

**WYROK**

Warszawa, dnia 23 lipca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2025 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2025 roku oraz 22 czerwca 2025 roku przez wykonawcę TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2534/25)

**orzeka:**

**KIO 2303/25**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 34 zł 00 gr (trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw;

2.2. zasądza od wykonawcy TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 3 634 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

**KIO 2534/25**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu oznaczonego jako 1 w *petitum* odwołania w zakresie branży inżynierskiej (mosty kolejowe i drogowe, przepusty), wobec jego wycofania.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, 1 800 zł 00 gr (jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) i 51 zł 00 gr (pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz 1 800 zł 00 gr (jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od wykonawcy TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 1 851 zł 00 gr (jeden tysiąc osiemset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw;

3.3. zasądza od wykonawcy TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu na rzecz uczestnika postępowania PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu kwotę 1 800 zł 00 gr (jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Zamawiający PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz na odcinku A2 i A3 Rabka Zaryte – Mszana Dolna – Fornale od km 6,100 (km istn. 6,109) do km 21,300 (km istn. 21,383) w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże – Szczyrzyc – Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chrabówka – Nowy Sącz – etap II””, nr referencyjny: PZ.293.220.2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2024 r. pod numerem: 800583-2024.

#### **KIO 2303/25**

W postępowaniu tym wykonawca TORPOL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący” w dniu 9 czerwca 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego, polegających na: uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zawartych w plikach:

- TORPOL S.A.\_WyjaśnieniaRNC\_LK104 odc. A2 i A3-sig” - zaznaczona treść;
- TORPOL S.A.\_Załączniki do wyjaśnień RNC\_LK 104 odc. A2 i A3\_Tajemnica\_przedsiębiorstwa-sig;
- TORPOL S.A.\_Wyjaśnienia RNC II\_LK104 odc. A2 i A3\_Uzupełnienie-sig;
- TORPOL S.A.\_Załącznik nr 1\_Tajemnica przedsiębiorstwa-sig;
- TORPOL S.A.\_Załącznik nr 2\_Tajemnica przedsiębiorstwa-sig;

#### **Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1.art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „Uznk”) poprzez odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego znajdującej się w plikach wskazanych wyżej tj. wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 28 kwietnia 2025 r i 27 maja 2025 r (oraz ich załącznikach), podczas gdy Odwołujący wykazał, że dokumenty te spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla Odwołującego);

2.art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

#### **Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:**

- unieważnienie czynności odtajnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; - uznanie, że tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk i jako taka nie powinna zostać odtajniona.

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:**

Analiza treści pisma Zamawiającego wskazuje, że osią sporu jest jedynie brak wykazania pierwszej przesłanki dotyczącej informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innej informacji posiadającej wartość gospodarczą. Poza sporem będzie zatem ochrona przed dostępnością i kroki podjęte celem nieudostępnienia tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotom trzecim.

Odwołujący zwrócił uwagę, że dokonał selektywnego zastrzeżenia, jedynie poszczególnych informacji o charakterze ważnym gospodarczo, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co jego zdaniem Zamawiający kompletnie pomija. Zastrzeżenia nie mają ogólnego i bezrefleksyjnego charakteru i dotyczą konkretnych informacji o wartości gospodarczej, przekładanej na: (1) planowane do użycia materiały i system, (2) sprzęt, (3) marża na podwykonawcy, a w końcu najważniejsze (4) zakładane zyski/rezerwa.

Odwołujący podkreślił, że roboty budowlane będące przedmiotem wezwania jak i wezwania uzupełniającego są zakresem prac specjalistycznych, których wykonania może podjąć się ograniczona liczba podwykonawców. Dodatkowo każda z tych firm posiada swoje własne metody wykonania, które przyjęte kompleksowo w ramach kontraktu budowlanego pozwalają na ograniczenie kosztów ich wykonania. Firmy takie nierzadko już na etapie postępowania przetargowego zawierają umowy przedwstępne, „na wyłączność” z wybranym wykonawcą oferując mu albo wykonanie prac na wyłączność albo mając na względzie długotrwałą historię współpracy udzielają „wyłączne” rabaty od cen powszechnie oferowanych na rynku.

Roboty budowlane będące przedmiotem wezwania jak i wezwania uzupełniającego stanowią istotny zakres, gdyż zaprojektowane tu rozwiązania konstrukcji palisady w technologii pali 1500mm (w tym zadaniu wartość kilkudziesięciu milionów złotych) wykonują bardzo mała ilość firm specjalistycznych. Kontrahent, która dała ofertę dla TORPOL na ten zakres jest wieloletnim podwykonawcą na innych inwestycjach, a co najistotniejsze, to wykonuje też dla TORPOL podobne roboty na sąsiednim odcinku linii, stąd z uwagi na faktyczne relacje biznesowe są w stanie zaoferować nam specjalną cenę, która została przekazana i zastrzeżona tylko dla Odwołującego.

Odnosząc się do robót przy warstwie ochronnej (strona 17 wyjaśnień RNC z dnia 28.04.2025 r.) Odwołujący

wskazał, że posiada tzw. „know how” w zakresie ich wykonania, a przede wszystkim w zakresie materiałów możliwych do stosowania. To wszystko przechodzi w konkretny planowany zysk, wskazany w treści wyjaśnień RNC z dnia 28.04.2025 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w żadnym punkcie uzasadnienia swojej decyzji, nie zauważył ani nie odniósł się do faktu, że tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegli również jego klienci biznesowi. Oświadczenia takie znajdują się w Załączniku nr 1, nr 3, nr 4, nr 5.2, nr 6 i 7 do wyjaśnień RNC z dnia 28.04.2025 r. oraz Załączniku nr 1 i nr 2 do dodatkowych wyjaśnień RNC z dnia 27.05.2025 r. Oświadczenia klientów biznesowych adresowane są do TORPOL S.A. jak i Zamawiającego. Oświadczenie to, wiąże zatem każdy podmiot, który trzyma „w ręku” ofertę tego podmiotu.

Odwołujący zaznaczył również, że oferty klientów, które pozwalają obniżyć koszty bezpośrednie wynikają z wieloletniej współpracy, jest ona wynikiem negocjacji z podwykonawcą i skierowana była wyłącznie do TORPOL S.A. Dowodem na to są zastrzeżenia poczynione w treści oświadczenia do oferty o tajemnicy handlowej i dodatkowym oświadczeniu kontrahenta złożonym Odwołującemu po przekazaniu mu informacji o ujawnieniu TP.

Zdaniem Odwołującego odtajnienie załączników będzie zatem – realnym – ryzykiem utraty współpracy i zaufania podwykonawcy do TORPOL S.A.

W ocenie Odwołującego wartością gospodarczą będzie różnica pomiędzy ceną robót w ofercie podwykonawcy, a ceną wskazaną w ofercie Zamawiającego. Jest to zatem wartość szacowanego zysku, który na marginesie możliwy jest w prosty matematyczny sposób do obliczenia przez Zamawiającego na podstawie danych z całych wyjaśnień RNC. Wyliczenie zakładanego zysku znajduje się w Załączniku nr 7 do wyjaśnień RNC z dnia 28.04.2028 roku. Zakres prac wyłączonych w ofercie i uzyskany od niego rabat (narzut / zysk), jest więc informacją chronioną przez TORPOL S.A.

Dodatkowo ujawniając oferty i ceny podwykonawców Zamawiający naraża na uszczerbek potencjalne zyski podwykonawców, które podwykonawcy utracą z uwagi na odtajnienie ich cen ofertowych, zastrzeżonych tylko i wyłącznie dla TORPOL S.A. Co za tym idzie podwykonawcy, którzy zastrzegali swoje oferty klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, tracą przewagę negocjacyjną z pozostałymi wykonawcami.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że na stronie 3 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz na stronie 12-19 treści wyjaśnień RNC z dnia 28.04.2025 r., Odwołujący przedstawił wszystkie okoliczności, które świadczą o szczególnym charakterze zastrzeganych informacji (wartości gospodarczej). Odwołujący nie zgadza się więc, jakoby nie wykazał on spełnienia przesłanki związanej z wartością gospodarczą zastrzeganych informacji.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli dojdzie do przejścia podwykonawców i dostawców współpracujących z TORPOL S.A., a także wykorzystania opracowanych rozwiązań dot. realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący utraci szansę na uzyskanie zamówienia w razie powtórzenia postępowania, a także radykalnie spadną szanse Odwołującego na pozyskanie analogicznych przetargów lub wszystkich przetargów dot. robót budowlanych – wskutek ujawnienia przedmiotowych dokumentów i informacji zagrożone są bowiem podstawowe przewagi konkurencyjne przedsiębiorstwa TORPOL S.A.

Odwołujący ponownie wskazał, że ujawnienie wyjaśnień RNC i załączników znacznie osłabiłoby pozycję i potencjał konkurencyjny Odwołującego wobec innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym naraża go na szkodę. Utrata przewagi konkurencyjnej będzie polegała na tym, że zobrazuje pozostałym wykonawcom możliwy poziom cen jednostkowy kosztów bezpośrednich dostępny w TORPOL S.A., co za tym idzie będą one korzystały z tego pułapu cen w kolejnych postępowaniach, niweczając tym samym przewagę konkurencyjną Odwołującego wypracowaną w wyniku wieloletniej działalności, zdobytym parku maszynowym i współpracy ze swoim kontrahentami.

Pismem z dnia 21 lipca 2025 r. Odwołujący zmodyfikował swoje żądanie, wnosząc o: unieważnienie czynności odtajnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie w jakim odnoszą się do treści: wyjaśnień RNC z dnia 28.04.2025 strona 12-19, strona 23 i załączniki nr 1-5 i 7-8 oraz dodatkowych wyjaśnień RNC z dnia 27.05.2025 r wraz z załącznikami 1 i 2.

Pismem z dnia 30 czerwca 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości, podtrzymując argumentację wskazaną w decyzji o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z dnia 29 maja 2025 r.

#### **KIO 2534/25**

W postępowaniu tym wykonawca TORPOL SPÓŁKAKACYJNA z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący” w dniu 22 czerwca 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA System sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Konsorcjum PORR” lub „Wykonawca”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum PORR w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że

zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie udowodnił braku RNC;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum PORR w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że jest niegodna z warunkami zamówienia.

#### **Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, w zw. art. 16 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PORR, dwukrotne wezwanie co do tych samych pozycji, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, w sytuacji, gdy udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie dotyczącym branży inżynierskiej (mosty kolejowe i drogowe, przepusty), torowej (warstwa ochronna, maty). Wyjaśnienia Wykonawcy nie obalają domniemania występowania rażąco niskiej ceny w tym zakresie. Zamawiający pomimo otrzymania niepełnych wyjaśnień, zaniechał przeprowadzenia ich pogłębionej, merytorycznej analizy, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PORR, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy jej treść w pozycjach kruszywa – niesortu dla zabudowy w warstwę ochronną oraz maty wibroizolacyjne są niezgodne z warunkami zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

#### **Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:**

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11.06.2025 roku;
- odrzucenia oferty Konsorcjum PORR w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w oparciu o okoliczności i fakty opisane w uzasadnieniu odwołania; - odrzucenia oferty Konsorcjum PORR w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp. W oparciu o okoliczności i fakty opisane w uzasadnieniu odwołania.

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:**

##### **Zarzut 1**

2) Zabudowa warstwy ochronnej z geowłókniną oraz matami antywibracyjnymi (RCO 01 dla odcinka A2 w dziale A2.1 poz.: 1.3.2; 2.3.2; 2.4.2; 2.5.2 oraz dla odcinka A3 poz.: 1.3.2);

3) Zabudowa warstwy ochronnej z geowłókniną (RCO 01 dla odcinka A2 w dziale A2.1 poz.: 2.6.2; 2.7.2; 2.8.2; 2.9.2 oraz dla odcinka A3 poz.: 1.8.2; 1.9.2).

Odwolujący zwrócił uwagę, że średnia wartość 6 złożonych w postępowaniu ofert dotycząca wszystkich robót torowych – kluczowej branży (z wyłączeniem robót ziemnych i odwodnieniowych), łącznie dla odcinka A2 i A3 wynosi 59 249 578,16 zł netto, przy czym wartość oferty Konsorcjum PORR dla tego zakresu wynosi 39 563 807,35 zł netto. Nie da się ukryć, że jest to najniższa cena wśród wszystkich złożonych ofert – stanowi 67% średniej ceny.

Odwolujący wskazał, że dla pozycji RCO związanych z warstwą ochroną w torach, to średnia wartość 6 złożonych w postępowaniu ofert wynosi dla:

- odc. A2 – 10 720 062,02 zł netto, gdzie cena Konsorcjum PORR za ten zakres wynosi 3 642 709,70 zł netto (jest najniższą ceną) i stanowi 34% średniej ofert;
- dla odc. A3 średnia wynosi – 8 941 758,66 zł netto, gdzie cena Konsorcjum PORR za ten zakres wynosi 4 295 042,33 zł netto (jest najniższą ceną) i stanowi 48% średniej ofert.

Odwolujący zwrócił uwagę, że warstwa ochronna to kluczowy element budowy torowiska. Jest tak dlatego, że należyte wykonanie tych prac będzie świadczyć o trwałości i wytrzymałości torowiska w kolejnych latach eksploatacji. Warstwa ochronna zapewnia stabilność mechaniczną (zapobiegania mieszanemu się ze sobą gruntów różnych warstw wskutek odziaływań dynamicznych), zapewnia stabilność filtracji (filtruje i odprowadza wodę poza pas torowiska) i zapewnia równomierne rozłożenie naprężenia (zbrojenie gruntu). Przekładając to na życie codzienne, warstwa ochronna zapewnia stabilność nasypów kolejowych i niweluje powstawanie osuwisk, a tym samym zapobiega ewentualnym katastrofom kolejowym.

Zamawiając słusznie zatem podał pod wątpliwość możliwość wykonania robót związanych z zabudową warstwy ochronnej zgodnie z SWZ i PW w zaferowanej przez Konsorcjum PORR cenie i wezwał wykonawcę o szczegółowe wyjaśnienia dla przedmiotowego zakresu robót.

W odpowiedzi od wykonawcy, Zamawiający otrzymał lakoniczne wyjaśnienia w postaci tabeli – załącznik nr 20 do pierwszych wyjaśnień RNC o nazwie „Kalkulacja prac ziemnych i warstw ochronnych”. W tej tabeli zawarto 5 kolumn: Robocizna, Materiał Łącznie, Sprzęt, Koszty Pośrednie, Zysk, a dla danej pozycji RCO wpisano ryczałtowe ceny za dany zakres. W treści pisma pierwszych wyjaśnień RNC (strona 20, punkt 5) znajduje się jedynie krótki komentarz, że wycena tego zakresu została wykonana w oparciu o zaangażowanie sprzętu własnego jak i najmu poszczególnych jednostek

sprzętowych np. z Oferty firmy HUCZ Sp. z o.o. (stanowiące odpowiednio Załącznik nr 9 do pierwszych wyjaśnień RNC), czy przyjęcia ofert materiałowych taki jak niesort na podstawie oferty firmy InterCraft (stanowiące odpowiednio Załącznik nr 14 do pierwszych wyjaśnień RNC), oraz maty podtłuczniowej (na podstawie oferty Concrete Rail – załącznik nr 18 do pierwszych wyjaśnień RNC).

Zdaniem Odwołującego, tak przedstawione wyjaśnienia RNC, w żadnej mierze nie spełniają wymagań Zamawiającego artykułowanych w wezwaniu odnośnie przedstawienia szczegółowej kalkulacji wraz z konkretnymi założeniami w tym przyjętych ilości zgodnie z SWZ, projektem wykonawczym oraz cen jednostkowych. W ocenie Odwołującego takie wyjaśnienia nie mogą zostać przyjęte jako wiarygodne.

W wyniku analizy dokumentacji postępowania i treści wyjaśnień, Odwołujący doszedł do wniosku, iż Konsorcjum PORR nie przedstawił kosztów geowłókniny wymaganej do zabudowy w warstwie ochronnej, która jest istotnym elementem torowiska służącym do separacji zabudowywanego kruszywa od istniejącego nasypu, należy rozumieć, że jeżeli ten koszt nie został przyjęty tzn. oferta jest niezgodna z SWZ.

Pomijając fakt nieprzyjęcia przez Konsorcjum PORR geowłókniny w cenie oferty, to Odwołujący podstawiał ceny jednostkowe za materiały takie jak niesort i mata antywibracyjna, które Konsorcjum PORR wskazał, że przyjął w swoich wyjaśnieniach do ilości wynikających z projektu wykonawczego (zostawiając przy tym nierealne ceny ryczałtowe za robociznę i sprzęt) i uzyskał wynik ujemny: - 1 063 863,38 z netto (kwota ta nie zawiera kosztu geowłókniny, którą należy zabudować)

Dalej, przykładowo dla pozycji 1.3.2 RCO podstawiając koszt samego tylko niesortu i maty dla wymaganych ilości plus ryczałtowej ceny za robociznę i sprzęt, Odwołujący wyliczył, że Konsorcjum PORR poniesie koszty na poziomie 2 734 395,55 zł netto (bez kosztu geowłókniny), a wartość oferty Konsorcjum PORR w tej pozycji wynosi 1 959 326,94 zł netto. To również kolejny punkt, w którym Konsorcjum PORR nie wyjaśniło RNC.

Odwołujący dokonał podobnej analizy dla sytuacji, gdyby przyjąć ceny za materiały jakie wykazał Konsorcjum PORR do ilości z projektu + dodał koszt geowłókniny (najniższa rynkowa cena jaką Odwołujący otrzymał dla tego zadania), to Odwołujący uzyskał wynik ujemny: - 1 436 384,44 zł netto.

Dokonując dalszej szczegółowej kalkulacji, poza materiałem, Odwołujący dodatkowo przeanalizował ryczałtowe (nierealne) ceny za robociznę i sprzęt jakie Konsorcjum PORR podał w wyjaśnieniach (przyjęto stawki za sprzęt z oferty firmy HUCZ sp. z o.o. sp. k. (Załącznik nr 9 do pierwszych wyjaśnień RNC oraz ceny za roboczo godzinę za pracownika przyjęte przez PORR w treści wyjaśnień) przyjmując normowe nakłady na pracę - Odwołujący uzyskał wynik ujemny: - 4 420 928,37 zł netto.

Odwołujący nie wziął pod uwagę sprzętu własnego Konsorcjum PORR podanego w załączniku nr 5 do pierwszych wyjaśnień RNC, ponieważ ceny te nie są kompletne, nie zawierają kluczowych kosztów paliwa czy pracy operatora, a są jedynie kosztami finansowymi które ponosi Konsorcjum PORR. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że wykonawca nie przedstawił żadnych wyliczeń, z czego wynikają ryczałtowe koszty pracy sprzętu. To kolejna niewyjaśniona pozycja w ofercie.

Odwołujący przypomniał, że tabela i Załącznik nr 20 o nazwie „Kalkulacja szczegółowa dla prac torowych ziemno-nasypowych oraz warstw ochronnych” złożona przez Konsorcjum PORR do pierwszych wyjaśnień RNC była ogólna. W każdym z podanych przypadków, gdyby Konsorcjum PORR szczegółowo podstawiał w swoich wyjaśnieniach przyjęte ceny za materiały, sprzęt i robociznę do ilości wynikających z projektu wykonawczego wykazałby, że nie jest w stanie wykonać warstwy ochronnej w zaproponowanej cenie zgodnie z SWZ, mając na uwadze Rozdział 12, pkt 12.5 TOM I IDW – SWZ

## **Zarzut 2**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dopuścił wbudowania tłucznia staroużytecznego w nawierzchnię torową, w tym jako subwarstwę oraz w warstwę ochronną.

W pierwszych wyjaśnieniach RNC Konsorcjum PORR wskazał, że przyjął do wyceny, a tym samym do zabudowy, niesort z oferty firmy InterCraft w cenie 32zł/t. Odwołujący wskazał, że ten warunkuje dostawy pozyskaniem materiału staroużytecznego (tłucznia dla przekruszenia i wytworzenia niesortu), co jest wprost niezgodne z wskazanymi zapisami SWZ.

Drugim niezgodnym z SWZ materiałem są maty wibroizolacyjne. Zgodnie z STWIORB cz. T pkt 2.1 Wymagania dla mat wibroizolacyjnych podtłuczniowych zastosowane mają być maty podtłuczniowe, a w pkt 2.2 Materiały równoważne, mowa jest o Podtłuczniowych [podpodsypkowych] matach wibroizolacyjnych.

Konsorcjum PORR w pierwszych wyjaśnieniach RNC informuje, że przyjął do wyceny matę antywibracyjną wg oferty firmy CONCRETE-RAIL sp. z o.o. Oferta firmy CONCRETE-RAIL sp. z o.o. zawiera opis, że maty wykonane wg. Krajowej Oceny Technicznej nr IK-KOT-2022/0148 wydanie1 – ta aprobatą mówi wprost, że jest to mata wibroizolacyjna podpłytkowa, a nie podtłuczniowa. Zgodnie z pkt 2.1 tej aprobaty: cyt. „Zamierzone zastosowanie” „Maty są przeznaczone do stosowania w bezpodsypkowych konstrukcjach nawierzchni szynowej w inżynierii komunikacyjnej

(tramwaj, kolej, metro). Maty są przeznaczone do stosowania w torach, rozjazdach i skrzyżowaniach torów w różnych systemach transportu tramwajowego, kolejowego, kolei miejskiej i w metrze. Zastosowania te dotyczą torów usytuowanych na obiektach inżynierskich (mostach, wiaduktach, estakadach) i w tunelach, torowisk wspólnych z jezdnią oraz nawierzchni na podłożu bezpodsypanym.”

Taka mata jest w oczywisty sposób niezgodna z wymaganiami ST 02.03.01, tym samym Konsorcjum PORR zaferowało wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z SWZ.

Pismem z dnia 22 lipca 2025 r. Odwołujący oświadczył, że cofa część zarzutu 1 w zakresie w jakim dotyczy on branży inżynierskiej (mosty kolejowe i drogowe, przepusty).

Izba pominęła argumentację Odwołującego dotyczącą zarzutu oznaczonego jako 1 w *petitum* odwołania w zakresie branży inżynierskiej uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Pismem z dnia 2 lipca 2025 r., Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 18 lipca 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutu oznaczonego jako 1 w *petitum* odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 3 lipca 2025 r. Uczestnik postępowania, na podstawie art. 523 ust. 1 i 2 w zw. z art. 508 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w części, tj. wobec uwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania.

Pismem z dnia 18 lipca 2025 r. Uczestnik postępowania ustosunkował się do zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o ich oddalenie w całości.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 2534/25 zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem oraz pismem z dnia 22 lipca 2025 r. tj.: analizę oferty Uczestnika postępowania; tabelę 1, 1.2, 2.1.2 oraz tabelę 2.1, 2.2, 2.3 *na fakt*: nierealności cen Uczestnika postępowania w zakresie kalkulacji układu torowego;
2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj.: tabelę porównawczą ofert wykonawców PORR, Budimex S.A. i Torpol; pismo z dnia 28.05.2025 r. *na fakt*: że cena zaferowana przez Uczestnika postępowania nie jest rażąco niska;
3. Uczestnika postępowania na posiedzeniu z udziałem stron, tj.: oferty z dnia 15 lipca 2025r. *na fakt*: ceny geowłókniny oraz własne zliczenie szerokości torowiska; wyciągu z projektu wykonawczego branży torowej *na fakt*: ilości potrzebnego niesortu.

Izba pominęła dowód złożony przez Uczestnika postępowania na posiedzeniu z udziałem stron, tj. wydruku ze strony internetowej BDO - uznając dowód za nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot jest zaprojektowanie (w zakresie branży srk) oraz wykonanie robót dla jednotorowej Linii kolejowej nr 104 na odc. A2 i A3 Rabka Zaryte – Mszana Dolna – Fornale od km 6,100 (km istn. ok. 6,109) do km 21,300 (km istn. 21,383) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104 od km 6,100 (km istn. ok. 6,109) do km istn. ok. 22,525, budowa obiektu budowanego pn.: linia kolejowa nr 623 Fornale – Szczyrzyc od km 0,000 do km 0,208 w ramach zadania pn.:

Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz na odcinku A2 i A3 Rabka Zaryte – Mszana Dolna - Fornale od km 6,100 (km istn. 6,109) do km 21,300 (km istn. 21,383) w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże – Szczyrzyc – Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz – Etap II”.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 26 marca 2025 r. w postępowaniu złożono sześć ofert:

1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu  
Całkowita cena: netto: 567 193 000 PLN, brutto: 697 647 390 PLN
2. ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie  
Całkowita cena: netto: 599 622 522 PLN, brutto: 737 535 702,06 PLN
3. BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, BUDIMEX KOLEJNICTWO S.A. z siedzibą w Warszawie  
Całkowita cena: netto: 687 295 078,59 PLN, brutto: 845 372 946,67 PLN
4. „PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG TECHNICZNYCH INTERCOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu  
Całkowita cena: netto: 719 755 708,71 PLN, brutto: 885 299 521,71 PLN
5. TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu  
Całkowita cena: netto: 620 170 892,36 PLN, brutto: 762 810 197,60 PLN
6. INTOP S.A. z siedzibą w Warszawie, INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie  
Całkowita cena: netto: 682 011 300,43 PLN, brutto: 838 873 899,53 PLN

Pismem z dnia 11 kwietnia 2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał m.in. Odwołującego oraz Uczestnika postępowania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2025 r. Zamawiający skorygował ww. wezwanie.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2025 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując, że *zaznaczona treść poniższych wyjaśnień oraz załączone do nich dowody (załączniki do pisma w całości), stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym zastrzega ich treść na mocy art. 18 ust. 3 p.z.p. oraz żąda aby przedstawione wyjaśnienia nie zostały ujawniane innym wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu.*

Pismem z dnia 28 kwietnia 2025 r. Uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 maja 2025 r. Zamawiający wezwał m.in. Odwołującego oraz Uczestnika postępowania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Pismami z dnia 27 maja 2025 r. Odwołujący oraz Uczestnik postępowania odnieśli się do ww. wezwania, składając stosowne wyjaśnienia.

Pismem z dnia 29 maja 2025 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, Uczestnika postępowania oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, BUDIMEX KOLEJNICTWO S.A. z siedzibą w Warszawie o *odtajnieniu wszystkich zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wyliczenia ceny.*

Stan faktyczny w niniejszych sprawach nie był sporny, sporna była jedynie jego ocena prawna.

Osią sporu w sprawie o sygn. akt KIO 2303/25 była ocena zasadności zastrzeżenia informacji wskazanych w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny.

Oś sporu w sprawie o sygn. akt KIO 2534/25 koncentrowała się na ocenieniu wyjaśnień złożonych przez Uczestnika postępowania dotyczących wyliczenia ceny w zakresie branży torowej (warstwa ochronna, maty) oraz niezgodności oferty Uczestnika postępowania z wymaganiami zamawiającego.

Treść wezwań do złożenia wyjaśnień, treść złożonych wyjaśnień, jak również treść informacji o odtajnieniu wyjaśnień nie była sporna. Pisma znajdują się w aktach sprawy. Powtarzanie ich treści, z uwagi na ich obszerność oraz przytoczenie fragmentów w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, pismach procesowych, Izba uznała za zbędne.

***Izba zważyła, co następuje:***

#### **KIO 2303/25**

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

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są*

*powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Co jednak istotne, wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne. I nie ma tutaj znaczenia, że dostawca, czy też podwykonawca, zastrzegł, że oferta (a w zasadzie po prostu cena) stanowi jego tajemnicę przedsiębiorca i nie życzy sobie jej ujawnienia. Każdy z przedsiębiorców ma wybór, albo ujawni swoje ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które to z zasady jest jawne, albo zrezygnuje z udziału i zostanie na rynku prywatnym.

Odwołujący twierdził, że otrzymane oferty dotyczą konkretnie tego postępowania. Z uwagi na swoją pozycję i relację biznesowe może on otrzymać korzystniejsze warunki, a ujawnienie cen, zysku, może doprowadzić do sytuacji, że oferta Odwołującego będzie mniej korzystna i nie pozyska on zamówienia. Zdaje się umknęło Odwołującemu, że w przedmiotowym postępowaniu jego oferta nie jest najkorzystniejsza cenowo, a przecież kalkulacja, ceny i zysk nie zostały ujawnione. Odwołujący w toku postępowania nie wykazał ani nawet nie podjął próby wykazania, że faktycznie ujawnienie kalkulacji, cen od dostawców, podwykonawców utrudni Odwołującemu pozyskanie zamówienia.

Za abstrakcyjne należało uznać twierdzenie Odwołującego, że ujawnienie cen innym podmiotom, doprowadzi do nieuprawnionego użycia przez nich cen w swoich kosztorysach. Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia są na rynku od wielu lat. Mają swoich dostawców, podwykonawców. Samodzielnie, w oparciu o własne założenia, kalkulują ceny. Zamawiający odtajnił wyjaśnienia Uczestnika postępowania i mimo to Odwołujący nie wyraził chęci skorzystania z podwykonawców, dostawców czy też cen wskazanych przez Uczestnika postępowania. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt, pracowników, dostawców, podwykonawców. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów realizacji konkretnego zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów, czy też wymuszają na dostawcy Odwołującego cenę taką jak ma Odwołujący, a nawet może i niższą. Wykonawcy dostosowują ceny swoich usług w czasie rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez Odwołującego w tym konkretnym postępowaniu.

Wbrew logice byłoby uznanie, że po ujawnieniu kalkulacji ceny Odwołującego inni wykonawcy zmienią w całości swoją strategię biznesową. Nie ma możliwości dostosowania cen do wszystkich wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, skoro posiada on wiedzę odnośnie ceny Uczestnika, a jest to cena niższa, czy też odnośnie podwykonawców, czy zysku to Odwołujący zmieni dostawców, podwykonawców i obniży ceny, aby dostosować się do uczestnika PORR, TRAKCJA – bo właśnie do takiej konkluzji sprowadzają się twierdzenia Odwołującego.

Odnosząc się do rzekomo innowacyjnej metody wykonania zamówienia, o której Odwołujący wspominał na rozprawie – w zasadzie to nie o metodę chodziło a o materiał, przy czym materiał ten został dopuszczony przez Zamawiającego i nie jest to wiedzą tajemną, a przynajmniej Odwołujący nie negował twierdzeń Zamawiającego, że każdy z podmiotów może dowiedzieć się jaki materiał został przez Zamawiającego dopuszczony. Zatem jak w takiej sytuacji można w ogóle mówić o tajemnicy, skoro każdy zainteresowany może tę „tajemnicę” poznać, tego już Odwołujący nie wyjaśnił.

Odwołujący wskazuje, że jest liderem rynku w dziedzinie budownictwa kolejowego, latami budował dobre relacje biznesowe i dlatego może mieć dobre ceny. Z drugiej strony twierdzi, że inny wykonawca, ot tak po prostu, bez odpowiedniego doświadczenia i budowania relacji uzyska dokładnie takie ceny jak Odwołujący. Izba twierdzenia te uznała za sprzeczne z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela pogląd, że wskazanie kosztów, które składają się na całkowitą cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

Reasumując, Odwołujący nie zdołał wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje, po ich ujawnieniu, dadzą konkurencji przewagę, osłabią pozycję Odwołującego na rynku czy też narażą Odwołującego na straty finansowe.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i lit. d Rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 20 000 PLN uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po 3600 PLN poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, jak również 34 PLN poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, zatem koszty w całości ponosi Odwołujący.

#### **KIO 2534/25**

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu oznaczonego jako 1 w *petitum* odwołania w zakresie branży inżynierskiej (mosty kolejowe i drogowe, przepusty), wobec jego wycofania. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: cofnięcia odwołani.*

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

#### **Zarzut 1**

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

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Z kolei ust. 6 art. 224 ustawy Pzp stanowi, że *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Przypomnieć należy, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, tzn. taka za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Co jednak istotne, dysproporcja cen zaoferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niewystarczająca do uznania, że cena niższa podana przez jednego z nich jest ceną rażąco niską.

Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ceny są dostosowywane tak, aby były niższe w porównaniu do ofert pozostałych wykonawców, co jest naturalną konsekwencją konkurencji. Na rynku zamówień publicznych uwidacznia się niezdrowa praktyka eliminowania konkurencji poprzez próbę wykazania, że dany wykonawca złożył zbyt ogólne wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, przedłożył za mało dowodów, wybrał niewłaściwą metodę wyliczenia ceny, czy też nie ujął w wyjaśnieniach – w ocenie innego wykonawcy - istotnych kosztów. Warto zwrócić również uwagę, że każdy z wykonawców może przyjąć inne założenia kalkulacyjne.

Nie można tracić z pola widzenia, że celem wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie wynagrodzenia, a nie realizowanie na rzecz podmiotu publicznego charytatywnych usług, robót budowlanych czy też dostaw.

Zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Powyższe nie zwalnia jednak Odwołującego z konieczności uzasadnienia zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i pozwoli na ich weryfikację w oparciu o przedłożone dowody.

Odwołujący swoje wywody opiera na pewnych, wybranych przez siebie i dostosowanych do okoliczności, założeniach i pozycji nawet nie próbując wykazać, że wskazane elementy są istotną częścią składową ceny lub kosztu. Nie można stwierdzić istotności tylko z tego względu, że zamawiający zapytał akurat o daną branżę. Nadto, nawet niedoszacowanie jednego elementu kosztotwórczego nie musi oznaczać, że oferta zawiera rażąco niską cenę, bowiem należy odnieść się do całkowitej ceny oferty danego wykonawcy - czego Odwołujący nie zrobił.

Izba doszła do przekonania, że wyliczenia własne Odwołującego oparte na porównaniu cen z innymi wykonawcami nie mogą świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty Uczestnika postępowania. Odwołujący próbował wzbudzić wątpliwości co do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i możliwości wykonania zamówienia. Jednak, aby móc odrzucić ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę należy wykazać, że wykonawca ma zamiar zrealizować zamówienie poniżej kosztów własnych, co skutkować będzie nienależytym wykonaniem zamówienia. Biorąc pod uwagę specyfikę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim konkurencyjność cenową, Izba badając wyjaśnienia wykonawcy dotyczące ceny nie może opierać się na przypuszczeniach Odwołującego i uznać jego założenia za prawidłowe.

#### **Zarzut 2**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Odnosząc się do niezgodności oferty Uczestnika postępowania z wymaganiami Zamawiającego, skład orzekający podziela pogląd, że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące wyliczenia ceny mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Jednakże może to mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy z wyjaśnień jednoznacznie taka niezgodność wynika i nie ma potrzeby wystosowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie przez wykonawcę określonego założenia kalkulacyjnego nie oznacza, że wykonawca z pewnością planuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego. W ocenie składu orzekającego bez znajomości założeń Uczestnika postępowania w zakresie zastosowania danego materiału, nie można było dokonać kategoriycznej oceny, że z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika niezgodność z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

I choć twierdzenia Uczestnika postępowania, że chodziło mu tylko o poziom cen, a nie o konkretną matę nie były przekonujące, to jednak zarzut nie mógł zostać uwzględniony z dwóch powodów. Po pierwsze, jest przedwczesny. Przed odrzuceniem oferty, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, aby mieć pewność, że faktycznie wykonawca zamierza zastosować maty niezgodne z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. Po drugie, Odwołujący nie podnosił, że cena maty, która jest zgodna z wymaganiami różni się cenowo, od tej o której mowa w wyjaśnieniach, a zatem niezasadne było przyjęcie poziomu cen maty niespełniającej wymagań.

Jedynie na marginesie, wykonawca wyjaśniając cenę, nie powinien odnosić się do materiałów niezgodnych z wymaganiami zamawiającego, tłumacząc, że chodziło mu tylko o poziom cen. Idąc tokiem rozumowania Uczestnika postępowania to w zasadzie można przedłożyć oferty na każdy materiał, aby tylko cenowo nie różnił się od tego, który zostanie zastosowany przy realizacji zamówienia. Nie taki jest jednak cel składania wyjaśnień dotyczących ceny.

Odnosząc się do materiału staroużytecznego – twierdzenia Odwołującego o niezgodności oferty Uczestnika postępowania z warunkami zamówienia, oparte wyłącznie na informacji dodatkowej zawartej w ofercie INTERCRAFT, jest niewystarczające do odrzucenia oferty Uczestnika postępowania. To, że dany dostawca uzależnia cenę od spełnienia dodatkowych wymagań, w tym przypadku pozyskania materiału staroużytecznego, nie oznacza, że Uczestnik postępowania, wbrew zakazowi, oczyści i wbuduje materiał w warstwę ochronną. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że Uczestnik postępowania faktycznie w ten sposób zrealizuje zamówienie. Twierdzenie Odwołującego w tym zakresie jest dowolne oraz nieudowodnione, oparte jedynie na własnych domysłach, a nie na faktach.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i lit. d Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 20 000 PLN uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po 3600 PLN poniesioną przez Odwołującego, Zamawiającego i Uczestnika postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, jak również 51 PLN poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, zatem koszty w całości ponosi Odwołujący. Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....  
.....