

Sygn. akt: KIO 1643/25

WYROK

Warszawa, dnia 23 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca PZRE BESTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach na rzecz TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów 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 1643/25

Uzasadnienie

TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Remont kapitalny armatury wraz z rurociągami, stacji zrzutowych, urządzeń pomocniczych turbozespołu 28K460, w ramach remontu kapitalnego w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie*, nr referencyjny: PZP/TW/06096/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 lutego 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 117765-2025.

18 kwietnia 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty, złożonej przez wykonawcę PZRE BESTAL sp. z o.o. (dalej: „PZRE”)

Wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 18 ust. 1 i 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych dowodów (załączników) do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę PZRE;
- 2) art. 224 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PZRE, w sytuacji złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a ponadto nie odnoszą się do elementów cenotwórczych wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień;

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PZRE, w sytuacji gdy doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia;
- 4)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej przez wykonawcę PZRE, w sytuacji, gdy jego oferta podlega odrzuceniu;
- 5)art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

- 1)odtajnienia załączników złożonych do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
- 2)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3)odrzucenia oferty Wykonawcy PZRE;
- 4)ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu, Odwołujący wskazał w szczególności, że Zamawiający zaniechał rzetelnego zbadania i oceny zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę PZRE. Złożone przez tego wykonawcę wraz z wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny uzasadnienie zastrzeżenia załączników jako tajemnica przedsiębiorstwa jest gołosłowne i sztampowe. Wykonawca PZRE nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje mogą korzystać z dobrodziejstwa tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca PZRE nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie, iż dowody składane z wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny winny być chronione w szczególny sposób. Zamawiający powinien przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz zweryfikować czy wykonawca PZRE wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Wykonawca PZRE nie wykazał, iż dowody składane wraz wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny – kalkulacja cenowa i oferty podwykonawcze - mają dla niego wartość gospodarczą, zaś Zamawiający w ogóle nie zbadał tej kwestii. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania. Wykonawca PZRE nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych, nie podał wartości gospodarczej tych informacji w żaden sposób, tj. nie wskazał m. in. na jaką kwotę wycenia zastrzeżone informacje. Nie wskazał również jaki sposób i w jakiej wysokości poniosłaby szkodę, gdyby informacje zostały ujawnione. Wskazanie, iż ujawnienie tych informacji dałoby przewagę konkurencyjną innym wykonawcom, ale bez wskazania choćby rzędu tej przewagi czy też rzędu strat jakie mógłby ponieść Wykonawca PZRE, jest gołosłowne i bez znaczenia, a zwrot ten może być uznany wyłącznie za figurę retoryczną i nie ma wartości dowodowej. Należy podzielić stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt Zs 24/23, że samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało, by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Zwłaszcza, że wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywistym jest, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów. Podmiot powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać, że takie informacje mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Wskazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, może przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Niekiedy nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów określonego podmiotu ale wówczas zastrzegający powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku. Zastrzegający w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę ponieśże, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Warunkiem koniecznym uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest

wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Adresat uzasadnienia musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Natomiast nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Z orzeczenia Sądu Okręgowego wynika szeroki wachlarz możliwości do zastosowania w celu wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji czy dokumentów. Wybór metody w tym zakresie należy wyłącznie do Wykonawcy. Wykonawca PZRE jednak nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji zawierającej powyższe elementy. Ponadto zastrzegając załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawca PZRE przywołał przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem jak słusznie wskazano w wyroku SO w Warszawie z dnia 24 listopada 2023 r., sygn. akt Zs 102/23 „za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powoływanie się na bogate orzecznictwo Izby i sądów powszechnych dotyczące tej materii. Ocenie Zamawiającego podlegać powinna również okoliczność, czy wykonawca zastrzegający dane informacje przedstawił dowody na potwierdzenie tez zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia”. W świetle powyższego, załączniki do wyjaśnień nie powinny być objęte poufnością i mogą być udostępnione innym podmiotom. Zamawiający w powyższym zakresie zaniechał szczegółowego badania czy zastrzeżenie załączników do wyjaśnień rzeczywiście spełnia wszystkie przesłanki uzasadniające dokonanie tego typu czynności.

W uzasadnieniu zarzutów nr 2 i 3, Odwołujący przywołał fragment wezwania wystosowanego za pismem z 29 marca 2025 r. do wykonawcy PZRE do złożenia wyjaśnień ceny i podał, że wykonawca PZRE złożył wyjaśnienia w wymaganym terminie, jednak są one lakoniczne i ogólnikowe, a nadto nie odnoszą się do elementów wskazanych przez Zamawiającego, tj. nie odnoszą się do kosztów pracy oraz do przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca w powyższym zakresie złożył jedynie ogólne oświadczenie, iż: pkt 4 wyjaśnień - cena robocizny (stawek godzinowych oferowanych pracownikom) uwzględni odpowiednio stawki nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; pkt 5 wyjaśnień - złożona w niniejszym postępowaniu oferta, w całości jest zgodna z właściwymi przepisami prawa obowiązującymi w miejscu realizacji zamówienia. Złożenie oświadczeń o treści jak wyżej cytowane, można zakwalifikować nawet jako brak wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do elementów wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający poprzez posłużenie się sformułowaniem „w szczególności”, jak również poprzez odniesienie wezwania do dwóch elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4) i pkt 6) ustawy Pzp, dał wyraz, iż kwestie związane z kosztami pracy oraz prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, mają szczególne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty i wymagają wyjaśnienia oraz udowodnienia. Odwołujący stwierdził, że z treści Załącznika nr 4 do SWZ Formularz cenowy, składanego wraz z ofertą, można było odczytać ceny jednostkowe poszczególnych elementów składających się na zakres prac, ale nie wynikały z niego kwestie związane z elementami cenotwórczymi w postaci kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Z tego też względu wzywając wykonawcę PZRE do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i odnosząc się do dwóch elementów z katalogu określonego w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązał wykonawcę PZRE do wyjaśnienia kwestii związanych z realizacją zamówienia przez osoby dedykowane do tych czynności, w zakresie kosztów pracy i pozostałych elementów odnoszących się do pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca składając wyjaśnienia ograniczył się jedynie do wskazania, iż cena robocizny (stawek godzinowych oferowanych pracownikom) uwzględni odpowiednio stawki nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Wykonawca nie wskazał jednak jakie zapewnia stawki godzinowe dla swoich pracowników. Nie określił też czy stawki te dotyczą pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę czy też w oparciu o umowę zlecenie. Nie wskazał czy są to osoby, które już są zatrudnione u wykonawcy PZRE czy też dopiero będą u niego zatrudnione i w jakim wymiarze czasu pracy. Okoliczności te są niezwykle ważne nie tylko dla ustalenia czy wysokość wynagrodzenia jest nie niższa niż wynikająca z przepisów prawa w tym zakresie, ale również jest ważna z punktu widzenia kosztów jakie ponosi wykonawca PZRE w związku z realizacją zamówienia, w szczególności w jaki sposób koszty te mają wpływ na kalkulację ceny ofertowej, przy uwzględnieniu także cen jednostkowych wynikających z Załącznika nr 4 do SWZ. Wykonawca w pkt II.1) - zarządzenie procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy- wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazał, iż „przyjęte wartości dotyczące stawek godzinowych oraz wymaganej prędkości pozwalają na istotne ograniczenie kosztów wykonania w porównaniu do stosowania średnich, uogólnionych wartości”. Wykonawca poza ogólnym zapewnieniem o możliwości ograniczenia kosztów, nie wykazał ani nie podjął nawet próby wykazania jak i w jakiej wysokości przyjęta stawka godzinowa przy uwzględnieniu nieokreślonej prędkości ma wpływ na koszty wykonania zamówienia. Wykonawca nie wskazał rzędu stawki godzinowej pracowników, rzędu prędkości jak również nie wskazał jak te elementy mają wpływ na koszty realizacji zamówienia. Nie określił jakiego rzędu oszczędności pozwalają mu na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Według Odwołującego wykonawca PZRE składając wyjaśnienia w powyższym zakresie w

żaden sposób nie referował do kalkulacji kosztów stanowiących Załącznik nr 1 do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co pozwala na stwierdzenie, iż kwestie, o które wnosił Zamawiający o wyjaśnienie, nie zostały ujęte także w kalkulacji kosztów.

Następnie Odwołujący stwierdził, że powołanie się na oferty podwykonawców w oparciu, o które wykonawca PZRE kalkulował cenę także jest wątpliwe, bowiem z wyjaśnień nie wynika wprost ani nie sposób przypisać, która oferta podwykonawcza zawiera się w poszczególnych pozycjach cenotwórczych, o których mowa w Załączniku nr 4 do SWZ - Formularz ofertowy. Nie jest rolą Zamawiającego ani pozostałych wykonawców weryfikujących prawidłowość podjętych czynności, przypisanie ofert do kalkulacji wynikających z oferty, tym bardziej, iż według najlepszej wiedzy Odwołującego oferta podwykonawcy Multiserwis Sp. z o. o. (Załącznik nr 2 do wyjaśnień), jak również oferta podwykonawcy Enizo Sp. z o.o. (Załącznik nr 4 do wyjaśnień) dotyczy m. in. izolacji i rusztowań. Analiza Załącznika nr 4 do SWZ prowadzi z kolei do wniosku, iż nie można z jego treści wyodrębnić pozycji dla wyceny izolacji i rusztowań. Z tego względu trudno uznać, iż załączone oferty podwykonawcze faktycznie miały istotny wpływ na kalkulację cenową. Wyjaśnienia mają iluzoryczny charakter co do prawidłowej kalkulacji cenowej. Wykonawca PZRE tym samym nie wykazał, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że wykonawca PZRE załączył do wyjaśnień oferty trzech podwykonawców, w celu potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Jednak wykonawca PZRE w pkt 7 Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ wskazał, iż „powierzmy podwykonawcom wykonanie następujących części Przedmiotu Zamówienia izolacja oraz rusztowania. Firmy tych podwykonawców nie są nam na ten moment znane”. Natomiast w wyjaśnieniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny powołał się na oferty 3 podwykonawców, przy czym wskazał nazwy tych podwykonawców. Według najlepszej wiedzy Odwołującego oferta podwykonawcy Multiserwis Sp. z o. o. i Enizo Sp. z o. o. dotyczy izolacji i rusztowań, zaś oferta podwykonawcy ADS dotyczy usług związanych z serwisem fabrycznym armatury. Wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny poprzez powołanie się na ofertę podwykonawcy ADS w zakresie usług związanych z serwisem fabrycznym armatury i wskazując konkretnego podwykonawcę w zakresie izolacji i rusztowań - zmienił pierwotną treść oferty, co na gruncie ustawy Pzp jest zakazane. Ponadto złożone wyjaśnienia potwierdzają, że kalkulacja oparta na ofertach powykonawczych nie dotyczy pierwotnej oferty z treści, której wynika, że zamówienie zostanie wykonane z udziałem podwykonawców w określonym zakresie bez wskazania tych podwykonawców, przy jednoczesnej deklaracji braku podwykonawców w pozostałym zakresie. Stan faktyczny, a w szczególności oświadczenie w pkt 7 Formularza ofertowego, wskazuje, iż kalkulując cenę, wykonawca PZRE, nie uwzględnił w niej kosztów związanych z powierzeniem części zamówienia podwykonawcom, o których mowa w wyjaśnieniach. Tym samym złożone wyjaśnienia ceny, nie są adekwatne do założeń, jakie wykonawca ten przyjął przy kalkulacji. Składane przez wykonawców wyjaśnienia winny potwierdzać prawidłowość wyliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich kosztów. Rozbieżność pomiędzy treścią złożonej oferty a treścią wyjaśnień wskazuje, że wyjaśnienia nie odnoszą się do ceny, a ponadto wskazują na nieuprawnioną zmianę treści oferty, wykraczającą poza granice możliwości dokonywania takich zmian. Za zmianę treści oferty należy uznać wszystko to, co wykracza i wprowadza nowe elementy ponad to, co zostało objęte pierwotnym oświadczeniem wykonawcy. Niewątpliwie nowym elementem jest powołanie się na ofertę podwykonawcy ADS i zakresu oferowanego przez niego prac (Załącznik nr 3 do wyjaśnień). Wyjaśnienia wykonawcy PZRE należy uznać za nierzetelne i niedające podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te nie korespondują z treścią złożonej oferty, a wręcz zmierzają do zmiany jej treści. Wykonawca PZRE nie wykazał zatem, iż będzie w stanie wykonać zamówienia na warunkach wskazanych w ofercie.

Zdaniem Odwołującego w postępowaniu zachodzą okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty wykonawcy PZRE z uwagi na rażąco niską cenę. Wykonawca nie podołał bowiem ciężarowi złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia prawidłowej kalkulacji cenowej, przede wszystkim w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, szczegółowo opisanym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Nadto wykonawca PZRE składając wyjaśnienia i powołując się na oferty podwykonawcze zamienił treść pierwotnej oferty, udowadniając tym samym, iż kalkulacja ceny oferty nie była przygotowana należycie przed złożeniem oferty. Oferty podwykonawcze w sposób jednoznaczny potwierdzają powyższą okoliczność.

W uzasadnieniu zarzutów nr 4 i 5, Odwołujący wskazał, że powyższe uchybienia stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp bowiem Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto dokonał wyboru oferty Wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, wręcz przeciwnie powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę oraz jej pierwotna treść w wyniku złożonych wyjaśnień została zmieniona. Nadto wykonawca PZRE nadużył prawa do zastrzeżenia załączników do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w odniesieniu do pierwszego zarzutu odwołania, Zamawiający podał w szczególności, że w jego ocenie argumentacja Przystępującego zawarta w piśmie z 3 kwietnia 2025 r. oraz treści przywołanych załączników uzasadniały objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego. Załącznik nr 1 do wyjaśnień, czyli kalkulacja kosztów, wskazuje bowiem nie tylko na koszty jak i zakładany zysk, ale również na metodykę wyceny, stosowane stawki, i szczegółowe wyliczenie zaofferowanej ceny, zaś pozostałe załączniki to skierowane do Przystępującego oferty podwykonawców odnoszące się do ich indywidualnych relacji biznesowych. Przystępujący wskazał i w ocenie Zamawiającego wykazał, że spełnione zostały wszelkie przesłanki uznania informacji przekazanych Zamawiającemu za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. W szczególności Przystępujący w wiarygodny i wystarczający sposób uzasadnił, że: (1) mają one wartość gospodarczą o istotnym znaczeniu dla pozycji rynkowej Przystępującego oraz (2) podjął działania mające na celu ochronę ich poufności. Zamawiający wskazał, że obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na wykonawcę zastrzegającego konkretne informacje obowiązku ich wyceny, a w szczególności wykazania wysokości możliwej do poniesienia szkody. Wystarczającym jest, że argumentacja Przystępującego, w powiązaniu z treścią złożonych dokumentów (wiadomą Zamawiającemu) będzie wskazywała na to, że ujawnienie takich informacji może narazić na uszczerbek pozycję rynkową Przystępującego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zasada jawności, na którą powołuje się Odwołujący jest istotną wartością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest ona jednak zasadą bezwzględnie obowiązującą w postępowaniu publicznym i podlega ograniczeniom. Jednym z takich ograniczeń jest możliwość uznania pewnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności nie może bowiem naruszać zasad uczciwej gry rynkowej, a w szczególności stanowić źródła informacji o tajemnicach przedsiębiorstw poszczególnych wykonawców. Co więcej nieuzasadnione ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby doprowadzić do odpowiedzialności Zamawiającego wobec podmiotu takie informacje zastrzegającego. Zamawiający podziela pogląd Przystępującego iż ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby doprowadzić do naruszenia pozycji rynkowej Przystępującego. W ocenie Zamawiającego argumentacja Przystępującego zawarta w jego piśmie z 3 kwietnia 2025 r. jest spójna i rzeczowa, a także znajduje potwierdzenie w treści złożonych dokumentów.

W odniesieniu do drugiego zarzutu odwołania, Zamawiający stwierdził, że dokonał szczegółowej oceny przesłanych przez Przystępującego wyjaśnień (tak znajdujących się w części jawnej jak i stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) w zakresie rażąco niskiej ceny. Całościowa analiza złożonych wyjaśnień pozwala na wyprowadzenie wniosku, że Przystępujący w prawidłowy i wiarygodny sposób wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wykazał, że ceny zawarte w ofercie nie naruszają obowiązujących w Polsce przepisów z zakresu prawa pracy (w tym przepisów płacowych) ani też przepisów z zakresu ubezpieczania społecznego, a zatem nie ma podstaw do kwestionowania oświadczenia Przystępującego dotyczącego tych obszarów. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący nie tylko wskazał przesłanki umożliwiające mu optymalizację kosztów, ale także przedstawił dane szczegółowe - w zastrzeżonej części wyjaśnień - obejmujące poziom stawek, pracochłonność, zysk oraz zakres realizowany przez podwykonawców, co łącznie umożliwiło ocenę racjonalności wyceny i jej zgodności z przepisami prawa, w tym prawa pracy, ubezpieczenia społecznego.

Zamawiający podał, że podziela pogląd Przystępującego, że wysokość żądanego przez niego w ofercie wynagrodzenia znajduje uzasadnienie w szczególności w posiadanym know-how wypracowanym podczas wieloletnich prac na bloku nr 10 w Elektrowni Łagisza, a w szczególności dogłębna znajomość instalacji i układów bloku nr.10. Przystępujący uczestniczył w budowie bloku, następnie serwisie gwarancyjnym (jako podwykonawca firmy ALSTOM), a także wykonał pierwszy remont armatury, którego zakres był zbliżony do zakresu objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu, Zamawiający podał, że Przystępujący, wypełniając JEDZ stanowiący załącznik do oferty, wskazał iż będzie korzystał z podwykonawców jednak na tym etapie nie są oni jeszcze mu znani. Taką możliwość daje wykonawcy sam ustawodawca poprzez treść i opis zawarty w dokumencie JEDZ w części II litera D : *Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?* •Tak ○Nie *Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców.*

Przystępujący nie miał więc obowiązku podawania zakresu prac oraz danych identyfikujących podwykonawców, którym zamierza powierzyć podwykonawstwo, a tym samym nie można przypisywać mu nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty w zakresie udziału podwykonawców. Wykonawca na etapie przygotowania i składania oferty nie ma obowiązku znać podwykonawców, których ostatecznie zaangażuje do realizacji zobowiązania. Może przeprowadzać szerokie badanie rynku, które wskaże mu oczekiwania cenowe potencjalnie zainteresowanych podwykonawstwem

podmiotów, ale nie musi posiadać zawartego z konkretnymi podmiotami stosunku zobowiązaniowego. Jeżeli więc nie ma obowiązku takiego wskazania, to tym bardziej nie można z faktu niewskazania wyciągać konsekwencji negatywnych dla Przystępującego. Jedynie niewskazanie w ofercie podmiotu trzeciego, na zdolnościach którego wykonawca polegać będzie przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, powoduje niemożność powołania się na taki podmiot na dalszym etapie postępowania. Również z postanowień wzoru umowy będącej załącznikiem do SWZ wynika intencja, że Przystępujący może skorzystać z nowego podwykonawcy nawet na etapie realizacji zadania. § 3 ust 4 Wzoru umowy (załącznik nr 3 do SWZ) stanowi: „Jeżeli w trakcie realizacji Umowy Wykonawca wprowadzi podwykonawcę, który nie został wskazany w ofercie i który nie znajduje się w wykazie, o którym mowa w ust. 3 Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu w terminie 5 dni roboczych, oświadczenia odnoszącego się do podwykonawcy potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia, przewidzianych jak dla Wykonawcy.” Zamawiający nie wykluczył więc możliwości wskazania czy to nowego podwykonawcy, czy też nowego zakresu prac powierzonego podwykonawcom już na etapie realizacji umowy.

W odniesieniu do zarzutu nr 4, Zamawiający podał, że ze względu na brak przesłanek do odrzucenia oferty firmy Przystępującego, oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W odniesieniu do zarzutu nr 5, Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie postępowanie przeprowadzone zostało prawidłowo. Przystępujący zasadnie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do części dokumentów, w prawidłowy sposób wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także nie dokonał zmian w tej ofercie. Zamawiający nie dostrzega więc żadnych okoliczności, które mogłyby świadczyć o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców lub uczciwej konkurencji.

Wykonawca PZRE BESTAL sp. z o.o. (dalej „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza (w treści także: „KIO” lub „Izba”) stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie KIO ustaliła:

Pismem z 28 marca 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PZRE do wyjaśnień ceny oferty podając:

Zamawiający informuje, iż w trakcie badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wątpliwości wzbudziła zaoferowana przez Państwa cena w wysokości 1 570 555,02 zł.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp), jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa powyżej.

W związku powyższym, wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*

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

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymagają zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Ad zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

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;

Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: 6. 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.

Na wstępie wskazania wymaga, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem, za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji.

Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym, odpowiedź wykonawcy na takie wezwanie powinna zawierać w szczególności wyjaśnienia wątpliwości zgłoszonych przez zamawiającego, powinna być rzeczowa, spójna, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności, właściwe dla danego wykonawcy, umożliwiły obniżenie ceny jego oferty.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności przedmiot zamówienia, treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi.

W przypadku odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba bierze pod uwagę także treść zarzutów postawionych w odwołaniu i sposób ich wykazania. Odwrócenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty, nie oznacza, że wykonawca kwestionujący dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień ceny konkurencyjnego wykonawcy, jest zwolniony z wykazania zasadności swoich twierdzeń i zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Przechodząc na grunt analizowanej sprawy, zauważenia wymaga, że Odwołujący, pomimo, iż nie zostały mu udostępnione załączniki do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę PZRE postawił ww. zarzut w oparciu o jawną treść wyjaśnień oraz o poczynione założenia co do treści wskazanych w nich załączników, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a także nie odnoszą się do elementów cenotwórczych wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do ich złożenia, w tym brak jest wskazania stawek godzinowych dla pracowników oraz pracochłonności.

Według Zamawiającego natomiast, wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę PZRE, odpowiadają na jego wezwanie, ich treść jest wystarczająca do stwierdzenia, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Stosownie do art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu. W związku z tym Izba bada w zakresie zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia ceny oferty, złożone przez wykonawcę PZRE zostały należycie ocenione przez Zamawiającego.

Celem wyjaśnień ceny oferty składanych przez wezwanego do ich złożenia wykonawcę jest rozwianie

wątpliwości Zamawiającego.

Z treści wezwania do wyjaśnień wynika, że Zamawiający nie przedstawił konkretnych wątpliwości złożonego przez wykonawcę Formularza cenowego, nie określił oczekiwań co do stopnia szczegółowości wyjaśnień, nie wskazał wymaganych dowodów, lecz wskazując m.in. na przepis art. 224 ust. 2 ustawy Pzp podał, że oczekuje w szczególności wyjaśnień co do czynników wpływających na wysokość ceny, o których mowa w ust. 3 pkt 4 i 6 tego artykułu, a zatem dał wyraz zastosowania się do przepisu ust. 4 tego artykułu, który w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi nakłada na zamawiającego obowiązek żądania wyjaśnień co najmniej w ww. zakresie.

Wykonawca PZRE w części jawnej odpowiedzi na wezwanie podał m.in.: *Kosztorys uwzględniony w naszej ofercie został sporządzony na podstawie katalogów dostępnych w programie BIMestiMate (wcześniej funkcjonującym pod nazwą Zuzia), bazując na katalogach ZRE – opracowanie Zakładów Remontowych, Katowice 1984, wydanie pierwsze. Podstawą przyjętych normatywów, które są powszechnie stosowane w aktualnych wycenach rynkowych, jest „faktyczna pracochłonność przy obecnie obowiązujących technologiach oraz organizacji remontów”. Wprowadzone przez nas rozwiązania optymalizacyjne w zakresie wykonania dotyczą różnic pomiędzy tradycyjnymi metodami, na których opierają się normatywy, a możliwościami wynikającymi z zastosowania nowoczesnych technologii. Kluczowym elementem jest wykorzystanie wysokiego poziomu specjalizacji oraz doświadczenia naszych pracowników, co przekłada się na efektywność realizacji poszczególnych etapów prac. Przyjęte wartości dotyczące stawek godzinowych oraz wymaganej pracochłonności pozwalają na istotne ograniczenie kosztów wykonania w porównaniu do stosowania średnich, uogólnionych wartości. Cena ujęta w naszej ofercie została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników kształtujących koszty, powszechnie stosowanych na rynku i znanych naszemu przedsiębiorstwu. Szczegółowa kalkulacja cenowa znajduje się w załączniku nr 1 do niniejszego pisma, zatytułowanym „Kalkulacja kosztów”. Przystępujący przedstawił także oświadczenia co do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, na które wskazał w odwołaniu Odwołujący oraz - wbrew założeniom poczynionym przez Odwołującego w odwołaniu - w części zastrzeżonej, przedstawił kalkulację kosztów, w tym przyjęte stawki rbg, których wysokość znacznie przekracza stawki określone w przepisach dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę i nie stwarza wątpliwości, co do tego czy obejmuje wszystkie obciążenia po stronie pracodawcy. Wskazał także zakładaną pracochłonność i wartość tej pozycji w kalkulacji ceny oferty oraz, że w kosztach ujęte są wszystkie obciążenia wynikające z obowiązujących przepisów prawa.*

Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że złożone przez wykonawcę PZRE wyjaśnienia można zakwalifikować jako brak ich złożenia w odniesieniu do elementów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego.

Nadto Wykonawca PZRE w części jawnej odpowiedzi na wezwanie przedstawił wyjaśnienia w zakresie pozostałych czynników określonych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, a także wskazał na oferty wymienionych z nazwy podwykonawców, a w części zastrzeżonej, przedstawił wielkości kwot przyjęte z ofert tych podmiotów, w których był wskazany wyceniany zakres prac. Podał także założony zysk i inne koszty oraz podsumowanie, wskazujące na cenę określoną w ofercie.

Wymóg przedstawienia dowodów, który ustawa Pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia ceny oferty, w związku z podejrzeniem, że jest rażąco zaniżona, nie oznacza konieczności składania w każdym przypadku ściśle określonego katalogu dowodów oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie Pzp, jeżeli Zamawiający nie wymagał tego w wezwaniu. Wykonawca może udowodnić brak rażąco niskiej ceny dowodami, które w jego ocenie w sposób wystarczający uzasadniają przyjętą przez niego wycenę przedmiotu zamówienia. To, że kalkulacja ceny jest dokumentem sporządzonym przez samego wykonawcę, nie pozbawia jej waloru dowodu.

Jak wyżej wskazano, Zamawiający nie zażądał w wezwaniu do wyjaśnień ceny, skierowanym do wykonawcy PZRE, złożenia ściśle określonych dowodów. Wykonawca ten złożył wyjaśnienia odnoszące się do czynników wskazanych w wezwaniu oraz pozostałych wskazanych przykładowo w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, nie zostało wykazane, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy, uwzględniając złożone przez wykonawcę PZRE oświadczenia, kalkulacje i oferty podwykonawców, że nie mógł ich uznać za rozwiewające wątpliwości co do ceny oferty wykonawcy PZRE, w tym, że stawka rbg jest określona na takim poziomie, który nie stwarza podejrzenia, że wysokość wynagrodzenia jest niezgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub nie obejmuje wszystkich obciążeń pracodawcy. Nie zostało wykazane, że złożone przez wykonawcę PZRE wyjaśnienia nie mogły być uznane przez Zamawiającego za wystraszające do uznania, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska.

Niezależnie od powyższego, w okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że stosownie do

postanowień Umowy na usługi remontowe - § 4 ust. 13 WYNAGRODZENIE 1. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane i odebrane prace w kwocie, która będzie sumą iloczynów ilości wykonanych prac i cen jednostkowych zawartych w Formularzu Cenowym stanowiącym załącznik nr 10 do Umowy, na podstawie prawidłowo wystawionych faktur częściowej i faktury końcowej, w terminie 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. Formularz cenowy, złożony wraz ofertą przez Przystępującego według załącznika nr 4 do SWZ, zawiera specyfikację cen przyporządkowanych do poszczególnych zakresów przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że cena oferty i poszczególne ceny podane w tym załączniku nie są realistyczne, nie występują na rynku, nie wykazał, że nie jest możliwe należyte wykonanie za nie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie zakwestionował także możliwości prawidłowego sporządzenia kosztorysu na podstawie katalogów wskazanych w jawnej części wyjaśnień, nie wykazał, że wadliwa jest argumentacja wykonawcy PZRE zawarta w jawnej części wyjaśnień, m.in. twierdzenie: *Wieloletnia znajomość obiektu, wynikająca z ponad piętnastoletniego doświadczenia w realizacji tożsamyh oraz zbliżonych prac. Pracownicy wyznaczeni do realizacji zadania posiadają wiedzę zarówno o topografii obiektu, jak i o zastosowanych rozwiązaniach konstrukcyjnych oraz technologicznych w interesujących nas instalacjach. Dotyczy to zarówno całego obiektu, jak i instalacji objętych zakresem realizacji przedmiotowego postępowania. Posiadana wiedza pozwala na usprawnienie organizacji pracy poprzez eliminację czasu niezbędnego do zapoznania się z nowym środowiskiem i uwarunkowaniami technologicznymi. Równie istotnym aspektem jest znajomość specyfiki obiektu, zasad organizacyjnych, obowiązujących procedur oraz standardów bezpieczeństwa, co znacząco redukuje ryzyko opóźnień wynikających z konieczności dostosowania się do nieznanymi wcześniej warunków.* Trudno zatem uznać, iż Odwołujący nie uznaje, tych okoliczności za mające wpływ na wycenę oferty w analizowanym postępowaniu.

Odwołujący w przypadku, gdy nie zgadzał się z oceną dokonaną przez Zamawiającego, powinien wykazać, że złożone przez wykonawcę PZRE wyjaśnienia nie pozwalają na przyjęcie, że jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. To jednak nie nastąpiło. Odwołujący, mimo iż dysponował jawnym formularzem cenowym złożonym przez Przystępującego nie podniósł i nie wykazał, że cena oferty tego wykonawcy jest nierealna. Znając katalog załączonych do wyjaśnień dowodów, nie podniósł, że jest on niewystarczający.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w sprawie nie zostało wykazane, aby Zamawiający niezasadnie uznał, że oferta wykonawcy PZRE nie podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Ad zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

Stosownie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy*

Zgodnie do 223 ust. 1 ustawy Pzp 1. *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Jak wynika z odwołania, zdaniem Odwołującego, do nieuprawnionej zmiany treści oferty doszło na skutek wskazania przez wykonawcę PZRE w złożonych wyjaśnieniach ceny na oferty trzech podwykonawców, tj. Multiserwis sp. z o.o., Enizo sp. z o.o. oraz ADS, chociaż według wiedzy Odwołującego z oferty Przystępującego nie można wywieść zakresu przypisanego trzeciemu z ww. podwykonawców.

W ocenie Izby, podane w ofercie oświadczenie odnośnie podwykonawców ma charakter informacyjny zarówno co do nazw tych podwykonawców jak też co do części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza im powierzyć. Nie stanowi ono merytorycznych treści oferty, co oznacza, że ewentualne zmiany w tym zakresie nie skutkują zmianą treści oferty, chyba że zamawiający w dokumentach zamówienia zastrzegł te części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku z 22 września 2022 r. sygn. KIO 2340/22, w którym zostało stwierdzone, że *brzmienie art. 462 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w zakresie osobistego wykonania zamówienia.*

Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że Zamawiający w dokumentach zamówienia zastrzegł określone części zamówienia jako wymagające osobistego wykonania przez wykonawcę.

W związku z tym, nawet jeśli przypuszczenia Odwołującego co do zakresu objętego przez wykonawcę PZRE

zamiarem powierzenia poszczególnym podwykonawcom, są zasadne i Przystępujący rzeczywiście zamierza rozszerzyć zakres skorzystania z podwykonawstwa w stosunku do wynikającego z dniem Odwołującego z oferty, to zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Nie zostało bowiem wykazane naruszenie przez Zamawiającego żadnego ze wskazanych w tym zakresie przepisów ustawy Pzp.

Ad zarzut nr 4 i 5 dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 239 ust.1 i 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.*

Według Odwołującego Zamawiający powinien wybrać ofertę złożoną przez Odwołującego, natomiast dokonał wyboru oferty wykonawcy PZRE, która powinna zostać odrzucona na dwóch podstawach, tj. jako zawierająca rażąco niską cenę oraz z uwagi na to, że jej pierwotna treść, w wyniku złożonych wyjaśnień ceny, została zmieniona co do podwykonawstwa.

Powyższe wskazuje, że zarzuty te są wynikowe w stosunku do wyżej przedstawionych zarzutów. Zarzuty te nie potwierdziły się. W związku z tym także w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 16 ustawy Pzp

Stosownie do art. 16 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.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, nie wykazując jednak na czym polega naruszenie tych zasad przez Zamawiającego. W uzasadnieniu jedynie ogólnikowo wskazał na wcześniej wymienione uchybienia, jako te które miałyby o tym stanowić, jednak nie wskazał co konkretnie jego zdaniem świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ad zarzut nr dotyczący naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 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.*

W myśl art. 74 ust. 1 ustawy Pzp 1. *Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.*

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w treści: „uznk”) *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.*

Z ww. przepisów wynika, że zasadą obowiązującą na gruncie zamówień publicznych jest jawność postępowania, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może nastąpić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą się liczyć z tym, że składane przez nich dokumenty i przekazywane informacje mogą zostać ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z ich przekazaniem..

Zwrócenia uwagi wymaga, że z ww. przepisów wynika, że chodzi o informacje, a zatem nie o całe dokumenty, gdy w całości nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W toku badania złożonych przez wykonawców ofert, obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy wykonawca, który wyraził wolę utrzymania w poufności określonych informacji, wykazał należycie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że wypełniają wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z tych względów wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, dla wykazania skuteczności tej czynności,

wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ww. art. 11 ust. 2 uznk. Powinno to nastąpić z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji, tj. nie tylko „innej”, ale także informacji mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, lecz musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna, np. może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Do zamawiającego należy zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym, co do zasady, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dane informacje mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawne. Zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o treść uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić informacje, co do których wykonawca podjął próbę utrzymania ich w poufności.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc na grunt analizowanej sprawy, należy wskazać, że Zamawiający uznał, że zastrzeżenie przez wykonawcę PZRE BESTAL sp. z o.o. załączników do złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień ceny oferty w postaci Kalkulacji kosztów oraz ofert trzech podwykonawców jest skuteczne i ich nie ujawnił. W ocenie Zamawiającego, Przystępujący w wiarygodny i wystarczający sposób uzasadnił, że zastrzeżone załączniki do wyjaśnień ceny mają wartość gospodarczą o istotnym znaczeniu dla jego pozycji rynkowej oraz podjął działania mające na celu ochronę ich poufności.

Zdaniem Odwołującego, brak ujawnienia załączników do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę PZRE jest wynikiem zaniechania Zamawiającego rzetelnego zbadania i oceny uzasadnienia zastrzeżenia tych załączników, które jest gołosłowne i sztampowe, nadto nie zawiera dowodów.

W ocenie Izby należy podzielić w tym zakresie stanowisko Odwołującego.

Uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę PZRE nie spełnia bowiem wymogów wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że wykonawca powinien liczyć się z tym, że zastrzeżone załączniki zostaną ujawnione przez Zamawiającego. Nie można uznać, iż wykonawca PZRE wykazał łączne spełnianie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk przez zastrzeżone w całości załączniki do wyjaśnień ceny, w tym, że podjął działania mające na celu utrzymanie tych dokumentów w poufności.

Wykonawca PZRE ograniczył się w tym zakresie do przytoczenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i ogólnikowego uzasadnienia.

Wykonawca ten stwierdził: *Wszystkie informacje zawarte w załącznikach nr 1-4 spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z ww. przepisem. Należy wskazać, że załączniki nr 2-4 tj. oferty otrzymane od podwykonawców, zawierające informacje w szczególności o zindywidualizowanej cenie nabycia usług przez wykonawcę od określonego podmiotu/dostawcy stanowią informację handlową, której to ujawnienie pozwoliłoby konkurencji zarówno na poznanie kontrahenta wykonawcy, uzyskanej od niego ceny i w konsekwencji oszacowanie poziomu kosztów związanych m.in. z nabyciem, co bezpośrednio przekłada się na poziom ceny, w tym marży przyjmowanej w poszczególnych ofertach w ramach tego jak i innych przetargów.*

W tym aspekcie w szczególności zauważenia wymaga, że jak wynika z jawnej części złożonych przez wykonawcę PZRE wyjaśnień ceny, wykonawca wskazał w nich nazwy podwykonawców, których oferty utajnił. Oznacza to, że sam umożliwił poznanie swoich kontrahentów. Pokazał tym samym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie jest nieuzasadnione. Skoro wykonawca w sposób jawny przedstawia nazwy podwykonawców, to nie sposób zgodzić się z przedstawioną w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy argumentacją, że ich poznanie przez konkurencyjnych wykonawców nie jest możliwe z uwagi na to, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Za lakoniczne należy uznać dalsze twierdzenia, w tym, że poznanie poziomu kosztów podwykonawstwa w analizowanym postępowaniu *przekłada się na poziom ceny, w tym marży przyjmowanej w poszczególnych ofertach w innych przetargach.* Wykonawca PZRE w szczególności nie uzasadnił co przemawia za tym, że koszty podwykonawstwa w tym postępowaniu mają przełożenie na inne postępowania. Nadto Przystępujący nie wskazał czy podwykonawcy zastrzegali w całości poufność ofert załączonych do wyjaśnień ceny, jak też, że np. przysługują mu

indywidualnie określone rabaty, których wysokość pozostaje poufna.

Nie zostało także wykazane łączne spełnianie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk w odniesieniu do załącznika nr 1 - Kalkulacja kosztów. Wykonawca PZRE jedynie ogólnikowo podał, że podany w nim sposób budowania ceny jest właściwy także dla innych przetargów. Nie uzasadnił dlaczego w sytuacji, gdy w postępowaniu złożył jawny formularz cenowy zawierający wycenę poszczególnych zakresów przedmiotu zamówienia, poznanie przez konkurencyjnych wykonawców np. założonego na tym zamówieniu zysku, pozwoliłoby im zdobyć *istotną przewagę nad PZRE BESTAL*.

Nadto wykonawca PZRE nie przedstawił dowodów, że obowiązują w jego przedsiębiorstwie, wskazane w uzasadnieniu, zasady postępowania z poufną informacją (dokumentami), nie wykazał, że do takich poufnych informacji w jego przedsiębiorstwie zaliczone są wszystkie treści załączników do złożonych w tym postępowaniu wyjaśnień ceny.

W związku z tym trudno zgodzić się z Zamawiającym, że treść uzasadnienia przez wykonawcę PZRE zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do załączników do wyjaśnień ceny, pozwala na stwierdzenie, że wykonawca ten wykazał, że załączniki te w całości zasługują na to by je uznać za niepodlegające ujawnieniu, że stanowią wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *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.*

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości postawienia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jako ewentualnego wobec zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia załączników do wyjaśnień ceny, złożonych przez Przystępującego, przy czym Odwołujący ograniczył zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PZRE z uwagi na rażąco niską cenę do kwestionowania wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie wykazując przy tym, że nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę oferty.

Zarzuty te podlegały rozpatrzeniu przez Izbę. Jak wyżej wskazano, w sprawie nie zostało wykazane, że złożone przez wykonawcę PZRE wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jak też, że należy je traktować jako niezłożone, nie zostało wykazane, że cena oferty tego wykonawcy jest nierealistyczna. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Skoro zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PZRE, w tym zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, a także zarzut dotyczący dokonania wyboru oferty wykonawcy PZRE, zostały postawione przez Odwołującego jako podstawowe, to oznacza, że Odwołujący zdecydował, że do ich przedstawienia i wykazania nie są dla niego konieczne informacje zawarte w załącznikach zastrzeżonych przez wykonawcę PZRE. Zarzuty te nie potwierdziły się.

W związku z tym potwierdzenie się zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do załączników do wyjaśnień ceny, w okolicznościach analizowanej sprawy, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Stosownie do art. 552 ust. 1 Pzp 1. *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

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

Przewodnicząca: