

Sygn. akt: KIO 2991/23

**WYROK**  
**z dnia 26 października 2023 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**  
**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 24 października 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 roku przez wykonawcę *Eko Prime Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żelechlinku*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Eko Region spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie*

przy udziale wykonawcy *Eko-Solar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą*

w *Namysłowie* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2991/23 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut b) w zakresie odnoszącym się do udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przekazanych za pismem dnia 20 września 2023 roku.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *Eko Prime Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żelechlinku* i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Eko Prime Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żelechlinku* tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy *Eko Prime Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żelechlinku* na rzecz Zamawiającego – *Eko Region spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie* kwotę 4 037,00 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści siedem złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów stawiennictwa na rozprawie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok -

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

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2991/23

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – *Eko Region spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Budowa instalacji fotowoltaicznej w Z/I Julków/2023”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień publicznych pod numerem 2023/BZP 265073.

W dniu 9 października 2023 roku Odwołujący działając podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1605), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego dotyczących:

a. wadliwego wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Eko - Solar sp. z o.o. wystosowanego w dniu 18 września 2023 r., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy i w rzeczywistości zaniechania rzetelnego powtórzenia czynności badania ofert, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy wobec uwzględnienia zarzutów podniesionych przez Odwołującego w treści odwołania wniesionego w dniu 22 sierpnia 2023 r. (uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego nastąpiło w dniu 31 sierpnia 2023 r.),

b. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Eko - Solar sp. z o.o. z siedzibą we Wszeradowie pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca w przedłożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił okoliczności uzasadniających, że przesłanka do odrzucenia nie wystąpiła,

c. uznania za skuteczne zastrzeżenie przez Eko - Solar sp. z o.o. treści przedstawionej odpowiedzi z dnia 21 września 2023 r., które stanowić by miały tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nieudostępnienie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie stanowi i nie może stanowić takiej tajemnicy,

d. wyboru oferty Wykonawcy Eko - Solar sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, która wobec wystąpienia rażąco niskiej ceny, podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 224 ust. 1 i 4 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy przez:
  - i. zaniechanie podjęcia w sposób rzetelny czynności powtórzenia badania ofert, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 522 ust. 1 p.z.p. wobec uwzględnienia zarzutów podniesionych przez Odwołującego w treści dowołania wniesionego w dniu 22 sierpnia 2023 r., co przejawiało się, w wystosowaniu do Wykonawcy wezwania w dniu 18 września 2023 r. ograniczającego się wyłącznie do żądania wskazania czy „w załączonej kalkulacji szczegółowej dotyczącej wyliczenia kosztów uwzględniono wykonanie tablicy informacyjnej”, co nie odpowiada treści wezwania jaka winna być wystosowana przez Zamawiającego do Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p. oraz przy uwzględnieniu zarzutów odwołania podnoszących brak przedstawienia przez Wykonawcę dowodów na wyjaśnienie, że uwzględniona przez niego w ofercie cena nie stanowi ceny rażąco niskiej,
  - ii. nieuczynienie zadość przepisowi art. 224 ust. 4 ustawy i zaniechanie zarówno w zakresie pierwotnie wystosowanego wezwania (z dni 31 lipca 2023 r. i 9 sierpnia 2023 r.) jak i jego ponownego (po uwzględnieniu odwołania wezwania z dnia 18 września 2023 r.) skierowania do Wykonawcy żądania wyjaśnień w przedmiocie:

- 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. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

oraz

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

do czego Zamawiający był zobowiązany zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 4 ustawy uwzględniając okoliczność, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na roboty budowlane;

- b) art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieuzasadnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Eko - Solar Sp. z o.o., bez przeprowadzenia analizy czy wykonawca ten wykazał spełnienie przesłanek do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
  - a) poprzez to poważne ograniczenie zasady jawności postępowania i utrudnienie odwołującemu weryfikacji;
- c) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Eko - Solar sp. z o.o., podczas gdy przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie dawały podstawy do stwierdzenia, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także wobec dalszego braku przedłożenia dowodów wyjaśniających wiarygodność ceny zaproponowanej przez Odwołującego;
- d) art. 239 ust. 1 i 2, art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 2 ustawy przez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty złożonej przez Eko - Solar sp. z o.o. i przyznanie jej największej ilości punktów, a w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy prawidłowo dokonana ocena złożonej oferty winna prowadzić do oceny, że oferta złożona przez Eko - Solar sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i z tej przyczyny winna podlegać odrzuceniu, którego to działania Zamawiający zaniechał naruszając przy tym zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) dokonanie ponownej oceny, badania ofert i odrzucenia oferty złożonej przez Eko - Solar sp. z o.o.

*ewentualnie przy uwzględnieniu wadliwości wystosowanego przez Zamawiającego wezwania z dnia 18 września 2023 r. i możliwości jego powielenia*

- c) ponowne wezwanie Eko - Solar sp. z o.o. do przedłożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z zobowiązaniem Wykonawcy do przedłożenia dowodów potwierdzających stanowiska i twierdzenia przedstawione zarówno w odpowiedzi
  - na pierwotne wezwanie, a także wezwanie z dnia 18 września 2023 r. oraz zobowiązanie Wykonawcy do szczegółowego wyjaśnienia okoliczności wynikających z art. 224 ust. 4 ustawy,
- d) odwołania wyjaśnień Eko - Solar Sp. z o.o. złożonych w toku postępowania w dniu 21 września 2023 r., co do których wykonawca ten zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa,
- e) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego zajmie pierwsze miejsce w rankingu ofert, co pozwoli na pozyskanie zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

[łączone uzasadnienie zarzutów naruszenia art. 224 ust. 1 i 4 w zw. z art. 522 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy]

Odwołujący w zakresie postępowania wniósł w dniu 22 sierpnia 2023 r. odwołanie, w którym zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez Zamawiającego pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Zgodnie z odpowiedzią na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. W konsekwencji czego stał się on zobowiązany do podjęcia czynności zgodnych z żądaniami Odwołującego - dyspozycja art. 522 ust. 1 ustawy. W treści wniesionego odwołania Odwołujący podniósł między innymi zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z 224 ust. 1 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy przez nieodrzućenie oferty Eko-Solar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, bowiem podmiot ten nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających cenę podaną w ofercie pomimo wyraźnego wezwania do ich przedłożenia przez Zamawiającego. W treści tamtego odwołania wskazano między innymi, że „Należy uznać, że wykonawca musi przedstawić dowody na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu w przypadku żądania od niego wyjaśnień w tym przedmiocie. Same bowiem wyjaśnienia nigdy nie są obiektywne, gdyż składa je podmiot jak najbardziej zainteresowany w sprawie. W niniejszej sprawie EKO-SOLAR sp. z o.o. nie przedłożyli żadnych dowodów, do złożenia których wzywał Zamawiający w piśmie z dnia 31.07.2023 r. Wyjaśnienia bez dowód uzasadniających cenę winien skutkować koniecznością odrzucenia oferty”. Zamawiający uwzględniając odwołanie nie zakwestionował tym samym okoliczności, na które wskazywał Odwołujący, a które w oparciu o udostępnione mu dokumenty prowadziły do wniosku, że „firma EKO-SOLAR sp. z o.o., nie złożyła żadnych dokumentów na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2023 r., oraz że złożone wyjaśnienia nie były wyczerpujące”. Wobec powyższego jak podał Odwołujący nie budzi wątpliwości, że po uwzględnieniu tak sformułowanych zarzutów, Zamawiający zobowiązany był ponownie dokonania badania ofert, co winno być poprzedzone wystosowaniem do Wykonawcy szczegółowego wezwania w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zobowiązującego go do przedstawienia dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Tymczasem Zamawiający w treści wezwania z dnia 18 września 2023 r. ograniczył się wyłącznie do żądania wskazania czy „w załączonej kalkulacji szczegółowej dotyczącej wyliczenia kosztów uwzględniono wykonanie tablicy informacyjnej”. W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, że wezwanie to czyni w jakikolwiek sposób zadość oczekiwaniom względem tego jak wyglądać winno dążenie przez Zamawiającego do wyjaśnienia wszystkich uzasadnionych wątpliwości na jakie wskazywał Odwołujący.

Odwołujący podał, że uwzględniając treść przedmiotowego wezwania poniósł następujące okoliczności:

- Po pierwsze, kształt wystosowanego wezwania nie pozwala na uznanie, że Zamawiający postąpił zgodnie z dyspozycją art. 522 ust. 1 ustawy, bowiem nie sposób uznać, że dokonał on wezwania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nie można bowiem za takie uznać wezwania do wyjaśnienia czy „w załączonej kalkulacji szczegółowej dotyczącej wyliczenia kosztów uwzględniono wykonanie tablicy informacyjnej”, podczas gdy w odwołaniu podważoną jakąkolwiek moc dowodową dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę. Tym samym za czynnością uznania odwołania winno nastąpić wezwanie, na które odpowiedź ewentualnie rozwiałaby wątpliwości na jakie wskazywał Odwołujący. Nie budzi wątpliwości, że wezwanie w formie wystosowanej przez Zamawiającego takiej roli spełnić nie mogło,
- Po drugie zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 4 ustawy „W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6” Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na roboty budowlane. Tymczasem w żadnych z wezwań Zamawiającego, zarówno kierowanych przed odwołaniem jak i po jego uznaniu, nie znalazło się w jego treści zobowiązanie do wyjaśnienia: (1) 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. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz (2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący podał, że w konsekwencji podnieść należy, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zarówno art. 522 ust. 1 jak i art. 224 ust. 4 ustawy.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Odwołujący podtrzymał, że oferta wykonawcy wobec nie przedstawienia żadnych dowodów uzasadniających cenę winna zostać odrzucona. Co więcej w ocenie zawiera ona rażąco niskiej cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, której to oceny Wykonawca skutecznie nie zakwestionował.

