

WYROK

Warszawa, dnia 13 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław działającą jako wspólny zamawiający, we własnym imieniu oraz w imieniu: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz, których działają Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**,

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy **SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1439/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław działająca jako wspólny zamawiający, we własnym imieniu oraz w imieniu: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz, których działają Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „03940 Budowa trasy tramwajowo-autobusowej od przebudowywanej pętli Sępolno (węzeł przesiadkowy) do nowej pętli Swojczyce (węzeł przesiadkowy), numer referencyjny: ZP/36/PN/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 04 września 2024 r. pod nr 529057-2024.

W dniu 14 kwietnia 2025 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego – niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pro-Tra Building sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej również jako „Pro-Tra Building” lub „Wykonawca”);
- 2) zaniechaniu wykluczenia Pro-Tra Building z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, że Wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia kierownika robót elektroenergetycznych, oceniane w ramach kryterium pozacenowego;
- 3) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia informacji i dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez Pro-Tra Building jako tajemnica przedsiębiorstwa, uniemożliwiając konkurencyjnym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty tego Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu (na innych podstawach niż wskazane w treści

niniejszego odwołania);

4) zaniechaniu odrzucenia oferty Pro-Tra Building, pomimo, że złożył on ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, której istnienia Wykonawca ten nie obalił w ramach składanych wyjaśnień;

5) zaniechaniu odrzucenia oferty Pro-Tra Building, pomimo, że złożona została ona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Pro – Tra Building z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, w sytuacji, w której Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika robót elektroenergetycznych, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

2) art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Pro-Tra Building jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. pełnej treści odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny składanej w dniu 11.02.2025 r. oraz 10.03.2025 r. wraz z załącznikami, podczas gdy informacje te nie posiadają takiego waloru, a jednocześnie Pro-Tra Building nie wykazał, że zostały względem nich wypełnione wszystkie przesłanki warunkujące możliwość ich utajnienia, co w konsekwencji niezasadnie ograniczyło innym wykonawcom możliwość weryfikacji poprawności oferty złożonej przez tego Wykonawcę doprowadzając do naruszenia zasad jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe przeprowadzenie procedury badania i oceny ofert, a w konsekwencji, zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i nieodrzućenie oferty Pro-Tra

Building, podczas gdy oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień i dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszty;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Tra Building, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Pro-Tra Building i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Pro-Tra Building z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie wniesionej przez niego oferty, z uwagi na posłużenie się nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi doświadczenia kierownika robót elektroenergetycznych;

4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia informacji i dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez Pro-Tra Building jako tajemnica przedsiębiorstwa, szczegółowo omówionych w uzasadnieniu odwołania;

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Pro-Tra Building jako zawierającej rażąco niską cenę, której istnienia Wykonawca nie obalił w ramach procedury wyjaśniającej, z uwagi na okoliczności omówione w uzasadnieniu odwołania;

6) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Pro-Tra Building jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na okoliczności omówione w uzasadnieniu odwołania.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 kwietnia 2025 r. (pismo z dnia 30 kwietnia 2025 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Przystępujący Pro-Tra Building Sp. z o.o. pismem z dnia 28 kwietnia 2025 r. (pismo z dnia 27 kwietnia 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy PZP, W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy PZP:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .

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

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

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 239 ust. 1-2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu

zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

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

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 2 - 4 nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności zważa, iż umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP, ze względu na cofnięcie tego zarzutu przez Odwołującego.

Z kolei odnosząc się do podnoszonej kwestii przez Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 239 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Pro-Tra Building Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a przepis art. 239 ustawy PZP został przywołany „tylko w petitum Zarzutu nr 1, ale Odwołujący wiąże jego naruszenie przez Zamawiającego wyłącznie z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o. z Postępowania i zaniechaniem odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której według Odwołującego Pro-Tra Building Sp. z o.o. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika robót elektroenergetycznych”, to w ocenie Izby, Zamawiający i Przystępujący nie zauważają, iż na stronie 2 odwołania w pkt 1, Odwołujący jednoznacznie podniósł zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o., o czym świadczą słowa „wnoszę odwołanie od czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego - niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na: 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej również jako „Pro-Tra Building” lub „Wykonawca”. Tym samym, Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, iż „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie została zakwestionowana w odwołaniu”.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie odtaśnienia i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Pro-Tra Building jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. pełnej treści odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny składanej w dniu 11.02.2025 r. oraz 10.03.2025 r. wraz z załącznikami, podczas gdy informacje te nie posiadają takiego waloru, a jednocześnie Pro-Tra Building nie wykazał, że zostały względem nich wypełnione wszystkie przesłanki warunkujące możliwość ich utajnienia, co w konsekwencji niezasadnie ograniczyło innym wykonawcom możliwość weryfikacji poprawności oferty złożonej przez tego Wykonawcę doprowadzając do naruszenia zasad jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

W ocenie Izby, wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące Zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

- podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, w stosunku do niej działania w celu utrzymania jej w poufności.

Jednocześnie, Izba zwraca uwagę, że „tajemnica” nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca (wykonawca) powierza informację.

Izba zważa, że sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub jego treść jest na tyle ogólnikowa, że nie pozwala na ochronę, powinna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne.

Jednakże, w ocenie Izby, nie mamy do czynienia z taką sytuacją w realiach niniejszej sprawy, zwłaszcza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, pojęcie „wykazania” danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można utożsamiać z pojęciem „udowodnienie”.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt. KIO 3730/21, KIO 3732/21, zgodnie z którym: „W ocenie składu orzekającego, na gruncie art. 18 ust. 3 Pzp, istotne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można przy tym utożsamiać „wykazania” z „udowodnieniem”, zwłaszcza w sytuacji, gdy Pzp zawiera regulacje o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowadniania określonych okoliczności. W art. 110 ust. 2 Pzp przewidziano udowodnienie zamawiającemu braku podstaw wykluczenia w warunkach tzw. samooczyszczenia. Wykonawca, w odniesieniu do którego zachodzą niektóre przesłanki wykluczenia, może się uchylić od tej konsekwencji podejmując czynności potwierdzające jego rzetelność. Podobne regulacje zawiera art. 224 ust. 2 Pzp wskazujący na konieczność żądania złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Analogicznych postanowień nie ma w art. 18 ust. 3 Pzp, który wymaga wykazania tajemnicy. Niewątpliwie „wykazanie” jest pojęciem szerszym od „udowodnienia”, jednakże w ocenie Izby wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych dokumentach”.

W podobnym duchu wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 stycznia 2025 r. o sygn. akt KIO 4878/24, w którym to Izba stwierdziła, iż: „Mając na uwadze treść obowiązującego art. 18 ust. 3 ustawy wskazać należy, że ukształtowany jest po stronie wykonawcy, w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, obowiązek polegający na wykazaniu przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie istotnym jest wskazanie zawarte w treści przepisu tj. „wykazanie” przez wykonawcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie sposób utożsamiać pojęcia „wykazanie” z pojęciem „udowodnienie”. Izba zaznacza, że w obrębie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się przepisy, w których jednoznacznie ustawodawca nakłada obowiązek „udowodnienia” (tak: art. 85 ust. 2 ustawy, art. 101 ust. 6 ustawy, art. 104 ust. 5 ustawy, art. 105 ust. 4 ustawy, art. 114 ustawy, art. 400 ust. 4 i 5 ustawy).

(...) W ocenie Izby wzmacnia powyższe również to, że w ramach regulacji ustawowej nie zostały w żaden sposób, choćby przykładowo, podane jakiegokolwiek sposoby „wykazania” przez odniesienie się np.: do składanych dokumentów, które by pozwalały i uzasadniały wykładnie tego pojęcie przez odniesienie się do

„uprawdopodobnienia”. Takich wymagań co do sposobu wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa

nie przedstawia również art. 11 ust. 2 uznk i nie sposób wywieść je na podstawie tego przepisu.(...)Odwoływanie się do „rygoryzmu dowodowego” jako elementu wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy”.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż Odwołujący w ramach ww. zarzutu stawia tezę, że Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia poufności informacji, zawartych w wyjaśnieniach z dnia 11.02.2025 r. i wyjaśnieniach z dnia 10.03.2025 r. oraz załącznikach do nich, które „co do zasady nie stanowią informacji posiadających walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do niżej wymienionych informacji, tj. pliki pn. materiały tory-sig.pdf oraz materiały drogi-sig.pdf oraz materiały zieleń-sig.pdf, które jako osobne pliki znajdowały się w folderze pn. kosztorysy szczegółowe.pdf; cennik mieszanek mineralno-asfaltowych, będący podstawą do sporządzenia kosztorysu; oferty podwykonawców/dostawców oraz fragmenty wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczących informacji znajdujących się w ww. dokumentach.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający odtajnił w całości kosztorysy szczegółowe przedłożone przez Wykonawcę Pro-Tra Building Sp. z o.o., z kolei pliki „pn. materiały tory-sig.pdf”, „materiały drogi-sig.pdf” oraz „materiały zieleń-sig.pdf” znajdowały się w folderze pn. kosztorysy szczegółowe.pdf, ale stanowiły osobne pliki zamieszczone w ww. folderze, nie stanowiąc tym samym części składowej żadnego kosztorysu szczegółowego, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Co istotne, pliki te obejmują informacje o dostawcach/sprzedawcach materiałów, współpracujących z Wykonawcą Pro-Tra Building Sp. z o.o. oraz o stosowanych w tych relacjach cenach, po jakich współpracujący dostawcy dostarczają materiały wybranemu Wykonawcy (cenniki/oferty cenowe dostawców).

Nadto, należy zauważyć, że zastrzeżenie ich poufności nastąpiło na tej samej zasadzie co zastrzeżenie ofert podwykonawców/dostawców, podobnie jak zastrzeżenie cennika mieszanek mineralno-bitumicznych, który to cennik również nie stanowił części kosztorysu szczegółowego.

W kontekście powyższego, Izba zważyła za Zamawiającym, iż twierdzenia Odwołującego o tym, że Zamawiający nie odtajnił części kosztorysów szczegółowych, jak również o niekonsekwencji Zamawiającego w odtajnieniu kosztorysów szczegółowych z uwagi na to samo uzasadnienie (które raz Zamawiający przywołuje jako podstawę odtajnienia kosztorysu, a dla części kosztorysu według Odwołującego to samo uzasadnienie uzasadnia skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), są w ocenie Izby chybione. W konsekwencji powyższego, skoro kosztorysy szczegółowe zostały odtajnione przez Zamawiającego w całości, to wywody Odwołującego w punktach 12-15 odwołania, zdaniem Izby nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Nadto, Izba zważyła, iż informacje dotyczące ofert podwykonawców robót i dostawców/sprzedawców materiałów (w tym informacje o podmiotach, które te oferty złożyły, zaproponowanych przez nie warunków współpracy – w tym wysokości zaoferowanych cen, stosowanych cenników w relacjach z wybranym Wykonawcą, załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny), w ocenie Izby należą niewątpliwie do informacji o charakterze organizacyjnym dla przedsiębiorstwa Wykonawcy i do elementu know-how Wykonawcy.

Zdaniem Izby, w przedmiotowym zakresie Przystępujący zarówno w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 11.02.2025 r., jak i z dnia 10.03.2025 r. wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przedstawiając przekonującą argumentację co do spełnienia każdej z przesłanek opisanych w ww. przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz, że zastrzeżone informacje przedstawiają dla niego wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, poznanie ofert podwykonawców/dostawców Wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o. i oferowanych przez nich cen/cenników niewątpliwie daje konkurencji możliwość nawiązania

współpracy z ww. podmiotami, których katalog/zbiór/zestawienie nie jest powszechnie znane na rynku. Należy bowiem zauważyć, że udostępnienie ww. informacji może „spowodować uzyskanie przez kontrahentów zbliżonych warunków cenowych, co przełożyłoby się na ceny ofert konkurentów Wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w tym również tych, w których oferty składałby Wykonawca. Z drugiej strony ewentualna kooperacja podwykonawców i dostawców Wykonawcy z jego konkurentami mogłaby znacząco ograniczyć

możliwość zaangażowania tych podmiotów w inwestycje realizowane przez Wykonawcę. W takiej sytuacji Wykonawca byłby zmuszony albo do samodzielnego wykonania danej części inwestycji, albo do powierzenia jej realizacji innym, nowym podwykonawcom, którzy zaoferowaliby z dużym prawdopodobieństwem mniej korzystne warunki współpracy. Informacje poufne pozwalają zatem Wykonawcy na zaoszczędzenie kosztów związanych z realizacją zamówień publicznych; informacje poufne (...) obrazują unikalny i właściwy wyłącznie Wykonawcy katalog oraz sposób doboru podwykonawców i dostawców, a w konsekwencji strategię pozyskiwania materiałów i sposób realizacji robót”, na co wskazywał Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 11.02.2025 r.

W ocenie Izby, potencjał podwykonawczy współpracujący z konkretnym Wykonawcą (jak w niniejszej sprawie – Przystępującym), stosowane ceny i warunki handlowe, niewątpliwie stanowią stały walor Wykonawcy dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych zebranych na potrzeby konkretnego postępowania, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

W konsekwencji powyższego, oferty podwykonawców/dostawców i wynikające z nich informacje, cenniki, informacje o dostawcach /sprzedawcach materiałów, cennik mieszanek mineralno-asfaltowych stanowią know-how danego Wykonawcy i tym samym mogły zostać utajnione jako informacje poufne wynikające z tych ofert, uzyskanych w ramach relacji handlowych łączących wykonawcę z kontrahentem, a co za tym idzie zdaniem Izby niewątpliwie ww. informacje mogły zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż Przystępujący w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, iż: „Wykonawca zobowiązał również podwykonawców i dostawców, którzy złożyli oferty Wykonawcy do nieujawniania zarówno treści złożonych ofert, jak i samego faktu złożenia oferty”.

Z powyższych względów, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe przeprowadzenie procedury badania i oceny ofert, a w konsekwencji, zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i nieodrzucenie oferty Pro-Tra Building, podczas gdy oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień i dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszty, jest on w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważyła, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, z kolei w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z

rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W ocenie Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz poczynione ustalenia faktyczne z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierealizowalna. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego wykazywała cechy ceny rażąco niskiej.

Izba zważa, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.01.2025 r., Wykonawca Pro-Tra Building Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia z dnia z 11.02.2025 r. oraz przedstawił dowody dla potwierdzenia realności ceny swojej oferty. Następnie, Zamawiający pismem z dnia 3.03.2025 r. wezwał Przystępującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, czy w cenie jednostkowej mieszanek mineralno-asfaltowych Wykonawca uwzględnił cenę lepiszczy: polimeroasfaltów, zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej, a nadto do udzielenia wyjaśnień, dotyczących treści wyjaśnień z 11.02.2025 r. odnoszących się do wyceny poddziału 1.5 oraz 1.9.

W konsekwencji powyższego wezwania, Przystępujący udzielił dodatkowych wyjaśnień z dnia 10.03.2025 r., czyniąc zadość wezwaniu z dnia 3.03.2025 r.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 224 ust. 1 PZP, Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niesie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, to zamawiający żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Biorąc powyższy przepis pod uwagę, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest tak, iż konieczność zbadania i wyjaśnienia ceny obejmuje „każdą z poszczególnych pozycji” (nawet przy wynagrodzeniu kosztorysowym), ze względu na fakt, iż ustawodawca wyraźnie wskazał, iż wyjaśnienie obejmuje cenę oferty lub koszt, lub ich istotne części składowe.

Izba zważa, iż w niniejszej sprawie Zamawiający ani w pierwszym ani w drugim wystosowanym do Przystępującego wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny nie sformułował wymagania odniesienia się do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, a co za tym idzie Przystępujący nie był zobligowany do złożenia wyjaśnień co do każdej pozycji kosztorysu ofertowego.

Poza tym, należy zauważyć, że przepisy ustawy PZP nie określają jednego uniwersalnego wzoru wyjaśnień ceny, zwłaszcza, że pierwsze wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty było ogólne i stanowiło de facto powtórzenie treści art. 224 ust. 3 ustawy PZP (co zresztą potwierdził sam Odwołujący na rozprawie). Mając powyższe pod uwagę, Izba zważa, iż Przystępujący złożył wyjaśnienia, jakie uznał za odpowiednie w odniesieniu do zastosowanego mechanizmu faktycznej kalkulacji ceny ofertowej, zwracając uwagę na te elementy, które przesądziły o możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, przy jednoczesnym zachowaniu jej realności. Co istotne, wyjaśnienia te Przystępujący poparł dowodami, które były adekwatne dla treści składanych wyjaśnień.

Inaczej mówiąc, Przystępujący złożył wyjaśnienia w takim zakresie, jaki uważał za wystarczający dla udowodnienia, że cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i jest wiarygodna. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, skierowanie ogólnego wezwania do wykonawcy rodzi po jego stronie uprawnienie do sformułowania wyjaśnień na tyle szczegółowych, aby potwierdzały wykonanie zamówienia po cenie rynkowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tak też: wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1399/14).

Nadto, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Przepisy p.z.p. nie określają zamkniętego katalogu dowodów, które przedłożyć musi wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Kluczowe w tej kwestii jest to, aby przedłożone dowody były adekwatne do konkretnej sytuacji i stanowiły potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Nie sposób też domagać się, aby wykonawca przedstawiał dowody na każdą okoliczność i każdy element ceny, który deklaruje i który wymienia” (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2024 r. o sygn. akt KIO 3408/24).

Izba zważa, iż w ramach powyższego zarzutu, Odwołujący de facto opiera całą swoją argumentację na tym, iż kosztorysy szczegółowe złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny są nieadekwatne względem kosztorysów ofertowych złożonych wraz z ofertą. Jednakże w ocenie Izby, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż kosztorysy szczegółowe załączone przez Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny miały charakter pomocniczy, a nie rozliczeniowy i nie były wymagane przez Zamawiającego. Stąd też różnica w ilości pozycji, gdzie w kosztorysie ofertowym występuje 330 pozycji, a w kosztorysie szczegółowym 564 pozycje, na co zwrócił uwagę Przystępujący na

rozprawie.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny w żaden sposób nie wynika, aby ceny jednostkowe wynikające z kosztorysów szczegółowych miały odpowiadać „1 do 1” cenom wynikającym z kosztorysu ofertowego.

Należy bowiem zauważyć, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym, iż: „kosztorysy pomocnicze nie zostały przedłożone Zamawiającemu po to, aby porównywać każdą z cen jednostkowych zamieszczonych w kosztorysach uproszczonych ofertowych sporządzonych na podstawie przedmiarów Zamawiającego, do cen jednostkowych wynikających z kalkulacji szczegółowych, jak to próbuje porównywać Odwołujący, lecz po to, by wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że łączna wartość np. wiodącego kosztorysu ofertowego branży drogowo – torowej (przedmiar 1702/01) jest znacząco wyższa od wartości kosztorysu opracowanego metodą szczegółową tj. w oparciu o obowiązujące w kraju normatywy nakładów rzeczowych (robocizny, pracy sprzętu, zużycia materiałów) ujęte w stosownych KNRach, KNNR-ach itp. z zastosowaniem narzutów w postaci kosztów ogólnych, zysku, kosztów zakupu i przy maksymalnym wykorzystaniu cen średnich robocizny, materiałów, sprzętu i narzutów publikowanych kwartalnie w wydawnictwie „Sekocenbud”.

Poza tym, Izba zważa, iż Przystępujący posiada własną wytwórnię mas bitumicznych, czy też własną bazę sprzętową, a z racji preferencyjnych cen na kruszywa, betony i galanterię betonową oferowanych przez dostawców, w ocenie Izby Przystępujący był w stanie wskazać w kosztorysach ofertowych wyjątkowo korzystne ceny materiałów, czy sprzętu.

Izba odniesie się jeszcze do głównych zarzutów ujętych w treści odwołania. I tak w odniesieniu do „nawierzchnie rozbiórki” dział 1.3 kosztorysu drogowo-torowego, Odwołujący wskazał, iż: „w ramach wyjaśnień przedstawione wyższe ceny poszczególnych jednostkowych pozycji, a także wyższe ceny większości z poddziałów (1.3.1- 1.3.7), a finalnie również wyższa cena za cały dział. Za cały dział w wyjaśnieniach podano wartość 3.221.981,95 zł versus 1.755.928,79 zł wskazane za ten zakres w ofercie (wyjaśnienia wskazują na cenę wyższą o 83% względem założeń z oferty, co w wartości bezwzględnej przekłada się na różnicę pomiędzy kosztorysem ofertowym i szczegółowym w wycenie tego działu rzędu 1.455.053,16 zł)”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że łączna wartość wskazanego powyżej działu wynosząca w kosztorysie ofertowym 1.755.928,79 zł netto nie odbiega znacząco od kwoty zaoferowanej przez Odwołującego 2.248.555,59 zł. Poza tym, Przystępujący posiadając w niewielkiej odległości od inwestycji swoją stałą bazę sprzętowo-materiałową, co zostało wskazane w treści wyjaśnień z dnia 11.02.2025 r., umożliwiło Przystępującemu skalkulować na znacznie niższym poziomie koszty prac rozbiórkowych.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby, Przystępujący wskazując globalną wartość prac ujętych w kosztorysie szczegółowym (będącym de facto kosztorysem pomocniczym) branży drogowo – torowej wynosząca 38 687 198,46 zł netto, która to wycena jest niższa od wyceny zaprezentowanej w kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą na wartość 39 314 285,66 zł netto, wykazał realność wyceny tej części składowej ceny jego oferty.

Odnosząc się do „nawierzchni torowiska” dział 1.5. kosztorysu drogowo-torowego, Odwołujący wskazał, iż: „w ramach wyjaśnień przedstawione wyższe ceny poszczególnych jednostkowych pozycji, a także wyższe ceny większości z poddziałów (1.5.1, 1.5.4-1.5.5, 1.5.7), a finalnie również wyższa cena za cały dział. Za cały dział w wyjaśnieniach podano wartość 16.214.462,47 zł versus 12.263.988,20 zł wskazany za ten zakres w ofercie (wyjaśnienia wskazują na cenę wyższą o 32% względem założeń z oferty, co w wartości bezwzględnej przekłada się na różnicę pomiędzy kosztorysem ofertowym i szczegółowym w wycenie tego działu rzędu 3.950.474,27 zł)”. W ocenie Izby, Odwołujący zdaje się nie zauważać, że Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, iż „z uwagi na brak ujęcia w dokumentach zamówienia dla Postępowania ścisłych wymagań, co do sposobu obliczenia ceny oferty, ukształtował ceny jednostkowe w sposób indywidualny, m.in. agregując koszty w sposób zapewniający wykonanie całości robót i prac objętych zakresem zamówienia udzielanego w Postępowaniu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przy uwzględnieniu aspektów temporalnych (kolejność wykonywania danych robót czy prac, możliwość ich wykonania i odbioru w jednym okresie rozliczeniowym) w celu zaoferowania jak najkorzystniejszej ceny ofertowej Zamawiającemu”.

Odnosząc się do „poprawa warunków siedliskowych 2 cennych dębów szypułkowych na terenie inwestycji – dział 2 kosztorysu Branża zieleń_Projekt zieleń (przedmiar 1712/03)”, Odwołujący wskazał, iż: „w ramach wyjaśnień przedstawione wyższe ceny poszczególnych jednostkowych pozycji, a finalnie również wyższa cena za cały dział. Za cały dział w wyjaśnieniach podano wartość 91.533,44 zł versus 27.520,00 zł wskazany za ten zakres w ofercie (wyjaśnienia wskazują na cenę wyższą o 233% względem założeń z oferty, co w wartości bezwzględnej przekłada się na różnicę rzędu 64.013,44 zł)”. W ocenie Izby, Przystępujący wycenił prace ujęte w dziale 2 „Poprawa warunków siedliskowych 2 cennych dębów szypułkowych na terenie inwestycji” na realnym, rynkowym poziomie, o czym świadczą ceny zaoferowane w kosztorysie ofertowym za wykonanie tych prac przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, m.in. Przystępujący na kwotę 27.520,00 zł, Odwołujący na kwotę 11.310,00 zł, Skanska S.A na kwotę 17.464,32 zł.

Odnosząc się do „wycena części pozycji kosztorysowych z oferty w ogóle nie została ujęta w kosztorysach szczegółowych”, Odwołujący wskazał, iż: „W konsekwencji wycena tych pozycji (a w konsekwencji ceny całkowitej) w ogóle nie została uprawdopodobniona przez Pro-Tra Building w ramach złożonych wyjaśnień, a Wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny”. Izba zważyła, iż Odwołujący podnosi, iż Przystępujący nie przedstawiając wyceny części pozycji kosztorysowych podrozdziału 1.5.6 „Szczeliny” z działu 1.5 „Nawierzchnia torowiska (w ramach złożonych wyjaśnień ceny) nie wykazał realności zaoferowanej ceny ofertowej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, jak już Izba wskazała powyżej, żaden przepis ustawy PZP nie nakazuje objąć treścią wyjaśnień każdą z cen jednostkowych, składających się na globalną cenę oferty, tym bardziej, że nie wymagał tego Zamawiający w ramach wystosowanych wezwań co do zaoferowanej ceny przez Przystępującego.

Niezależnie od powyższego, Izba zważyła za Przystępującym, iż „Wycena owych szczegółowa sześciu pozycji dotyczących wykonania szczelin w nawierzchni betonowej torowiska nie została celowo ujęta w kosztorysie szczegółowym branży drogowo – torowej z uwagi na fakt, że powszechnie funkcjonujące katalogi nakładów rzeczowych w tym katalog podstawowy jakim jest KNR 2-09 „Nawierzchnie torowe” nie ujmują wykonania tychże szczelin”. Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym „Rozwiązaniem tej sytuacji byłoby zamieszczenie kalkulacji indywidualnych, bądź też korzystanie przez analogie z katalogów pokrewnych”, przy czym co istotne koszty wykonania tych prac zostały ujęte przez Przystępującego „w poz. 227 i 228 kosztorysu szczegółowego „Nawierzchnia betonowa – warstwa dolna o grubości 12cm; łączna gr. 19,5cm; beton C30/37 z dodatkiem z włókien polimerowych”.

Izba zważyła, iż Odwołujący podnosi w dowodzie nr 3 złożonym na posiedzeniu, iż „W kosztorysie Szczegółowym poz. 227 i 228 „Nawierzchnia betonowa” brak wyszczególnienia pozycji związanych z wykonaniem szczelin. Nie uwzględniono materiałów takich jak dyble, kotwy czy sznury i masy dylatacyjne, niezbędnych do wykonania prac, wprost wskazanych w podrozdziale 1.5.6 Kosztorysu”, jednakże w ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, iż materiały te nie zostały w ogóle uwzględnione w kosztorysie szczegółowym, a tym bardziej w kosztorysie ofertowym. To samo dotyczy, zdaniem Izby, poz. 183 „warstwy wyrównawcze z kruszywa łamanego”.

Nadto, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego o pominięciu przez Przystępującego pozycji nr 25 kosztorysu ofertowego „Rozebranie siatki stalowej pod nawierzchnią bitumiczną /na kostce kamiennej – drogi” w kosztorysie szczegółowym. Należy bowiem zauważyć, że siatka stalowa zatopiona w warstwach nawierzchni bitumicznej jest standardowo usuwana w trakcie wykonywania mechanicznego frezowania nawierzchni bitumicznej, a co za tym idzie koszt wykonania tej czynności został ujęty w pozycjach 10 do 17 kosztorysu szczegółowego, zaś załadunek i odwóz złomu stalowego został ujęty w odrębnych pozycjach tegoż samego kosztorysu szczegółowego, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym. W ocenie Izby, to „że, jak stwierdza Odwołujący w dowodzie nr 3, iż „W kosztorysie Szczegółowym poz. 10-17 Kosztorysu brak wyszczególnienia czynności związanych z usunięciem statki” nie zmienia faktu, iż zdaniem Izby czynności te mogą być przecież „zaszyte” w pozycjach 10 do 17 kosztorysu szczegółowego.

Odnosząc się do „wiat przystankowych” – dział 3 kosztorysu Branża zieleni_Projekt zieleni (przedmiar 1712/03), „modułów antykompresyjnych – dział 4 kosztorysu Branża zieleni_Projekt zieleni (przedmiar 1712/03) oraz „nasadzenia” – dział 1 kosztorysu branża zieleni_Projekt zieleni – parkingi P&R (przedmiar 1712/04) w ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, jakoby za ceny zaoferowane w kosztorysie ofertowym, Przystępujący nie był w stanie należycie wykonać przedmiotu zamówienia. Zresztą to samo dotyczy cen wskazanych w kosztorysie ofertowym w ramach „nawierzchni rozbiórki”, „nawierzchni torowiska”, czy też „poprawa warunków siedliskowych 2 cennych dębów szypułkowych na terenie inwestycji”.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że „odwrócony” rozkład ciężaru dowodu nie powoduje, że Odwołujący pozostaje całkowicie zwolniony z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby, jedynym dowodem, który miałby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego (dowody nr 1-3 dołączone do odwołania stanowią tylko porównanie cen ujętych w kosztorysie ofertowym i szczegółowym), to dowód nr 5 wniesiony na posiedzeniu przez Odwołującego odnoszący się do wyłącznie do jednej pozycji, a mianowicie poz. 283 (podlew górny pionowy). Już tylko z tego powodu, zdaniem Izby, Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu. Co istotne, na co zwrócił uwagę Przystępujący, jak i Zamawiający na rozprawie, iż po pierwsze Przystępujący nie korzysta z usług wskazanego przez Odwołującego podwykonawcy SIKA, a po drugie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący nie odnosi się w ogóle do oferty tegoż do podwykonawcy.

Nadto, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego jakoby ceny ofert podwykonawców, złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.02.2025 r. opiewały na kwoty wyższe, aniżeli cena świadczenia zaoferowana przez Przystępującego. Należy bowiem zauważyć, że Przystępujący w kosztorysie szczegółowym ustalił wartość tych świadczeń na kwotę 11.461.296,88 zł netto, natomiast przedłożone Zamawiającemu ceny ofert podwykonawców opiewały odpowiednio na kwoty: 11.050.246,00 zł netto (STI Kraków), 11.326.148,00 zł netto (PPHU DABUD Siemianowice).

Izba zważyła, iż dodatkowo Odwołujący zarzuca, iż w ramach wyjaśnień z dnia 10.03.2025 r., w których to Przystępujący sam sprostował omyłkę pisarską ujętą w wyjaśnieniach z dnia 11.02.2025 r. (wpisano za AC 16W kwotę 267,00 zł/t zamiast kwoty 291,00 zł/t; wpisano za AC 22P kwotę 252,00 zł/t zamiast 277,00 zł/t), nie jest omyłką pisarską. Co do zasady, Izba zgadza się z Odwołującym, iż w przypadku omyłki pisarskiej „odbiorca danej informacji musi mieć świadomość, w którym miejscu popełniono błąd i w jaki sposób go poprawić”, jednakże w ocenie Izby, Odwołujący zdaje się nie zauważać, że po pierwsze to sam Przystępujący dokonał konwalidacji nieintencjonalnych omyłek (nawet jeśli Przystępujący nazwał je „omyłką pisarską”), a po drugie „(...) drobne omyłki i błędy i błędy kalkulacyjne, które nie wpływają na ogólny odbiór wyjaśnień, tj. nie powodują, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”, na co wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 146/24.

Izba nie popiera również argumentacji Odwołującego, jakoby rezerwa wykazywana przez Przystępującego była wartością „czysto hipotetyczną”. Należy bowiem zauważyć, że rezerwa, którą wykazał Przystępujący wynika wprost z ilości przedmiarowych (co nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie). Poza tym, Izba zważyła za Przystępującym, iż w załączonych kosztorysach szczegółowych średni zysk został określony w wydawnictwie „Sekocenbud” dla robót inżynierskich w wysokości 11,70%, który dla samej branży drogowotorowej i zieleni stanowi 1.941.386,22 zł netto, niezależnie od rezerwy finansowej dla wszystkich branż, która wynosi 5.090.709,41 zł netto.

Niezależnie od powyższego, Izba nie zgadza się także z poglądem Odwołującego, jakoby Przystępujący w ramach składanych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, był zobligowany do udowodnienia cen przyjętych w kosztorysie ofertowym co do każdej z 198 pozycji.

Odnosząc się z kolei do pozycji „0” zł, to Izba zważyła, iż Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż elementy (prace) tam ujęte znajdują się w dwóch pozycjach (co nie było zabronione przez Zamawiającego w ramach dokumentacji zamówienia), co zdaniem Izby oznacza, że Przystępujący wykonując dane prace w ramach jednej pozycji otrzyma wynagrodzenie za wskazaną przez siebie cenę, co będzie implikowało brak otrzymania wynagrodzenia w ramach innej pozycji.

Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, referujące do właściwych Przystępującemu szczególnie korzystnych warunków realizacji zamówienia, które wykazał za pomocą stosownych środków dowodowych. Co istotne, Odwołujący zdaje się nie zauważać, że kosztorysy ofertowe zawierają dane zagregowane w inny sposób, aniżeli kosztorysy szczegółowe złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.02.2025 r. oraz wyjaśnieniami z dnia 10.03.2025 r., na co Przystępujący zwracał uwagę w treści udzielonych wyjaśnień. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 10.03.2025 r. Przystępujący jednoznacznie wskazał, iż: „W zakresie w jakim Zamawiający nie sformułował ścisłych wymagań co do sposobu obliczenia ceny oferty Wykonawca kształtował ceny jednostkowe w sposób indywidualny (...) Zakres rzeczowy złożonych wraz z ofertą Kosztorysów ofertowych, z uwagi na dowolność kształtowania cen jednostkowych wynikającą z SWZ może przy tym w poszczególnych działach odbiegać wartościowo od sum działów kosztorysu szczegółowego czy cen ofert podwykonawców. Sposób agregacji kosztów przy dokonywaniu kalkulacji cen ofertowych przez Wykonawcę obrazuje Załącznik nr 2 do niniejszych wyjaśnień – Harmonogram robót torowych i drogowych”.

Z powyższych względów, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Tra Building, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważyła, iż Odwołujący w ramach powyższego zarzutu upatruje naruszenia ww. przepisów w manipulacji treścią kosztorysów ofertowych poprzez przyjmowanie cen jednostkowych za poszczególne pozycje „w dowolny sposób (zaniżanie niektórych pozycji kosztorysowych i zawyżanie innych pozycji kosztorysowych), zaburzający ideę rozliczenia kosztorysowego, polegającą na zapłacie przez Zamawiającego za wykonanie danego zakresu prac kwoty realnie odpowiadającej jej wartości” oraz wycenie pozycji 47 w kosztorysie Branża zieleni_Projekt zieleni (przedmiar 1712/03) na poziomie 0 zł.

Izba zważyła, iż Przystępujący w swoich wyjaśnieniach (z dnia 10.03.2025 r.) wprost wskazał, że „Zakres rzeczowy złożonych wraz z ofertą Kosztorysów ofertowych, z uwagi na dowolność kształtowania cen jednostkowych wynikającą z SWZ, może przy tym w poszczególnych działach odbiegać wartościowo od sum działów kosztorysu szczegółowego czy cen ofert podwykonawców. Sposób agregacji kosztów przy dokonywaniu kalkulacji cen ofertowych przez Wykonawcę obrazuje Załącznik nr 2 do niniejszych wyjaśnień – Harmonogram robót torowych i drogowych.”

Co istotne, wszystkie kosztorysy ofertowe sporządzone zostały ściśle w oparciu o pkt 24.7. SWZ tzn. „(...) ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji podanych we Wzorce kosztorysu ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1b do IDW”, przy czym żadne postanowienie dokumentów zamówienia w przedmiotowym postępowaniu nie narzucało

wykonawcom sposobu, w jaki mają zagregować koszty.

Biorąc powyższe pod uwagę, agregacja kosztów została dokonana przez Przystępującego w sposób uwzględniający aspekt temporalny realizacji i rozliczania prac, aby umożliwić bieżące rozliczanie prac faktycznie wykonanych, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym.

Tym samym, w ocenie Izby, nie sposób uznać, iż Przystępujący dopuścił się jakiegokolwiek manipulacji cenowej, która miałaby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w celu wywarcia wpływu na konkurencję w przedmiotowym postępowaniu, zwłaszcza w kontekście tego, iż ocenie w świetle kryteriów oceny ofert podlegała cena całkowita oferty.

Nie sposób również uznać, by wycena pozycji na poziomie 0 zł miała stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, nawet w sytuacji przyjęcia kosztorysowego modelu wynagrodzenia (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2021 r. o sygn. akt KIO 2607/21).

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, aby działanie Przystępującego polegało na zaniżaniu cen, które miałyby mieć charakter celowy i ciągły, jak również, aby działanie Przystępującego miało polegać na działaniu z góry powziętym zamiarem wyeliminowania wykonawców działający na tym samym rynku.

Powyższe potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 386/23, w którym Izba wskazała, iż: „Aby wykazać zasadność zarzutu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. odwołujący powinien udowodnić, że działanie przystępującego wykonawcy polegające na zaniżaniu cen jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Po drugie, powinien wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Wreszcie, powinien także wykazać wpływ ewentualnego zniżenia ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym.”

Nie można również tracić z pola widzenia, iż Odwołujący w treści odwołania w ogóle nie odniósł się do stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie.

Nadto Izba zważyła, iż pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego, jak i Przystępującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Z powyższych względów zarzut ten, jest w ocenie Izby niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: