

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **7 sierpnia 2026 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **6 lipca 2026 r.**

przez wykonawcę: **FAGUS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Letnie oczyszczanie ulic – kompleks B* (UD-IV-WZP.271.11.2026.DKO)

prowadzonego przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Mokotów** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KERMAN sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i RAFDAR sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, tj. zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.**

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Mokotów {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2026 r. poz. 793) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp” itp.} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Letnie oczyszczanie ulic – kompleks B* (UD-IV-WZP.271.11.2026.DKO).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 marca 2026 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 61 pod poz. 213853.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

26 czerwca 2026 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Kerman sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Rafdar sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu {dalej: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”}.

6 lipca 2026 r. Fagus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Fagus” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższej czynności w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum, a także od zaniechania udostępnienia w całości złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień dotyczących ceny wraz z dowodami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano oznaczenia innego aktu prawnego}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz w zw. z art. 224 ust. 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i tym samym uznanie, że w złożonych wyjaśnieniach spełniło obowiązki ustawowy wykazania braku rażąco niskiej ceny swojej oferty.
2. Art. 239 ust. 1 i 2 – przez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum, która powinna zostać odrzucona z uwagi na brak uzasadnienia podanej w ofercie ceny [zarzut wynikowy].
3. Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez wadliwe uznanie, że Konsorcjum wraz z przekazaniem w ramach wyjaśnień informacji zawartych w dokumencie „oferta utylizacja – załącznik nr 7” zastrzegło skutecznie, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazało, że wszystkie zawarte tam informacje (tj. cały dokument) stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. A ponadto przez wadliwe uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum informacji dotyczących kosztów utylizacji odpadów i szacowanego zysku.
4. Art. 16 pkt 1 i 2 – przez prowadzenie zamówienia publicznego w sposób naruszający uczciwą konkurencję i w sposób nieprzejrzysty, z uwagi na naruszenia, o których mowa w poprzednich zarzutach [zarzut niesamoistny].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum.

4.Odtajnienia kosztów utylizacji i szacowanego zysku w wyjaśnieniach oraz odtajnienie dokumentu „Oferta utylizacja – załącznik nr 7”.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, które wzięto pod uwagę i odzwierciedlono dalej w zakresie mogącym mieć potencjalnie znaczenie dla sprawy, aby zwięźle wyjaśnić, dlaczego ostatecznie zostały uznane za nieadekwatne lub nieistotne dla zapadłego rozstrzygnięcia.

W odpowiedzi na odwołanie z 16 lipca 2026 r. Zamawiający, a uprzednio w zgłoszeniu przystąpienia z 10 lipca 2026 r. Przystępujący, zgodnie wnieśli o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miały one znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

[ad zarzutu nr 1]

Brzmienie zawartych w piśmie z 25 maja 2026 r. wyjaśnień Konsorcjum w zakresie objętym zarzutami odwołania [pisownia oryginalna]:

(...)

4.1. oczyszczanie nawierzchni jezdni

Z obmiaru przedstawionego przez Zamawiającego wynika, że łączna odległość podlegająca oczyszczaniu to 60 km.

Wykonawca na bazie własnego doświadczenia zakłada:

1) Czas – 5 dni roboczych – co daje wykonanie ok. 12 km dziennie w obie strony;

2) Sprzęt:

a) 1 Zamiatarka z nośnikiem;

(...)

c) 5 pracowników – kierowcy, pracownicy fizyczni;

(...)

2) Zamiatarka praca

a)Zamiatarka praca 12 km (obustronnie czyli $12\text{ km} \cdot 2 = 24\text{ km}$);

b)Nośnik (ciężarówka): spalanie 30 l na 100 km, czyli na 24 km spala $7,2\text{ litra} \cdot 8,00\text{ zł} = 57,60\text{ zł}$ – Dziennie zamiatane jest 12 km, ale obustronnie, dlatego policzono $12\text{ km} \cdot 2\text{ strony} = 24\text{ km}$.

c) $57,6\text{ zł}/12\text{ km}$ – 12 km przyjęte ze względu na przeliczenie na cenę oferty, zatem wycena 1km odbywa się obustronnie – **5,20 zł za 1km;**

d)Zamiatarka spalanie 10 litrów na 1 godzinę pracy. 12 km zamiatane jest w 7 godzin także dzienne spalanie to 70 litrów $\cdot 8,00\text{ zł} = 560\text{ zł}$ za 12 km, czyli $560/12 = 46,66\text{ zł}/1\text{ km}$

(...)

3. Utylizacja urobku:

1) Koszt odbioru

a)Szacowany urobek z jednodniowego zamiatania to 1 tony, tj. z zamiatania 12km jezdni;

b)Koszt utylizacji 1 tony to 638,53 zł brutto

c)Zatem koszt dzienny to 638,53 zł. Koszt na 1 km to $638,53\text{ zł}/12\text{ km} = 53,21\text{ zł}/1\text{ km}$.

2) Koszt dowozu odpadów

a)Odległość w obie strony do miejsca zrzutu: 140 km;

b)Spalanie nośnika zamiatarki: 30 l na 100 km, czyli 30 litry na 100 km dojazdu i powrotu;

c)Koszt paliwa: $8,00\text{ zł} \cdot 30\text{ litrów} = 240\text{ zł}$ na 12 kilometrów, czyli na 1 km: $240\text{ zł}/12\text{ km} = 20\text{ zł}/1\text{ km}$.

Łączny koszt utylizacji urobku 73,21 zł.

(...)

5. Podsumowanie

Nazwa Koszty w przeliczeniu na 1 km	Koszt zł
Łączny koszt sprzętu do wykonania zamówienia w zakresie pozycji	77,22
Łączny koszt pracowników	123,57
Łączny koszt utylizacji urobku 1	73,21*
koszty ogólne funkcjonowania przedsiębiorstwa mające wpływ na cenę oferty	39,20
Łącznie	313,2zł*
Cena oferty	560 zł
Zysk	246,80 zł*

[* dane nieudostępnione przed wniesieniem odwołania]

(...)

4.2. Oczyszczanie nawierzchni jezdni – drogi wewnętrzne

Z obmiaru przedstawionego przez Zamawiającego wynika, że łączna odległość podlegająca oczyszczaniu to ok. 7 km w

dwie strony 14 km.

Wykonawca na bazie własnego doświadczenia zakłada:

1) Czas – 1 dzień roboczych

2) Sprzęt:

a) 1 Zamiatarka z nośnikiem;

(...)

c) 3 pracowników – kierowcy, pracownicy fizyczni;

2) Zamiatarka praca

a) Zamiatarka praca 8 km;

b) Nośnik (ciężarówka): spalanie 30 l na 100 km, czyli na 8 spala 4,2 litra * 8,00 zł = 33,6 zł – Dziennie zamiatane jest 7 km obustronnie;

c) 33,6 zł/7 km – 7 km przyjęte ze względu na przeliczenie na cenę oferty, zatem wycena 1 km odbywa się obustronnie – **4,8 zł za 1 km**;

d) Zamiatarka spalanie 10 litrów na 1 godzinę pracy. 14 km zamiatane jest w 6 godziny także dzienne spalanie to 60 litrów * 8,00 zł = 480 zł za 7 km, czyli 480/7 = **68,57 zł/1 km**

(...)

3. Utylizacja urobku:

1) Koszt odbioru

a) Szacowany urobek z jednodniowego zamiatania to 0,55 tony, tj. z zamiatania 7 km drogi;

b) Koszt utylizacji 1 tony to 638,53 zł brutto

c) Zatem koszt dzienny to 351,19 zł. Koszt na 1 km to 351,19 zł/7 km = **50,17 zł/1 km**.

3) Koszt dowozu odpadów

d) Odległość w obie strony do miejsca zrzutu: 140 km;

e) Spalanie nośnika zamiatarki: 30 l na 100 km, czyli 42 litry na 140 km dojazdu i powrotu;

f) Koszt paliwa: 8,00 zł * 42 litrów = 336 zł na 7 kilometrów, czyli na 1 km: 336 zł/7 km = **48 zł/1 km**.

Łączny koszt utylizacji urobku 98,17 zł.

(...)

4. Podsumowanie

Nazwa Koszty w przeliczeniu na 1 km	Koszt zł
Łączny koszt sprzętu do wykonania zamożenia w zakresie pozycji	114,46
Łączny koszt pracowniko w	134,35
Łączny koszt utylizacji urobku 1	98,17
koszty ogólnego funkcjonowania przedsiębiorstwa mające wpływ na cenę oferty	39,20*
Łącznie	386,18*
Cena oferty	560 zł
Zysk	173,82 zł*

[* dane niedostępne przed wniesieniem odwołania]

(...)

Wywiedzione w uzasadnieniu odwołania zastrzeżenia co do powyższych wyliczeń opierają się na błędnych ustaleniach faktycznych, względnie podnoszone okoliczności nie prowadzą do wysnutych z nich wniosków:

1. Liczba km oraz godzin pracy zamiatarki (rzutuująca również na liczbę godzin pracy osób), które należało przyjąć dla prac polegających na oczyszczaniu nawierzchni jezdni w pkt 4.1.2) i 4.2.2) wyjaśnić [zob. pkt 14)-23) uzasadnienia odwołania, pkt II.1.-3. odpowiedzi na odwołanie, pkt II.2.-7. przystąpienia].

Przyjętą w tabeli formularza jednostką obmiarową jest liczba km biejących drogi podlegających obustronnemu oczyszczeniu, czyli łączna długość odcinków drogi objętych usługą oczyszczania (odpowiednio 60 km i 7 km), a nie dwa razy większa łączna liczba km, którą faktycznie zamiatarka musi przejechać przy oczyszczaniu obu krawędzi jezdni [zob. odpowiednio pkt I.1. i II.1. tabeli formularza ofertowego]. Przy czym przy przyjętym w wyjaśnieniach założeniu, że oczyszczanie 60 km drogi zajmie 5 dni roboczych, dalsze wyliczenia przedstawione zostały w przeliczeniu na 1 dzień roboczy, czyli dla 12 km [co nie było przedmiotem sporu].

W odwołaniu bezpodstawnie zestawiono odległości będące punktem wyjścia wyliczenia kosztów zużytego paliwa przez nośnik (pojazd ciężarowy) przy oczyszczaniu ulic (24 km) z liczbą km jezdni oczyszczanej obustronnie w jednostce czasu (12 km).

Natomiast odmienne wskazanie dla dróg wewnętrznych, że 14 km jest zamiatane 6 h, rzeczywiście mogło budzić pewne wątpliwości, które jednak nie prowadzą do wniosków wysnutych w odwołaniu (o czym poniżej).

Omyłkowe wpisanie w pkt 2) lit. a) wyjaśnień dotyczących oczyszczania dróg wewnętrznych 8 km zamiast 7 km spowodowało co najwyżej nieznaczne zawyżenie wyliczonych dalej kosztów. Z kolei błędne literalne wskazanie w lit. b) również 8 km, w tym przypadku zamiast 14 km, nie przełożyło się na błąd w wyliczeniu zużycia paliwa przez

nośnik, które *de facto* zostało przedstawione dla właściwego dystansu (przy założeniu spalania 30 l na 100 km zużycie 4,2 l odpowiada przebytej trasie 14 km).

Wreszcie podnoszona w odwołaniu niespójność pomiędzy lit. d) w pkt 4.1.1. 2) a lit. d) w pkt 4.2.1.2) przy obliczaniu spalania samej zmiatarki, polegająca na przyjęciu odmiennych założeń przy wskazywaniu do czego odnosi się liczba godzin pracy zmiatarki, tj. w pierwszym przypadku do km bieżących drogi (12 km sprzątane w 7 h), a w drugim liczby km potrzebnych dla oczyszczenia jezdni z obu stron (14 km sprzątane w 6 h). Przy czym Odwołujący założył, że o ile w obu przypadkach liczba godzin została podana prawidłowo, o tyle właściwym punktem odniesienia jest dystans pokonywany przy oczyszczaniu obu stron drogi. Stąd wysnuł wniosek, że skoro łącznie 24 km obustronnego czyszczenia zajmuje 14 h, w pkt 4.1.1.2) lit. d) koszt paliwa zużywanego przez zmiatarkę powinien wynosić dwa razy więcej w przeliczeniu na 1 km bieżący drogi, tj. 93,33 zł (140 l x 8,00 zł = 1.120,00 zł za 12 km).

Ponadto Odwołujący jako kolejną konsekwencję swoich wyliczeń wywiódł, że pracownicy przewidziani przez Konsorcjum do wykonywania tej usługi będą pracowali dziennie przez 14 h, co jest niezgodne z Kodeksem pracy, przy jednoczesnym braku uwzględnienia w wyjaśnieniach kosztów nadgodzin [zob. pkt 17) i 19) uzasadnienia odwołania].

O ile podnoszona niejednolitość sposobu wyliczenia zużycia paliwa przez zmiatarkę rzeczywiście występuje, o tyle Odwołujący nie wykazał, że przyjęte przez niego założenia i wnioski są właściwe. Tymczasem Zamawiający dostrzegł różnicę w przyjętych przez konsorcjum założeniach dotyczących czasu potrzebnego na oczyszczenie 1 km bieżącego ulicy gminnej i drogi wewnętrznej, jednakże biorąc pod uwagę prędkość roboczą zmiatarki (5-8 km/h), uznał wyliczenia w obu przypadkach są realne. Według wiedzy Zamawiającego oczyszczenie 24 km powinno zająć od 3-4,8 h, więc założone przez Konsorcjum 7 h daje wystarczający margines bezpieczeństwa na nieprzewidziane przypadki (np. utrudnienia w ruchu). Natomiast Odwołujący nie wskazał i nie udowodnił odmiennej prędkości roboczej zmiatarki, więc nie podważył skutecznie twierdzenia Zamawiającego.

W konsekwencji bezprzedmiotowe okazało się twierdzenie Odwołującego o nieskalkulowaniu 14-godzinnego dnia pracy pracowników, gdyż z wyjaśnień wynika, że każde oczyszczanie będzie trwało 7 godzin (8 z dojazdem i przysługującą pracownikom przerwą).

2. Koszt utylizacji urobku z oczyszczania jezdni co do wielkość urobku [zob. pkt 24)-25) uzasadnienia odwołania, pkt II.4. odpowiedzi na odwołanie, pkt II.8.-9. przystąpienia].

Z wyjaśnień wynika, że Konsorcjum oszacowało dzienną wielkość urobku w odniesieniu do liczby km bieżących dróg objętych oczyszczaniem, na odpowiednio 1 t z 12 km i 0,55 t z 7 km [zob. pkt 4.1.3.1) lit. a) i pkt 4.2.3.1) lit. a)], więc Odwołujący bezpodstawnie twierdzi jakoby w odniesieniu do ulic powinny być 2 t, zresztą w tym przypadku Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego odniósł wielkość urobku do dystansu 24 km [zob. pkt 25) uzasadnienia odwołania].

Tymczasem wg Zamawiającego, biorąc pod uwagę parametry oczyszczanych ulic i zakładaną częstotliwość oczyszczania jezdni, oszacowana przez Konsorcjum na 1 t waga odpadów powstałych z oczyszczania 12 km bieżących ulic, jest realna. Odwołujący nie wykazał, że powinny to być 2 t, więc nie podważył skutecznie odmiennego twierdzenia Zamawiającego, które zostało co najmniej uprawdopodobnione, a przy tym potwierdzone przez Przystępującego.

3. Koszt utylizacji urobku z oczyszczania jezdni co do kosztu paliwa na dojazd do miejsca zrzutu i z powrotem [zob. pkt 26)-28) uzasadnienia odwołania, pkt II.4 odpowiedzi na odwołanie, pkt II.10. przystąpienia].

W wyjaśnieniach odnoszących się do kosztów utylizacji urobku rzeczywiście występuje rozbieżność pomiędzy kosztami paliwa zużytego na dojazd do miejsca zrzutu i z powrotem, gdyż w pkt 4.1.3.2) zostały one obliczone dla odległości 100 km, a w pkt 4.2.3.2) dla odległości 100 km (wbrew deklarowanej na wstępie również dla oczyszczania dróg wewnętrznych odległości 140 km).

Jednakże bezpodstawnym jest wniosek Odwołującego, że właściwa jest odległość 140 km, a w konsekwencji dla oczyszczania ulic koszt paliwa został ponad dwukrotnie zaniżony (20 zł na 1 km zamiast 48 zł na km [zob. pkt 26)-28) uzasadnienia odwołania]. Zwłaszcza w sytuacji, gdy w innym miejscu uzasadnienia Odwołujący *de facto* przyznaje, że nie wie, jaką instalację wskazał Przystępujący w załączonym dowodzie, gdyż dokument ten nie został mu udostępniony (co z kolei jest przedmiotem odrębnego zarzutu).

Tymczasem ponieważ Zamawiający dostrzegł, że Konsorcjum wskazało odległość w obie strony do miejsca zrzutu wynoszącą 140 km, natomiast obliczenia kosztów przeprowadziło dla odległości 100 km, przeanalizował załączoną do wyjaśnień fakturę za utylizację odpadów o kodzie 20 03 03. Fakturę wystawiło przedsiębiorstwo, które administruje składowiskiem odpadów położonym w odległości nieprzekraczającej 40 km od Mokotowa (miejsca świadczenia usługi) i nieprzekraczającej 50 km od bazy Konsorcjum przy ul. Myśliborskiej 53 w Warszawie. Stąd Zamawiający adekwatnie uznał, że obliczenia dla 100 km są prawidłowe, a wartość 140 km poczytał za nieistotny błąd pisarski. Niezależnie od tego Zamawiający zwrócił uwagę, że przy odległości 140 km łączne koszty oczyszczania 1

km bieżącego ulicy wzrosłyby jedynie o 8 zł, co przy zakładanym przez Konsorcjum zysku 246,80 zł pozostaje bez znaczenia dla możliwości realizacji przez nie zamówienia [zob. pkt II.4. odpowiedzi na odwołanie].

Z kolei Przystępujący potwierdził, że omyłkowo wskazał 140 km, a odległość 100 km jest wystarczająca i została przyjęta z zapasem w stosunku dowodów potwierdzających miejsce i cenę utylizacji [zob. pkt II.10. przystąpienia].

4. Wreszcie nic korzystnego dla wykazania rażącego zaniżenia przez Konsorcjum ceny oferty nie wynika z oczywiście pomyłkowego przepisania do tabeli podsumowującej koszty oczyszczania dróg wewnętrznych ceny (jednostkowej brutto) za km z pkt I.1. (560 zł), dotyczącego ulic, zamiast z pkt II.1. formularza ofertowego (600 zł), który dotyczy dróg wewnętrznych. Okazuje się bowiem, że wykazany w tabeli z pkt 4.2.4. wyjaśnień zysk jednostkowy jest zaniżony właśnie o te 40 zł. Innymi słowy, jak ujął to Zamawiający, Konsorcjum pomyliło się w wyjaśnieniach na swoją niekorzyść.

Reasumując, skoro powyżej omówione twierdzenia, skądinąd dotyczące tylko niektórych aspektów wyjaśnień, zostały zweryfikowane negatywnie, bezpodstawne jest wywodzenie z nich rażącego zaniżenia przez Konsorcjum ceny oferty. Okoliczności podniesione w odwołaniu mają charakter półprawd, gdyż zaistniałe w wyjaśnieniach omyłki i nieścisłości nie prowadzą do wyprowadzonych z nich, w oderwaniu od całokształtu treści wyjaśnień, wniosków. Uzasadnienie odwołania nie zawiera zresztą żadnych wyliczeń podsumowujących wpływ podnoszonych błędów na łączną cenę oferty, ograniczając się do przekopiowania tabelach podsumowujących z pkt 4.1.5. i pkt 4.2.4. wyjaśnień. Jest to zrozumiałe w sytuacji, gdy Odwołujący jednocześnie wskazuje, że cena oferty Konsorcjum jest niższa od ceny oferty Fagusa jedynie o 6,40%. Wynika z tego, że skoro wyjaśnienia Konsorcjum nie są obarczone istotnymi błędami, które legły u podstaw postawionego zarzutu, bezprzedmiotowe jest twierdzenie o rażącym zaniżeniu ceny oferty tak niewiele odbiegającej od ceny oferty Odwołującego [por. pkt 33), 37)-42) odwołania].

Zauważyć przy tym należy, że nieudostępnienie Odwołującemu kosztów utylizacji, tj. tylko jednej z czterech kategorii kosztów, nie stało na przeszkodzie do ewentualnego podważania podsumowanych w tabelach z pkt 4.1.5. i pkt 4.2.4. łącznych kosztów oczyszczania nawierzchni jezdni jako przekraczających wycenę tych prac w pkt I.1. i II.1 formularza ofertowego Konsorcjum. Fagus jako przedsiębiorca trudniący się wykonywaniem usług objętych przedmiotem tego zamówienia nie może nie dysponować wiedzą o wysokości rynkowych stawek za utylizację odpadów powstałych w wyniku oczyszczania jezdni. Przy czym dla skutecznego zakwestionowania wyceny tych usług zbędna jest wiedza o wysokości założonego przez Konsorcjum zysku, gdyż wystarczające a zarazem konieczne byłoby wykazanie kosztów przekraczających cenę, gdyż oczywiste jest, że w takiej sytuacji nie ma zysku.

Niezależnie od powyższego poza wszelkim sporem jest, że Zamawiający nie wzywał Konsorcjum do wyjaśnienia wątpliwości, które mógł powziąć w związku z tymi pomyłkami i nieścisłościami, a odwołanie nie zawiera żadnych twierdzeń odnoszących się do ewentualnej niedopuszczalności takiego uzupełniającego wezwania.

[ad zarzutu nr 3]

Podstawa faktyczna zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że Konsorcjum nie sprecyzowało w wyjaśnieniach dotyczących ceny, które ich elementy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż dokument główny nie zawiera takiego zastrzeżenia i nie wynika ono również z pisma dotyczącego uzasadnienia tajemnicy, w tym z racji wskazania, że tajemnicą objęta jest art. „FV na utylizację odpadów w zakresie nazw kontrahentów oraz danych identyfikujących kontrahentów”, podczas gdy w treści wyjaśnień konsekwentnie wskazuje się, że dowodem jest „Oferta utylizacja – załącznik nr 7”. Nie był przy tym sporny fakt utajnienia umowy o zachowaniu w poufności w zakresie nazw i danych identyfikujących kontrahentów [zob. pkt 4)-12) i 52)-53) uzasadnienia odwołania].

Powyższe twierdzenie nie uwzględnia jednak faktu, na który zwrócił uwagę Przystępujący w swoim piśmie (zgłoszeniu przystąpienia), przesłania Zamawiającemu obu utajnionych w powyższym zakresie dokumentów w odrębnym folderze pn. „Dowody Tajemnica przedsiębiorstwa”, co w połączeniu z poczynionym zastrzeżeniem jednoznacznie ujawniało wolę Konsorcjum nieujawniania tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak ostatecznie prawidłowo stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że zastrzeżeniu podlegają faktury VAT dotyczące utylizacji odpadów, które faktycznie zostały załączone do wyjaśnień (a w ich treści nazywane ofertą utylizacji), oraz umowy o zachowaniu poufności – w obu przypadkach tylko w zakresie danych identyfikujących kontrahentów. Natomiast informacje o kosztach utylizacji odpadów i zysku Konsorcjum, wskazane wprost w treści wyjaśnień, rzeczywiście nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Zamawiający oświadczył, że udostępnienia te informacje dotyczące kosztów utylizacji. Z kolei Odwołujący potwierdził na rozprawie otrzymanie tych informacji po wniesieniu odwołania.

Odwołujący podnosił, że uzyskanie dostępu do „Załącznika nr 7 – utylizacja odpadów” ma na celu ustalenie, czy nie jest to ten sam dokument, który został złożony Zamawiającemu w innym postępowaniu z 2025 r., wskazujący na instalację w Woli Pawłowskiej (prowadzonej przez PUK sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie), co z racji odległości 100 km (200 km w obie strony) podważałoby wiarygodność wyjaśnień złożonych w tym zakresie przez Konsorcjum. Jak przy

tym wskazuje Odwołujący [pisownia oryginalna]: *W przypadku gdy będzie to instalacja w Woli Rosztowskiej, Fagus bez tej wiedzy nie mógłby zweryfikować i podważyć twierdzeń konkurenta* [pkt 30)-32) i 56)-58) uzasadnienia odwołania]

Natomiast w ramach uzasadnienia zarzutu nie zostały podniesione żadne okoliczności wskazujące na niewykazanie przez Konsorcjum, w kontekście przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, że informacje zastrzeżone w powyżej zidentyfikowanym zakresie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołanie ogranicza się, jak to już powyżej wskazano, jedynie do podważania sposobu zastrzeżenia informacji oraz do konstatacji, że gdyby zachodziła domniemywana przez Odwołującego tożsamość dowodów dotyczących kosztów utylizacji, oczywiste jest, że nie ma on waloru tajemnicy przedsiębiorstwa [zob. pkt 4)-12) i 35) uzasadnienia odwołania]. Z kolei stanowcze twierdzenie, że Konsorcjum nie spełniło żadnej z tych przesłanek, nie zostało dalej ani rozwinięte, ani poparte dowodami [zob. pkt 51) uzasadnienia]. W konsekwencji bezprzedmiotowe są obszerne wywody prawne, z powołaniem się na doktrynę i orzecznictwo, odnoszące się do interpretacji art. 18 ust. 1-3 pzp i art. 11 ust. 2 uznk [zob. pkt 48)-50), 54)-55) uzasadnienia].

Ponieważ ustalono, jak zresztą chciał Odwołujący, że Konsorcjum nie wskazało instalacji w Woli Pawłowskiej czy w Woli Rosztowskiej jako miejsca przekazania odpadów z oczyszczania dróg do utylizacji, zbędne jest udostępnienie Odwołującemu faktury dotyczącej utylizacji urobku z oczyszczania dróg w zakresie wykraczającym poza informacje przekazane mu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 pzp w zdaniu wstępnym zawiera klauzulę generalną, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto z art. 537 pkt 1 pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. ygn.. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 28 marca 2013 r. ygn.. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w uzasadnieniu wyroku z 4 sierpnia 2011 r. ygn.. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są art. przez takie czynniki, jak ogólna sytuacja gospodarcza panująca w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. ygn.. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. ygn.. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, art., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (art. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W rozpoznawanej sprawie istotne znaczenie ma, po pierwsze, wynikająca z art.224 ust. 5 i 6 ustawy pzp norma, że jeżeli wykonawca nie sprostą ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają tej ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz

ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które wyrażone wprost w praktyce nie występowało, należy również poczytać sytuację, gdy wyjaśnienia wraz z dowodami nie są wystarczające dla uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp). Innymi słowy, omówiona norma (art. 224 ust. 6 pzp) wprowadza niewzruszalne domniemanie prawne, że niezależnie od rzeczywistego stanu faktycznego oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, jeżeli wykonawca nie sprostą spoczywającemu na nim z mocy art. 224 ust. 5 pzp ciężarowi dowodowemu i nie obali wzruszalnego domniemania wynikającego z wezwania go w trybie art. 224 ust. 1 pzp do uzasadnienia ceny oferty.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. ygn.. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. ygn.. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. ygn.. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. ygn.. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. ygn.. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. W szczególności, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. ygn.. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, czy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Według art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy będącym stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednakże według 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) ciężar ten obciąża wykonawcę już na etapie składania wyjaśnień, więc jeżeli temu nie sprostą na etapie badania jego oferty przez zamawiającego, *de facto* nie sposób, aby mógł wykazać coś przeciwnego w toku postępowania odwoławczego. Z kolei Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, stąd podniesienie przez takiego wykonawcę dodatkowych okoliczności (czy zgłoszenie dowodów na ich potwierdzenie) dopiero w toku postępowania odwoławczego nie mają większego znaczenia.

Po drugie, istotne znaczenie dla sprawy ma również norma wynikająca wprost z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. ygn.. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, gdyż jak wywiódł w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. ygn.. akt. XXIII Zs 77/23, postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art. 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w

zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy, w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są podniesione w odwołaniu zastrzeżenia co do złożonych wyjaśnień, czyli sprecyzowanie, dlaczego ich treść nie uzasadnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący temu nie sprostął, gdyż oparł zarzut na wybiórczych twierdzeniach, które nie odpowiadają wszechstronnie ustalonemu powyżej stanowi rzeczy. Odwrocony ciężar dowodu nie zwalniał również Odwołującego od poparcia swoich twierdzeń stosownymi dowodami, gdyż na zasadzie art. 534 ust. 1 ustawy pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W tym przypadku Odwołujący, który zmierzał do skutku w postaci odrzucenia oferty Przystępującego, winien wykazać swoje twierdzenia co do nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień. Odwołujący nie mógł temu sprostać w sytuacji, gdy podstawę faktyczną zarzutu oparł wyłącznie na wybiórczo potraktowanej treści wyjaśnień, a nie na wykazywaniu, że co najmniej istotne części składowe ceny oferty Przystępującego są nierynkowe.

Po trzecie, w kontekście zakresu zarzutów zawartych w odwołaniu znaczenie ma również, że warunkiem *sine qua non* odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest uprzednie wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny lub jej istotnych części składowych. Dopiero niesprostanie przez wykonawcę ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, otwiera prawną możliwość odrzucenia z tego powodu tej oferty, jednak przy uwzględnieniu poniżej omówionych uwarunkowań prawnych.

Zgodnie z art. 69 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”}, czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego, instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Użycie sformułowania „konsultacje” jednoznacznie wskazuje na większą aktywność obydwu stron i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury, co jednak może mieć miejsce w sytuacji, gdy już na pierwszym etapie taki skonkretyzowany dialog został zainicjowany.

W takiej sytuacji, gdy wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 pzp nie dotyczy ściśle oznaczonych kwestii, czego efektem jest odpowiedź nieukierunkowana ściśle na określone zagadnienie, którego wyjaśnienie było intencją Zamawiającego, wskazane jest ponowienie wezwania. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w piśmiennictwie: *powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP może być art. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, powtarzający treść komentowanego przepisu* [zob. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (w:), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022*, wyd. 4, teza nr 4.1 do art. 224].

Tak uwarunkowaną możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych (zawarte w „Informatorze...” nr 11 z 2013 r.) oraz dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, art. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, w których uzasadnieniach jednoznacznie wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, do czego przyczyniła się ogólnikowość wezwania.

W ustalonych w niniejszej sprawie okolicznościach, o ile podniesione w odwołaniu (*de facto*) pomyłki i nieścisłości w treści wyjaśnień mogły wzbudzić wątpliwości po stronie Zamawiającego, o tyle w takiej sytuacji mógłby, a wręcz powinien, wezwać do ich wyjaśnienia. Jednakże odwołanie nie zawiera zarzutu zaniechania takiego uzupełniającego wezwania, gdyż Odwołujący domaga się definitywnego odrzucenia oferty Przystępującego. Zatem nawet gdyby Zamawiający we własnym zakresie nie był w stanie adekwatnie stwierdzić nieistotności omyłek i nieścisłości otrzymanych wyjaśnień, odwołanie i tak podlegałoby oddaleniu. Innymi słowy, w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp – w tym art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp rozpatrywane w kontekście wyrażonych w art. 16 pkt 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców – nie stałyby temu na przeszkodzie, a wyrażona w art. 16 pkt 3 pzp zasada proporcjonalności wręcz obligowałaby do tego, jeżeli niewyjaśnione wątpliwości miałyby być przyczyną odrzucenia oferty.

Reasumując, w ustalonym dla niniejszej sprawy stanie rzeczy nie potwierdziły się zarzuty naruszenia żadnego ze wskazanych w pkt 1. *petitum* odwołania przepisów ustawy pzp, gdyż Zamawiający miał podstawy, aby uznać wyjaśnienia złożone przez Przystępującego za uzasadniające ceny wskazane w jego ofercie. Dlatego wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie może zostać poczytany za przejaw niedochowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców czy przejrzystości, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp. Nie mogło zatem również dojść do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp, gdyż Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę według określonych w dokumentach tego zamówienia kryteriów oceny ofert. Tym samym zarzuty z pkt 2. i 4 *petitum*, zresztą nieoparte na odrębnych w stosunku do zarzutów głównych okolicznościach faktycznych, są oczywiście niezasadne.

Zgodnie z art. 18. ust 1 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z tym zastrzeżeniem, że jak wynika z art. 18 ust 3. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2026 r. poz. 85), jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 ustawy pzp w zakresie, w jakim bezprawnie nie udostępnił Odwołującemu części danych zawartych w wyjaśnieniach, które nie były zastrzeżone przez Konsorcjum jako jego tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał w tym zakresie zarzut nr 3 odwołania za zasadny.

Jednakże powyższe naruszenie przepisów ustawy pzp nie może mieć żadnego wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, z uwagi na równoległe postawienie przez Odwołującego definitywnego (a nie ewentualnego) zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Nie było podstaw do uznania zarzutu nr 1 odwołania za przedwczesny, skoro został sformułowany w sposób stanowczy, a Odwołujący w sposób definitywny domagał się odrzucenia oferty Przystępującego. Stąd nawet w sytuacji, gdy zarzut nieudostępnienia części informacji z wyjaśnień ceny oferty potwierdził się, nie ma to wpływu na wynik postępowania o udzielenie tego zamówienia, a tylko takie naruszenia przepisów ustawy pzp mogą być podstawą uwzględnienia odwołania. Skoro Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, co było przedmiotem stanowczego zarzutu i żądania, stwierdzenie ich niezasadności nabiera powagi rzeczy osądzonej.

W konsekwencji nawet po udostępnieniu części kalkulacji ceny oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie mógłby już podnosić zarzutu wystąpienia rażąco niskiej ceny, gdyż zarzut w tym zakresie został rozpoznany i uznany za niezasadny w niniejszej sprawie. Skoro Odwołujący zdecydował się na podniesienie tego zarzutu bez znajomości pełnej treści wyjaśnień i zarzut ten nie miał charakteru ewentualnego (nie został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa), musiał liczyć się z tym, że zarzut rażąco niskiej ceny zostanie objęty powagą rzeczy osądzonej. W związku z tym zapoznanie się z treścią wyjaśnień dotychczas nieudostępnioną nie uprawniałoby Odwołującego do ponownego zakwestionowania ceny oferty Przystępującego w ramach kolejnego postępowania odwoławczego.

Z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp jednoznacznie wynika, że Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów tej ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. A contrario, odwołanie nie może zostać uwzględnione w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Powyższe stanowisko co do skutków zaistnienia takiej sytuacji w postępowaniu odwoławczym jest szeroko reprezentowane w orzecznictwie Izby [por. np. uzasadnienie wyroku z 9 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1611/21], a jego trafność została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie działający w charakterze Sądu Zamówień Publicznych [zob. uzasadnienie wyroku z 27 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 11/23].

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Odwołującego.