sygn. akt: **KIO 1747/25**
KIO 1749/25

WYROK

Warszawa, 06 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata
Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 05 maja 2025 r. przez:
A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A., H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą H.W. Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ" z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25),
B) wykonawcę W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. – Węglew (62-590 Golina) (KIO 1749/25),
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kleszczewo,
przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A., H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą H.W. Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ"
z siedzibą w Poznaniu (KIO 1749/25),
przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:
1) W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. – Węglew (62-590 Golina) (KIO 1747/25),
2) A.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane KAN-BUD A.W. z siedzibą w Tuliszkowie (KIO 1747/25),
3) Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25),

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1747/25.
2. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1749/25.
3. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A., H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą H.W. Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ" z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25) orazwykonawcę W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. – Węglew (62-590 Golina) (KIO 1749/25) i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A., H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą H.W. Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ" siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25), tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. – Węglew (62-590 Golina) (KIO 1749/25), tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Kleszczewo (KIO 1749/25), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A., H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą H.W. Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ" z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25) na rzecz wykonawcy Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1747/25), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1747/25), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.
   3.3. zasądza od wykonawcy W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. – Węglew (62-590 Golina) (KIO 1749/25)na rzecz zamawiającego Gminę Kleszczewo kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Kleszczewo, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 1747/25, KIO 1749/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kleszczewo - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu

nieograniczonego, pn. *„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Gowarzewo, Tulce, Szewce i Komorniki, gm. Kleszczewo" w ramach projektu Kompleksowy rozwój Gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Kleszczewo"*.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO 1747/25

05 maja 2025 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A., H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą HENRYK WOJKIEWICZ PRZEDSIĘBIORSTWO „HYDRO-GAZ SWARZĘD siedzibą w Poznaniu (dalej „*odwołujący*") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1)czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane KAN-BUD A.W. (dalej: „KAN-BUD");

2)zaniechania udostępnienia odwołującemu złożonych przez KAN-BUD wyjaśnień wraz z dowodami, złożonych pismem z dnia 31 marca 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - w wyniku zaniechania odtajnienia tych wyjaśnień, pomimo iż wykonawca ten nie zastrzegł ich skutecznie jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

3)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez KANWOD – W.T. (dalej: „KANWOD") ze względu na brak wykazania w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez TERLAN sp. z o.o. (dalej: „TERLAN") z powodu tego, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

5)zaniechanie udostępnienia odwołującemu złożonego przez TERLAN załącznika nr 1 zatytułowanego „szczegółowe wyjaśnienia ceny z dowodami" do wyjaśnień z dnia 31 marca 2025 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – w wyniku zaniechania odtajnienia tych wyjaśnień, pomimo iż wykonawca ten nie zastrzegł ich skutecznie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez KAN-BUD pomimo tego, że zamawiający nie przeprowadził prawidłowo czynności oceny ofert;

2.art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1-3 Ustawy z w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez KAN-BUD oraz TERLAN;

3.art. 224 ust. 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KANWOD z uwagi na to, że złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

4.art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TERLAN z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez KAN-BUD oraz TERLAN, odrzucenie ofert złożonych przez TERLAN oraz KANWOD oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, a ponadto dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania, a także dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia udostępnionej Izbie przez zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył on ofertę w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego, która została sklasyfikowana na pozycji czwartej, uzyskując 88,86 pkt. W przypadku odrzucenia ofert złożonych przez KAN-BUD, KANWOD oraz TERLAN, oferta złożona przez odwołującego będzie najkorzystniejsza, z maksymalną punktacją (100 pkt), co tym samym umożliwi wybór oferty odwołującego i uzyskanie przez niego zamówienia. Odtajnienie zastrzeżonych przez KAN-BUD oraz TERLAN dokumentów pozwoli odwołującemu z kolei na analizę, czy skutecznie złożyli oni wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz na ewentualne dalsze czynności prawne (złożenie odwołania na nieodrzucenie tych ofert). W przypadku TERLAN zarzut dotyczący braku odtajnienia ma znaczenie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których

mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w części dotyczącej wyjaśnień przystępującego TERLAN oraz zarzuty nr 3 i 4. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Sprzeciw, w zakresie uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów, które dotyczą wykonawców KANWOD W.T. oraz TERLAN, wnieśli przystępujący wykonawcy: KANWOD W.T. (zarzut nr 3) oraz TERLAN (zarzuty nr 2 i 4).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w części odpowiednio stanowiska zamawiającego, odwołującego, przystępujących (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego*

z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów"), wskazuje, co następuje.

Zarzut nr 2 (zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez KAN-BUD oraz TERLAN).

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzuty dotyczące oferty KAN-BUD.

KAN-BUD przedłożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie spełnia wymogów wskazanych powyżej – a tym samym, powinno skutkować odtajnieniem

i udostępnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. W szczególności dotyczy to pkt III uzasadnienia zastrzeżenia „*Wartość gospodarcza informacji zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy oraz załącznikach – w zakresie zastrzeżonym*" nie spełnia ustawowych wymogów do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Argumentacja przedstawiona przez tego wykonawcę sprowadza się w rzeczywistości do krótkich, ogólnikowych stwierdzeń, bez podania konkretnych informacji, które potwierdzałyby spełnienie ustawowych wymogów zastrzeżenia informacji oraz do cytowania wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego. Stwierdzenia KAN-BUD mają charakter wyjątkowo lakoniczny, ogólnikowy i nie niosą ze sobą żadnych konkretnych informacji, wymaganych dla prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreśla, że wszystkie podmioty, które złożyły oferty w przedmiotowym postepowaniu są profesjonalnymi wykonawcami, od lat funkcjonującymi na rynku – także sam przedmiot postępowania nie ma jakiegoś wyjątkowego charakteru. Tym samym – samo skalkulowanie ceny oferty (nawet w oparciu o oferty kontrahentów – co jest powszechna praktyką) nie świadczy o jakimś tajemnym *know-how*, dostępnym jedynie firmie KAN-BUD.

KAN-BUD nie wykazał, które konkretnie informacje oraz dlaczego konkretnie nie mogą zostać ujawnione. Nie wykazał jakimi cechami mają się one rzekomo charakteryzować, aby musiały pozostać tajne. Nie powołano się na żadne wypracowane - i niedostępne innym profesjonalnym podmiotom – metody kalkulacji bądź organizacji procesu inwestycyjnego. Nie powołano się na żadne właściwe formie KAN-BUD *know-how* itd. Podkreślenia wymaga,

że KAN-BUD zastrzegł swoje wyjaśnienia w całości – co tym bardziej nie znajduje oparcia

w ogólnikowym i powierzchownym uzasadnieniu.

Także pkt IV jest ogólnikowy. Samo podanie więc cen lub kalkulacji od innych podmiotów w odpowiednich załącznikach do wyjaśnień, które zostały utajnione, nie może świadczyć

o tym, że dany wykonawca utraci swoją konkurencyjną pozycję na rynku.

Tajemnica przedsiębiorstwa (TERLAN).

TERLAN przedłożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie spełnia wymogów ustawowych – a tym samym, powinno skutkować odtajnieniem

i udostępnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. W szczególności dotyczy to pkt 3 uzasadnienia zastrzeżenia – „*podstawa faktyczna utajnienia dokumentów – kategoria informacji oraz ich wartość gospodarcza*". Argumentacja przedstawiona przez tego wykonawcę sprowadza się w rzeczywistości do ogólnikowych stwierdzeń, bez podania konkretnych informacji, które potwierdzałyby spełnienie ustawowych wymogów zastrzeżenia informacji.

Dywagacje Terlan nie zawierają żadnego wytłumaczenia, dlaczego ujawnienie stawek innym podmiotom miałoby pozwolić tym podmiotom na uzyskanie przewagi (lub „*co najmniej zaoszczędzić przy realizacji tego zamówienia*") nad firmą TERLAN. Są to czysto hasłowe stwierdzenia, całkowicie gołosłowne i niepoparte żadną argumentacją. Także zdanie: „*Gdyby podmioty konkurencyjne miały świadomość tych kosztów mogłyby podejmować próby przyjmowania podobnych kosztów lub antycypowania w jakimś zakresie niektórych kosztów cen oferowanych przez Wykonawcę, co wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy na przyszłość*" jest w rzeczywistości pozbawione wartości

informacyjnej i brak
w nim jakichkolwiek argumentów merytorycznych.

W szczególności uwagę zwraca fraza: „*w jakimś zakresie niektórych kosztów*" – nawet TERLAN nie wie zatem o jaki zakres i jakie koszty miałoby rzekomo chodzić. Tym samym – TERLAN nie potrafi wskazać konkretnego zakresu informacji, których ujawnienie miałoby mieć dla niego rzekomo negatywne konsekwencje i nie potrafi także wskazać, w jaki sposób konkurencji mieliby te informacje wykorzystać. Twierdzenia Terlan nie zawierają żadnych konkretów i mają charakter dywagacji „*co by było, gdyby*". Brak realnego – a nie tylko luźnych uwag - wykazania, w jaki sposób wiedza o podwykonawcach i ich ofertach miałaby się przyczynić do uzyskania przewagi przez konkurencję. TERLAN wskazuje na rzekomą utratę atutów w tym postępowaniu. Oferty jednak już zostały złożone, a argumenty o powtórzeniu postępowania mają charakter wybitnie hipotetyczny.

Także zdanie „*Przy takim obrocie sprawy Wykonawca utraci niektóre ze swych atutów w ofertowaniu na potrzeby tego Zamówienia*" wskazuje na ogólnikowość i brak precyzji. Nie wiadomo o jakie atuty chodzi – oprócz tego, że są to tylko „*niektóre*" atuty. TERLAN zastrzegł natomiast całość swoich wyjaśnień – a nie tylko niektóre ich elementy.

Twierdzenia Terlan mają charakter ogólnikowy i nie niosą ze sobą żadnych konkretnych informacji. Kwintesencją tej ogólnikowości jest zdanie: „*W ten sposób wiedza dotycząca sposobu kalkulacji ceny oferty ujęta w zastrzeganych przez Wykonawcę informacjach wprost stanowi o jego zdolności konkurowania w tym segmencie rynku i jest istotnym elementem tworzącym przewagę konkurencyjną Wykonawcy nad innymi podmiotami*". Ma ono zerową wartość poznawczą i nie niesie ze sobą żadnej wiedzy wymaganej dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Pomimo groźnego brzmienia (o rzekomych szkodach o wartości 3.000.000 zł – wartość gospodarcza) uzasadnienie Terlan realnie nie niesie ze sobą żadnych informacji wymaganych dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wszystkie podmioty, które złożyły oferty w postępowaniu są profesjonalnymi wykonawcami, od lat funkcjonującymi na rynku – także sam przedmiot postępowania nie ma jakiegoś wyjątkowego charakteru. Tym samym – samo skalkulowanie ceny oferty (nawet
w oparciu o oferty kontrahentów – co jest powszechna praktyką) nie świadczy o jakimś tajemnym *know-how*, dostępnym jedynie firmie TERLAN. TERLAN nie wykazał, które konkretnie informacje oraz dlaczego konkretnie nie mogą zostać ujawnione. Nie wykazał jakimi cechami mają się one rzekomo charakteryzować, aby musiały pozostać tajne. Nie powołano się na żadne wypracowane - i niedostępne innym profesjonalnym podmiotom – metody kalkulacji bądź organizacji procesu inwestycyjnego. Nie powołano się na żadne właściwe formie TERLAN*know-how* itd. Podkreślenia wymaga, że TERLAN zastrzegł swoje wyjaśnienia w całości – co tym bardziej nie znajduje oparcia w ogólnikowym i powierzchownym uzasadnieniu. Także pkt 4 jest ogólnikowy. Poza powołaniem się na wewnętrzne regulacje wykonawcy, nie zawiera materiału dowodowego ani nie wyjaśnia, jakie jeszcze środki,
w szczególności „*na zewnątrz*" zostały podjęte. Brak np. informacji, czy kontrahenci TERLANU zastrzegają te tajemnice, a także wykazania, że zastrzeżone dane nie są dostępne (ani
w całości, ani w części) innym podmiotom. Samo podanie więc cen lub kalkulacji od innych podmiotów w odpowiednich załącznikach do wyjaśnień, które zostały utajnione, nie może świadczyć o tym, że dany wykonawca utraci swoją konkurencyjną pozycję na rynku.

Zamawiający, w odniesieniu do nieuwzględnionego zarzutu dotyczącego wykonawcy KAN-BUD wskazał, iż twierdzenie odwołującego, że przystępujący KAN-BUD zastrzegł całość wyjaśnień w zakresie ceny oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa jest niezgodne
z rzeczywistym stanem rzeczy. KAN-BUD zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie ściśle wyodrębnione fragmenty wyjaśnień, obejmujące: część informacji zawartych na s. 15-21 oraz s. 25-26 wyjaśnień, wybrane załączniki do wyjaśnień (nr 10-17 oraz 20-24 spośród łącznie 29 załączników). Zdaniem zamawiającego przystępujący KAN-BUD zachował wymóg minimalizacji zakresu zastrzeżonych informacji w duchu dyrektywy *exceptiones non sunt extendendae*. Przedmiotem zastrzeżenia może być bowiem informacja a nie cały dokument lub ich zestawienie (np. wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) (vide: wyrok KIO z 15 maja 2024 r., sygn. akt KIO 1210/23, wyrok KIO z 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 725/21).

Przystępujący KAN-BUD przedłożył szczegółowe i spójne uzasadnienie zastrzeżenia, które: 1) odnosi się do wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 2) zostało poparte materialnymi dowodami działań podjętych w celu zachowania poufności, w tym: oświadczeniem pracownika/współpracownika o ochronie informacji, wewnętrzną Polityką Bezpieczeństwa Informacji, zawierającą m.in. obowiązki
w zakresie przechowywania danych, kontroli dostępu i obowiązków po ustaniu stosunku prawnego. Argumentacja przystępującego KAN-BUD ma charakter rzeczowy, konkretny
i powiązany z przedmiotem postępowania. Przystępujący wykazał, że:

• zastrzeżone informacje dotyczą know-how w zakresie organizacji pracy, metodologii realizacji robót, systemu zarządzania czasem i zasobami,

• stanowią wynik inwestycji kapitałowej i intelektualnej przedsiębiorstwa, a przystępujący KAN-BUD dzięki utrzymywaniu ich w poufności, może skutecznie walczyć o przewagę konkurencyjną na rynku;

• ujawnienie tych informacji umożliwiłoby konkurentom replikację rozwiązań bez poniesienia analogicznych kosztów, co oznaczałoby utratę przewagi konkurencyjnej przez przystępującego KAN-BUD,

• informacje te utrzymywane są w tajemnicy w sposób trwały (objęcie ich zastrzeżeniem nie ma charakteru incydentalnego);

• informacje, które zastrzega mają wartość gospodarczą, gdyż w przypadku uzyskania przez konkurencyjnych wykonawców wiedzy nt. przyjętego przez przystępującego KAN-BUD sposobu kalkulacji ceny, założeń kosztowych, warunków handlowych – mogą one zostać przejęte przez konkurencyjne podmioty i wdrożone jako własne w kolejnych postępowaniach, co będzie miało niewątpliwie wpływ na utratę przewagi konkurencyjnej przez przystępującego KAN-BUD; zdaniem zamawiającego nie jest konieczne podanie konkretnej wartości księgowej lub rynkowej a wystarczające jest wyjaśnienie, jakie zyski generuje informacja lub jaką szkodę spowoduje jej ujawnienie poprzez rzeczowe wskazanie na źródła tych zysków lub szkody
i powiązanie ich związkiem przyczynowo-skutkowym z kwestią utrzymania informacji
w tajemnicy;

• ujawnienie warunków handlowych prowadziłoby do utraty przewagi negocjacyjnej
w przyszłych postępowaniach.

Odwołujący nie odnosi się w sposób szczegółowy ani do treści zastrzeżonych informacji, ani do argumentacji zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia, w szczególności pomijając istnienie i treść dowodów wskazujących na podjęcie przez przystępującego realnych działań ochronnych. W tym zakresie zarzut ma charakter blankietowy nie odnosi się do rodzaju robót objętych przedmiotem zamówienia, nie wykazuje naruszenia przepisów, a jedynie zawiera teoretyczne rozważania oderwane od konkretnego kontekstu.

Twierdzenie odwołującego, jakoby przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, jest sprzeczne z treścią dowodów zawartych w dokumentacji postępowania. W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa odniesiono się wprost do konkretnych materiałów (oferty na rury PE, kruszywa, studnie DN1000, podsypkę, asfalt itp.), których upublicznienie mogłoby prowadzić do osłabienia pozycji konkurencyjnej wykonawcy
w kolejnych postępowaniach. Odwołanie nie zawiera żadnych zarzutów odnoszących się do formalnych uchybień złożonego uzasadnienia, nie wskazuje także jakichkolwiek konkretnych informacji, które – mimo zastrzeżenia – powinny być jawne ani nie wykazuje, by zachodziły podstawy do odtajnienia wskazanych załączników.

Przystępujący KAN-BUDwskazał, że odwołujący opiera swoją argumentację na błędnym założeniu, że w przypadku przystępującego całość wyjaśnień w zakresie ceny oferty została objęta zastrzeżeniem jako tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie wyodrębnione, kluczowe wycinki wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Przystępujący uwzględnił, że zasadą obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zasada jawności, a zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od wskazanej zasady ogólnej.

Zastrzeżone przez przystępującego wybrane informacje zawarte w wyjaśnieniach
w zakresie ceny oferty oraz niektórych dowodach zostały przez niego skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia: jest adekwatne w stosunku do zastrzeżonych informacji, odnosi się do wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk, zostało poparte dowodami potwierdzającymi podjęcie działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji.

Odwołujący nie odnosi się w sposób szczegółowy do treści uzasadnienia zastrzeżenia oraz nie odnosi się zupełnie do załączników do uzasadnienia, niemal w całości mają teoretyczny oraz szablonowy. Brak jest jakiegokolwiek odwołania do przedmiotu niniejszego zamówienia, jakim są roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej. Twierdzenia te mogłyby zostać zawarte w odwołaniu dotyczącym innego rodzaju i przedmiotu zamówienia, np. dotyczącego usług marketingowych.

Zastrzeżone przez przystępującego wycinki wyjaśnień dotyczą fragmentów, gdzie faktycznie zawarte w nich informacje stanowią *know-how* przystępującego oraz mają dla niego wartość gospodarczą. Przystępujący wykazał, że nie chce, aby podmioty konkurencyjne weszły w posiadanie tych informacji. Zasadnie wskazał on w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że wypracowanie tych zasad i warunków współpracy pochłonęło określone nakłady kapitałowe i osobowe, a ich przejęcie przez podmioty konkurencyjne pozwoli nie tylko na zastosowanie tych zasad przez konkurencję bez ponoszenia dodatkowych kosztów, ale również – podmioty te będą mogły łatwiej oszacować, jaką cenę jest w stanie zaoferować przystępujący za realizację podobnego zamówienia. Przykładowo konkurencyjni wykonawcy uzyskaliby wiedzę o tym jaką czasochłonność określonych prac zakłada przystępujący oraz

jakie stosuje metody i organizację pracy, aby taką czasochłonność uzyskać. Także w przypadku warunków handlowych – w związku z ich poznaniem, inny przedsiębiorca mógłby domagać się od partnerów handlowych wykonawcy analogicznych warunków. Zastrzeżone informacje stanowią więc element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, stąd ich utrata doprowadzi do zachwiania pozycji przystępującego na rynku i utraty potencjalnych przyszłych zamówień,
a w konsekwencji – zmniejszenia przychodów.

Przystępujący – zastrzegł m.in. fragmenty wyjaśnień wskazujące wewnętrzne, autorskie procedury wdrożone lub wymyślone przez wykonawcę m.in. w zakresie sposobu organizacji pracy czy sposobu wykonywania prac w celu uzyskania lepszej wydajności.

Także w niniejszym stanie faktycznym – ujawnienie np. ofert dostawców materiałów może doprowadzić do pozyskania analogicznych warunków współpracy, jakie dostępne są obecnie przystępującemu, przez szersze grono podmiotów.

Nie tylko wysokość rabatów, ale również nazwy dostawców, kwoty zakupu, warunki umów z podmiotami prywatnymi – mogą obiektywnie posiadać wartość gospodarczą uzasadniającą uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie uwzględnia, że wartość gospodarczą mają konkretne informacje zawartej w tych ofertach takie jak np. nazwy kontrahentów czy ceny zakupu. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, dlaczego odmawia wartości gospodarczej informacjom zawartym np.
w ofertach na studnie DN1000, kruszywo bazaltowe, kruszywo granitowe, podsypkę, rury PE, materiały do odtworzenia nawierzchni asfaltowych oraz transport.

Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dołączono również dowody potwierdzające podjęcie działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Obowiązek wykazania podjęcia niniejszych działań – wynikający z przepisu art. 18 ust. 3 Pzp - został przez przystępującego faktycznie zrealizowany poprzez załączenie wewnętrznych aktów dotyczących zobowiązania pracowników do zachowania poufności informacji.

Przystępujący Terlan wskazał, że odwołujący kwestionuje punkt 3 i 4 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przytacza wybiórczo fragmenty z tego uzasadnienia, by następnie podsumować je 1, maksymalnie 2 zdaniami, które każdorazowo odnoszą się do rzekomej „ogólnikowości", „hasłowości", „braku informacji".

Określając w sposób opisowy na wartość zastrzeganych informacji przystępujący podkreślił, że wskazują one na sposób organizacji wykonawcy oraz realizacji i wyceny podobnych robót budowlanych. Przystępujący jednoznacznie wykazał, że wartość zastrzeganych informacji, czyli wyjaśnień ceny z załącznikami, przejawia się w możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami. Efektywne konkurowanie przejawia się
w wypracowanym latami mechanizmie kalkulacji ceny oferty, który prowadzi do maksymalnej optymalizacji kosztów. Terlan poniósł nakłady czasowe i kosztowe, by wypracować metodykę kalkulacji ceny, co bezpośrednio przekłada się na wartość tych informacji. Gdyby te informacje zostały odtajnione to inne podmioty działające na tym rynku lub wchodzące w tą branżę mogłyby bez ponoszenia wspomnianych nakładów czasowych i kosztowych uzyskać dostęp do metodyki kalkulacji i przyjąć jej elementy (lub nawet całość) w swojej organizacji. Byłoby to jednoznaczne z utratą przewagi konkurencyjnej na tym polu. Oczywistą wartością, o której przystępujący pisze, jest możliwość zastosowania tego wypracowanego mechanizmu, pozwalającego na efektywne obniżenie kosztów, a którego nie ma konkurencja.

Na wypracowanie tego mechanizmu poniesiono w ciągu lat liczne nakłady – osobowe, czasowe i pieniężne. Wypracowanie tej metodyki kalkulacji, obecnie zastrzeganej to także kosztowne błędy, które powodowały, że nie udało się uzyskać niektórych zamówień, ale dzięki tym błędom usprawniano metodykę kalkulacji. To wszystko wpływa na wartość zastrzeganych informacji. Informacji, które w przypadku ujawnienia mogłyby zostać wykorzystane, doprowadzając do obniżenia pozycji konkurencyjnej Terlan także w przyszłych postępowaniach. Przystępujący wskazywał także na inne aspekty wartości tych informacji. Fakt, że w efekcie długoletnich, indywidualnych relacji z podwykonawcami przystępujący ma możliwość uzyskania korzystnych cen jest oczywistą wartością. Ujawnienie tych cen umożliwiłoby konkurencji próby uzyskania podobnych, a tym samym obniżenie swojej ceny oferty. Dotyczy to zarówno przyszłych zamówień, jak i sytuacji, gdyby doszło do unieważnienia niniejszego postępowania i ponownego ogłoszenia postępowania o to zamówienie. Wpływa to bezpośrednio na pozycję konkurencyjną Terlan. Chociaż wartość gospodarcza nie musi być zawsze wyrażana w kwocie nominalnej i Terlan wykazał ją w sposób opisowy, to jednak dokonał szacunków w celu wyceny tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach. Przystępujący wskazał konkretnie oszacowaną wartość (3 miliony złotych) oraz wytłumaczył w jaki sposób ją obliczył tj. jako szacunkową równowartość 3-letnich spodziewanych zysków Terlan z tytułu realizacji zamówień
o podobnym przedmiocie, jak w niniejszym postępowaniu. Gdyby bowiem informacje dotyczące m.in. metodyki kalkulacji ceny Terlan, cen uzyskanych od podwykonawców zostały ujawnione to konkurenci - zgodnie z powyżej opisanym schematem postępowania – mogli wykorzystywać te informacje w celu obniżenia ceny swojej oferty. Może to prowadzić

do niepozyskania zamówień przez Terlan co jednoznacznie powoduje szkodę w postaci nieuzyskania zakładanego zysku z tytułu realizacji tychże zamówień. Terlan jednoznacznie wykazał w jaki sposób konkurenci mieliby te informacje wykorzystać. Po drugie, nie jest tak, że Terlan nie potrafi wskazać konkretnego zakresu informacji. Terlan zastrzega wszystkie informacje wskazując, że ich ujawnienie może spowodować, że część kosztów w jakimś zakresie może zostać wykorzystana przez konkurencję. Nie świadczy to o tym, że Terlan nie wie w jakim zakresie utajnia informacje, tylko nie wie (bo nie może wiedzieć) w jakim zakresie te informacje zostaną wykorzystane przez konkurencję – może to być mniejsza część, większość, a nawet wszystkie. Z tego powodu wynika określenie „*w jakimś zakresie niektórych kosztów*" i nie świadczy to o żadnych niejasnościach w uzasadnieniu Terlan.

Przystępujący w obszerny sposób wykazał działania podjęte w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Co więcej, na poparcie swoich słów przedłożył stosowne dowody w tym dokumenty dotyczące obowiązujących w jego organizacji polityk bezpieczeństwa. Terlan wskazał na ograniczone grono osób mających dostęp do zastrzeżonych informacji, a także opisał fizyczne i elektroniczne środki bezpieczeństwa mające na celu zabezpieczenie informacji (m.in. elektroniczne systemu dozoru, zamki, szyfrowane katalogi sieciowe, poziomy dostępu itd.). Oczywiście nie wymieniono wszystkich mechanizmów zabezpieczenia, ponieważ służą one utajnianiu informacji. Opisane zostały także oświadczenia i klauzule umowne, którymi związani są pracownicy i współpracownicy Terlan. Przystępujący wskazał w swoim uzasadnieniu na obowiązki wynikające zarówno
z ustaw, jak i nakładane wewnętrznymi regulacjami. Opisane zostały także zasady postępowania z informacjami.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, odstępstwo od zasady jawności postępowania jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Takim przypadkiem jest wyłączenie jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy następujące przesłanki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, 3) podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu zachowania poufności.

W odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy KAN-WOD, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba zwraca uwagę, że Kan-WOD wykazał zasadność zastrzeżenia określonych treści tajemnicą przedsiębiorstwa,
a odwołujący domniemania tego nie obalił.

Izba wskazuje, że twierdzenie odwołującego, że w przypadku przystępującego KAN-WOD całość wyjaśnień w zakresie ceny oferty została objęta zastrzeżeniem jako tajemnicą przedsiębiorstwa jest niezasadna. Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie wyodrębnione, kluczowe wycinki wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Przystępujący prawidłowo przyjął, że zasadą obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zasada jawności, a zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od wskazanej zasady ogólnej. Odwołujący nie odnosi się w sposób szczegółowy do treści uzasadnienia zastrzeżenia oraz nie odnosi się zupełnie do załączników do uzasadnienia.

Zdaniem Izby, w przypadku warunków handlowych – w związku z ich poznaniem, inny przedsiębiorca mógłby domagać się od partnerów handlowych wykonawcy analogicznych warunków. Zastrzeżone informacje stanowią więc element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, stąd ich utrata doprowadzi do zachwiania pozycji przystępującego na rynku i utraty potencjalnych przyszłych zamówień,
a w konsekwencji – zmniejszenia przychodów – co faktycznie daje wymierny efekt w postaci złożenia konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu – oferty z jedną z najniższych cen, najniższą po odrzuceniu oferty Rawo.

Przystępujący – zastrzegł m.in. fragmenty wyjaśnień wskazujące wewnętrzne, autorskie procedury wdrożone lub wymyślone przez wykonawcę m.in. w zakresie sposobu organizacji pracy czy sposobu wykonywania prac w celu uzyskania lepszej wydajności.

Argumentacja przystępującego KAN-BUD ma charakter rzeczowy, konkretny i powiązany z przedmiotem postępowania. Przystępujący wykazał, że:

• zastrzeżone informacje dotyczą *know-how* w zakresie organizacji pracy, metodologii realizacji robót, systemu zarządzania czasem i zasobami,

• stanowią wynik inwestycji kapitałowej i intelektualnej przedsiębiorstwa, a przystępujący KAN-BUD dzięki utrzymywaniu ich w poufności, może skutecznie walczyć o przewagę konkurencyjną na rynku;

• ujawnienie tych informacji umożliwiłoby konkurentom replikację rozwiązań bez poniesienia analogicznych kosztów, co oznaczałoby utratę przewagi konkurencyjnej,

• informacje te utrzymywane są w tajemnicy w sposób trwały (objęcie ich zastrzeżeniem nie ma charakteru incydentalnego);

• informacje, które zastrzega mają wartość gospodarczą, gdyż w przypadku uzyskania przez konkurencyjnych wykonawców wiedzy nt. przyjętego przez przystępującego KAN-BUD sposobu kalkulacji ceny, założeń kosztowych, warunków handlowych – mogą zostać przejęte przez konkurencyjne podmioty i wdrożone jako własne w kolejnych postępowaniach, co będzie miało niewątpliwie wpływ na utratę przewagi konkurencyjnej przez przystępującego KAN-BUD; nie jest konieczne podanie konkretnej wartości księgowej lub rynkowej a wystarczające jest wyjaśnienie, jakie zyski generuje informacja lub jaką szkodę spowoduje jej ujawnienie poprzez rzeczowe wskazanie na źródła tych zysków lub szkody i powiązanie ich związkiem przyczynowo-skutkowym z kwestią utrzymania informacji w tajemnicy;

• ujawnienie warunków handlowych prowadziłoby do utraty przewagi negocjacyjnej
w przyszłych postępowaniach.

Twierdzenie odwołującego, jakoby przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, jest sprzeczne z treścią dowodów zawartych w dokumentacji postępowania, których upublicznienie mogłoby prowadzić do osłabienia pozycji konkurencyjnej wykonawcy w kolejnych postępowaniach. Odwołanie nie zawiera żadnych zarzutów odnoszących się do formalnych uchybień złożonego uzasadnienia, nie wskazuje także jakichkolwiek konkretnych informacji, które – mimo zastrzeżenia – powinny być jawne ani nie wykazuje, by zachodziły podstawy do odtajnienia wskazanych załączników.

W odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy TERLAN, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny. Izba zwraca uwagę, że TERLAN nie wykazał zasadność zastrzeżenia określonych treści tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże mając na uwadze okoliczność, iż uwzględnienie tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, Izba oddaliła odwołanie w całości. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia 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. Przystępujący Terlan nie złożył oferty najkorzystniejszej, nie wniósł również samodzielnie odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego, co wyklucza konieczność nakazywania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert względem oferty wykonawcy Terlan, w tym udostępnienia odwołującemu w całości wyjaśnień zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, co nie zmienia faktu, że wyjaśnienia te nie zasługują na ochronę.

Izba wskazuje, że w odróżnieniu od wykonawcy KAN-WOD przystępujący Terlan nie dokonał zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa elementów istotnych, które mogłyby takiej ochronie podlegać, zastrzegając w całości złożone wyjaśnienia. Izba stoi na stanowisku,
że takie zastrzeganie – w całości – wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie wypełnia przesłanek ustawowych związanych z generalną zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie i doktrynie, ochronie tajemnicą przedsiębiorstwa mogą podlegać elementy wyjaśnień istotnie związane z *know-how* wykonawcy w danym postępowaniu, które może rozciągać się na inne przyszłe postępowania. Z tego też względu wykonawca powinien szczegółowo wskazać, które z elementów wyjaśnień i w jakim zakresie mogą podlegać takiej ochronie. Zastrzeganie *en bloc* wszystkich informacji, bez szczegółowego uzasadnienia każdego zastrzeganego elementu musi spotkać się
z krytyką.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z 30 maja 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 69/22*„(…). Uwypuklić zatem należy, na co zwróciła również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza*
w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności
i przejrzystości postepowania czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci. W sposób jasny i jednoznaczny dał temu wyraz ustawodawca wprowadzając ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych zmianę art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. W uzasadnieniu do poselskiego projektu tej ustawy (druk sejmowy nr 1653, Sejm RP VII kadencji) wyjaśniając przyczyny zmiany art. 8 ust. 3 wskazano,

że "Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. (…). W art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) wskazano, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia "wykazanie",
o którym mowa w art. 18 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek "wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku "udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej
z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 18 ust. 3 p.z.p. z 2019 r. (…). Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu,
że pozostanie poufna. Taka informacja może 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.".

Zarzut nr 3 - Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Odwołujący podniósł, że przedstawione przez KANWOD – W.T. wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i nie zawierają szeregu kluczowych informacji, niezbędnych dla wyjaśnienia ceny. Wyjaśnienia zawierają szerokie przytoczenie orzecznictwa – co nie ma żadnego znaczenia dla wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawcę wezwanego do udzielenia wyjaśnień. Wykonawca ogólnikowo opisał niektóre aspekty związane z kalkulacją ceny, ale także w sposób powierzchowny, niepozwalający na weryfikację arytmetyczną podanych wartość. Istotą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest bowiem przedstawienie wyczerpującej kalkulacji – zamawiający musi bowiem móc prześledzić każdy krok poczyniony przez wykonawcę w trakcie kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca musi zatem przedstawić wszystkie dane liczbowe i wartości użyte w trakcie kalkulacji ceny ofertowej.

Zdaniem odwołującego, wezwanie zamawiającego miało charakter szczegółowy i nakładało na wykonawcę obowiązek przedstawienia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami odnośnie do zagadnień wskazanych w pkt 1-8 pisma, a także „*złożenia wyjaśnień w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych*".

Wykonawca nie przedłożył żądanych od niego wyliczeń. Przekazane przez niego wyrywkowe informacje i liczby oraz dokumenty nie składają się na całość, która pozwoliłaby na weryfikację ceny ofertowej i uznanie, że nie jest ona zaniżona. W konsekwencji – niewykazanie przez KANWOD prawidłowości jego ceny ofertowej uprawnia do uznania, że jest ona rażąco niska. KANWOD przedstawił jedynie w sposób lakoniczny stwierdzenia na temat rzekomej poprawności wyliczenia ceny oraz kompletności oferty, które to stwierdzenia nie zostały poparte przez niego żadnymi dowodami, m.in. założeniami, zgodnie z którymi KANWOD zamierza zrealizować przedmiot zamówienia (np. wydajność prowadzenia robót, czas ich trwania, zaangażowanie potencjału ludzkiego oraz sprzętowego, itp. odniesionymi do zakresu inwestycji) oraz wynikającą z tych założeń kalkulacją – tj. wyliczeniem ceny lub kosztu, o co między innymi wzywał zamawiający.

Natomiast stwierdzeń KANWOD zawartych w pkt. 9. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, również nie można traktować jako dowodów, gdyż nie przedstawiają one realnej i podlegającej weryfikacji wartości kosztu płac oraz kosztu pracy sprzętu, które wynikają z faktycznej ilości osób stanowiących jedną brygadę, faktycznej liczby brygad oraz ilości

jednostek sprzętowych, które wykonawca ten zamierza przeznaczyć do realizacji przedmiotowego zadania w określonym czasie. Stwierdzenia te są bardzo ogólnikowe i nie wynikają z nich żadne konkretne wartości. Ponadto, jedyne dowody, jakie KANWOD przedstawił w ramach złożonego wyjaśnienia sprowadzają się do 4 ofert materiałowych, których część pokrywa się wzajemnie oferowanym asortymentem (dotyczy oferty na dostawę m.in. tych samych rur, kształtek i studni tworzywowych) oraz oferty na wykonanie robót drogowych, których łączna wartość (przy uwzględnieniu powielonego asortymentu) nie przekracza 5.692.642,37 zł netto, co stanowi zaledwie 23,5% oferty wykonawcy. Nie można zatem mówić o przedstawieniu przez wykonawcę istotnych części składowych oferty, do których przedstawienia wzywał zamawiający. KANWOD wycenił w pozycji 31 zestawienia materiałów pozycję „opłata za umieszczenie urządzeń infrastruktury technicznej w pasie drogowym – drogi gminne" (opłata roczna) – na kwotę 170.592,36 zł. Tymczasem, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 13: „*Zamawiający informuje, że Wykonawca nie ponosi opłat za umieszczanie urządzeń w pasach drogowych*". Oznacza to, że cena ofertowa KANWOD powinna zostać w rzeczywistości obniżona o 170.592,36 zł – a zatem zwiększa się stopień rażącego zaniżenia wartości tej oferty. Jest ona bowiem jeszcze tańsza i w jeszcze większym stopniu narusza zasady ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania stwierdzając, iż wyjaśnienia wykonawcy nie wypełniają przesłanek ustawowych do uznania ich za wystarczające.

Przystępujący KANWODwskazał, że dziwi go stanowisko zamawiającego, który pierwotnie uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające. Przystępujący wskazał, że w jego ocenie uwzględnienie zarzutu odwołania wywołane jest taktyką procesową zamawiającego wynikającą z wniesienia odwołania przez wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniu odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej było wezwaniem blankietowym, tzn. odnosiło się w swojej treści li tylko do przesłanek ustawowych określonych przepisem art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym nie sposób twierdzić, że wyjaśnienia wykonawcy nie odpowiadały treści wezwania. Zdaniem Izby wyjaśnienia wykonawcy były wprost proporcjonalne do wezwania zamawiającego. Ponadto podnieść należy, że każdy przedmiot zamówienia dedykowany jest do określonej grupy przedsiębiorców, którzy posiadają odpowiednie do zakresu robót doświadczenie i potencjał kadrowo-sprzętowy. Rynek danej branży identyfikuje zastosowanie odpowiednich technologii oraz sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że za zaoferowaną przez wykonawcę cenę nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia, w szczególności należy zwrócić uwagę, że do oferty zostały załączone kosztorysy ofertowe, które zawierały określone ceny za poszczególne prace. Odwołujący, względem tych kosztorysów żadnego zarzutu nie postawił, czyli należy domniemywać, że ceny za poszczególne rodzaje prac nie budziły jego wątpliwości.

Odwołujący nie przedstawił również żadnego dowodu, który potwierdzałby zasadność stawianych zarzutów. Zgodnie natomiast z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba wskazuje również, że podstawą wezwania zamawiającego był przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający stwierdził, że cyt.: „*Zaoferowana przez Wykonawcę cena 28 410 967,41 zł brutto jest o 54,6% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania na kwotę 62 633 736,67 zł. W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych*".

Izba stoi na stanowisku, że o ile przesłanka ustawowa wskazana ww. przepisem nie budzi wątpliwości o tyle może być niewymierna w sytuacji, w której ceny ofert wykonawców są zbliżone cenowo. Dlatego też ustawodawca dał możliwość odstąpienia od kierowania wezwania przez zamawiającego w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zdaniem Izby, przystępujący KANWOD w swoich wyjaśnieniach w sposób oczywisty i realny wykazał, że kalkulując cenę ofertową dokonał rozeznania terenu, wskazał na możliwość uzyskania określonych cen dla najważniejszych przy realizacji umowy materiałów, załączając oferty dostawców, dysponuje odpowiednią kadrą oraz powołał się na prawidłowe realizacje podobnych inwestycji, załączając referencje i protokoły odbioru. Wszystkie te elementy dają podstawę do uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Jak wskazał przystępujący KANWOD w swoich wyjaśnieniach, metoda oszczędnościowa wykonania zamówienia polega przede wszystkim na intensyfikacji działań i maksymalnego wykorzystania potencjału osobowego i rzeczowego firmy na budowie, co skutkuje, iż wykonuje pracę wcześniej niż jest to zawarte w umowach, a także niż inni wykonawcy, obniżając jednocześnie koszty stałe firmy, dzięki czemu osiąga dodatkowy, pozytywny efekt ekonomiczny. Zdaniem Izby jest to prawdziwie ekonomiczny czynnik dający podstawę do twierdzenia, że przez zastosowanie takiej metody, wykonawca uzyskuje

przewagę ekonomiczną nad innymi wykonawcami polegającą na możliwości skrócenia czasu wykonywania zamówienia, co przekłada się na oszczędności np. w wynagrodzeniu pracowników.

Zarzut nr 4 - Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zgodnie z pkt IV.5 specyfikacji warunków zamówienia: Zamawiający działając zgodnie z przepisem art. 121 pkt 1 ustawy Pzp wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę składającego ofertę kluczowych zadań, tj. robót budowlanych w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej.

Wykonawca TERLAN wskazał w pkt 8 oferty: *„podwykonawcom zamierzam / ~~zamierzamy~~ powierzyć wykonanie następujących części zamówienia:*

część robót budowlano-montażowych branży sanitarnej, elektrycznej, AKPiA

część robót ziemnych wraz z odtworzeniem nawierzchni"

W tej sytuacji – oferta TERLAN jest niezgodna z wymogami SWZ – i powinna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania.

Przystępujący Terlan wskazał, że zamawiający wymaga od wykonawców osobistego wykonania robót budowlanych w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej. Terlan w pkt 8 oferty wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy m.in. wykonanie części robót budowlano-montażowych branży sanitarnej. Nie sposób natomiast zgodzić się, że świadczy to o niezgodności treści oferty Terlan z warunkami zamówienia. Pojęcie „roboty budowlano-montażowe branży sanitarnej" jest szersze od pojęcia „roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej". Każde roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej będą robotami branży sanitarnej, ale są roboty branży sanitarnej nie dotyczące kanalizacji sanitarnej (np. montaż, dostawa i wykonanie elementów pomocniczych przepompowni). Przystępujący faktycznie zamierza powierzyć część robót branży sanitarnej podwykonawcom, ale nie będą to roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej, które zgodnie z pkt. IV.5 SWZ mają być wykonane osobiście i które Terlan oczywiście zamierza w ten sposób realizować. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że treść oferty Terlan jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym, że winna być odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny. Jednakże mając na uwadze okoliczność, iż uwzględnienie tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, Izba oddaliła odwołanie w całości. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia 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. Przystępujący Terlan nie złożył oferty najkorzystniejszej, nie wniósł również samodzielnie odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego, co wyklucza konieczność nakazywania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert względem oferty wykonawcy Terlan.

Zdaniem Izby zarzut jest zasadny, gdyż oferta wykonawcy Terlan jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Zamawiający wyraźnie w treści SWZ wskazał, że w zakresie robót budowlanych dotyczących budowy kanalizacji sanitarnej wymaga osobistego wykonania zakresu zadania kluczowego przez wykonawcę składającego ofertę. Wykonawca Terlan w ofercie oświadczył, że ten zakres zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, co wprost wskazuje na sprzeczność z warunkami zamówienia. Argumentacja wykonawcy Terlan przedstawiona w piśmie procesowym jest o tyle niezasadna, że nie wynika z treści oferty. Gdyby bowiem wykonawca Terlan w ofercie wyjaśnił na czym ma polegać powierzenie zadania podwykonawcy i w jakim zakresie, to zamawiający miałby prawo do zbadania tej okoliczności. Na chwilę złożenia oferty zamawiający takiej wiedzy nie posiadał. Tym samym Izba, pozostając w granicach zarzutów odwołania (art. 555 ustawy Pzp) stwierdziła, że oferta wykonawcy Terlan podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 10 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

KIO 1749/25

05 maja 2025 roku, W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. (dalej *„odwołujący"*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętych przez zamawiającego oraz czynności zaniechanych przez zamawiającego polegających na: dokonaniu nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwa Budowlanego KAN-BUD A.W. (dalej KAN-BUD) i nieuzasadnione uznanie że oferta tego wykonawcy jest najkorzystniejsza, zaniechaniu wykluczenia oraz odrzucenia oferty KAN-BUD, zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez firmę KANWOD W.T..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy -

Przedsiębiorstwa Budowlanego KAN-BUD A.W., pomimo

iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót branży drogowej – (…) posiada wymagane doświadczenie zawodowe ocenione przez zamawiającego w ramach oceny spełnienia warunków udziału (karta 8/9 SWZ), co miało istotny wpływ na podejmowanie przez zamawiającego decyzji

w zakresie oceny ofert, poprzez wskazanie nierzetelnych oraz nieprawdziwych danych,

że pan P.M. pełnił funkcję kierownika robót branży drogowej na budowie pn. ,,Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka" zrealizowanej przez zmawiającego - Gminę Radomsko, w sytuacji gdy w rzeczywistości funkcji tej nie pełnił na tej budowie.

2.art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przez niestwierdzenie przy istnieniu obiektywnych przesłanek porozumienia między wykonawcami: Przedsiębiorstwem Budowlanym KAN-BUD A.W. a RAWO Infrastruktura sp. z o.o. w Łodzi, w celu zakłócenia konkurencji i niewykluczenie ww. wykonawców z postępowania.

3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 26.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2022 poz. 1233 z późn. zm.) mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i nieodrzucenie oferty wybranego wykonawcy podlegającego wykluczeniu, tj. KAN-BUD, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającej na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia), wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych

z prawdą informacji w wykazie osób złożonym zamawiającemu, w sytuacji gdy złożone

w tym wykazie zapewnienia nie były zgodne z rzeczywistością w stosunku do kierownika robót branży drogowej.

4.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2022 r. poz. 1233) i art. 16 ust. 1 pkt 1 PZP, przez wybór

w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako najkorzystniejszej oferty KAN-BUD, która winna być odrzucona jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z powodu zakłócenia konkurencji i złożenia jej w warunkach czyni nieuczciwej konkurencji polegającej na podaniu nieprawdziwej informacji o kierowniku robót branży drogowej w zakresie potwierdzenia jego doświadczenia zawodowego - co stanowi działanie sprzeczne

z prawem, a ponadto - stanowi również naruszenie dobrych obyczajów - oraz działania te naruszają interesy innych wykonawców oraz zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty KAN-BUD,

3)wykonanie czynności w postaci wykluczenia wykonawcy KAN-BUD i odrzucenia jego oferty z uwagi na porozumienie z innym wykonawcą w celu zakłócenia konkurencji,

4)dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma oczywisty interes prawny we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę. Wykonawca złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności zamawiającego oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania stosownej umowy na warunkach, które umożliwiają jej wykonanie. W wyniku naruszenia przepisów ustawy PZP przez zamawiającego - odwołujący utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz stosownych referencji.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego oraz przystępujących wykonawców KAN-BUD oraz RAWO Infrastruktura (za wyrokiem Sądu Okręgowego

w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty*

i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów"), wskazuje, co następuje.

Zarzuty nr 1 i 3.

Odwołujący wskazał, zgodnie z zapisem rozdziału VIII ust. 3 pkt 2 lit. b SWZ warunkiem udziału w postępowaniu był wymóg, aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, w tym: jedną osobę którą będzie brała udział w realizacji zamówienia jako kierownik robót branży drogowej posiadającą co najmniej uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, posiadającą doświadczenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w charakterze kierownika robót branży drogowej przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie odtwarzania nawierzchni lub budowie nawierzchni o długości min. 5 kilometrów, przy budowie kanalizacji sanitarnej zawierającym w swoim zakresie rurociąg tłoczny i grawitacyjny oraz budowę przepompowni.

Wykonawca KAN-BUD w złożonej przez siebie ofercie w załączniku nr 9 przedstawił wykaz osób, o których mowa w rozdziale VIII ust. 3 pkt 2 lit. b SWZ jako kierownika robót branży drogowej wykazał (…) i oświadczył, że pełnił on samodzielną funkcję techniczną
w budownictwie w charakterze kierownika robót branży drogowej przy realizacji dwóch robót budowlanych, tj.: „Budowa kanalizacji sanitarnej Zaździerz - Grabina", „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka".

Zamawiający uznał, że przedłożony przez wykonawcę KANBUD wykaz osób potwierdza spełnienie przez tego wykonawcę warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę KAN-BUD i niezasadnie uznał, że złożony przez tego wykonawcę wykaz osób jest prawdziwy i rzetelny, chociaż faktycznie przy należytym sprawdzeniu zawartych tam danych oczywistym jest, że wykonawca ten w stosunku do osoby kierownika branży drogowej pana (…) podał nieprawdziwe informacje, gdyż nie był on kierownikiem robót na budowie nr 2 w miejscowości Lipie i Dąbrówka, co znajduje potwierdzenie w informacji telefonicznej uzyskanej od Gminy Radomsko (dowód: Wniosek
o udostępnienie informacji publicznej dotyczące Gminy Radomsko z 30.04.2025 r.).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że zamawiający niewłaściwie zweryfikował wskazane doświadczenie u zamawiającego - Gminy Radomsko, na rzecz której te roboty były wykonane i w zakresie jednej z nich nie zostały potwierdzone. Tym samym wykonawca składając dokument w postaci wykazu osób poświadczył nieprawdę czego dowiódł odwołujący weryfikując wskazane inwestycje u wcześniejszych zamawiających, na rzecz których były realizowane wymienione budowy. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełnienia wymagań postępowania dopuszcza się działania sprzecznego
z prawem, a także z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działania takie naruszają interes innych wykonawców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskania zamówienia. W tej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej,
w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie czego zagraża ich interesom i uzyskuje bezprawnie zamówienie publiczne. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, gdyż nierzetelny wykonawca wprowadził świadomie zamawiającego w błąd i nieuczciwe uzyskał zamówienie. Jest rzeczą oczywistą,
że nierzetelnego wykonawcę należy wyeliminować z postępowania. Wykonawca „złapany na gorącym uczynku" nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadami generalnymi ustawy Pzp,
tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jest rzeczą oczywistą, że przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej pogodzić się z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd, licząc następnie na to że nawet w sytuacji jeśli zamawiający posiądzie wiedzę, że został okłamany to i tak będzie zobowiązany do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia, co byłoby w praktyce przyzwoleniem na podawanie przez wykonawców bezkarnie nieprawdziwych informacji. W orzecznictwie KIO jednoznacznie przyjmuje się, że w zamówieniach publicznych nie ma miejsca na kłamstwa
i poświadczenia nieprawdy. Zamawiający po stwierdzeniu, iż podmiotowy środek dowodowy zawiera nieprawdziwe informacje powinien odrzucić ofertę, bo nie może być mowy o „drugiej szansie" jaką daje art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W sprawie odwołujący zachowanie wybranego wykonawcy kwalifikuje jako naruszenie generalnej klauzuli wyrażonej w art. 3 ust. 1 oraz delikt wskazany w art. 14 ust. 1 uznk.

W postępowaniu bezspornym był fakt, że informacje podane przez wybranego wykonawcę w wykazie osób nie

potwierdzały spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest określane czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej - narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.

Także w doktrynie przyjmuje się, że trudno przypuszczać, by nieprawdziwe oświadczenie wykonawcy zostało złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego lub z powodu rażącego niedopełnienia ciążących na nim obowiązków związanych z profesjonalnym charakterem jego działalności. W sytuacji, gdy nie ma podstaw by sądzić, iż błędnie interpretuje on treść warunków udziału w postępowaniu lub
że nieprawdziwe oświadczenie jest wynikiem omyłki.

Zdaniem odwołującego złożenie przez wybranego wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia celem potwierdzenia spełniania wymagań przetargu, daje się również zakwalifikować co najmniej jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Informacje podawane
w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy,
w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach,
z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodów z:

1) wydruku wiadomości e-mail z dnia 8 maja 2025 r. skierowanej przez przedstawiciela Gminy Radomsko, pana (…) (dowód nr 1a),

2) pisma z 07 maja 2025 r. stanowiące załącznik do wiadomości e-mail z 08 maja 2025 r.

- na fakt, że w postępowaniu na „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka" jako kierownik robót branży drogowej został wskazany pan (…);
obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołujący sformułował twierdzenie o fakcie (negatywnym), że wykazany w wykazie osób pan (…) nie pełnił funkcji kierownika robót branży drogowej na budowie pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka" – zrealizowanej przez zamawiającego – Gminę Radomsko. Twierdzenie o tym fakcie, który to fakt ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 3, pozostało gołosłowne. Zgodnie
z rozkładem ciężaru dowodu, to na odwołującym ciąży ciężar udowodnienia faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, z którego wywodzi on skutki prawne. Niewątpliwie odwołujący temu nie podołał. Odwołujący opiera swoje twierdzenia na dowodzie w postaci tzw. „informacji telefonicznej", która – jak wynika z treści odwołania – nie została w żaden sposób utrwalona ani udokumentowana. W szczególności odwołujący nie przedstawił nawet własnej notatki ze wspomnianej rozmowy telefonicznej, co uniemożliwia weryfikację zarówno treści, jak
i kontekstu przekazanych informacji. Co więcej, odwołujący nie wskazał tożsamości osoby, która miała przekazać tę informację po stronie Gminy Radomsko, ani nie wykazał, że osoba ta posiadała wiedzę pozwalającą na wiarygodne wypowiedzenie się co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia. W konsekwencji, przywołana przez odwołującego „informacja telefoniczna" nie może zostać uznana za dowód, który potwierdza prawdziwość sformułowanego przez odwołującego twierdzenia.

Kolejnym dowodem powołanym przez odwołującego jest wniosek z 30 kwietnia 2025 r.
o udostępnienie informacji publicznej. W tym zakresie wymaga podkreślenia, że odwołujący odwołuje się wyłącznie do treści samego wniosku, a nie do ewentualnej odpowiedzi udzielonej przez Gminę Radomsko. Tym samym, dokument ten stanowi dowód pochodzący od samego odwołującego (źródłem dowodowym jest tu sam odwołujący), a nie stanowisko zamawiającego, na rzecz którego realizowane było zamówienie. W konsekwencji nie może on zostać uznany za dowód potwierdzający zasadność kluczowego dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 1 i 3 twierdzenia sformułowanego przez odwołującego.

Przedmiotem dowodu mogą być fakty negatywne i najczęstszym sposobem na udowodnienie nieistnienia jakiegoś faktu, jest wykazanie innego faktu pozytywnego, sprzecznego z tym poprzednim. Odwołujący był zobowiązany w pierwszej kolejności wykazać, że funkcję kierownika robót branży drogowej przy realizacji zamówienia pełniła inna osoba niż wskazany w wykazie osób (…). W szczególności należy zauważyć, że zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, w przypadku zmiany kierownika robót, inwestor zobowiązany jest do dołączenia do dokumentacji budowy oświadczenia nowej osoby
o przejęciu obowiązków kierownika robót. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego dokonanie takiej

zmiany, ani też nie wykazał, że w realizacji przedmiotowego zamówienia uczestniczyła inna osoba niż (…) w charakterze kierownika robót branży drogowej.

Zamawiający prawidłowo przeprowadził kwalifikację podmiotową przystępującego KAN-BUD. Na etapie oceny podmiotowych środków dowodowych nie miał żadnej przesłanki, która wskazywałaby, że oświadczenie w zakresie doświadczenia (…) jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Zamawiający po otrzymaniu kopii odwołania zwrócił się (07 maja 2025 r.) do Gminy Radomsko jako zamawiającego w postępowaniu, którego przedmiotem była „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka" z zapytaniem o osoby, które pełniły obowiązki kierowników robót w trakcie realizacji tej inwestycji. 08 maja 2025 r. przedstawiciel Gminy Radomsko, pan (…), przesłał drogą komunikacji elektronicznej pismo,
z którego wynika, że przystępujący KAN-BUD wskazał jako kierownika budowy branży drogowej w tym postępowaniu pana (…) (dowód nr 1a – wydruk wiadomości e-mail z 08 maja 2025 r. (…) z Gminy Radomsko, dowód nr 1b – pismo z 07 maja 2025 r. stanowiące załącznik do wiadomości e-mail z 08 maja 2025 r.).

W ocenie zamawiającego nie ma więc żadnych przesłanek wskazujących na to,
że oświadczenie przystępującego KAN-BUD było nieprawdziwe, stąd wywody odwołującego o wprowadzeniu zamawiającego w błąd oraz czynie nieuczciwej konkurencji, należy uznać za bezprzedmiotowe.

Przystępujący KAN-BUD wskazał, że w rzeczywistości (…) brał udział w realizacji ww. zamówienia na rzecz Gminy Radomsko jako kierownik robót branży drogowej. Przystępujący przedstawił szereg dowodów dotyczących realizacji zamówienia na rzecz Gminy Radomsko, z których wynika potwierdzenie tej okoliczności:

– oświadczenie (…), podpisane przez inspektora nadzoru inwestorskiego (osobę pełniącą tą funkcję z ramienia zamawiającego) i podpisane również przez kierownika budowy – opisujące czynności wykonywane w ramach brania udziału jako kierownik robót branży drogowej,

- umowa o zamówienie wraz z wykazem osób złożonym w postępowaniu, potwierdzające jednoznacznie, że (…) – (i tylko on, ponieważ nie było żadnej innej osoby biorącej udział
w tym zamówieniu jako kierownik robót branży drogowej) – brał udział w tym zamówieniu jako kierownik robót branży drogowej.

Twierdzenia odwołującego o tym, że (…) nie brał udziału w realizacji zamówienia na rzecz Gminy Radomsko są gołosłowne i nie mają pokrycia w rzeczywistości. Odwołujący – opierając się w istocie wyłącznie na twierdzeniach własnych - usiłuje wytworzyć wrażenie, że (…) nie brał udział w realizacji zamówienia na rzecz Gminy Radomsko jako kierownik robót branży drogowej. Odwołujący opiera swoje twierdzenia na dowodzie w postaci „informacji telefonicznej", przy czym dowód ten nie jest utrwalony, a co za tym idzie nie wiadomo jaka dokładnie była treść owej informacji telefonicznej. Odwołujący nie przedstawił chociażby swojej notatki z tej rozmowy. Nie wiadomo kto ze strony Gminy Radomsko miał przekazać ww. informację. Nie wiadomo czy osoba ta posiada adekwatną wiedzę o przebiegu realizacji zamówienia. Zatem powołana przez odwołującego „informacja telefoniczna" nie potwierdza
w jakikolwiek sposób jego argumentacji.

Kolejnym dowodem powołanym przez odwołującego jest wniosek z 30.04.2025 r.
o udostępnienie informacji publicznej. Odwołujący powołuje się na sam wniosek, a nie odpowiedź Gminy Radomsko. Zatem jest to dowód wytworzony przez samego odwołującego, a nie dowód pochodzący od podmiotu, na rzecz którego realizowano zamówienie.

Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to, że to inna osoba (a nie (…)) brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz Gminy Radomsko jako kierownik robót branży drogowej. Skoro odwołujący wywodzi, iż to nie (…) brał udział w realizacji ww. zamówienia jako kierownik robót branży drogowej, to stosownie do art. 534 ust. 1 Pzp winien wykazać, że ktoś inny brał udział w realizacji tego zamówienia w tej roli.

Potwierdzenie, że (…) brał udział w realizacji zamówienia na rzecz Gminy Radomsko jako kierownik robót branży drogowej - znajduje potwierdzenie w ramach następujących dowodów:

1)oświadczenie samego (…) podpisanego przez niego samego oraz dodatkowo przez kierownika budowy (…) oraz inspektora nadzoru inwestorskiego (…) na zadaniu realizowanym na rzecz Gminy Radomsko:

Dodatkowo przystępujący przedkłada oświadczenie (…), z którego wynika potwierdzenie, że pełnił obowiązki kierownika robót w zakresie branży drogowej na zamówieniu realizowanym na rzecz Gminy Radomsko. Jednocześnie w oświadczeniu tym wskazał na prace wykonywane bezpośrednio pod jego nadzorem (dowód: oświadczenie (…) załącznik nr 1 do pisma procesowego). Na oświadczeniu, poza (…), podpisali się również kierownik budowy (…) oraz inspektor nadzoru inwestorskiego (…). Potwierdzenie, iż osoby te pełniły ww. role w ramach zamówienia zrealizowanego na rzecz Gminy Radomsko wynika odpowiednio z § 5 ust. 1 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 lit. b umowy o zamówienie nr KZP.272.7.2024 z dnia 24.05.2024 r. (dowód: wyciąg z umowy o zamówienie nr KZP.272.7.2024 z dnia 24.05.2024 r. załącznik nr 2 do pisma procesowego).

2)podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu osób, który przystępujący złożył

w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzedzającym realizację zadania na rzecz Gminy Radomsko – wraz z oświadczeniem, że osoby objęte wykazem będą odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi zgodnie z wymaganiami Gminy Radomsko.

Pan (…) został wskazany przez przystępującego w ramach wykazu osób złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzedzającym zawarcie umowy o zamówienie na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka". Jako zakres jego czynności wskazano „Kierownik robót w zakresie drogowym". Istotne jest również, iż w ramach wykazu osób przystępujący zawarł oświadczenie, iż (…) zostanie skierowany do realizacji zamówienia (dowód: wykaz osób złożony przez przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Radomsko - załącznik nr 3 do pisma procesowego).

3)umowa o zamówienie nr KZP.272.7.2024 z dnia 24.05.2024 r. zawarta między przystępującym oraz Gminą Radomsko na realizację zadania pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie i Dąbrówka"

Pan (…) został wskazany w ramach § 5 ust. 4 lit. c) umowy o zamówienie nr KZP.272.7.2024 z dnia 24.05.2024 r. jako osoba pełniąca obowiązki kierownika robót w zakresie drogowym (dowód: wyciąg z umowy o zamówienie nr KZP.272.7.2024 z dnia 24.05.2024 r. - załącznik nr 2 do pisma procesowego).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

Podsumowując przedstawione w sprawie dowody należy wskazać, że:

a) Pan (…) został wskazany przez przystępującego w ramach wykazu usług złożonego w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Radomsko jako osoba do pełnienia roli kierownika robót drogowych oraz przystępujący zobowiązał się do skierowania go do realizacji prac,

b) następie Pan (…) został wpisany jako kierownik robót w zakresie drogowym do umowy o zamówienie nr KZP.272.7.2024 z dnia 24.05.2024 r.,

c) w ramach swojego oświadczenia Pan (…) dodatkowo potwierdził, iż brał udział w realizacji zamówienia na rzecz Gminy Radomsko w roli kierownika robót branży drogowej, zaś oświadczenie to podpisali również kierownik budowy oraz inspektor nadzoru inwestorskiego.

Odwołujący powołał się na nieutrwaloną „informację telefoniczną" uzyskaną od nieokreślonego przedstawiciela Gminy Radomsko oraz na wniosek o udzielenie informacji publicznej (bez odpowiedzi na ten wniosek) - są to zatem wyłącznie twierdzenia własne odwołującego.

Odwołujący nie przedstawił dowodu, że inna osoba brała udział w realizacji ww. zamówienia w roli kierownika robót branży drogowej zamiast Pana (…), podczas gdy w świetle przepisów prawa, gdyby doszło do zmiany kierownika – istniałoby oświadczenie takiej osoby o przejęciu roli kierownika.

Zwrócić przy tym uwagę należy na dysproporcję między wagą zarzutów sformułowanych przez odwołującego a wagą dowodów, które przedstawił dla wykazania, iż Pan (…) miał nie brać udziału w realizacji zamówienia na rzecz Gminy Radomsko w roli kierownika robót branży drogowej. Odwołujący zarzuca przystępującemu przedstawienie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia (i to w zamiarze bezpośrednim, jako że w podstawie zarzutu powołano przepis m.in. art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp), co może wiązać się wykluczeniem go nie tylko z tego postępowania o udzielenie zamówienia, ale również z przyszłych postępowań stosownie do art. 111 pkt 5 i 6 Pzp. Z kolei potwierdzenie złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji ma wynikać z własnych twierdzeń odwołującego. Powołuje się on na ustalenia z rozmowy telefonicznej oraz wniosek o udostępnienie informacji publicznej. Udowodnienie przez Odwołującego okoliczności, że Pan (…) nie brał udziału w realizacji ww. zadania powinno polegać na przedstawieniu dowodów.

Izba podkreśla, że zarzut odwołującego – w obliczu braku przedstawienia w odwołaniu braku jakichkolwiek dowodów na jego potwierdzenie – ma charakter blankietowy.

Odnosząc się do dowodu powołanego na rozprawie przez odwołującego (wyciąg z Dziennika Budowy) Izba wskazuje, że okoliczność, iż w dokumencie tym nie został wymieniony Pan (…) jako kierownik robót branży drogowej pozostaje irrelewantny z punktu widzenia materiału dowodowego powołanego przez zamawiającego i przystępującego KAN-BUD, które w sposób jednoznaczny potwierdzają, że Pan (…) brał udział w referencyjnej robocie jako kierownik robót branży drogowej. Izba uznała zarzuty nr 1 i 3 za bezzasadne.

Zarzuty nr 2 i 4.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie przeprowadził również badania złożonych ofert pod kątem zawarcia porozumienia między wykonawcami - Przedsiębiorstwem Budowlanym KAN-BUD A.W. a RAWO Infrastruktura sp. z o.o w Łodzi, w celu zakłócenia konkurencji, w sytuacji gdy wykonawca RAWO Infrastruktura sp. z o.o. złożył najtańszą ofertę i nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny, w następstwie czego oferta ta została odrzucona, a wybrano następną w kolejności ofertę firmy Przedsiębiorstwo Budowlane KAN-BUD A.W..

Pojęcie „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji", o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy rozpatrywać przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275, dalej jako „u.o.k.k."). Zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazane są m.in. porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7). Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wpisuje się w porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., przy czym w relacji do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa PZP ogranicza zakres porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji do tzw. porozumień horyzontalnych, czyli uzgodnień dokonywanych przez wykonawców, a nie przez wykonawcę i zamawiającego. Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Ponadto prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub samego zamawiającego. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18, zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości.

Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo. Dla wykazania zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji co do zasady nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych - jako zakazanych z mocy u.o.k.k. - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 3 lutego 2020 r., sygn. akt VII Aga 1121/18, fakt zmowy powinien być oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, albowiem w przypadku zmowy przetargowej jej udowodnienie w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe.

Dlatego też, w sytuacji braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego zachowania. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, przejawem takiego porozumienia mogą być przykładowo: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (por. m.in. wyrok KIO z 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16, W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie

konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002).

Zdaniem odwołującego tego rodzaju symptomy zmowy przetargowej miały miejsce w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Okolicznością bezsporną w podmiotowej sprawie jest istnienie pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlanym KAN-BUD A.W. a RAWO Infrastruktura sp. z o.o. wielu zbieżności: prowadzenie tożsamej rodzajowo działalności gospodarczej, występowanie na tych samych przetargach publicznych, współpraca w realizacji zamówień publicznych, a także częste podejmowanie czynności w postępowaniach przetargowych na rzecz i korzyść drugiego podmiotu, poprzez rezygnację jednego podmiotu i pozyskanie zamówienia przez drugi podmiot na wyższą cenę. Jakkolwiek nie jest zabronione działanie na jednym rynku podmiotów powiązanych osobowo czy gospodarczo, to powyższe okoliczności wskazują na istnienie prawdopodobieństwa wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych, które przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności może uzasadniać podejrzenie naruszenia konkurencji.

Za taką argumentacją przemawiają następujące dowody z uzyskanych przez odwołującego (a powszechnie dostępnych) dokumentów przetargowych: z Gminy Dąbie i Gminy Galewice.

W szczególności należy zwrócić uwagę na tożsamy sposób działania tych podmiotów w gminie Dąbie, gdzie najtańszą ofertę złożyła firma Przedsiębiorstwo Budowlane KAN-BUD A.W., ale nie złożyła należytych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny i zamówienie uzyskała firma RAWO Infrastruktura sp. z o.o., ale roboty wykonywała firma Przedsiębiorstwo Budowlane KAN-BUD A.W. (poświadczenie) (dowód: dokumenty przetargowe z Gminy Dąbie i Galewice).

Analiza powyższych okoliczności faktycznych pozwala zdaniem odwołującego na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że firma Przedsiębiorstwo Budowlane KAN-BUD A.W. oraz wykonawca RAWO Infrastruktura sp. z o.o. zawarł porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę. (tj. oferty RAWO Infrastruktura sp. z o.o.), lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert (tj. oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego KAN-BUD A.W.).

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie przeprowadził należycie procedury badań ofert i nieprawidłowo nie dokonał właściwej oceny przedłożonych dowodów.

Zamawiający w postępowaniu przetargowym nie może także naruszać naczelnej zasady postępowania przetargowego - uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również działania zgodnie z zasadą przejrzystości. Z tych względów należy uznać, że swoim postępowaniem zamawiający naruszył interes prawny odwołującego, który prowadzi działalność gospodarczą i utrzymuje się z realizacji m. in. zamówień publicznych a w niniejszej sprawie mimo, iż złożył najkorzystniejszą ofertę na skutek wadliwego rozstrzygnięcia postępowania pozbawiony został możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Swoim działaniem zamawiający naruszył także interes publiczny, albowiem dopuścił do wyboru oferty wykonawcy niespełniającego wymogów SWZ, posługującego się nieprawdziwymi oświadczeniami i działającego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że czynność wykluczenia wykonawcy stanowi czynność zamawiającego podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
W odniesieniu do przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przy ocenie zasadności dokonania tej czynności (bądź jej zaniechania) zasadnicze znaczenie ma stan wiedzy zamawiającego oraz to, czy na gruncie tego stanu wiedzy wystąpiły „wiarygodne przesłanki", czy też nie. Zamawiający podziela pogląd odwołującego, że w przypadku tej przesłanki wykluczenia nie jest wymagane dysponowanie dowodami w ścisłym znaczeniu tego pojęcia. Zatem określenie „wiarygodne przesłanki" nie jest tożsame z pojęciem „dowodu". W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że wystarczające jest ustalenie, iż nie jest prawdopodobne, aby dany stan faktyczny zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i typowego przebiegu zdarzeń – lecz że jego źródłem było porozumienie pomiędzy zainteresowanymi wykonawcami, mające na celu osiągnięcie określonego rezultatu rynkowego (por. np. wyrok KIO z 7 kwietnia 2022 r., KIO 757/22, 807/22). Podkreśla się również, że istnienie zmowy przetargowej może zostać ustalone na podstawie zebrania i analizy okoliczności i wskazówek ujawnionych w konkretnym stanie faktycznym – jeżeli brak jest innego spójnego, logicznego i opartego na doświadczeniu życiowym wyjaśnienia tych okoliczności, i jeżeli wszystkie inne możliwości zostają wykluczone. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że przedstawione dowody poszlakowe muszą tworzyć taki zbiór faktów, z których można wyprowadzić tylko jeden racjonalny i logiczny wniosek – o istnieniu zmowy przetargowej, przy jednoczesnym wykluczeniu innych możliwych wersji zdarzeń, jako sprzecznych z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego (por. wyrok KIO z 7 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 757/22, 807/22).

Z drugiej jednak strony, zamawiający wskazuje, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp ma charakter sankcyjny,

ustanawiając podstawę do wykluczenia wykonawcy, a tym samym – jego eliminacji z udziału w postępowaniu na okres trzech lat od dnia wystąpienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia (art. 111 pkt 4 Pzp). Z uwagi na represyjny charakter tej instytucji, w orzecznictwie i doktrynie konsekwentnie podkreśla się konieczność ścisłej interpretacji tej regulacji, przy bezwzględnym zakazie stosowania wykładni rozszerzającej (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 75/23; wyrok KIO z dnia 12 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 368/24; wyrok KIO z dnia 23 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 368/24; wyrok KIO z dnia 15 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2868/22). W świetle powyższego, każda decyzja o wykluczeniu wykonawcy – jeśli ma być uznana za prawidłową i rzetelną – musi być dokonywana z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, wyrażonej w art. 16 pkt 3 Pzp jako jedna z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych. Zasada ta winna determinować wszelkie działania zamawiającego i stanowić podstawową wytyczną interpretacyjną przy dokonywaniu oceny prawidłowości jego czynności. Oznacza to również ostrożne stosowanie przepisów o wykluczeniu, biorąc pod uwagę ich cel i dalekosiężne skutki dla wykluczanego wykonawcy.

Przykładowo, w wyroku z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2960/22, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wiarygodną przesłankę stanowiła decyzja Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który stwierdził, że dany wykonawca zawarł porozumienie z innymi uczestnikami rynku mające na celu zakłócenie konkurencji. Co istotne, decyzja ta dotyczyła postępowań historycznych, tj. mających miejsce w latach poprzedzających postępowanie, którego dotyczyło odwołanie. Oznacza to, że „wiarygodna przesłanka" może wynikać zarówno z analizy przebiegu konkretnego postępowania i łańcucha ujawnionych w nim zdarzeń, jak i z dokumentów urzędowych, takich jak decyzje organów ochrony konkurencji stwierdzające zawarcie niedozwolonego porozumienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podkreślić, że zamawiający nie dysponuje żadnymi informacjami wskazującymi, aby wobec któregokolwiek z wykonawców – przystępującego KAN-BUD lub przystępującego RAWO – jakikolwiek uprawniony organ stwierdził kiedykolwiek udział w porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji. Rzecz jasna racjonalnie działający wykonawca nie składa oferty w postępowaniu przetargowym po to, aby – będąc potencjalnym zwycięzcą – zrezygnować z jej realizacji po otwarciu ofert. Takie zachowanie może bowiem stanowić przesłankę do uznania, iż rzeczywistym celem udziału tego wykonawcy w postępowaniu nie było zawarcie umowy, lecz wsparcie innego wykonawcy – co w świetle okoliczności może zostać zakwalifikowane jako element niedozwolonego porozumienia zakłócającego konkurencję. Jednak wyjaśnienie przystępującego RAWO jest wyjaśnieniem- wiarygodnym i zgodnym z życiowym doświadczeniem. Wadliwa wycena dokonywana przez wykonawców, pomijająca istotne elementy opisane w warunkach zamówienia, zdarza się bowiem regularnie. Inne okoliczności świadczą również o tym, że przystępujący ci nie byli w zmowie.

Zamawiający realnie ograniczył podwykonawstwo w tym postępowaniu i przystępujący KAN-BUD zadeklarował osobiste wykonanie zamówienia. Jednocześnie weryfikacja sytuacji podmiotowej obu przystępujących wskazuje, że są niezależnymi podmiotami, niepowiązanymi osobowo ani kapitałowo, prowadzącymi działalność gospodarczą w różnych formach prawnych. Przywoływany przez odwołującego fakt współpracy w przeszłości między wykonawcami, w tym stosunek podwykonawstwa, nie przesądza, iż w obecnym postępowaniu doszło do zawarcia między nimi porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.05.2021 r. (KIO 873/21) Izba potwierdziła, że: „*Sam fakt działania na rynku i podejmowania współpracy przez przedsiębiorców nie oznacza automatycznie, iż nie mogą konkurować ze sobą w różnych postępowaniach*."

Odwołujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, iż takie porozumienie zostało zawarte. Nie podjął nawet próby wykazania, że stwierdzenie przystępującego RAWO o pominięciu w wycenie przez tego wykonawcę istotnych elementów zamówienia, jest pozorne. Przy tym przytoczone przez odwołującego okoliczności (prowadzenie tożsamej działalności, występowanie w tych samych postępowaniach, współpraca w realizacji zamówień) dotyczą wszystkich wykonawców uczestniczących w badanym postępowaniu.

Powyższe doprowadza zamawiającego do wniosku, że nie wystąpiły wiarygodne przesłanki do stwierdzenia zmowy przetargowej przystępujących KAN-BUD i RAWO. Do stwierdzenia jej wystąpienia nie przekonuje również argumentacja odwołującego, dlatego odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 i 4 powinno zostać oddalone.

Przystępujący KAN-BUDwskazał, że fakt ewentualnej współpracy w przeszłości między wykonawcami, a w tym stosunek podwykonawstwa, nie przesądza, iż w danym postępowaniu doszło do zawarcia między nimi porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (vide: wyrok KIO z 07.01.2015 r., sygn. akt KIO 2691/14, z 26.05.2021 r., sygn. akt KIO 873/21).

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, że okoliczność fragmentarycznej współpracy przystępującego z wykonawcą Rawo Infrastruktura sp. z o.o. nie może przesądzać, iż w niniejszym

postępowaniu doszło między nimi do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zresztą to samo dotyczy samego odwołującego w kontekście przywołanego uprzednio w niniejszym piśmie postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Budowa kanalizacja sanitarnej na terenie wsi: Czapury, Wiórek, Babki i ul. Starołęckiej w Poznaniu", znak Z/115/2020, gdzie zamawiającym był AQUANET S.A. To, że odwołujący po odrzuceniu jego oferty w tym postępowaniu następnie je realizował jako podwykonawca konsorcjum WUPRINŻ S.A. oraz Terlan sp. z o.o. – nie oznacza automatycznie, iż w niniejszym postępowaniu między tymi podmiotami doszło do zawiązania jakiegoś porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Gdyby wskazać inaczej – to odwołujący – zgodnie zwiedzą przystępującego - był w sytuacji polegającej na tym,
że w postępowaniu oferty zostały złożone przez wykonawcę WUPRINŻ, Terlan i Kanwod W.T. – a następnie, po eliminacji obecnego odwołującego Kan-Wod Tarczyński – został on podwykonawcą Wuprinż, która złożyła ofertę na wyższą cenę. Zgodnie z logiką odwołującego – już taka sytuacja powinna być podstawą do stwierdzenia „zmowy przetargowej". Odwołujący opiera się na twierdzeniach, z których wynika wyłącznie,
iż w przeszłości przystępujący złożył ofertę w tych samych postępowaniach co wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. lub współpracował z tym wykonawcą przy realizacji zamówień. Nie są to jednak dowody, z których wynika potwierdzenie, że doszło między nimi do zawarcia jakiegokolwiek porozumienia w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie współpraca czy składanie ofert w tych samych postępowaniach przez wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu (a w tym przez odwołującego, wykonawcę WUPRINŻ S.A., wykonawcę Terlan sp. z o.o. czy wykonawcę Rawo Infastruktura sp. z o.o.) jest zjawiskiem powszechnym. Wynika to ze skali rynku lokalnego, na którym działają ww. podmioty. Również powołane przez odwołującego okoliczności (jak np. prowadzenie tożsamej rodzajowo działalności, występowanie w tych samych przetargach, współpraca w realizacji zamówień) dotyczą
w równym stopniu odwołującego, przystępującego oraz każdego z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Z tych powodów nie potwierdzają one, iż przystępujący zawarł z wykonawcą Rawo Infrastruktura sp. z o.o. jakiekolwiek porozumienie w niniejszym postępowaniu. Rynek lokalny, którego uczestnikami są wykonawcy, którzy złożyli oferty
w postępowaniu, a tym przystępujący, odwołujący, wykonawca Terlan sp. z o.o. czy wykonawca WUPRINŻ S.A. jest niewielki. Składa się na niego co najwyżej kilkunastu wykonawców. Jednocześnie charakteryzuje się on tym, że podmioty te konkurują między sobą o udzielenie zamówienia a jednocześnie współpracują ze sobą przy realizacji zamówień. Przykładowo należy wskazać na przypadek postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Budowa kanalizacja sanitarnej na terenie wsi: Czapury, Wiórek, Babki i ul. Starołęckiej
w Poznaniu", znak Z/115/2020, gdzie zamawiającym był AQUANET S.A. Przypadek tego postępowania najlepiej ukazuje, że w przypadku wykonawców działających na rynku lokalnym (a w tym odwołującego, wykonawcy Terlan sp. z o.o. oraz wykonawcy WUPRINŻ S.A.) powszechne są podane odwołującego w odwołaniu okoliczności takie jak prowadzenie tożsamej rodzajowo działalności, występowanie w tych samych przetargach oraz współpraca w realizacji zamówień. W postępowaniu tym ofertę z najniższą ceną złożył odwołujący. Drugą ofertą z najniższą ceną była oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Terlan sp. z o.o. oraz WUPRINŻ S.A. Następnie ofertę odwołującego odrzucono, zaś jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum Terlan sp. z o.o. oraz WUPRINŻ S.A. Natomiast na etapie realizacji zamówienia odwołujący był głównym podwykonawcą konsorcjum Terlan sp. z o.o. oraz WUPRINŻ S.A. w zakresie sieci i przyłączy (dowód: Informacja z otwarcia ofert, informacja o wyniku postępowania oraz informacja o podwykonawstwie w postępowaniu prowadzonym przez AQUANET S.A. [znak Z/115/2020] - załącznik nr 4 do pisma procesowego).

Z powyższego przykładu wynika, iż w przypadku podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym odwołującego, wykonawcy WUPRINŻ S.A. oraz wykonawcy Terlan sp.
z o.o. zachodzą takie okoliczności jak prowadzenie tożsamej rodzajowo działalności, występowanie w tych samych przetargach oraz współpraca w realizacji zamówień. Okoliczności te nie mogą, wobec tego stanowić – jak chciałby tego odwołujący – pośrednich przesłanek wskazujących, że między przystępującym oraz wykonawcą Rawo Infrastruktura sp. z o.o. doszło w niniejszym postępowaniu do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Niezależnie od powyższego należy dodatkowo wskazać na następujące przykłady postepowań o udzielenie zamówienia, gdzie oferty – w rożnych konfiguracjach składali – odwołujący, wykonawca WUPRINŻ S.A., wykonawca Terlan sp. z o.o. czy wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o.:

a) „Budowa kanalizacji sanitarnej w ulicy Sandomierskiej, Niżańskiej i Garszewo
w Poznaniu", znak Z/11/2019, gdzie zamawiającym był AQUANET S.A. W ramach przedmiotowego postępowania oferty złożyli odwołujący, a jednocześnie wykonawca WUPRINŻ S.A. i wykonawca Terlan sp. z o.o. działający jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (dowód: Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez AQUANET S.A [znak Z/11/2019] - załącznik nr 5 do pisma procesowego).

b)„Budowa sieci kanalizacyjnej sanitarnej w miejscowości Skrzynki oraz budowa sieci wodociągowej z miejscowości

Jeziorki do miejscowości Skrzynki", znak IN.271.3.4.2024, gdzie zmawiającym była Gmina Stęszew. W ramach przedmiotowego postępowania oferty złożyli odwołujący, wykonawca WUPRINŻ S.A., wykonawca Terlan sp. z o.o. oraz wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. (dowód: Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Stęszew - załącznik nr 6 do pisma procesowego),

c) „Rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej w Gminie Wierzchlas", znak ZP.271.6.2025, gdzie zamawiającym była Gmina Wierzchlas - w zakresie części II. W ramach przedmiotowego postępowania oferty złożyli odwołujący oraz wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. (dowód: Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wierzchlas - załącznik nr 7 do pisma procesowego).

W powyższą charakterystykę rynku lokalnego wpisuje się również sytuacja w ramach postępowań w Gminie Dąbie oraz Gminie Galewice. Podkreślenia wymaga, że przystępujący bierze udział w bardzo wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – kilkadziesiąt rocznie. Pojedynczy przypadek – polegający na odrzuceniu oferty w 2018 r.
(a więc 7 lat przed wszczęciem obecnego postępowania) – w Gminie Dąbie i następnie na podwykonawstwie – w żaden sposób nie potwierdza, że przedsiębiorstwa działają razem. Sam fakt, że odwołujący musiał sięgać do postępowania sprzed 7 lat, aby przedstawić przykład podwykonawstwa - powinien świadczyć o przypadkowości takiej sytuacji, a nie o zawartych porozumieniach. Do braku złożenia wyjaśnień nie dochodzi w przypadku „zmowy" ale
w związku z faktem, że w danym momencie poszczególne podmioty podejmują różne decyzje gospodarcze o zaangażowaniu się w dane przedsięwzięcia.

W ramach tamtych postępowań w przypadku przystępującego oraz wykonawcy Rawo Infrastruktura sp. z o.o. nie stwierdzono, że doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zatem dowody powołane przez odwołującego potwierdzają co najwyżej, że ww. podmioty ubiegały się w przeszłości o zamówienia oraz że następnie – doszło do podwykonawstwa przy realizacji zamówień. Potwierdzają one w istocie opisaną powyżej przez przystępującego charakterystykę rynku lokalnego. Nie potwierdzają one natomiast,
że w przeszłości czy obecnie w niniejszym postępowaniu doszło między przystępującym
a wykonawcą Rawo Infrastruktura sp. z o.o. do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Co istotne – tego rodzaju twierdzenia jakie próbuje wyprowadzać odwołujący – tj. próba dowodzenia w sekwencjach wieloletnich (przywołanie postępowania
z 2018 r.) – powinna raczej służyć w ewentualnym postępowaniu antymonopolowym a nie
w Krajowej Izbie Odwoławczej. Przystępujący oraz wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. są niezależnymi od siebie oraz konkurującymi ze sobą podmiotami. Siedzibą przystępującego jest Tuliszków, prowadzi on działalność w formie jednoosobowej działalności gospodarczej.
Z kolei wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. ma siedzibę w Łodzi oraz prowadzi działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący posiada stosowne doświadczenie, własny potencjał sprzętowy oraz osobowy, jak również wypracowane własne kontakty handlowe – co zostało szeroko opisane przez niego w ramach wyjaśnień ceny oferty złożonych w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący przytacza przykładowe postępowanie - oferty w postępowaniu złożyli m.in. przystępujący oraz wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. Cena oferta przystępującego była najniższa, zaś cena oferty wykonawcy Rawo Infrastruktura sp. z o.o. była drugą najniższą zaoferowaną w postępowaniu. Jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę przystępującego. Jednocześnie oferta wykonawcy Rawo Infrastruktura sp. z o.o. nie została odrzucona (dowód: Informacja o wyniku postępowania prowadzonego przez Związek Powiatowo – Gminny Ziemi Łaskiej - załącznik nr 8 do pisma procesowego).

Powyższe okoliczności łącznie potwierdzają, iż przystępujący oraz wykonawca Rawo Infrastruktura sp. z o.o. są niezależnymi od siebie oraz konkurującymi ze sobą podmiotami oraz że nie doszło między nimi do zawarcia w niniejszym postępowaniu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Jednocześnie odwołujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, iż takie porozumienie zostało zawarte. Przytoczone przez niego okoliczności (prowadzenie tożsamej rodzajowo działalności, występowanie w tych samych przetargach, współpraca w realizacji zamówień) są właściwe dla wykonawców, którzy złożyli oferty
w niniejszym postępowaniu. Dotyczą one w takim samym stopniu odwołującego, przystępującego, wykonawcy WUPRINŻ S.A., wykonawcy Terlan sp. z o.o. oraz wykonawcy Rawo Infrastruktura sp. z o.o. W takich okolicznościach zarzuty nr 2 i 4 odwołania pozostają bezzasadne.

Przystępujący RAWO wskazał, że złożył ofertę samodzielnie, bez jakichkolwiek porozumień z innymi wykonawcami. Spółka nie pozostaje w żadnych relacjach osobowych ani kapitałowych z innymi uczestnikami postępowania (w szczególności z Przedsiębiorstwem Budowlanym KAN-BUD A.W.) i nie prowadziła żadnych rozmów dotyczących warunków ofert z innymi podmiotami. Działaliśmy w sposób niezależny i uczciwy.

Powyższe okoliczności zostały potwierdzone w załączonym oświadczeniu, złożonym pod odpowiedzialnością karną

przez Prezesa Zarządu – załącznik nr 1 do pisma.

Samo uczestnictwo dwóch odrębnych wykonawców w tym samym przetargu nie oznacza z góry, że doszło między nimi do zmowy – jest to normalna sytuacja konkurencyjna przewidziana przepisami PZP. W niniejszej sprawie nie zachodzą żadne obiektywnie nietypowe podobieństwa między ofertą RAWO a ofertą innego wykonawcy. Odwołujący nie wskazał, by np. całkowita cena oferty RAWO była identyczna z czyjąś ofertą albo by oferty zawierały identyczne unikatowe błędy czy układ świadczący o jednym autorze. Nie ma zatem nawet poszlak pozwalających wysnuć podejrzenie o przygotowaniu ofert w zmowie. W takiej sytuacji nie ma podstaw do wykluczenia RAWO ani odrzucenia jego oferty. Wykonawca RAWO złożył ofertę samodzielnie i brak jest dowodów na jakąkolwiek koordynację, a tym samym zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Jak słusznie stwierdził przystępujący Rawo (Izba w całości podziela argumentację powołaną przez zamawiającego, przystępującego KAN-BUD oraz przystępującego RAWO – przyjmując ją za własną), zarzut zmowy przetargowej musi zostać co najmniej uprawdopodobniony, czego nie uczynił odwołujący. Zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych jak i przepisy o ochronie konkurencji wyraźnie wymagają istnienia wyraźnych symptomów niedozwolonego porozumienia, nie zaś samych podejrzeń czy poszlak. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę, jeżeli może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Innymi słowy, konieczne jest wskazanie konkretnych, wiarygodnych okoliczności potwierdzających istnienie zmowy przetargowej – bez takich podstaw nie można wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Podobnie, art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji, polegające w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert (w szczególności zakresu prac lub ceny) przez wykonawców przystępujących do przetargu. Istnienie takiego niedozwolonego porozumienia musi jednak być wykazane. Samo powołanie się na działania wykonawców nie dowodzi jeszcze naruszenia konkurencji. Zasada kontradyktoryjności postępowania odwoławczego przed KIO wymaga, aby strona wywodząca skutki prawne z danych faktów udowodniła te fakty – nie można przerzucać ciężaru dowodu na wykonawcę, któremu zarzuca się takie działanie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano, że ciężar dowodu zarzucanej zmowy spoczywa na składającym odwołanie (lub zamawiającym, jeżeli to on stawia taki zarzut). Gołosłowne sugestie czy domniemania nie mogą stanowić podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Przykładowo w wyroku KIO z 29 sierpnia 2022 r. (sygn. akt KIO 2051/22) Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego oparta wyłącznie na: - sekwencji zdarzeń w postępowaniu, bez doprecyzowania nawet kiedy doszło do zarzucanej zmowy i sprowadzająca się do przypuszczeń; - niesprecyzowanym doświadczeniu zamawiającego, są niewystarczające dla przyjęcia, że kwestionowane przez odwołującego czynności zamawiającego były zgodne z Ustawą.

Analogicznie, w niniejszej sprawie to odwołujący zobowiązany był przedstawić konkretne okoliczności uprawdopodabniające istnienie zmowy przetargowej pomiędzy RAWO a jakimkolwiek innym wykonawcą. Zarzuty nie mogą opierać się na przypuszczeniach, poszlakach ani na samej możliwości istnienia porozumienia – wymagane jest wykazanie, że porozumienie faktycznie zawarto i miało ono na celu zakłócenie konkurencji.

Wykonawca wywodzi tezę o istnieniu porozumienia wyłącznie na tej podstawie, że jeden z wykonawców został wyeliminowany z postępowania, co nie stanowi wystarczającej przesłanki zmowy. Idąc tym tokiem rozumowania, w każdej sytuacji, gdy odrzuca się oferty wykonawców z pierwszych miejsc w rankingu oceny ofert zamawiający musiałby stwierdzać jednocześnie zmowę przetargową, co jest konkluzją absurdalną. Samo złożenie ofert przez dwa lub więcej podmiotów w tym samym postępowaniu i składanie tych ofert w innych postępowaniach w danym regionie nie stanowi dowodu zmowy. Nawet jeśli wykonawcy ci znają się lub funkcjonują w tej samej branży, prawo wręcz zakłada możliwość uczciwej rywalizacji między nimi. Krajowa Izba Odwoławcza w licznych orzeczeniach potwierdza, że równoległy udział kilku wykonawców w przetargu, nawet powiązanych ze sobą osobowo czy kapitałowo, z czym tu nie mamy do czynienia, nie wystarcza do przypisania im zmowy.

Na przykład w wyroku KIO o sygn. 2242/11 Izba stwierdziła jednoznacznie: samo złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej nie stanowi podstawy do odrzucenia tych ofert, jeśli nie wykazano, że istniejące powiązania kapitałowo - osobowe doprowadziły do tzw. zmowy przetargowej. Innymi słowy, nawet fakt powiązań między wykonawcami, czy sekwencja zdarzeń w postępowaniu – jak w niniejszym postępowaniu musi jeszcze łączyć się z dowodem koordynacji ich ofert, aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że do takiej koordynacji doszło.

Jak wynika z wyroku z 13.12.2024 r. sygn. akt KIO 4411/24: stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu

zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba przyjęła,
że stan rzeczy na podstawie którego zamawiający przyjął, że doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami co najmniej z takim samym prawdopodobieństwem mógł zaistnieć
w wyniku zwykłego przypadku jak i niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami. Przedmiotowe ustalenie było niewystarczające dla uznania, że zamawiający w znacznym stopniu uprawdopodobnił, że doszło do zmowy w postępowaniu. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W toku postępowania przetargowego zdarzają się sytuacje odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Taka decyzja zamawiającego wynika z ochrony własnego interesu (wybór oferty realnej ekonomicznie), lecz nie może być interpretowana jako przejaw zmowy przetargowej, jeśli brak innych okoliczności działania w porozumieniu między wykonawcami. Sam fakt, że jedna oferta okazała się zbyt niska i została odrzucona, mógł wynikać z czynników takich jak błąd ludzki czy też negatywna ocena zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Aby mówić o zmowie, musiałby zostać wykazany świadomy, uzgodniony scenariusz działania między wykonawcami, np. że jeden wykonawca celowo oferuje nierealistycznie niską cenę, licząc się z odrzuceniem, po to by inny wykonawca (w zmowie) został wybrany z wyższą ceną. W literaturze i decyzjach organów antymonopolowych wskazuje się co prawda pewne symptomy zmowy – np. mechanizm, gdzie zwycięski wykonawca rezygnuje z podpisania umowy lub nie uzupełnia dokumentów, zmuszając zamawiającego do wyboru droższej oferty, często z późniejszym zatrudnieniem tańszego jako podwykonawcy.

Odwołujący nie wykazał jednak celowości działania wykonawców, a co za tym idzie nie została spełniona przesłanka niedozwolonego porozumienia.

W niniejszej sprawie odwołujący zdaje się sugerować istnienie zmowy na podstawie poszlak, takich jak niska cena oferty innego wykonawcy czy kolejność odrzucenia ofert. Nie przedstawiono żadnych faktów, z których by wynikało, że RAWO uzgadniało swoją ofertę lub strategię z konkurentem (np. nieuzupełnienie dokumentów w zamian za obietnicę podwykonawstwa itp.). Odwołujący nie wskazał konkretnych podobieństw między ofertą RAWO a ofertą rzekomo współdziałającego wykonawcy, poza ogólnymi insynuacjami.
KIO w swoim orzecznictwie zaznacza, że zbieg okoliczności lub rynkowe uwarunkowania mogą powodować podobne rezultaty ofert, nie implikując niedozwolonego porozumienia. Dla przypisania wykonawcom zmowy konieczne jest wykazanie, że podobieństwa wynikają
z wcześniejszych uzgodnień między nimi, a nie z np. analogicznej kalkulacji kosztów dostępnej dla każdego na rynku.

Sąd Najwyższy w wyroku z 24.07.2003 r. (I CKN 496/01) uznał, że pojęcia dotknięcie skutkami działań sprzecznych z ustawą antymonopolową, nie można rozumieć w sposób wąski i mechaniczny jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta lub konkurentów przedsiębiorcy dopuszczającego się praktyki ograniczającej konkurencję lub innych uczestników rynku. Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relewantny), kierują się ogólnymi celami ustawy antymonopolowej.

Podobnie, w zakresie stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest możliwe automatyczne odrzucanie ofert wykonawców, gdy jeden z nich nie wyjaśnił ceny oferty i z tego powodu został wyeliminowany z postępowania.

Podobne stanowisko zajął Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazując,
że wprawdzie w postępowaniach antymonopolowych ciąg poszlak analizowanych łącznie może wystarczyć do przyjęcia istnienia zmowy, to poszlaki te muszą być na tyle jednoznaczne, by brak było innego racjonalnego wytłumaczenia.

Dopiero wyjątkowo ścisłe i nietypowe podobieństwa w ofertach, których nie da się wyjaśnić inaczej niż wcześniejszym porozumieniem, mogą stanowić dowód zmowy. Taka sytuacja miała miejsce w jednej z nielicznych spraw, gdzie KIO i sąd powszechny potwierdziły istnienie zmowy przetargowej – dotyczyło to jednak skrajnych okoliczności. W wyroku KIO z 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 431/21 (utrzymanym następnie w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego
w Warszawie z 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21), wykazano, że dwie oferty były przygotowane praktycznie przez tę samą osobę. Skala podobieństw graficznych dokumentacji ofertowej jak i analogia w wycenie obu wykonawców była tak duża, iż wykluczała przypadek – oferty miały identyczny układ, czcionkę, powtarzały te same nietypowe błędy merytoryczne i pisarskie,
a formularze i załączniki wypełniono w jednakowy sposób. Co więcej, analiza cen ujawniła sztuczny schemat: jeden z wykonawców skalkulował wszystkie pozycje kosztorysu dokładnie o 30% drożej niż drugi, a nawet format zapisu liczb (np. brak spacji) w obu ofertach był niestandardowy i identyczny. Dopiero tak jednoznaczne i niemożliwe do wytłumaczenia zbiegi okoliczności pozwoliły Izbie i Sądowi uznać, że doszło do zmowy – w tamtym przypadku istniały twarde fakty potwierdzające ustne porozumienie wykonawców co do treści ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:……