając na uwadze też definicje przytoczone przez Odwołującego dotyczące remontu i budowy, iż zakres prac rzeczywiście wykonanych nie wskazuje na remont, a na przebudowę, a tym samym Izba przychyliła się do argumentacji przedstawionej w tym zakresie przez Przystępującego oraz Zamawiającego. Zamawiający również w tym zakresie przedstawił dowód m.in. prezentacja Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku zawierającą dokumentację fotograficzną przed robotami, w trakcie i po, na okoliczność, że zakres inwestycji odpowiadał przebudowie, a nie remontowi. Przystępujący przedstawił zaś dowód, w który wskazywał, o jakie dodatkowe elementy robota referencyjna została wyposażona, chociażby żelbetonowa konstrukcja nadbudowy, czy prefabrykowana belka oporowa. Remont ma na celu przywrócenie stanu pierwotnego, a prace wykonane w ramach roboty referencyjnej zdaniem Izby, wychodzą poza stan prowadzący jedynie do przywrócenia stanu pierwotnego, ze względu na to, iż zakres prac był szerszy. Dlatego też po analizie materiału dowodowego, Izba uznała, że wykonywane prace nosiły charakter przebudowy istniejącego obiektu, nastąpiła bowiem zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu.

Stanowiska Izby nie zmieniły także dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, chociażby w postaci już wyżej przywołanych decyzji Wojewody Pomorskiego z dnia 12 sierpnia 2011 r., decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku z dnia 20 grudnia 2010 r., czy decyzji Ministra Infrastruktury z dnia 19 lipca 2011 r. „w sprawie

wydania pozwolenia na wznoszenie i wykorzystanie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w polskich obszarach morskich", które Odwołujący przedstawiał m.in. na okoliczność wykazania charakteru robót, kwalifikacji prawnej obiektu, który był wykonywany z punktu widzenia prawa budowlanego i celu, któremu miał służyć. W przywołanej decyzji Ministra Infrastruktury w pkt III „Charakterystyczne parametry techniczne przedsięwzięcia” jest co prawda wskazanie na remont kierownicy zachodniej, remont kierownicy wschodniej i budowa wydłużenie kierownicy wschodniej, jednakże w tej samej decyzji znajduje się zobowiązanie inwestora do uzyskania m.in. pozwolenia na budowę i opracowania w tym celu projektu budowlanego, a te okoliczności proceduralne wydają się wskazywać, iż była to jednak budowa, a nie remont. Również w decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku z dnia 20 grudnia 2010 r., Odwołujący wskazywał, że znajdują się np. w pkt 1 „Rodzaj i miejscu realizacji przedsięwzięcia”, kwestie wskazujące na to, że: „Planowane przedsięwzięcie polega na: remoncie kierownicy zachodniej na długości około 550 m (wraz z budową głowicy), remoncie kierownicy wschodniej na długości około 600, wydłużenie kierownicy wschodniej o 200 m (wraz z budową głowicy) (...)”. Jednakże dostrzeżenie wymaga, iż w tej samej decyzji przedsięwzięcie zatytułowane jest jako: „B02-Przebudowa ujścia Wisły, w zakresie wydłużenia kierownicy wschodniej w ujściu rzeki Wisły o 200 m oraz odbudowa zniszczonej kierownicy wschodniej i zachodniej w ujściu rzeki”. Również w uzasadnieniu decyzji czytamy, że: „przedmiotem niniejszej sprawy jest odbudowa istniejących kierownic oraz wydłużenie kierownicy wschodniej o ok. 200 m wraz z głowicami na ich końcach.

- Kierownica zachodnia przewidziana do odbudowy (...)

- Kierownica wschodnia przewidziana do odbudowy i wydłużenia (...).”

Izba na tej podstawie doszła do przekonania, iż same urzędy i organy wydające decyzje administracyjne używały określeń remont, budowa, przebudowa, odbudowa zamiennie, a przedstawione w tym zakresie dowody przez Odwołującego, wobec powyższego nie mogły również przesądzić o tym, iż referencyjna robota była remontem, a nie przebudową czy budową. Dlatego też i w zakresie tego zarzutu wobec nie przedstawienia przez Odwołującego dowodów, z których by wynikały twierdzenia Odwołującego, Izba uznała argumentację Odwołującego za chybioną.

Następnie Odwołujący podnosił, iż głębokość posadowienia roboty referencyjnej (kierownic) nie spełniała wymogu minimalnej głębokości posadowienia wyrażonej w treści warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał iż:

- głębokość dna w ramach część inwestycji stanowiącej remont kierownicy zachodniej była zmienna w zależności od głębokości dna w rzece i wynosiła od 0 do -3,0m (zatem w każdym wypadku była mniejsza niż 4 m p.p.m.);
- głębokość dna w ramach część inwestycji stanowiącej remont kierownicy wschodniej była zmienna w zależności od głębokości dna w rzece i wynosiła ok. -2,1m (zatem w każdym wypadku była mniejsza niż 4 m p.p.m.);
- głębokość dna w ramach część inwestycji stanowiącej wydłużenie kierownicy wschodniej była zmienna w zależności od głębokości dna w rzece i wynosiła ok. -1m (zatem w każdym wypadku była mniejsza niż 4 m p.p.m.).