**[uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji]**

Odwołujący podał, że w dniu 4 października 2023 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, zgodnie z tą informacją, Zamawiający, zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Eko-Solar Sp. z o.o. jako przedstawiającą najkorzystniejszą cenę.

Odwołujący podał, że w piśmie z dnia 14 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji zawartej w piśmie Eko-Solar Sp. z o.o. z dnia 3 sierpnia 2023 r. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie uznał jednocześnie skuteczności zastrzeżenia kosztorysu ofertowego. Zastrzeżenie nastąpiło jeszcze przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty. Następnie, w piśmie z dnia 6 października 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu skuteczności zastrzeżenia przez Eko-Solar Sp. z o.o. wyjaśnień z dnia 21 września 2023 r. złożonych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 września 2023 r. Stanowisko Eko-Solar Sp. z o.o., w części która powinna obejmować wykazanie, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zostało Odwołującemu ujawnione. Odwołujący podał, że przepisy normujące udzielanie zamówień publicznych oraz realizację umów o zamówienia publiczne zostały wykreowane w oparciu o zasadę jawności. Normatywnym fundamentem jawności zamówień publicznych jest art. 18 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie innych reguł obowiązujących w trakcie postępowania, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Umożliwia ona

samodzielną kontrolę przez wykonawców pod względem prawidłowości i zgodności z przepisami czynności podejmowanych przez zamawiającego. Możliwość kontroli dotyczy czynności podejmowanych przez Zamawiającego, w szczególności prawidłowego wyboru wykonawcy, ale także uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile zasada jawności doznaje ograniczeń w art. 18 ust. 3 ustawy, to konieczne jest wskazanie, iż samo powoływanie się na klauzulę poufności bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Stwarza to bowiem jedynie wrażenie, iż hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu. W tym postępowaniu, w ocenie Odwołującego, doszło do bezrefleksyjnego uznania stanowiska Eko-Solar Sp. z o.o. w zakresie zastrzeżenia przez tego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1463/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1195/23. Podając Odwołujący, że wykazanie, iż określona informacja techniczna, technologiczna czy organizacyjna przedsiębiorstwa wykonawcy ma wartość gospodarczą, a nadto podjęto określone działania w celu utrzymania ich poufności wymaga wykazania tego przez określone dowody, w szczególności wewnętrzne regulaminy dotyczące ochrony informacji niejawnych, czy umowy z pracownikami mającymi dostęp do określonych informacji, zastrzegające zakaz konkurencji bądź statuując tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący doszedł do wniosku, że wykonawca Eko-Solar Sp. z o.o. nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął oświadczenia wykonawcy. Nie sposób uznać za uzasadnione wyłączenia całości treści wyjaśnień, o których mowa w art. 18 ust. 3 ustawy in fine, tj. w tej części, w jakiej wykonawca argumentuje konieczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasada jawności postępowania jest zasadą naczelną i jej stosowanie podlega również kontroli uczestników postępowania. Zamawiający zobowiązany jest zatem do kompleksowej oceny złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia informacji. Analiza powinna obejmować całość wyjaśnień z uwzględnieniem ewentualnych załączonych do nich dokumentów. Należyte sporządzenie uzasadnienia jest jednym z przejawów należytej staranności wykonawcy w ochronie informacji, która ma dla niego wartość. Skoro zaś wykonawca Eko-Solar Sp. z o.o. nie wykazał, dlaczego określone informacje ujawniane w niniejszym postępowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieuprawnione. Jeśli z kolei wykonawca Eko-Solar Sp. z o.o. złożył takie wyjaśnienia, ale Zamawiający automatycznie uznał skuteczność zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodzi to bezrefleksyjnej i pobieżnej oceny stanowiska wykonawcy, co godzi w zasadę jawności i poważnie ogranicza uprawnienia Odwołującego. Odwołujący podał, że jego wątpliwości w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wzbudza także fakt, iż wcześniej, w piśmie z dnia 14 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o tym, iż nie uznaje za skuteczne zastrzeżenia kosztorysu ofertowego. Oznacza to, że wykonawca Eko-Solar Sp. z o.o. dążył do nieuzasadnionego i nadmiernego rozciągnięcia ochrony wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa na składane przez siebie dokumenty. Wykonawca ten wykazał dążenie do nieuzasadnionego dążenia do ograniczenia jawności postępowania o udzielenie zamówienia i ograniczenia możliwości kontroli prawidłowości jego przez Odwołującego. W tej sytuacji Zamawiający powinien wykazać się wnikliwością w weryfikowaniu zaistnienia przesłanek wyłączenia jawności postępowania z art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zakres niedostępnej przez Zamawiającego informacji jest wobec tego zbyt szeroki, a sam Zamawiający w niewłaściwy sposób zbadał poprawność zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonując nie tylko niezgodnego z prawem zaniechania udostępnienia informacji publicznej stanowiącej część postępowania o udzielenie zamówienia, ale także utrudnił wykonawcom lub uniemożliwił skorzystanie ze środków ochrony prawnej w granicach wyboru najkorzystniejszej oferty Eko-Solar Sp. z o.o. Zaniechania Zamawiającego w zakresie udostępnienia treści wyjaśnienia Eko-Solar Sp. z o.o. doprowadziły do sytuacji, w której postępowanie przeprowadzone zostało w sposób nieprzejrzysty i uniemożliwiający skuteczną ochronę interesu Odwołującego za pomocą ochrony prawnej przysługujących na podstawie ustawy.

**[uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy i art. 17 ust. 2 ustawy]**

Podniesiony zarzut stanowi konsekwencję wszystkich zarzutów uwzględnionych w treści odwołania wobec, których słuszności i zasadności należy uznać, że czynności zamawiającego poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej były wadliwe, w konsekwencji czego, sam wybór nie może się ostać jako czynność poprawnie dokonana przez Zamawiającego.

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

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. Do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 13 października 2023 roku przystąpienie po stronie Zamawiającego

wykonawca *Eko-Solar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie (dalej Eko-Solar)*.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 23 października 2023 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, gdzie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania o jego oddalenie.

W piśmie powyższym zostało również złożone oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części, które to oświadczenie zostało uzupełnione w trakcie posiedzenia z udziałem stron tj. *uwzględnia zarzut b w części, tj. w zakresie zaniechania udostępnienia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 20.09.2023 wykonawcy Eko-Solar Sp. z o.o. oraz składa do protokołu oświadczenie, że uwzględnia zarzut ten w części co do treści pisma Eko-Solar Sp. z o.o. z 20.09.2023 zawierającego stanowisko co do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. dokument oznaczony jako „odpowiedź na wezwanie (20.09.2023)”. Pozostałe dwa dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pozostają poza zakresem uwzględnienia.*

Uczestnik postępowania odwoławczego Eko-Solar nie zniósł sprzeciwu w zakresie uwzględnienia w części zarzutu b przez Zamawiającego.

**Izba postanowieniem wydanym w punkcie 1 tenoru wyroku umorzyła postępowanie odwoławcze** w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut b) w zakresie odnoszącym się do udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przekazanych za pismem dnia 20 września 2023 roku.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605; dalej „ustawa”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 października 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 4 października 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba za niezasadne uznała wnioski Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 23 października 2023 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 ustawy.

Odnosząc się do pierwszej z wnioskowanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia odwołania, które Izba uznała za niezasadne, tj. odrzucenia odwołania z powodu wniesienia go po upływie określonego w ustawie terminu Izba stwierdziła, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał kolejnych czynności i pismem z dnia 18 września 2023 roku wezwał wykonawcę *Eko-Solar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie (dalej Eko-Solar)* do złożenia wyjaśnień w trybie art. 244 ust. 1 ustawy. W konsekwencji tego wezwania uzyskał Zamawiający kolejne informacje od Eko-Solar i poddał je ocenie uznając za pismem z dnia

4 października 2023 roku (3 wybór oferty najkorzystniejszej), że najkorzystniejszą w postępowaniu wybrana została oferta Eko-Solar. W związku z tym, że kolejny raz wyjaśniana była przez Zamawiającego cena oferty Eko-Solar, co oznacza, że ocena w tym zakresie nie została w żaden sposób zakończona na wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można było uznać odwołania za spóźnione i wniesione z uchybieniem terminu na jego złożenie. Zasadność oceny oferty Eko-Solar w zakresie ceny oferty, z uwagi na jej wyjaśnianie, mogła być kwestionowana na tym etapie postępowania.

W odniesieniu do drugiej z podstaw wnioskowanego odrzucenia odwołania tj. wniesienia odwołania na czynności wykonane zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy, a odnoszących się do wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Wymaga odnotowania, że w odwołaniu z dnia 22 sierpnia 2023 roku, które zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości, w żądaniach tego odwołania Odwołujący (ten sam) wniósł

o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie badanie złożonych ofert oraz odrzucenie oferty Eko-Solar. Zamawiający uwzględniając odwołanie przeprowadził ponowne badanie ofert, w tym wezwał wykonawcę Eko-Solar do złożenia kolejnych wyjaśnień

w ramach art. 244 ust. 1 ustawy, jednakże oferty Eko-Solar nie odrzucił z postępowania. Czynności z dnia 4 października 2023 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Eko-Solar. Przyjęcie sposobu wykładni przepisów jaki przedstawił Zamawiający w tej konkretnej sprawie, przy uwzględnieniu żądań zawartych w odwołaniu z dnia 22 sierpnia 2023 roku prowadziłyby w efekcie do wniosku, że niemożliwym byłoby kwestionowanie kolejnych czynności Zamawiającego opartych na działaniach jakich autorem był Zamawiający, a jakie nie mają jednoznacznego odniesienia do żądań odwołania co wypaczałoby istotę i sens środków ochrony prawnej. Podkreślenia wymaga, że odwołanie obecnie rozpoznawanej referuje również do czynności podjętych w dniu 18 czerwca 2023 roku, do których niewątpliwie Zamawiający był uprawniony.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

#### **Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:**

W zakresie zarzutu „a” (i) oraz „a” (ii) z petitum odwołania – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Odwołaniem z dnia 22 sierpnia 2023 roku (sygn. akt KIO 2489/23) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

*naruszenie: 1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z 224 ust. 1 pkt 6 pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pzp poprzez nieodrżucenie oferty Eko-Solar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, bowiem podmiot ten nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających cenę podaną w ofercie pomimo wyraźnego wezwania do ich przedłożenia przez Zamawiającego; 2. art. 239 ust 1 pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty Eko-Solar Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Eko Prime Inwestycje Sp. z o.o. winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.*

Składając odwołanie wykonawca wniósł:

*Wskazując na powyższe zarzuty wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:*

*1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;*

2. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania złożonych w postępowaniu ofert;

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Eko-Solar sp. z o.o.

4. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, oraz treść zarzutu „a” (i) Izba stwierdza, że w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania Zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Wbrew twierdzeniu Odwołującego

w tej sprawie odwoławczej, w poprzednim postępowaniu Odwołujący nie wnosił o nakazanie wezwania wykonawcy Eko-Solar do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień czy dowodów,

nie wnosił o przedstawienie wyjaśnień w zakresie art. 244 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla

w tym miejscu, że zgodnie z art. 516 ustawy odwołanie musi zawierać między innymi: zwięzłe przytoczenie zarzutów (ust. 1 pkt 8), żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (ust. 1 pkt 9) oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (ust. 1 pkt 10). Zgodnie z powyższymi regulacjami jednoznacznym jest, że następuje korelacja pomiędzy art. 522 ust. 1 in fine oraz art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy. Tym samym, skoro

nie ma w odwołaniu określonego żądania wykonawcy, to nie wykonawca – Odwołujący

nie może skutecznie kwestionować zaniechania wykonania określonych czynności przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia odwołania w całości. Jednoznacznie ukształtował ustawodawca określone elementy odwołania co daje możliwość jednoznacznej oceny czynności lub zaniechań Zamawiającego w zakresie podnoszonych żądań w odwołaniu. Wymaga podkreślenia, że nie stanowi żądań odwołania argumentacja poczyniona

w uzasadnieniu odwołania, i nie można wymagać od Zamawiającego wyinterpretowania żądań z treści uzasadnienia odwołania, które stanowi kolejny niezbędny element odwołania zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy. Uzasadnienie odwołania i jego treść nie jest emanacją żądania jakie musi zostać podane jednoznacznie w odwołaniu, lecz stanowi argumentację na okoliczności jakie podnoszone są w zarzutach skorelowanych z żądaniami. Izba podkreśla w tym miejscu również, że w ramach żądań w odwołaniu z dnia 22 sierpnia 2023 roku brak jest mowy również o jakichkolwiek dowodach, jak również nie ma odniesienia do tego, że jakiegokolwiek wyjaśnienia czy dowody winny być składane w ramach procedury wyjaśnienia ceny oferty. Izba stwierdziła, że nie zaistniały okoliczności do jakich referował Odwołujący w tym zarzucie i poczynionym uzasadnieniu tego zarzutu.

W zakresie „a” (ii) Izba stwierdza w pierwszej kolejności, że w całości w tym miejscu przyjmuje ww. uzasadnienie przy rozpoznaniu zarzutu „a” (i). Jednoznaczny brak żądania

w odwołaniu z dnia 22 sierpnia 2023 roku wezwania Eko-Solar do złożenia wyjaśnień

w zakresie wynikającym z art. 244 ust. 4 ustawy co do 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. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw,

z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie powoduje, że niezasadny jest zarzut niewykonania zgodnie

z żądaniem czynności przez Zamawiającego.

Dodatkowo Izba podkreśla, że za spóźnione w ramach tego zarzutu uznaje stanowisko Odwołującego odnoszące się do pisma z dnia 31 lipca i 9 sierpnia 2023 roku kierowanych przez Zamawiającego do Eko-Solar. Odwołujący takie okoliczności mógł i powinien

był, jeżeli uznawał je za zasadne, podnosić na wcześniejszym etapie postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego oraz w sposób jednoznaczny budować żądania odwołania wcześniej złożonego.

W zakresie zarzutu „b” z petitum odwołania w części jaka nie została uwzględniona – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Ten zarzut odwołania, w części jaka nie została uwzględniona przez Zamawiającego

w ocenie Izby jest zarzutem, który nie został uzasadniony przez Odwołującego.

Izba na wstępie podkreśla, że postępowanie odwoławcze stanowi postępowanie kontradiktoryjne, co oznacza, że postępowanie to jest postępowaniem spornym. Wywołanie postępowania odwoławczego następuje, przez złożenie odwołania, które zgodnie

z obowiązującymi przepisami ma zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Oznacza to, że w przypadku wnoszenia odwołania wykonawca obowiązany jest przedstawić taką argumentację, która będzie potwierdzała wskazane przez niego naruszenia przepisów prawa. Istotnym jest, że za niewystarczające należy uznać podanie w odwołaniu ogólnych stwierdzeń, argumentacji zapożyczonych z cytowanych orzeczeń wprost bądź nawet bez wskazania źródła czy też cytowania stanowisk doktryny. Oczywiście odnotowanie

w odwołaniu również stanowiska piśmiennictwa czy orzecznictwa w danej tematyce nie jest działaniem nieprawidłowym, jednakże nie zastępuje ono argumentacji faktycznej Odwołującego. Po stronie Odwołującego pozostaje obowiązek wskazania argumentacji nakierowanej na kwestionowane dane działania bądź zaniechania Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym – oznacza to, że argumentacja Odwołującego musi być skonkretyzowana i powiązana z danym postępowaniem. Taki stan rzeczy niezmiennie znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych,

a dotychczasowy dorobek orzecznicy pozostaje aktualny w obliczu obowiązującej

od 1 stycznia 2021 roku ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Istota kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, jak również każdego innego postępowania kontradiktoryjnego, zawiera się w ograniczeniu roli organu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. Wymaga podkreślenia,

że niezmiennie to Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie).

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

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

Na podstawie 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 2020 r. poz. 1913), 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.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – 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 pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że w ramach tego zarzutu podnoszona była argumentacja odnosząca się do braku udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji jakie Eko-Solar przekazał Zamawiającemu za pismem z dnia 20 września 2023 roku.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 18 września 2023 roku wezwał Eko-Solar

do złożenia wyjaśnień w trybie art. 244 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Eko-Solar złożył pismo datowane na 20 września 2023 roku wraz z załącznikami (dwa załączniki). W odpowiedzi na odwołanie, z dnia 23 października 2023 roku oraz

w złożonym na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 24 października 2023 roku oświadczeniu, Zamawiający zarzut ten uwzględnił co do przekazania całości treści pisma

z dnia 20 września 2023 roku (uwzględnienie w części). Faktem jest, że częściowe udostępnienie ww. pisma nastąpiło na dzień przed rozprawą przy odpowiedzi na odwołanie (załącznik), a pozostała treść nie została udostępniona, to niewątpliwie dopiero w wykonaniu postanowienia Izby o umorzeniu postępowania ze względu na uwzględnienie zarzutu w tej części – przy braku zgłoszenia sprzeciwu - Zamawiający będzie obowiązany do udostępnienia treści tego dokumentu.

Odwołujący podtrzymał natomiast ten zarzut w pozostałym zakresie tj. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez przeprowadzenia analizy czy wykonawca ten wykazał spełnienie przesłanek do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a przez to poważne ograniczenie zasady jawności postępowania i utrudnienie odwołującemu weryfikacji.

Na wstępie Izba stwierdza, że Odwołujący nie podał jednoznacznie – ani w treści zarzutu ani w treści uzasadnienia tego zarzutu – jakie dokładnie dokumenty złożone przez Eko-Solar obejmuje tym zarzutem. W związku z tym, że odnosił się w uzasadnieniu, argumentował przez pryzmat pisma Zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2023 roku co do odtajnienia fragmentów wcześniej składanych pism przez Eko-Solar – Izba stwierdza, że jakkolwiek argumentacja odnosząca się do wcześniejszych pism tj. jak Izba ustaliła na podstawie akt postępowania o zamówienie, pism z dnia 3 sierpnia 2023 roku oraz 10 sierpnia 2023 roku złożonych przez Eko-Solar do Zamawiającego jest spóźniona. W tym zakresie Odwołujący miał możliwość wnoszenia odwołania na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że składał on odwołanie w dniu 22 sierpnia 2023 roku oraz, że obecny wybór oferty najkorzystniejszej stanowi już kolejny trzeci wybór oferty w tym postępowaniu.

W odniesieniu do argumentacji Odwołującego podniesionej w zakresie uzasadnienia zarzutu co do nieskuteczności uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do pisma Eko-Solar z dnia 20 września 2023 roku Izba w pierwszej kolejności podnosi, że Odwołujący przedstawia w zasadzie w swoim stanowisku doktrynalną argumentację wraz z cytowaniem wyroków. Okoliczność taka jest jak najbardziej zrozumiała, bowiem na moment składania odwołania Odwołujący nie znał treści pisma z dnia 20 września 2023 roku, co w sposób jednoznaczny uniemożliwiało Odwołującemu budowania faktycznych i jednoznacznych argumentów uzasadniających brak wykazania skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponownie Izba podkreśla, że Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania (bez sprzeciwu) w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (tj. w zakresie pisma z dnia 20 września 2023 roku), tym samym argumentacja odwołania podnoszona w tym zakresie została skonsumowana przez

to uwzględnienie. Jednocześnie w treści odwołania brak jest odniesienia do stanowiska

Eko-Solar zawartego w tym piśmie (tj. w zakresie pisma z dnia 20 września 2023 roku),

a uzasadniającym podstawy i przyczyny objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przekazanych Zamawiającemu w odniesieniu do ofert handlowych załączonych do tego pisma. Takiej argumentacji być nie mogło, bo pisma tego Odwołujący nie znał argumentując zarzuty odwołania. Jednakże podtrzymanie zarzutu w części nie zwalnia Odwołującego

z ustawowych obowiązków zawarcia w odwołaniu uzasadnienia faktycznego podnoszonego naruszenia.

W ocenie Izby przedstawione stanowisko Odwołującego w uzasadnieniu dowołania

nie zasługuje na uwzględnienie. Wymaga podkreślenia, że to po stronie Odwołującego ukształtowany został ciężar dowiedzenia okoliczności do jakich odnosi się w odwołaniu. Lakoniczne, ogólnikowe i oparte na cytatach stanowisko Odwołującego nie uzasadnia

w żaden sposób okoliczności jakie potwierdzałyby brak zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawionych przez Eko-Solar w załącznikach do pisma

z dnia 20 września 2023 roku. Skoro wykonawca zastrzegający dane dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa jest obowiązany do uzasadnienia i wykazania zastrzeżenia tej tajemnicy,

to Odwołujący kwestionując wadliwość tego zastrzeżenia winien odnieść się szczegółowo

do takich okoliczności i uzasadnić dlaczego podniesiona przez Odwołującego argumentacja jest niezasadna. Zadaniem Izby w postępowaniu odwoławczym jest ocena czynności Zamawiającego w kontekście podnoszonych zarzutów odwołania i argumentacji odwołującego. Izba nie poszukuje argumentacji za Odwołującego. Argumentacja Odwołującego powinna referować do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym 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 połączeniu z treścią art. 18 ust. 3 ustawy Odwołujący powinien kwestionować skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazać ogólność uzasadnienia, brak spełnienia określonych wyżej przesłanek oraz wykazania zastrzeżenia takiej tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do pisma z dnia

20 września 2023 roku.

Wszystkie powyższe ustalenia mają takie znaczenie, że w ramach postępowania odwoławczego został rozpoznany zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji względem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do pisma z dnia 20 września 2023 roku, które zawierało uzasadnienie ustanowienia na tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa, a której treści tego dokumentu na moment wnoszenia odwołania wykonawca nie znał, a co do którego to dokumentu zarzut odwołania został uwzględniony (uwzględnienie w części). W związku z powyższym rozpoznanie zarzutu „b” z petitum odwołania w części poddanej rozpoznaniu i orzeczenie względem załączników do pisma z dnia 20 września 2023 roku stanowi *res judicata*. Zarzut musiał zostać przez Izbę rozpoznany, bowiem został przez Odwołującego podtrzymany w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego. Rolą Izby jest rozpoznanie zarzutów podniesionych przez Odwołującego i podtrzymanych w postępowaniu. Izba zarzut w zakresie podtrzymanym uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu „c” z petitum odwołania – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba za niezasadny uznała zarzut „c” naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Eko - Solar sp. z o.o., podczas gdy przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie dawały podstawy

do stwierdzenia, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku

do przedmiotu zamówienia, a także wobec dalszego braku przedłożenia dowodów wyjaśniających wiarygodność ceny zaproponowanej przez Odwołującego;

Izba w pierwszej kolejności podnosi, że w zakresie przedstawionego zarzutu odwołania uzasadnienie zawarte w odwołaniu zawiera się w sześciu liniijkach. Odwołujący

nie kwestionuje treści złożonych wyjaśnień, podnosi, że nie zostało wykazane, że oferta Eko-Solar nie zawiera rażąco niskiej ceny. Brak przedstawienia dowodów stanowi o podstawie

do odrzucenia oferty Eko-Solar.

W ocenie Izby tak przedstawiona argumentacja, uzasadnienie faktyczne odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, a która

na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Brak podania faktycznych podstaw, argumentacji kwestionującej czynność Zamawiającego

nie pozwala w zasadzie na ocenę czynności Zamawiającego co do dokonania oceny oferty Eko-Solar i wyboru oferty

tego wykonawcy. Izba ocenia czynność Zamawiającego

w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu

w kontekście czynności Zamawiającego. W odniesieniu do „ceny rażąco niskiej” oferty Eko-Solar Odwołujący poza

swoim przekonaniem nie przedstawia żadnego stanowiska, żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut. Niezmiennie to po stronie wykonawcy składającego odwołanie ciąży obowiązek wykazania uzasadnienia i

argumentacji podnoszonych naruszeń. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynności Zamawiającego w sytuacji, gdy poza

stwierdzeniem, że z taką czynnością Odwołujący się nie zgadza nie przedstawia żadnej argumentacji faktycznej. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie

uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego,

jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających

do uzasadnienia zarzutu odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z

przepisami ustawy. Jednakże aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego, argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu

faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych

Zamawiającemu. W rozpoznawanej sprawie, w zakresie tego zarzutu Odwołujący nawet nie podał pisma do jakiego referuje, a które zawierać ma argumentację Eko-Solar.

Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę

ściślego odczytania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak

wskazano w nieprzerwanym 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

kwalfikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w

uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. 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 zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego,

wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań 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 uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzworowanie 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, 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.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Eko-Solar zawiera rażąco niską cenę. W odniesieniu do stanowiska Odwołującego o braku dowodów w postępowaniu wyjaśniającym, które stanowiłyby w ocenie Odwołującego podstawę uznania odrzucenia oferty Eko-Solar Izba stwierdza - w zakresie jakim objęte skutecznie może być odwołanie tj. w odniesieniu

do pisma Eko-Solar z dnia 20 września 2023 roku oraz załączonych do tego pisma dokumentów – że do pisma z dnia 20 września 2023 roku zostały załączone dokumenty (dowody). Niemożliwym jest odnoszenie stanowiska Odwołującego do wcześniejszych pism Eko-Solar z dnia 3 sierpnia 2023 roku oraz 10 sierpnia 2023 roku, bowiem w tym zakresie okoliczności te mogły być kwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania,

na tym etapie argumentacja taka byłaby/ jest spóźniona. Jednocześnie Izba podkreśla, że w zakresie tego zarzutu Odwołujący nie podał o jakie dokładnie pisma kierowane przez Eko-Solar do Zamawiającego chodzi. W tym zakresie zarzut ten również jest zbyt ogólnikowy aby dał się poddać rozpoznaniu.

Izba za niezasadne uznała odwołanie do podnoszonego naruszenia 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy zgodnie z którym to przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1 ustawy, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Powyższa podstawa prawna wskazana przez Odwołującego została powiązana przez Odwołującego z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. Konstrukcja tak podanych regulacji prawnych

w żaden sposób nie została wyjaśniona przez Odwołującego. W tym zakresie powyżej przedstawione stanowisko Izby o braku uzasadnienia faktycznego zarzutu odwołania pozostaje w pełni aktualne i w tym miejscu.

W zakresie zarzutu „d” z petitum odwołania – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Odwołujący kwestionując naruszenie ww. przepisu jak również zasad prawa określonych

w art. 16 i 17 ustawy wskazuje, że stanowią one konsekwencję wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów. Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej, okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania.*

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....