

WYROK

Warszawa, dnia 12 sierpnia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Monika Kawa-Ogorzałek
Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2025 roku przez wykonawcę INFRAKOL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Jaworze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: TORHAMER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdyni

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego firmy RAJBUD SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szymbarku, wobec jego wycofania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie oznaczonym numerem 3 w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do złożonego w dniu 2 czerwca 2025 r. oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę INFRAKOL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Jaworze w części 1/2 oraz zamawiającą Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu w części 1/2 i:
 - 4.1. 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), 840 zł 21 gr (osiemset czterdzieści złotych dwadzieścia jeden groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na posiedzenie/rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu na rzecz wykonawcy INFRAKOL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Jaworze 12 221 zł 00 gr (dwanaście tysięcy dwieście dwadzieścia jeden złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na posiedzenie/rozprawę oraz 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:

.....
.....

UZASADNIENIE:

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ nr 310 Kobierzyce – Piława Górna na odcinku KOBIERZYCE – ŁAGIEW DZIERŻONIOWSKIE od km 0,174 do km 21,300”, nr referencyjny: NI.2720.20.2025.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2025 r. pod numerem: 126214-2025.

W postępowaniu tym wykonawca INFRAKOL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Jaworze (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 lipca 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego obejmujących:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawców TORHAMER sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej „TORHAMER”) i „RAJBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku (dalej „RAJBUD”), a tym samym zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert, pomimo iż można było stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wskazani wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji wybór oferty TORHAMER pomimo

tego, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania i złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu w związku z zawarciem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;

2. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej (dalej „Wyjaśnienia RNC”) wraz z załącznikami złożonych przez TORHAMER w postępowaniu jak również zaniechanie odtajnienia załączników do złożonego w dniu 3 czerwca 2025 r. oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia (dalej „Samooczyszczenie”) poprzez bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC i załącznikach do wyjaśnień RNC jak również w załącznikach do Samooczyszczenia zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone i bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w załącznikach do Wyjaśnień RNC i załącznikach do Samooczyszczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) oraz ich wartość gospodarcza wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym ww. Wykonawcy w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty TORHAMER z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu – na skutek działań i zaniechań wskazanych w pkt 2 - 4 powyżej - weryfikacji prawidłowości procesu badania przez Zamawiającego oferty TORHAMER w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt ustawy p.z.p. (rażąco niska cena oferty).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i art. 239 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców TORHAMER i RAJBUD, a tym samym zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert, pomimo iż można byłoby stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wskazani wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji wybór oferty TORHAMER pomimo tego, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania a złożona przez niego oferta odrzuceniu w związku z zawarciem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji

2. art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy p.z.p. oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2022.1233 ze zm.; „uznk”) w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. oraz art. 239 p.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej (dalej „Wyjaśnienia RNC”) wraz z załącznikami złożonych przez TORHAMER w postępowaniu jak również zaniechanie odtajnienia załączników do złożonego w dniu 3.06.2025 r. oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia (dalej „Samooczyszczenie”) poprzez bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC i załącznikach do wyjaśnień RNC jak również w załącznikach do Samooczyszczenia zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone i bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w załącznikach do Wyjaśnień RNC i załącznikach do Samooczyszczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) oraz ich wartość gospodarcza wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym ww. Wykonawcy a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty TORHAMER z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu – na skutek działań i zaniechań wskazanych w odwołaniu - weryfikacji prawidłowości procesu badania przez Zamawiającego oferty TORHAMER w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt ustawy p.z.p. (rażąco niska cena oferty) oraz spełnienia lub też niespełnienia warunków uznania skuteczności złożonego Samooczyszczenia zgodnie z przepisem art. 110 ust. 2 p.z.p.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia wykonawcy TORHAMER i RAJBUD z postępowania w związku z zawarciem porozumienia zakłócającego konkurencję i odrzucenie ich ofert;
3. ponownej oceny i badania ofert z wyłączeniem ofert wykonawców wykluczonych;
4. odtajnienia (ujawnienia) oraz udostępnienia Odwołującemu Wyjaśnień RNC wraz z załącznikami oraz załączników do Samooczyszczenia.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie zachodzą wiarygodne przesłanki do uznania, że wykonawcy TORHAMER i RAJBUD zawarli porozumienie zakłócające konkurencję. Odwołujący zwrócił uwagę, że pomiędzy wykonawcami TORHAMER i RAJBUD zachodzą powiązania rodzinne, gdyż jedyny wspólnik TORHAMER będąc jedynym członkiem zarządu spółki TORHAMER jest synem wspólników RAJBUD. Podmioty te pozostają w stałej współpracy gospodarczej, co można ustalić chociażby na podstawie treści wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach KIO 1717/24, KIO 967/25, KIO 907/25, KIO 3319/20, zgodnie z treścią których wykonawcy TORHAMER i RAJBUD brali wspólnie udział w postępowaniach prowadzonych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a mianowicie na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. „Prace na linii kolejowej Nr 3 odc. Poznań Górczyn - Zbąszynek realizowanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy”, numer referencyjny: 9090/IREZA5/21532/05479/23/P, na

zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn.: „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża - Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża - Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo - Łapy" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej+ do 2029 roku (nr postępowania 9090/IRZR2/13622/03386/24/P), na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla realizacji projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 221 Gutkowo - Braniewo" na odcinku Gutkowo - Dobre Miasto”.

Również w postępowaniu wykonawca TORHAMER zdecydował się na udostępnienie zasobów wykonawcy RAJBUD w osobie kierownika robót mostowych oraz deklarację wykonania na rzecz RAJBUD tych robót na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Powyższe okoliczności mogą stanowić wiarygodne przesłanki, że doszło do zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję, natomiast jakiegokolwiek wątpliwości które mogłyby pojawić się co do tego, czy można mówić o porozumieniu zakłócającym konkurencję, rozwiewa sposób kalkulacji cen obu wykonawców. Zarówno TORHAMER jak i RAJBUD złożyli w postępowaniu Zestawienia Cenowe oraz zaoferowali odpowiednio kwotę 75 743 728,80 zł brutto i 81 882 849,06 zł brutto za wykonanie zamówienia. Szczegółowe porównanie dołączonych do oferty Zestawień cenowych obu wykonawców wskazuje, że we wszystkich branżach, z wyjątkiem pozycji 7.8 Zestawienia Cenowego - Komputerowe urządzenia stacyjne dla mijanki w Łagiewnikach Dzierżoniowskich oraz szlakowe (3 kpl.) wraz z systemami niezajętości toru oraz pozycji 8.1 Prace Projektowe, cena oferty TORHAMER stanowi 95% oferty RAJBUD.

Odwolujący podkreślił, że powyższy sposób działania nie jest przypadkiem odosobnionym. Podobny sposób wyceny ofert wykonawca TORHAMER i wykonawca RAJBUD przyjęli również w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: REWITALIZACJA LINII KOLEJOWYCH nr 318 relacji SREBRNA GÓRA – BIELAWA ZACHODNIA od km 12,380 do km 24,300 i na ZAPROJEKTOWANIE WYKONANIE ROBÓT DLA ZADANIA PN. REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ NR 303 RELACJI ROŃKOŻUCHÓW NA ODCINKU CHOCIANÓW – PRZEMKÓW ODLEWNIA OD KM 10,970 DO KM 28,290 (18,243 km (tj. długość toru od km 10+477 do km 28+720) + ok. 400 m toru mijankowego p.o. Chocianów + ok. 400 m toru mijankowego p.o. Przemków Odlewnia).

Odwolujący zwrócił również uwagę, że w postępowaniu obaj wykonawcy, TORHAMER i RAJBUD zostali wezwani do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowane ceny w postępowaniu nie są rażąco niskie, z czego wyłącznie TORHAMER złożył wyjaśnienia natomiast RAJBUD pomimo otrzymanego wezwania takich wyjaśnień nie złożył, co skutkowało odrzuceniem jego oferty.

Zdaniem Odwołującego całokształt okoliczności związanych ze złożeniem ofert w postępowaniu przez wykonawców TORHAMER I RAJBUD, w szczególności powiązania rodzinne oraz długotrwała współpraca gospodarcza również postępowaniu w związku z udostępnieniem zasobów jak również, ustalony sposób kalkulacji cen polegający na tym, że ceny TORHAMER w większości pozycji Zestawień Cenowych stanowią z góry ustalony procent cen RAJBUD wskazuje, że oferty te sporządzane są wspólnie przez wykonawców TORHAMER i RAJBUD w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniach Zamawiającego. Okoliczność zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję potwierdza również niezłożenie wyjaśnień RNC przez RAJBUD, gdyż w przypadku, w którym kalkulacja cenowa jednego z wykonawców oparta jest o kalkulację drugiego z nich złożenie wyjaśnień RNC przez obu wykonawców stanowiłoby naoczny dowód tożsamości przyjętej metody kalkulacji ceny. A contrario, gdyby obaj wykonawcy TORHAMER i RAJBUD złożyli wyjaśnienia RNC, które wskazywałyby na zupełnie odmienne sposoby kalkulacji ceny, przyjęcie innych ofert podwykonawców, dostawców i usługodawców, jak również pozostałych składników cenotwórczych, Odwołującemu pozostałoby tylko stwierdzenie, że na skutek nieprawdopodobnego przypadku ceny obu wykonawców pozostaje w tak idealnej relacji do siebie. Brak złożenia wyjaśnień przez RAJBUD oraz zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa większości dokumentów TORHAMER związanych z wyjaśnieniami RNC nie pozostawia złudzeń, że oferty tworzone były wspólnie w celu zakłócenia konkurencji na rynku.

Odnosząc się do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę TORHAMER Odwołujący wskazał, że wykonawca TORHAMER w żaden sposób nie wykazał, że kalkulacja cenowa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i podlega jako taka ochronie.

W zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca TORHAMER wskazuje, że: Wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej zawierają wrażliwe informacje handlowe Wykonawcy, decydujące o jego pozycji rynkowej. Powyższe informacje dotyczą tajemnicy przedsiębiorstwa samego Wykonawcy, jak również podmiotów, które stale z nami współpracują gospodarczo, w szczególności w zakresie polityki finansowej, sposobu kalkulacji ceny, zakresu współpracy z podwykonawcami, ofert, jakie podwykonawcy składają Wykonawcy, rabatów, jakie udzielają, możliwości wykonywania przez te podmioty określonych zadań, a tym samym potencjału organizacyjno – personalnego tych podmiotów, i innych zasobów kluczowych Wykonawcy i naszych podwykonawców, które decydują o naszej pozycji rynkowej i możliwości zaproponowania korzystnych cen oraz mogą być wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców do kalkulacji cen

ofertowych w przyszłych przetargach oraz mogą osłabiać pozycje negocjacyjne naszych podwykonawców w kontaktach biznesowych z ich kontrahentami (w przypadku ujawnienia cen jakie proponują w tym postępowaniu).

W niniejszym zastrzeżeniu brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, które składniki kalkulacji posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą i dlaczego. Na podstawie cytowanego powyżej uzasadnienia nie jest możliwe odtworzenie związku pomiędzy informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa a pozycją rynkową ww. Wykonawcy czy możliwością składania konkurencyjnych ofert w kolejnych postępowaniach, tj. na czym polega know-how ww. Wykonawcy przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że sposób kalkulacji ceny ma unikalny charakter lub nie jest dostępny innym wykonawcom o zbliżonym doświadczeniu i potencjale (osobowy, sprzętowy, finansowy) w branży budowlanej.

Co więcej wykonawca TORHAMER wskazuje, że z jednej strony relacje z podwykonawcami i oferowane przez tych podwykonawców ceny stanowią o jego pozycji rynkowej, z drugiej strony wskazuje, że inni wykonawcy poznając kalkulację cenową mogliby ceny te wykorzystać do kalkulacji własnych ofert. Albo więc ceny podwykonawców są właściwe tylko TORHAMER, albo też inni wykonawcy mogą je również stosować.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca TORHAMER poza powyższym wywodem w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że wykonana przez niego kalkulacja ma autorski, unikatowy charakter, a poznanie sposobu w jaki jest wykonywana może zakłócić pozycję wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wykazał ponadto, że kalkulacja ceny ofertowej stanowi element przewagi rynkowej oraz z jakich powodów.

Podobnie w przypadku wyводу dotyczącego podwykonawców, TORHAMER wskazuje, że oferty podwykonawców, które zastrzega w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa, mają wartość finansową – pozwalają wykonawcy na kalkulację pozycji kosztorysowych i osiągnięcie zakładanego zysku a ponadto powstały w wyniku długoletniej, opartej na zaufaniu współpracy – ujawnienie może zniechęcić podwykonawców do dalszego współdziałania a ich ujawnienie mogłoby utrudnić podwykonawcom negocjacje cenowe z innymi kontrahentami, a tym samym zaszkodzić ich interesom gospodarczym oraz istnieje ryzyko przejęcia podwykonawców przez konkurencję. Powyższe twierdzenia mają charakter gołosłowny, ogólnikowy i w żaden sposób nie wykazują, że samo ujawnienie informacji o podwykonawcach i ich cenach pozwoli innym wykonawcom na niezwłoczne podjęcie współpracy na tych samych zasadach i warunkach, w tym również warunkach cenowych.

Odwołujący zwrócił również uwagę, iż nie jest prawdą, że inni wykonawcy nie są w stanie uzyskać wiedzy o podwykonawcach TORHAMER, skoro do oferty dołączył on zobowiązania podmiotów trzecich, a mianowicie „KOMUNIKACYJNE ZAKŁADY AUTOMATYKI TRANS-TEL SP. Z O.O., TH PROJEKT SP. Z O.O. i LENTAS SP. ; ze wskazaniem zakresu udostępnienia zasobów. Z tego chociażby powodu dane tych podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca TORHAMER przedłożył również dokumenty, które mają potwierdzać działania zmierzające do zachowania zastrzeżonych danych w poufności. Odwołujący wskazuje, że z załączonych dokumentów nie wynika, że dotyczą one informacji zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, co więcej TORHAMER nie wykazał, że przedłożony Regulamin dostępu i korzystania z dysku wewnętrznego został wprowadzony i obowiązuje wszystkich zatrudnionych pracowników. Podobnie przedłożone dwie umowy o zachowaniu poufności mają charakter blankietowy, nie są przez nikogo podpisane, brak nawet wskazania, że są to umowy obowiązujące u wykonawcy TORHAMER. Co więcej wzór umowy o zachowanie poufności pomiędzy zleceniobiorcą a zleceniodawcą (domyślić można się, że tym zleceniodawcą mógłby być wykonawca TORHAMER a zleceniobiorcą jego podwykonawca) w żaden sposób nie wskazuje, że zleceniobiorca zastrzega swoje dane jako poufne, w szczególności dane dotyczące oferowanych przez niego usług czy dostaw, czy robót budowlanych. Wzór przedłożony przez wykonawcę TORHAMER co do zasady skupia się na danych przekazywanych przez zleceniodawcę, a nie zleceniobiorcę, tym samym nie potwierdza, że podwykonawcy wykonawcy w jakikolwiek sposób oczekują ochrony jakichkolwiek informacji ich dotyczących.

Sama treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie podwykonawców, gdzie wykonawca wskazuje, że podwykonawcy mogą czegoś oczekiwać zamiast stwierdzeń kategorię potwierdza, że brak jest przesłanek do uznania jakichkolwiek informacji dotyczących podwykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy TORHAMER.

Odnosząc się do danych dotyczących pracowników i uzyskiwanych przez nich wynagrodzeń to Odwołujący wskazał, że w całej rozciągłości podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14.

TORHAMER w swoich wyjaśnieniach ponownie poza stwierdzeniem, że pracownicy mają prawo do utrzymania swoich wynagrodzeń w poufności oraz że ujawnienie siatki wynagrodzeń będzie skutkowało zachwianiem jego pozycji na rynku nie wykazuje, że dane informacje mają charakter informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przedstawia ich wartości gospodarczej oraz hipotetycznej szkody jaką poniesie w przypadku utraty pracownika.

Wykonawca TORHAMER w żadnym zakresie nie wykazał, w stosunku do żadnego ze złożonych dokumentów, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa, a mając na względzie ogólnikowość składanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, ich blankietowość, nie stanowią one uzasadnienia dającego podstawę do ochrony informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej również sam wykonawca TORHAMER wskazuje jaki jest cel zastrzeżenia de facto większości dokumentów związanych z Wyjaśnieniami RNC wskazując: „Ponieważ dane zawarte w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny są istotnymi elementami polityki handlowej Wykonawcy, na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zastrzegam, iż powyższe informacje nie powinny być udostępniane stronom trzecim, za wyjątkiem Zamawiającego oraz uprawnionych organów.” Wskazanie, że wyjaśnienia i dane zawarte w wyjaśnieniach RNC nie powinny być ujawniane osobom trzecim, wskazuje jednoznacznie, że wykonawca TORHAMER zastrzegł te informacje w celu uniemożliwienia innym wykonawcom analizy i weryfikacji złożonych Wyjaśnień RNC, co w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za niedopuszczalne i niepodlegające ochronie.

Podobnie jako nieskuteczne należy ocenić zastrzeżenie zawarte w piśmie z dnia 3 czerwca 2025 roku zawierającym oświadczenie o samooczyszczeniu. Wykonawca TORHAMER wskazuje w nim, że: „Niniejsze wyjaśnienia zawierają wrażliwe informacje Torhamer sp. z o.o. w zakresie organizacyjnym i kadrowym oraz zawierają dane obecnego i byłego personelu podmiotu. Z tego względu wnosimy o utajnienie załączników nr: 8. zestawienie zmian kadrowych w spółce komandytowej; 9. dowody na potwierdzenie zakończenia współpracy z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowości i zatrudnienie nowego personelu; 10. schemat organizacyjny spółki komandytowej do niniejszych wyjaśnień.” Odwołujący podniósł, że jest to de facto jedyne uzasadnienie zastrzeżenia powyższych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ponownie i w tym wypadku zastrzeżenie ma charakter ogólnikowy i blankietowy, w żaden sposób wykonawca TORHAMER nie wykazał wartości gospodarczej ani charakteru powyższych dokumentów (ponownie wykonawca zastrzega dokumenty a nie informacje). Oprócz ogólnikowych tez wykonawcy co do wagi dokumentów, brakuje w zastrzeżeniu jakichkolwiek konkretów odnoszących się do ustawowych przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Zdaniem Zamawiającego czynności przez niego podjęte były zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, dokumentacją postępowania, a także z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca "RAJBUD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szymbarku (RAJBUD) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Poza sporem było to, że oferta wskazanego wykonawcy została odrzucona, a wykonawca czynności odrzucenia oferty nie zaskarżył. W konsekwencji powyższego "RAJBUD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szymbarku utraciła status wykonawcy. Z kolei zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp tylko wykonawcy przysługuje możliwość zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawca TORHAMER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdyni z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2025 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego 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, piśmie procesowym, 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 odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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

Izba pominęła dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: oferty Uczestnika postępowania złożone w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego; oferty RAJBUD złożone w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego; porównanie ofert Uczestnika postępowania oraz RAJBUD w innych postępowaniach; porównanie ofert – plik „Łagiewniki_Zestawienie Ofert. Fakt, że Uczestnik postępowania oraz RAJBUD pozostają w stałych stosunkach współpracy (również w innych postępowaniach) nie był w sprawie kwestionowany i nie budził wątpliwości składu orzekającego. Izba pominęła dowody dotyczące RAJBUD uznając je za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem Odwołujący cofnął zarzut dotyczący wskazanego podmiotu.

Z uwagi na powyższe, zgłoszone przez Odwołującego dowody Izba uznała za powołane dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła ich przeprowadzenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny, istotny dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ nr 310 Kobierzy – Piława Górna na odcinku KOBIERZYCE – ŁAGIEWNIKI DZIERŻONIOWSKIE od km 0,174 do km 21,300”.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 28 kwietnia 2025 r. w postępowaniu złożono dziewięć ofert:

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	CENABRUTTO [PLN]	OKRES GWARANCJI [miesiące]
1	Konsorcjum firm: Lider: ROVERPOL Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 30/221, 02-697 Warszawa Partner: ROVER INFRASTRUCTURAS S.A. ul. Botanico Cavanilles 28, 46010 Walencja	99 015 000,00	60
2	TORHAMER Sp. z o.o. ul. Mściwoja 9/22 81-361 Gdynia	75 743 728,80	60
3	LWZ Sp. z o.o. Al. Niepodległości 2A 55-020 Żórawina	99 278 220,00	60
4	„RAJBUD” Sp. z o.o. ul. Szymbarskich Zakładników 22 83-315 Szymbark	79 110 240,62	60
5	„SBM” Sp. z o.o. sp. k. ul. Klecińska 123 54-413 Wrocław	85 862 422,12	60
6	INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. ul. kard. Stefana Wyszyńskiego 14 59-400 Jawor	81 882 849,06	60
7	PORR S.A. ul. Hołubcowa 123 02-854 Warszawa	96 760 410,00	60
8	Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „TOR” Sp. z o.o. ul. Katowicka 72 41-400 Mysłowice	96 113 815,17	60
9	ETF Polska Sp. z o.o. ul. Irysowa 1 55-040 Kobierzyce	84 004 592,49	60

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał m.in. Odwołującego, Uczestnika postępowania oraz RAJBUD do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny.

Pismem z dnia 19 maja 2025 r. Uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia, zastrzegając jako tajemnica przedsiębiorstwa następujące dokumenty: oferty podwykonawców złożone w celu potwierdzenia rynkowej kalkulacji ceny ofertowej; kalkulacji wykonawcy ze wskazaniem kwot zaoferowanych przez podwykonawców oraz kalkulacje własne; informacje dotyczące wynagrodzeń i innych warunków pracy pracowników wykonawcy.

W dniu 2 czerwca 2025 r. Uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia w zakresie braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Uczestnik postępowania zastrzegł informacje znajdujące się w załączniku nr 8, nr 9 i nr 10 jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 23 czerwca 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty RAJBUD.

Treść oferty Uczestnika postępowania, uzasadnienie zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie była sporna. Pisma znajdują się w aktach sprawy. Powtarzanie ich treści, z uwagi na ich obszerność oraz przytoczenie fragmentów w odwołaniu, piśmie procesowym, Izba uznała za zbędne.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp 1. *Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* 2. *Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.*

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego firmy RAJBUD SPÓŁKA Z OGRANICZON

ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szymbarku, wobec jego wycofania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie oznaczonym numerem 3 w *petitum* odwołania, dotyczącego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do złożonego w dniu 2 czerwca 2025 r. oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Z kolei zgodnie z ust. 3 *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. 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.*

Zgodnie z 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.*

Tytułem wstępu wskazać należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla danego podmiotu. Oczywistym jest, że żaden przedsiębiorca nie chce ujawniać informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Co jednak istotne, wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. W konsekwencji powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne.

Nie można tracić z pola widzenia, że zastrzegając konkretne informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą to być informacje, które stanowią tajemnicę wykonawcy, a nie innych podmiotów – dostawców czy też podwykonawców. Nie ma zatem znaczenia, przynajmniej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, że podwykonawcy, *jako podmioty zewnętrzne, mają prawo do utrzymania w tajemnicy szczegółów swoich ofert.*

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżonych ofert podwykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, Uczestnik w uzasadnieniu wskazuje, że *jako podmioty zewnętrzne, oferujące unikalną dla danego zamówienia koncepcję projektowo-budowlaną, mają prawo do utrzymania w tajemnicy szczegółów swoich ofert oraz rozwiązań projektowych* – co miał na myśli Uczestnik postępowania odwołujący się do unikalnych rozwiązań, tego już nie wyjaśnił, z kolei oferty stanowiące załączniki do wyjaśnień nie nawiązują do żadnych rozwiązań projektowych. Mało tego, oferty dostawców/podwykonawców są szablonowe, w treści znajdują się następujące elementy: towar/asortyment, cena, warunki wykonania, termin, warunki płatności, ważność oferty oraz zastrzeżenie, że cena może ulec zmianie, jak również, że *przedstawiona propozycja cenowa ma charakter informacyjny, nie jest prawnie wiążąca i nie stanowi oferty w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego*. Z treści ofert, wbrew twierdzeniom Uczestnika postępowania, nie wynikają rabaty, sposób kalkulacji ceny, zakres współpracy, a tym bardziej potencjał organizacyjno - personalny. Oferty są tak skonstruowane, że nawet nie wynika z nich stała współpraca między podmiotami a Uczestnikiem postępowania. Wręcz przeciwnie, z treści ofert wynika, że są to standardowe wzory.

Ogólne deklaracje i twierdzenia Uczestnika postępowania nie są wystarczające do wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uczestnik postępowania bardzo ogólnie wskazuje, że *wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej zawierają wrażliwe informacje handlowe Wykonawcy, decydujące o jego pozycji rynkowej*, przy czym Uczestnik postępowania nawet nie precyzuje co rozumie przez wrażliwe informacje i jak te konkretne informacje przedkładają się na jego pozycję rynkową. Jak już wyżej wspomniano, oferty nie zawierają żadnych specjalnych rabatów, zasad współpracy, potencjału, unikalności, na które powoływał się w uzasadnieniu Uczestnik postępowania.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela pogląd, zgodnie z którym 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 własna wykonawcy na potrzeby danego zamówienia. Skoro jest to wartość wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, to nie sposób uznać wyliczenia ceny za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym bardziej, że wskazanie ceny narazi wykonawcę na szkodę.

Reasumując, rację miał Odwołujący wskazując, iż Uczestnik postępowania nie zdołał wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje, po ich ujawnieniu, dadzą konkurencji przewagę, osłabią jego pozycję na rynku czy też narażą na straty finansowe. Uczestnik postępowania nie zdołał nawet wykazać, że oferty faktycznie zawierają unikalne rozwiązania,

zasady współpracy z Uczestnikiem postępowania, a nawet tego, że ceny wskazane w ofertach są wiążące i zaferowane wyłącznie Uczestnikowi.

Jeżeli chodzi o wynagrodzenia pracowników i warunków zatrudnienia, przed przejściem do analizy uzasadnienia niezbędnym było poczynienie kilku uwag ogólnych na temat poufności wynagrodzenia i warunków zatrudnienia. Wynagrodzenie za pracę, warunki zatrudnienia jak również pozostałe elementy związane z nawiązaniem stosunku pracy podlegają ochronie wynikającej z kodeksu pracy. Nie ma natomiast szczegółowych regulacji dotyczących poufności wynagrodzenia za pracę i warunków zatrudnienia. Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że wynagrodzenie za pracę stanowi dobro osobiste pracownika i podlega ochronie wynikającej z przepisów kodeksu cywilnego regulującego kwestię dóbr osobistych, i co do zasady ujawnienie wynagrodzenia wymaga zgody pracownika.

Przedkładając powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, rację miał Uczestnik postępowania, że *Pracownicy mają prawo do utrzymania w poufności wysokości swoich wynagrodzeń i innych warunków pracy*, przy czym Izba badając zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa musi ocenić, czy wykonawca zdołał wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można mówić o wykazaniu przez Uczestnika, że umowy o pracę załączone do wyjaśnień, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tylko z tego względu, że pracownicy mają prawo do utrzymania w poufności wysokości wynagrodzenia, a w wyniku ujawnienia jego wynagrodzenia może utracić on poczucie bezpieczeństwa i prawa do prywatności. Zwłaszcza w sytuacji, gdy Uczestnik postępowania dane osobowe pracowników zanonimizował.

Rację miał również Odwołujący, że Uczestnik postępowania nie zdołał wykazać działań zmierzające do zachowania zastrzeżonych danych w poufności.

Odnosząc się do zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników nr 8, nr 9 oraz nr 10 do pisma z dnia 2 czerwca 2025 r. – uzasadnienie do załącznika nr 8 i 9 sprowadza się do tego, że dokumenty te *nie funkcjonują jako odrębne dokumenty o walorach handlowych i jako taki nie funkcjonuje jako standardowy dokument handlowy, którego da się wycenić lub który leży zabezpieczony w siedzibie Wykonawcy w zabezpieczonym miejscu. Dokument ten jest dedykowany procedurze selcleaning i zawiera informacje wrażliwe dla pracowników/współpracowników (...), zdaniem Wykonawcy brak podstaw do odtajnienia tych informacji wynika nie tylko z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ale również zawierają informacje chronione przez RODO, co do których Wykonawca nie posiada indywidualnych zgód osób fizycznych na ujawnienie*. Przy takim uzasadnieniu nie sposób mówić, że Uczestnik postępowania wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uczestnik postępowania nawet nie nawiązał do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie do załącznika nr 10 zawierającego schemat organizacyjny spółki komandytowej, Uczestnik postępowania wskazał: *taki schemat jest najbardziej klasyczną informacją o charakterze organizacyjnym, o której wspomina ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie trudno określić wartość handlową tego schematu, gdyż to rozwiązanie organizacyjne jest dostosowane ściśle do przedsiębiorstwa Wykonawcy i jako takie może nie mieć zastosowania w żadnym innym przedsiębiorstwie (trudno zatem ustalić wartość handlową schematu, który jest unikalny dla danego podmiotu). Jednocześnie schemat również zawiera dane personalne, gdyż każda komórka organizacyjna ma osobę kierującą. Z tego względu Wykonawca uważa, że również w tym przypadku zasadne jest utajnienie Załącznika nr 10. Ewentualne jego odtajnienie może skutkować roszczeniami osób fizycznych tytułem naruszenia danych osobowych i/lub praw pracowniczych*. Uczestnik postępowania nie podjął nawet próby wykazania spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uczestnik postępowania wskazał na bliżej nieokreślone roszczenia osób fizycznych tytułem naruszenia danych osobowych i/lub praw pracowniczych, nie wyjaśniając co dokładnie miał na myśli i jak to się ma do załącznika, w którym dane osobowe pracowników zostały zanonimizowane.

W pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

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

Z kolei art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.*

Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom, których łączy

relacja rodzinna. Powiązania rodzinne to niewystarczająca poszlaka dla stwierdzenia, że doszło do zмовы przetargowej, muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy. Niewątpliwie wykazanie przez Odwołującego ziszczenia się przesłanek wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest zadaniem trudnym. Nie zmienia to jednak faktu, że w ramach postępowania odwoławczego wywód Odwołującego i wyciągane na jego podstawie wnioski były niewystarczające dla jego uwzględnienia. Stawiając tak poważny zarzut jakim jest zмова przetargowa, nie wystarczy gołosłowne twierdzenia Odwołującego, że powiązania rodzinne, brak wyjaśnień, stała współpracy świadczy o zмовie przetargowej.

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej *aby można było stwierdzić, że doszło do istnienia zмовы, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zмовы przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp* (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1529/22).

Instytucja zмовы przetargowej została zdefiniowana w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.) jako porozumienie, którego 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; ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. W konsekwencji, aby można było mówić o zмовie przetargowej z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., muszą wystąpić kumulatywnie następujące przesłanki:

- 1)zawarcie niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu, którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert;
- 2)antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia;
- 3)brak podstaw do wyłączenia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

Odwołujący nie zdołał wykazać ww. przesłanek. W zasadzie nawet nie wyjaśnił na czym, w tym konkretnym postępowaniu, polegało zakłócenie konkurencji. W jaki sposób Uczestnik manipulował wynikiem postępowania, jak powiązania rodzinne, cena, czy też udostępnienie zasobów doprowadziło do nieuczciwej przewagi Uczestnika postępowania. Inaczej rzecz ujmując, Odwołujący wskazał na pewne okoliczności, które mogą wzbudzać wątpliwości co do intencji wykonawców, jednak nie podjął próby wykazania na czym konkretnie rzekome porozumienie miało polegać, co miało być skutkiem zмовы przetargowej. Z doświadczenia życiowego wynika, że w przypadku zмовы przetargowej, celem jest doprowadzenie do wyboru oferty z wyższą ceną. Innym jeszcze celem jest wyeliminowanie konkurencji, podział rynku itd. Nie sposób mówić o zмовie przetargowej w sytuacji, gdy przedstawione przez Odwołującego okoliczności (tj. powiązania rodzinne, stała współpraca) nie nawiązują do wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani nie wskazują żadnego skutku, celu porozumienia. W przedmiotowej sprawie stwierdzenie zмовы przetargowej byłoby wbrew logice również i z uwagi na to, że odrzucenie oferty firmy "RAJBUD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szymbarku doprowadziło do polepszenia sytuacji Odwołującego, którego obecnie oferta jest na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert i ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Nadto, co równie istotne, zмова przetargowa dotyczy co najmniej dwóch wykonawców. Izba oceniając, czy doszło do porozumienia między wykonawcami musi badać oferty i sposób działania obu wykonawców. W przedmiotowej sprawie, z uwagi na wycofanie zarzutu w stosunku do firmy "RAJBUD" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Szymbarku, Izba oferty wskazanej spółki nie badała.

Niejako na marginesie, przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, ale umożliwiającym ekskulpację przez wykazanie sporządzenia ofert niezależnie od siebie. Co za tym idzie, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawców, Zamawiający powinien dać im szansę na takie działanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 w zw. z ust. 6 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....
.....