

WYROK

Warszawa, dnia 7 listopada 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2025 r. przez wykonawcę MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych w Katowicach, działającego w imieniu i na rzecz zamawiającego - Zespołu Szkół Technicznych i Ogólnokształcących nr 3 im. E.A. w Katowicach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Zakład Usług Budowlano-Handlowych "NOWBUD" A. Nowak, E. Bracki Spółka jawna z siedzibą w Kielcach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 17 zł (słownie: siedemnaście złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 666,99 zł (słownie: sześćset sześćdziesiąt sześć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby;

2.2. zasądza od odwołującego MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich na rzecz Centrum Usług Wspólnych w Katowicach, działającego w imieniu i na rzecz zamawiającego - Zespołu Szkół Technicznych i Ogólnokształcących nr 3 im. E.A. w Katowicach kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Centrum Usług Wspólnych w Katowicach, działające w imieniu i na rzecz zamawiającego - Zespołu Szkół Technicznych i Ogólnokształcących nr 3 im. E.A. w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: *„WPF (UE) Technologie przyszłości - utworzenie nowoczesnych pracowni w Zespole Szkół Technicznych i Ogólnokształcących nr 3 im. E.A. przy ul. Harcerzy Września nr 2 w Katowicach”*, numer referencyjny: ZP/87/2025.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.03.2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 189060–2025, numer wydania: Dz.U. S: 58/2025. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 1 października 2025 roku wykonawca MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1) wyborze oferty najkorzystniejszej, jako oferty złożonej przez Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N.,

E.B. Spółka Jawna, co nastąpiło w piśmie z dnia 24.09.2025 r. pt. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej;
2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna w związku ze złożeniem oferty zawierającej rażąco niską cenę, której kalkulacji wykonawca nie wyjaśnił oraz oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
3) działaniu polegającym na zatajeniu informacji zawartych w części wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej wraz z załącznikami w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna, co nastąpiło w piśmie zamawiającego z dnia 18.09.2025 r., nie publikowanym przez zamawiającego, a doręczonym odwołującemu w odpowiedzi na zapytanie o udostępnienie dokumentów, w formie elektronicznej, w dniu 26.09.2025 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna, pomimo złożenia wyjaśnień nie uzasadniających podanej w ofercie ceny.
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna pomimo zawierania rażąco niskiej ceny oraz złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.
3. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione utajnienie części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, złożonych przez Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna, podczas gdy wykonawca nie udowodnił by informacje zawarte w jego ofercie zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa.
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to biorąc pod uwagę, że oferując cenę taką jak przyjęta w ofercie tego wykonawcy, musiał on pominąć niektóre elementy zamówienia w wycenie.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności w postaci odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Budowlano – Handlowych „Nowbud” A.N., E.B. Spółka Jawna;
- 4) nakazanie zamawiającemu ujawnienia pełnej treści wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów wpisu od odwołania oraz innych kosztów powstałych w toku postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmującego zaprojektowanie, a następnie budowę nowego budynku dydaktycznego wraz z nadbudową jednej kondygnacji budynku istniejącej sali gimnastycznej z łącznikiem między budynkami na wszystkich kondygnacjach pn.: „WPF (UE) Technologie przyszłości - utworzenie nowoczesnych pracowni w Zespole Szkół Technicznych i Ogólnokształcących nr 3 im. E.A. przy ul. Harcerzy Września nr 2 w Katowicach”.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi: 21 803 966,08 zł, a powiększona o podatek VAT: 26 818 878,28 zł. W postępowaniu zostało złożonych 11 ofert, z czego 9 ofert zostało odrzuconych. Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto: 19 898 542,92 zł, zaś wykonawca Zakład Usług Budowlano – Handlowych „NOWBUD” A.N., E.B. Spółka Jawna (dalej jako: „NOWBUD”) złożył ofertę z ceną brutto: 16 984 841,23 zł.

Pismem z dnia 17 czerwca 2025 roku zamawiający – działając na podstawie przepisu art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - zwrócił się do wykonawcy „NOWBUD” o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, z uwagi na to, że cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i w związku z tym ma cechy ceny rażąco niskiej. Zamawiający wskazał, iż:

„oczekuje wyjaśnienia, iż zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem

zamówienia. W wyjaśnieniu Wykonawca ponadto, winien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, dotyczące:

- ✓zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- ✓wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- ✓oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- ✓zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- ✓zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- ✓ zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- ✓zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- ✓wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Zamawiający podkreślił również, że wyjaśnienia należy złożyć wraz z dowodami.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący pismem z dnia 26 czerwca 2025 roku złożył wyjaśnienia w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny. Jednocześnie oświadczył, że informacje zawarte w tym piśmie, jak i w załącznikach, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegł, że „zarówno pismo niniejsze, jak i załączniki do pisma oraz poszczególne zawarte w nich informacje i treści nie mogą być udostępniane”.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca „NOWBUD” wyjaśniał m.in., że: „Niewątpliwie dane i informacje przedstawione w niniejszym piśmie i załączonych do pisma dokumentach kwalifikowane być mogą, jako dane i informacje o charakterze organizacyjnym oraz inne informacje posiadające istotną wartość gospodarczą, albowiem przedstawiają one zarówno przyjętą przez Spółkę indywidualną metodę kalkulacji ceny oferty, jak i poszczególne składniki cenotwórcze. (...) Zaznaczam, że zastrzeżone informacje bezsprzecznie mają dla Spółki wartość gospodarczą, bowiem sposób kalkulacji oferty jest jednym z podstawowych elementów konkurencji i jako taki wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej oferty. Informacje obrazujące sposób kalkulacji ceny oferty mają doniosły charakter, jako całość doświadczeń, które zdobył Wykonawca w okresie prowadzenia swej działalności. Spółka przygotowując oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia na roboty budowlane stosuje podobną metodologię opracowywania kalkulacji cenowej, którą dostosowuje do danego przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wypracowuje nowych metod, nowych rozwiązań każdorazowo na potrzeby danego zamówienia, również sposób budowania ceny oferty stanowi względnie trwały element stosowanej u Wykonawcy polityki cenowej. Spółka pracuje zgodnie z wypracowanymi przez wiele lat schematami, efektywnymi rozwiązaniami, które odpowiednio dobiera na potrzeby konkretnego zamówienia. Waleń trwałego elementu przedsiębiorstwa posiadają metody obniżenia kosztów i w konsekwencji ceny oferty. Względnie trwały element działalności Wykonawcy stanowi również krąg partnerów biznesowych. W słusznym interesie Wykonawcy leży zatem, by to doświadczenie oraz wynikające z niego metody działania, w tym sposób kalkulowania ceny oferty, nie był powszechnie znany rynkowi, w szczególności firmom konkurencyjnym. Taka wiedza o trwałych elementach przedsiębiorstwa niewątpliwie zasługuje na ochronę w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W postępowaniach prowadzonych w celu udzielenie tego typu zamówień jest duża konkurencja ze strony stałej grupy wykonawców. Pozyskanie informacji w jednym przetargu może przesądzić o porażce Wykonawcy i sukcesie konkurencji w innym przetargu. Wartość gospodarczą posiadają wyjaśnienia jako całość, jak również poszczególne załączone do wyjaśnień dowody. Informacje podane w wyjaśnieniach, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy pozwalające na złożenie oferty korzystnej cenowo. Przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia, dowody oraz kalkulacja wartości oferty obrazują indywidualne podejście Spółki do szacowania elementów przedmiotu zamówienia (...).

Z kolei pismem z dnia 18 września 2025 roku zamawiający poinformował wykonawcę „NOWBUD” o braku skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu części informacji przekazanych przez tego wykonawcę w części dotyczącej uzasadnienia oraz informacji powszechnie znanych i łatwo dostępnych, tj. informacji podanych w części pkt II oraz w części III Obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Ponadto, zamawiający stwierdził, że brak jest skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dla załączników w postaci: Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r., a także Cennika Sekocenbud, II kwartał 2025 r.

W wyjaśnieniach ceny oferty w zakresie, w którym zostały one odtajnione przez zamawiającego, wykonawca

„NOWBUD” powoływał się m.in. na ceny ofert złożonych w tym postępowaniu i wskazywał, że 10 ofert mieści się w budżecie zamawiającego, a 4 oferty noszą znamiona rażąco niskich w odniesieniu do kwoty zamawiającego. Wykonawca odniósł się także do innego zamówienia publicznego realizowanego przez tego samego zamawiającego w formule „zaprojektuj i wybuduj” (gdzie otwarcie ofert również nastąpiło w 2025 r.) i powołał się na zaoferowane tam ceny ofert i wartość jednostkową 1m² powierzchni netto porównując to do cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu.

W dniu 24 września 2025 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę „NOWBUD”.

Odwolujący wniósł odwołanie w dniu 1 października 2025 roku wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy „NOWBUD”, a także wobec nieodtajnienia informacji zawartych w części wyjaśnień ceny rażąco niskiej wraz załącznikami.

Także w dniu 1 października 2025 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kopię odwołania za pośrednictwem Platformy zakupowej.

W dniu 3 października 2025 roku wykonawca Zakład Usług Budowlano-Handlowych "NOWBUD" A. Nowak, E Bracki Spółka jawna z siedzibą w Kielcach (zwany dalej: „NOWBUD” lub „uczestnik postępowania”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stał się on uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 4 listopada 2025 roku zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Także w dniu 4 listopada 2025 roku wykonawca „NOWBUD” - uczestnik postępowania po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację z niniejszego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących względów.

Tytułem uwag wstępnych.

Po pierwsze, Izba nie podziela argumentacji uczestnika postępowania odnoszącej się do rzekomo nieprawidłowej konstrukcji odwołania, wynikającej z braku zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp, tzw. zarzutu wynikowego, który bezpośrednio odnosiłby się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba zauważa, że uwzględnienie zarzutów podstawowych podniesionych w odwołaniu w konsekwencji prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Brak w takiej sytuacji postawienia zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp, który sam uczestnik określa jako zarzut „wynikowy”, nie stanowi o braku skuteczności wniesionego odwołania.

Po drugie, należy podkreślić, że Izba uznała za niedopuszczalną korektę zarzutów dokonaną przez odwołującego na etapie rozprawy, polegającą na tym, że odwołujący zarzut nr 3 odwołania uczynił zarzutem głównym, a pozostałe, tj. zarzuty nr 1, 2 i 4 - zarzutami ewentualnymi. W ocenie Izby takie działanie stanowi niedopuszczalną modyfikację zarzutów, wykraczającą poza ich granice określone w odwołaniu i jako takie jest sprzeczne z przepisem art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący wyjaśniał, że w przypadku takiej korekty podstawy prawne i faktyczne zarzutów pozostają te same. Jednak należy zauważyć, że wniesienie zarzutów w określonym kształcie czy konfiguracji również wskazuje na ich zakres i granice, co może mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tak jak to miało w niniejszej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że w ramach odwołania odwołujący nie precyzował, które zarzuty należy uznać za główne, a które za ewentualne. W odwołaniu w ogóle nie odnosił się do tej kwestii, w żaden sposób nie określając stopnia gradacji zarzutów. Z treści odwołania nie wynika

również, że odwołujący miał taki zamiar. Treść odwołania wskazuje na to, że wszystkie zarzuty opisane zostały jako równorzędne, dlatego też Izba rozpoznała wszystkie zarzuty jako równorzędne.

Zarzut nr 3:

W dalszej kolejności należy wskazać, że w ocenie składu orzekającego Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 (przyp.: w odwołaniu omyłkowo wskazano pkt 4) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji okazał się uzasadniony.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

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.

Z kolei przepis art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233, ze zm.) stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem Izby, zarzut okazał się uzasadniony, albowiem wykonawca „NOWBUD” nie wykazał przesłanek warunkujących możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Jednak z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania – wobec oddalenia pozostałych zarzutów odwołania – również ten zarzut podlegał oddaleniu.

Słusznie zwracał uwagę odwołujący na fundamentalny charakter zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjątkowość możliwości zastrzeżenia określonych elementów oferty jako „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Jednak nie ulega też wątpliwości, że prawem wykonawcy jest ochrona informacji przekazanych zamawiającemu, zastrzeżonych przez niego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co wprost wynika z jednoznacznego brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącego kategorycznie: „nie ujawnia się stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Jednak ochrona ta zależy od wypełnienia przesłanek, określonych przez ustawodawcę w tym przepisie, tj. wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzeże, że nie mogą być one udostępniane oraz wykaze, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile w niniejszej sprawie wykonawca „NOWBUD” zadośćuczynił wymaganiu dokonania zastrzeżenia równocześnie z przekazaniem informacji (w ramach wyjaśnień ceny oferty), o tyle już – w ocenie Izby – nie wykazał, że informacje te faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadnie podnosił odwołujący, że: *„Treść wyjaśnień wskazuje, że w ocenie wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje: „organizacyjne oraz inne informacje posiadające istotną wartość gospodarczą”. Pomija jednak jakiegokolwiek sprecyzowanie czego miałyby te informacje dotyczyć, tak aby ocenić czy faktycznie spełniają one przesłanki zastrzeżenia tajemnicy.”*

Zdaniem Izby, wykonawca „NOWBUD” nie wykazał przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. nie wykazał elementów niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia m.in. wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W tym zakresie wykonawca „NOWBUD” poprzestał jedynie na cytowaniu orzecznictwa oraz na głośłownych, ogólnych stwierdzeniach, które nie pozwalają na określenie, jakie korzyści przyniesie mu zastrzeżenie lub jakich strat pozwoli uniknąć. Podobnie wykonawca ten nie wskazał, jakie dokładnie działania podjął w celu zachowania informacji w poufności, stwierdzając jedynie ogólnikowo, że spółka podjęła niezbędne działania w celu zabezpieczenia tych informacji i zachowania w poufności.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzut okazał się uzasadniony. Jednakże zarzut ten podlega oddaleniu, gdyż stwierdzone naruszenie przepisów ustawy nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania – wobec oddalenia pozostałych zarzutów odwołania. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za bezzasadne.

Zarzut nr 1:

Zarzut nr 1 dotyczył naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

wykonawcę „NOWBUD” pomimo złożenia wyjaśnień nieuzasadniających podanej w ofercie ceny.

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

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp okazał się bezzasadny, gdyż – w ocenie Izby - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę „NOWBUD” uzasadniają cenę podaną w ofercie, są wystarczające do uznania ich prawidłowości i zostały poparte dowodami. Wyjaśnienia są adekwatne do treści wezwania zamawiającego. Wykonawca „NOWBUD” wykazał, że zaoferowana cena jest realna i możliwa do osiągnięcia.

Izba w pełni podziela stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w złożonym piśmie procesowym, iż: *„Uzasadnienie zarzutów odwołania dot. rażąco niskiej ceny sprowadza się de facto do twierdzenia przez Odwołującego, że sposób wyliczenia przez Przystępującego ceny jest jego zdaniem niezasadny i powinien wyglądać inaczej lub opierać się na innych danych/założeniach. Odwołujący nie wykazuje żadnych błędów w przyjętych przez Przystępującego założeniach, a jedynie opiera się na stwierdzeniu, że powinno się brać pod uwagę inne elementy. Brak uwzględnienia tych elementów powinien świadczyć o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, a jeżeli ich się nie bierze po uwagę, to mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Nie jest to nawet polemika z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego, czy prawidłowością przyjętych kalkulacji, ale stanowi jedynie próbę narzucenia Przystępującemu metodologii wyliczenia ceny zgodnej z przyjętą przez Odwołującego.”*

Odwołujący swoje twierdzenia kieruje w zasadniczej części do treści wyjaśnień, które zostały odtajnione przez zamawiającego. Natomiast dane szczegółowe i szczególne okoliczności – odnoszące się bezpośrednio do przygotowanej przez wykonawcę „NOWBUD” oferty cenowej znajdują się w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa (także w załącznikach do wyjaśnień). Stąd zarzut w tym zakresie jest bezpodstawny.

Co do kwestii braku wskazania ilości pracowników oddelegowanych do realizacji zamówienia czy podstawy ich zatrudnienia, stażu pracy itp., to stwierdzić należy, że zamawiający nie sprecyzował w treści wezwania szczególnych oczekiwań w tym zakresie. Wykonawca zaś wyjaśnił sposób kalkulacji roboczogodziny – w części wyjaśnień zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Co do kwestii podwykonawców to błędne jest założenie poczynione przez odwołującego, że wykonawca w ramach wyjaśnień nie może powoływać się na oferty podwykonawców, w sytuacji, gdy na etapie ofertowania wykonawca wskazywał, że nazwa firmy podwykonawczej nie jest mu znana.

Odwołujący wskazywał również, że *„wyjaśnienia te nie mogły być dla zamawiającego wystarczające, bowiem nie mogły w sposób racjonalny i zgodny z przepisami wykazać kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych poniżej granicy kosztu wytworzenia usługi.”*. Jednocześnie odwołujący w żaden sposób nie sprecyzował, które pozycje kosztorysowe są poniżej granicy kosztu wytworzenia, a także nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń w tym zakresie.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem odwołującego, że *„w postępowaniu odwoławczym KIO bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.”*. Jednakże ocena Izby jest odmienna od tej prezentowanej przez odwołującego. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę „NOWBUD” są konkretne, wystarczające i potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Ponadto, zostały poparte stosownymi dowodami. Odwołujący zaś nie wykazał, aby wyjaśnienia te nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut nr 1.

Zarzut nr 2:

Zarzut nr 2 dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „NOWBUD” pomimo zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

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

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

klienta.

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta wykonawcy „NOWBUD” zawiera rażąco niską cenę oraz, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, spoczywał na odwołującym. Zgodnie bowiem z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby zasadność zarzutu. Co więcej, zarzut odwołującego opiera się wyłącznie na ogólnikach. Odwołujący podnosił, że „*Biorąc pod uwagę dysproporcję pomiędzy wartością zamówienia, a ceną zaoferowaną przez Nowbud, cenę tę należy uznać za rażąco niską. Przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową. Cena wskazana w ofercie złożonej przez Nowbud spełnia te cechy.*”. Izba zauważa, że sama dysproporcja pomiędzy wartością zamówienia a oferowaną ceną nie świadczy o tym, że jest to cena rażąco niska. Dalej odwołujący wskazywał, że: „*Sam fakt skalkulowania stawki wynagrodzenia na poziomie nie niższym niż stawki minimalne wynagrodzenia za prace nie potwierdza uwzględnienia w zaoferowanej cenie wszystkich kosztów pracowniczych realizacji umowy*”. Co jednak w żaden sposób nie świadczy o tym, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę.

W konkluzji uzasadnienia odwołujący podnosił, że „*Celowe zaniżenie cen jednostkowych, w sposób powodujący nie uwzględnienie kosztów minimalnych wytworzenia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 w zw. z 15 ust. 1 pkt. 1 uznk.*”. Zatem odwołujący nie tylko nie przedstawił dowodów, ale przede wszystkim nie przedstawił rzeczowego uzasadnienia podnoszonego zarzutu.

To odwołujący powinien wskazać i udowodnić brak rynkowości ceny, brak uwzględnienia wszystkich aspektów zamówienia wynikających z dokumentacji postępowania oraz, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Brak inicjatywy dowodowej ze strony odwołującego, ale też i przekonującej, merytorycznej argumentacji, stanowi o konieczności oddalenia zarzutu.

Zarzut nr 4:

Zarzut nr 4 dotyczy naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „NOWBUD”, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to biorąc pod uwagę, że oferując cenę taką jak przyjęta w ofercie tego wykonawcy, musiał on pominąć niektóre elementy zamówienia w wycenie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby także ww. zarzut podlega oddaleniu. W istocie uzasadnienie oddalenia tego zarzutu jest analogiczne jak w przypadku oddalenia zarzutu nr 2.

W ramach ww. zarzutu odwołujący podnosił, że „*Biorąc pod uwagę ogólność wyjaśnień wykonawcy co do rażąco niskiej ceny, jak również rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia, a ceną zaoferowaną przez wykonawcę, jeśli w wyniku badania wyjaśnień zamawiający stwierdził, że wszystkie elementy istotne oferty są wycenione w cenach rynkowych, to jest jedynym racjonalnym wyjaśnieniem dla którego wykonawca zadeklarował tak niską cenę realizacji zadania, musi być to, że nie skalkulował wszystkich jego elementów lub też skalkulował je w niepełnym wymiarze. Powoduje to, że nie tylko nie spełnione zostały warunki określone w dokumentacji postępowania (wyceniono niepełny przedmiot zamówienia), ale też to, że globalna cena zaoferowana została poniżej kosztów wytworzenia usługi, co ma wyłącznie na celu eliminację innych przedsiębiorców z postępowania. Powyższe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 3 ust. 1 uznk.*”.

Z cytowanego uzasadnienia zarzutu odwołującego wynika, że odwołujący zarzut swój buduje wyłącznie na własnych domysłach dotyczących nie ujęcia w kalkulacji wymaganych elementów oraz dotyczących zaoferowania ceny oferty poniżej kosztów wytworzenia usługi w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie sposób nie dostrzec ogólnikowości twierdzeń odwołującego, braku merytorycznych argumentów potwierdzających zasadność podnoszonego zarzutu oraz braku jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut nr 4

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 17 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kwotę 3600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika ustanowionego w sprawie oraz kwotę 666,99 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 266,99 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....