W warunku udziału Zamawiający wskazał, iż wykonawca miał się wykazać wykonaniem roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspawy lub półwyspawy) lub pirs, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m p.p.m. (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji), a dostrzec należy, iż zarzut Odwołującego dotyczył nie rzędnej dna przy konstrukcji, a głębokości dna. Dlatego też należało uznać, iż zarzut podniesiony przez Odwołującego jest formalnoprawnie wadliwym. Odwołujący w zarzucie wskazuje na głębokość dna, podczas gdy warunek dotyczył rzędnej dna. Taka konstrukcja zarzutu oparta na niewłaściwym ustalonym stanie faktycznym skutkować musiała jego oddaleniem.

W następnej kolejności Odwołujący podnosił, iż w zakresie wartości robót budowlanych, przedstawiona przez Przystępującego w poz. 2 Wykazu Robót robota referencyjna w wymiarze 50 875 470, 37 zł brutto nie może potwierdzać spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący swoją argumentację w zakresie tego zarzutu zbudował opierając się na kosztorysie inwestorskim dla roboty referencyjnej, gdzie jego zdaniem zakres robót obejmujących budowę stanowił około 36,7% wartości wszystkich prac. Przykładając tę miarę do wartości całości inwestycji wskazanej przez Przystępującego w poz. 2 Wykazu Robót, należy wskazać według Odwołującego, iż zakres prac obejmujących budowę wynosił 18 671 297, 63 zł., a tym samym Przystępujący nie wykazał się spełnieniem warunku w zakresie wymaganej wartości doświadczenia. Przystępujący odniósł się do całości inwestycji, zdaniem zaś Odwołującego kwota ta nie może referować do wartości przeprowadzonych dla roboty referencyjnej prac obejmujących budowę.

Jednakże mając na uwadze powyżej poczynione ustalenia Izby, należy wskazać, że wartość roboty referencyjnej wskazana w poz. 2 Wykazu Robót zasadnie obejmuje całe zadanie i tym samym potwierdza spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wartości doświadczenia. Dlatego też wobec nie przedstawienia innych dowodów przez Odwołującego, skład orzekający uznał, że argumentacja Odwołującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie.

Podsumowując Odwołujący wskazywał, że Przystępujący powołując się w złożonym Wykazie Robót na inwestycję „Przebudowa ujścia Wisły” w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący bowiem rozpowszechniał w ten sposób wprowadzające w błąd informacje na swój temat i temat swojego przedsiębiorstwa, działając przy tym w celu przysporzenia wymiernych korzyści.

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający dokonując badania oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Podkreślić należy również, że odrzucenie oferty jest najdotkliwszą sankcją dla wykonawcy. Tym bardziej odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a istnienie jedynie jego podejrzenia jest niewystarczające. Izba wskazuje, iż to na Odwołujący w takim przypadku ciążył obowiązek wykazania, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że Przystępujący przedkładając Wykaz Robót zawierający nieprawdziwe informacje na temat posiadanego doświadczenia naruszył w oczywisty sposób interesy uczestników postępowania, jak i samego Zamawiającego, działając przy tym w sposób niezgodny z dobrymi obyczajami. Zatem według Odwołującego, nie powinno budzić również wątpliwości to, że działania Przystępującego podjęte zostały w celu osiągnięcia przez ten podmiot korzyści w postaci uzyskania zamówienia udzielanego w ramach postępowania.

Zdaniem składu orzekającego, mając na uwadze powyższe rozważania, Odwołujący swoją argumentację zbudował w oparciu o domniemania oraz własną interpretację warunku udziału w postępowaniu, a to według Izby zdecydowanie za mało, aby stwierdzić, że Przystępujący dopuścił się popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami poprzez rozpowszechnianie wprowadzające w błąd informacje na swój temat i temat swojego przedsiębiorstwa, działając przy tym w celu przysporzenia wymiernych korzyści. Stanowisko Odwołującego, co już wyżej Izba wskazywała, nie zostało poparte żadnymi dowodami, które mogłyby je potwierdzić, a to prowadzi w konsekwencji do nieuwzględnienia zarzutu określonego w pkt (1) *petitum* odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego przez Zamawiającego posiadania doświadczenia, zgodnie z wymogami SWZ i nie złożył w tym zakresie jakichkolwiek informacji, które można byłoby uznać za nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd. W związku z tym, także i zarzut ewentualny się nie potwierdził. Zamawiając wbrew temu co twierdzi Odwołujący nie dopuścił się naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w ustalonym powyżej stanie rzeczy, nie było podstaw do stosowania przez Zamawiającego procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc następnie do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że Przystępujący skutecznie zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dokumentach stanowiących załącznik nr 1 do pisma złożonego przez Doraco w dniu 13 stycznia 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej, wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp 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 UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK:

- 1.informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2.jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3.uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Jak wynika z powołanego przepisu to na wykonawcę nałożono 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.

Dodać należy, że przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy Zamawiający na podstawie złożonych mu przez Przystępującego informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że wykonawca ten wykazał, iż

rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią wskazane przez niego dokumenty. Należy wskazać, że dobór dokumentów czy dowodów na poparcie swoich twierdzeń to obowiązek wykonawcy, który zastrzega dane informacje tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że przepisy ustawowe nie zawierają żadnego wskazania w jaki sposób owo wykazanie ma nastąpić.

W ocenie Izby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego nastąpiło w sposób prawidłowy i skuteczny. Przystępujący dokonał zastrzeżenia w sposób właściwy wskazując spełnienie przesłanek uregulowanych w przepisie art. 11 ust. 2 UZNK. Przedłożone uzasadnienie odnosi się do specyfiki postępowania, a Przystępujący wykazał, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie jest łatwo dostępna dla takich osób i podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Izba w tym miejscu zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 19/23, w którym to Sąd wskazał, że: „czywiście, ustawowy obowiązek wykazania nie może być uznany za zrealizowany, jeżeli wykonawca ograniczył się jedynie do sformułowania opisowego wyjaśnienia powodów, dla których objął określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa, poprzez przytoczenie ustawowych regulacji tajemnicy przedsiębiorstwa czy poprzez zapewnienie (deklarację) wykonawcy, że oznaczone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawowych regulacji. Istotne jest wykazanie odpowiednią treścią wyjaśnień oraz powiązanymi z tymi wyjaśnieniami dowodami, że wskazane informacje z uwagi na ich charakter mają obiektywną wartość gospodarczą, nie tylko dla przedmiotowego postępowania ale też na rynku, w innych postępowaniach. Nadto, wykonawca winien wykazać, że dołożył w ramach funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa należytej staranności w celu utrzymania określonych informacji w poufności.”

Dlatego mając też na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż zarzut ten podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu z pkt (4) wskazanego w *petitum* odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, że treść normy art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny wskazuje, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące oraz spójne, uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej przez niego wyceny. Wyjaśnienia powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą dla danej branży. Ponadto wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień powinien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Skład orzekający wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy 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 (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 r. sygn. akt KIO 442/23).

Dlatego też Izba nie przychyliła się do argumentacji Odwołującego podnoszonej w kwestii, tego iż wadliwym i z gruntu błędnym, a także nieadekwatnym do wymagań stawianych wyjaśnieniom ceny rażąco niskiej przez przepisy PZP, jest prowadzenie przez Przystępującego tych wyjaśnień jedynie w oparciu o powołanie się na ceny wynikające z ofert podwykonawców. Jeśli ten sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny mógł prowadzić do wykazania, że cena nie jest ceną rażąco niską, to należało go uznać za prawidłowy.

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie. W ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego wbrew twierdzeniom Odwołującego nie były ogólnikowe i lakoniczne, a co ważne korespondują z wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 02 stycznia 2025 r., a Przystępujący w należyty sposób odpowiedział na to wezwanie, odnosząc się do kwestii wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Informacje podawane w wyjaśnieniach były konkretne i dawały podstawę przełożenia ich na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Przystępujący w wystarczający sposób opisał metodę kalkulacji ceny złożonej oferty, a także wskazał na okoliczności, które jego zdaniem mają wpływ na cenę, którą wskazał w ofercie. Przystępujący powołały się m.in. na sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim na to, że miejsce realizacji inwestycji

znajduje się na środkowym wybrzeżu (bliska odległość od siedzib Wykonawcy zarówno w Gdańsku i Szczecinie), co minimalizuje koszty ogólne. Przystępujący powoła się również na to, że jako podmiot z długoletnim stażem współpracy na rynku usług budowlanych, posiada możliwość uzyskania i wynegocjowania korzystnych umów z dostawcami materiałów oraz podwykonawcami robót, co pozwala na zachowanie stałych, dużych upustów przez cały okres realizacji zadania. Stanowi to, zdaniem Przystępującego, jeden z argumentów, uzasadniających skalkulowanie ceny na poziomie podanym w ofercie, tj. z uwzględnieniem uzyskiwanych rabatów. Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że wyjaśnienia ceny rażąco niskiej przez Przystępującego wskazują, że są to wyjaśnienia niewyczerpujące, niekonkretne i w istocie pozbawione argumentacji dotyczącej rzeczywistego wpływu powoływanych przez Przystępującego okoliczności, na możliwość uzyskania przez tego wykonawcę korzystnej ceny.

Reasumując w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako wystarczające, wiarygodne i rzetelne. Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany wykonawca wykazał, że jego oferta nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie naruszył tym samym art. 224 ust. 6 PZP, ponieważ oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem.

W konsekwencji oddalenia zarzutu z pkt (4) *petitum* odwołania, potwierdzenia nie mógł znaleźć zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy wobec zarzutu z pkt (4). Tym samym Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt (5) *petitum* odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, że odwołanie podlegało oddaleniu, orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1), w związku z § 2 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: