

WYROK

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

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **19 sierpnia 2026 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **15 lipca 2026 r.**

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AGROBEX sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, AGROBEX BUDOWA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z niezbędną infrastrukturą w Aleksandrowie Łódzkim przy ul. Pabianickiej* (1/2026)

prowadzonym przez zamawiającego: „**Aleksandrowski Program Mieszkaniowy**” sp. z o.o. z siedzibą w **Aleksandrowie Łódzkim** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników po stronie Zamawiającego wykonawców

A Grupa Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych [„Przystępujący A”]

B. HOSTA GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Grębocinie [„Przystępujący B”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 i 4 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz:

- 1) odtajnienie i udostępnienie w całości wyjaśnień i dowodów dotyczących ceny oferty złożonych przez Przystępującego A,**
- 2) udostępnienie w zakresie odtajnionym 13 lipca 2026 r. wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Przystępującego B.**

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie, tj. zarzutów nr 1 i 3.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie, tj.:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym ich uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 3) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy).**

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

„Aleksandrowski Program Mieszkaniowy” sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim {dalej: „APM” lub „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 podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z niezbędną infrastrukturą w Aleksandrowie Łódzkim przy ul. Pabianickiej” (1/2026).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 maja 2026 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00231957.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

10 lipca 2026 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Grupę Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych {dalej: „Ekoenergia” lub „Przystępujący A”} oraz o sklasyfikowaniu pozostałych nieodrzuconych ofert wykonawców, w tym kolejno na miejscach: 2. – HOSTA GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Grębocinie {dalej: „Hosta” lub „Przystępujący B”}, 3. – Leo Consulting P.M. z siedzibą w Radomsku {dalej: „Leo”}, a na 4. – oferty złożonej wspólnie przez AGROBEX sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, AGROBEX BUDOWA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej: „Konsorcjum Agrobex”, „Konsorcjum” lub „Odwołujący”}

15 lipca 2026 r. Konsorcjum Agrobex wniosło odwołanie od powyższych czynności oraz od zaniechania odrzucenia trzech ofert wyżej sklasyfikowanych i udostępnienia w całości wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Ekoenergię i Hostę.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano

innych aktów prawnych):

1. Art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1-3, art. 223 ust. 1, art. 239 i art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Ekoenergię, Hostę i Leo, pomimo że zawierają one błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki 23% podatku od towarów i usług {dalej również: „podatek VAT” lub „VAT”} dla zakresu objętego poz. 190.-194. przedmiarów, tj. w odniesieniu do zagospodarowania terenów zieleni, podczas gdy właściwa w tym zakresie jest stawka preferencyjna 8% VAT [zarzut nr 1].
2. Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16, art. 74 ust. 2, art. 224 ust. 1 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”} – przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami bezzasadnie zastrzeżonych przez Ekoenergię jako tajemnica przedsiębiorstwa, co uniemożliwia Konsorcjum weryfikację ich treści pod kątem prawidłowości wykazania braku rażącego zaniżenia ceny tej oferty [zarzut nr 2].
3. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1-6, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoenergii, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż Ekoenergia nie obaliła w tym zakresie domniemania, w szczególności w odniesieniu do stawki roboczogodziny (31 zł), co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty w sposób sprzeczny z przepisami pzp, nie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a ponadto do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [zarzut nr 3].
4. Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16, art. 74 ust. 2, art. 224 ust. 1 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez zaniechanie udostępnienia Konsorcjum zastrzeżonych przez Hostę jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami, a także samego uzasadnienia tego zastrzeżenia, pomimo podjęcia decyzji odtajnieniu tych wyjaśnień, co uniemożliwia Konsorcjum weryfikację ich treści pod kątem prawidłowości wykazania braku rażącego zaniżenia ceny tej oferty [zarzut nr 4].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia ofert Ekoenergii, Hosty i Leo.
4. Odtajnienia i udostępnienia całości wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami złożonych przez Ekoenergię.
5. Udostępnienia całości złożonych przez Hostę wyjaśnień ceny wraz z załącznikami, w tym uzasadnienia zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.
6. Ponowienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie wspólnych okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączając dowody, które wzięto pod uwagę i omówiono dalej w zakresie, w jakim mogły mieć one znaczenie dla rozstrzygnięcia lub zasługiwały na odniesienie się do nich.

W odpowiedzi na odwołanie z 12 i 18 sierpnia 2026 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miały one znaczenie dla sprawy lub celowe było odniesienie się do nich.

Przystępujący A i B, odpowiednio w zgłoszeniach przystąpienia z 20 i 17 lipca 2026 r., wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie dotyczących ich zarzutów, podnosząc okoliczności faktyczne i prawne oraz załączając dowody, które wzięto pod uwagę, jeżeli miały one znaczenie dla sprawy lub wymagały odniesienia się do nich.

Izba ustaliła, co następuje:

[ad wniosku o odrzucenie odwołania 1]

Odwołanie zostało przesłane na adres , gdyż z uwagi na prace techniczne platforma e-Doręczenia 15 lipca 2026 r. w godz. 22:00-23:59 była niedostępna [zob. korespondencję elektroniczną z Odwołującym oraz wewnętrzną z załączonymi zrzutami ekranu], co stało się podstawą skierowania przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania do rozpoznania. Zamawiający nie wykazał, w tym nie przedstawił żadnych dowodów, podważających takie ustalenia.

[ad zarzutu nr 1]

Zamawiający odrzucił jako zawierające błąd w obliczeniu ceny oferty, w których zastosowano jednolicie obniżoną stawkę 8% VAT w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia. Natomiast w odniesieniu do ofert, w których zastosowano dwie stawki, w tym 8% dla robót dotyczących budynku mieszkalnego, Zamawiający uznał za prawidłowe cztery oferty, pomimo że tylko w trzech z nich (tj. Ekoenergii, Hosty i Leo) stawka podstawowa dotyczy pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia, tj. zagospodarowania terenu, natomiast Warbud wyodrębnił z tego zakresu zagospodarowanie zieleni jako objęte stawką 8% VAT. Przy czym zakres przedmiotu zamówienia objęty poszczególnymi stawkami wynika z udzielonych (na odrębne wezwania Zamawiającego z 2 września 2026 r.) przez każdego z tych czterech wykonawców wyjaśnień treści oferty (pismami złożonymi w okresie 2.-10. czerwca 2026 r.), gdyż ta

ograniczała się do wskazania łącznej wartości netto, zastosowania dwóch stawek oraz podania łącznej ceny ryczałtowej [zob. wypełnione z wykorzystaniem załącznika nr 1 do SWZ formularze tych ofert]. Nawet po udzieleniu wyjaśnień Zamawiający nie mógł zweryfikować prawidłowości obliczenia kwoty VAT-u i ceny oferty, wobec braku wyodrębnienia kwot netto i kwot podatku VAT objętych każdą ze stawek.

Nie było jednak sporne, że w odniesieniu do robót dotyczących budynku mieszkalnego wielorodzinnego jako zaliczającego się do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, właściwa jest obniżona stawka 8% VAT. Natomiast przedmiotem sporu było, czy dla całego pozostałego zakresu robót właściwa jest stawka podstawowa 23% VAT, jak zgodnie twierdzili Zamawiający i Przystępujący.

Podstawa faktyczna zarzutu nr 1 odwołania [zob. pkt VIII.6.-9. I IX.4.-6.] sprowadza się do twierdzenia, że opis pięciu pozycji przedmiaru (składnęd w numeracji z nieaktualnej wersji przedmiaru), tj. [kolejno: lp., kod pozycji, opis (w pisowni oryginalnej) i wycenienia]:

- 1) 190 d.1.8 KNR 19-01 0107-03 *Wyrównanie terenu w gruncie kat. I-II - wyrównanie terenu po robotach budowlanych na całym obszarze zielonym* – 800 m²
- 2) 191 d.1.8 KNR 2-23 0206-05 *Rozścielenie warstwy wegetacyjnej o grubości warstwy po zagęszczeniu 15 cm – (humus pozyskany z terenu)* – 800 m²
- 3) 192 d.1.8 KNR 2-23 0209-03 *Ręczne wykonywanie nawierzchni trawiastej siewem z przykryciem nasion po wysiewie humusem – (humus pozyskany z terenu)*
- 4) 193 d.1.8 KNR 2-21 0702-06 *Mechaniczna pielęgnacja trawników dywanowych – wykonanie pierwszego pokosu* – 800 m²
- 5) 194 d.1.8 KNR 2-21 0301-05 *analogia Sadzenie drzew i krzewów liściastych form naturalnych na terenie płaskim w gruncie kat. I-II z całkowitą zaprawą dołów; średnica/głębokość: 0.5 m – 4 szt.*

oraz udostępniony 18 maja 2026 r. rysunek zawierający m.in. wskazanie zakresu wycinki i nasadzeń zastępczych i zestawienie wskazujące powierzchnie zieleni

– wskazują na jedno świadczenie kompleksowe *sui generis*, którego celem i efektem będzie zagospodarowanie terenów zieleni wokół nowo powstających budynków mieszkalnych wielorodzinnych, obejmujące usługi mieszczące w grupowaniu PKWiU 81.30.12.0 – Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni, które obejmuje usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie:

- 1) parków i ogrodów: a) przy domach wielomieszkaniowych, b) przy budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej (szkoły, szpitale, budynki administracyjne, kościoły itp.), c) na terenach miejskich (parki miejskie, strefy zieleni, cmentarze itp.),
- 2) zieleni: a) budynków (zieleni fasad, ogrody na dachach i wewnątrz budynków itp.), b) autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp., c) przy budynkach przemysłowych i handlowych, d) terenów sportowych (boiska do piłki nożnej, pola golfowe itp.), e) terenów przeznaczonych do gier i zabaw na świeżym powietrzu i innych terenów rekreacyjnych (np. trawniki przeznaczone do zażywania kąpieli słonecznych); f) wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków);
- 3) zagospodarowanie terenów zieleni i dokonywanie zasadzeń w celu ochrony przed hałasem, wiatrem, erozją, oślepieniem lub dla ułatwienia widoczności,
- 4) pozostałe usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni innych niż rolnicze i leśne: renaturalizacja, rekultywacja, melioracja gruntów, tworzenie obszarów retencyjnych, zbiorników burzowych itp.,
- 5) usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.).

Jednocześnie powyższe twierdzenie nie uwzględnia opisu przedmiotu tego zamówienia, na który składają się: Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ) oraz dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych („STWiORB”) (zakwalifikowane łącznie jako załącznik nr 9 do SIWZ). Zawarte tam informacje wskazują na odmienny stan rzeczy, tj. brak podstaw do wyodrębnienia z robót budowlanych dotyczących zagospodarowania terenów zewnętrznych budynku odrębnego świadczenia w postaci zagospodarowania terenów zielonych.

W konsekwencji bez znaczenia dla niniejszej sprawy, jako wykraczające poza podstawą faktyczną zarzutu odwołania, są próby wywodzenia na rozprawie, czyli dopiero gdy w odpowiedzi na odwołanie i pismo Przystępującego A podniesiono brak oparcia powyższego twierdzenia w opisie przedmiotu zamówienia, odmiennego stanu rzeczy.

Po pierwsze, udostępnione przedmiary robót mają wyłącznie charakter pomocniczy i służy wyłącznie szacunkowemu określeniu zakresu ilościowego robót, stąd właściwą podstawą sporządzenia oferty są właśnie projekty budowlane oraz STWiORB (zob. uwagę w rozdziale IV załącznika nr 8 do SWZ i §1 ust. 4 załącznika nr 6 do SWZ -

Projektowane postanowienia umowy).

Po drugie, w żadnym z trzech dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia (załączniki nr 8 i 9 do SWZ) nie wyszczególnia czynności polegających na pielęgnacji zieleni. Również w rozdziale 20 SWZ Sposób obliczenia ceny, gdzie także wyszczególniono zakres robót do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia, nie wyszczególniono takiego świadczenia.

Po trzecie, Projekt Zagospodarowania Terenu {„PZT”} (z uwzględnieniem zmian wynikających z projektu zamiennego) wskazuje na wynoszący 46,21% udział powierzchni biologicznie czynnej w całkowitej powierzchni działki objętej inwestycją wyłącznie w kontekście zakwalifikowania działki oznaczonej symbolem 2MW/U jako terenu zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej lub usług według miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (wprowadzonego uchwałą nr L/370/22 Rady Miejskiej w Aleksandrowie Łódzkim z 24 lutego 2022 r.). Jest to zresztą jedna z trzech, obok intensywności zabudowy i maksymalnej powierzchni zabudowy, przesłanek spełnienia w tym zakresie wymagań miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Po czwarte, podnoszony w odwołaniu rysunek PZT ze wskazaniem m.in. udziału powierzchni biologicznie czynnej został udostępniony przez Zamawiającego 18 maja 2026 r. jako element odpowiedzi na pytanie nr 2, które dotyczyło wskazania zakresu utwardzeń do wykonania. Również na tym rysunku architektonicznym udział powierzchni biologicznie czynnej w całkowitej powierzchni został oznaczony jako jeden z trzech wskaźników zgodności z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Z kolei same oznaczenie lokalizacji 4 drzew do wycinki, przy tak znikomej skali nasadzeń, czy symbol „projektowane nasadzenia”, bez planu doboru gatunków, przekrojów czy specyfikacji pielęgnacyjnej, nie tworzą opisu zagospodarowania terenów zielonych.

Po piąte, wymagane nasadzenie 4 szt. drzew ma charakter wyłącznie kompensacyjny, gdyż właśnie tyle drzew jest według PZT przeznaczone do wycinki.

Po szóste, w konsekwencji powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że w ramach tego zamówienia Zamawiający nie nabywa samodzielnej usługi urządzenia albo pielęgnacji zieleni. Przedmiotem tego zamówienia jest bowiem (abstrahując od odrębnego świadczenia dotyczącego budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego) jednorazowe wykonanie kompleksowego, ogólnodostępnego (tj. nie tylko mieszkańcom budynku) zagospodarowania terenu: dróg dojazdowych, miejsc postojowych, nawierzchni, odwodnienia, sieci i robót liniowych, oświetlenia, ogrodzenia oraz wykonywanej wokół tej infrastruktury zieleni o charakterze estetycznym. Dokumentacja składająca się na opis przedmiotu zamówienia nie wyodrębnia samodzielnego świadczenia polegającego na urządzeniu zieleni ani stałych usług jej pielęgnacji lub utrzymania. Czynności dotyczące zieleni są elementem rezultatu robót budowlanych i infrastrukturalnych, a nie świadczeniem głównym klasyfikowanym wg PKWiU 2025 do klasy 81.30. Odwołujący utożsamiał pojedyncze czynności składowe z klasyfikacją całego świadczenia, lecz nie przedstawił dowodu klasyfikacyjnego odnoszącego się do rzeczywistego zakresu tego zamówienia.

Po siódme, załączona do odwołania Wiążąca Informacja Stawkowa Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 2 czerwca 2025 r. o oznaczeniu 0112-KDSL2-2.440.108.2025.3. (składina wiążąca jedynie organy podatkowe względem wnioskodawcy) dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego, o czym świadczy już zawarty w WIS opis świadczenia [pisownia oryginalna; podkreślenia własne]: Przedmiotem wniosku są czynności wymienione w pkt 1-21 opisu sprawy wykonywane w ramach przetargu nieograniczonego pn. „Biedrusko – budowa nowej szkoły”, dotyczące zagospodarowania terenów zieleni wokół budynku szkoły. Czynności te obejmują sadzenie drzew i krzewów, przygotowanie mieszanek do nawożenia gleby, wykonanie trawników, wykonanie systemu nawadniania zieleni oraz pielęgnację zieleni (wykonywaną w okresie gwarancyjnym). Wykonanie wszystkich czynności skutkować będzie osiągnięciem pożądanego przez nabywcę celu, tj. stworzeniem zielonego krajobrazu wokół budynku szkoły, bogatego zarówno w drzewa, jak i krzewy oraz trawy. Zamawiający nie byłby zainteresowany pojedynczym nabyciem którejkolwiek z wymienionych czynności, ponieważ tylko jako całość spełniają swój cel, tj. zagospodarowanie terenów zieleni wokół budynku. Wynagrodzenie za realizację zamówienia będzie miało charakter kosztorysowy, tj. rozliczenie robót nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego. Kosztorys ten zawierać będzie pozycje z kosztorysu ofertowego, wraz z wyceną poszczególnych prac, dzięki czemu Wnioskodawca i Zamawiający będą w stanie ustalić dokładnie wynagrodzenie za prace składające się na usługę zagospodarowania terenów zieleni. Odbiór poszczególnych etapów realizacji całego zamówienia następować będzie na podstawie protokołów częściowych, natomiast odbiór końcowy na podstawie protokołu końcowego zdawczo-odbiorczego. Protokoły będą potwierdzały wykonanie poszczególnych części zamówienia poprzez odwołanie do pozycji z kosztorysu ofertowego. W protokołach wyróżnione będą zatem wykonane prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, wraz z ceną należną za ich wykonanie [zob. str. 1.-2.].

Powyższy zakres został uszczegółowiony w uzasadnieniu decyzji, gdzie wyszczególniono prace obejmuje szeroki zakres prac dotyczących zagospodarowania zieleni objętych 21. pozycjami kosztorysu ofertowego, z czego poz. 1.-15. dotyczą sadzenia drzew i krzewów iglastych lub liściastych na różnej głębokości (wyszczególniono 6 do 8 czynności), 16. – przygotowania mieszanek z ziemi urodzajnej oraz torfu do nawożenia gleby (wyszczególniono 2 czynności), 17. –

wykonania trawników parkowych z nawożeniem (wyszczególniono 4 czynności), 18.-20. – pielęgnacji drzew i krzewów [wyszczególniono tu:

1) pielenie chwastów, usuwanie odrostów korzeniowych lub dzików, spulchnianie ziemi wokół roślin, poprawianie misek oraz podlewanie roślin wraz ze zraszaniem koron. 2) przycięcie koron oraz usunięcie kwiatostanów lub zasuszonych owocostanów, 3) wymianę uschniętych lub silnie uszkodzonych drzew lub krzewów, 4) zasilanie nawozami mineralnymi, 5) jesienne okopczykowanie, wiosenne rozgarńnięcie kopczyków i wykonanie misek, 6) przykrycie na zimę misek warstwą liści, 7) kontrolę i wymianę zniszczonych wiązań oraz wymiana uszkodzonych lub brakujących palików, 8) kontrolę i wykonanie poprawek przy zabezpieczaniu pni mchem i tkaniną jutową oraz uzupełnienie zabezpieczeń], poz. 21. – wykonania systemu nawadniania ziemi (w tym wykonanie wykopów pod instalację, montaż systemu rur, montaż sterowników, montaż okablowania systemu automatycznego podlewania płukanie i uruchomienie instalacji wraz z regulacją) [por. str. 3.-5., 8.-9., 11.-12.].

Po ósme, podobnie jest w przypadku drugiej załączonej do odwołania Wiążącej Informacji Stawkowej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 19 września 2023 r. o oznaczeniu 0112-KDSL2-1.440.250.2023.4.SS zawierającej następujący opis usługi [pisownia oryginalna; podkreślenia własne]: Wnioskodawca bierze udział w przetargu, którego przedmiotem jest budowa budynku (...) oraz budynku (...) z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu oraz niezbędną infrastrukturą. Zgodnie z (...) Projektu Wykonawczego, przetarg dotyczy zagospodarowania terenów zieleni, które znajdują się wokół budynku (...) oraz (...) i zakłada: zachowanie możliwie dużej ilości już istniejącej zieleni; usunięcie części drzew oraz krzewów gdzie jest to konieczne (drzewa martwe, chore, cechujące się złym stanem fitosanitarnym lub bardzo mocno zaburzoną statyką (w tym stwarzających zagrożenie)); wykonanie nasadzeń drzew, krzewów, roślin okrywowych i trawników przy nowo projektowanym obiekcie, a także zabiegi pielęgnacyjne. W ramach usług zagospodarowania terenów zieleni Wnioskodawca zobowiązuje się do wykonania następujących czynności: gospodarka drzewostanem, nasadzenia - drzewa, pielęgnacja drzew istniejących - zachowanych, zabezpieczenie drzew na czas trwania prac budowlanych, nasadzenia - krzewy, pielęgnacja krzewów w okresie gwarancyjnym, trawy ozdobne, rozbiórka ziemi urodzajnej w rejonie terenów zieleni oraz trawnik. Nabywca usługi zagospodarowania zieleni wokół wybudowanych budynków nie byłby zainteresowany pojedynczym nabyciem którejkolwiek z ww. czynności, ponieważ tylko jako całość spełniają swój cel, tj. zagospodarowanie terenów zieleni wokół budynków (...) i (...). Poszczególne elementy świadczenia są ze sobą tak ściśle powiązane, że w aspekcie gospodarczym tworzą obiektywnie jedną całość nabywaną nierozłącznie [zob. str. 1.].

Również z uzasadnienia tej WIS, w tym fragmentów zakreślonych (na żółto) przez Odwołującego, jednoznacznie wynika, że dla zakwalifikowania wymaganego w tamtym przetargu zakresu zagospodarowania terenów do grupowania 81.30.12.0 PKWiU 2015 istotne było właśnie ustalenie, że zgodnie z projektem wykonawczym wymagane zagospodarowanie terenu obejmuje m.in. gospodarkę drzewostanem, nasadzenia drzew, krzewów, roślin okrywowych, a także, co szczególnie odróżnia od niniejszej sprawy, zabiegi pielęgnacyjne [por. str. 2., 6., 8., 9.].

Po dziewiąte, z objaśnień GUS wynika również, że powoływane w odwołaniu grupowanie nie obejmuje m.in. robót budowlanych związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni, sklasyfikowanych w odpowiednich grupowaniach Sekcji F, do czego Odwołujący się nie odniósł.

Reasumując, wysnuty w uzasadnieniu wniosek, jakoby zakres robót objęty pięcioma pozycjami robót branży budowlanej (składnąc o błędnie podanej numeracji) wpisywał się w grupowanie PKWiU 81.30.12.0 – Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni, które zgodnie z objaśnieniami Głównego Urzędu Statystycznego obejmuje nasadzenia, pielęgnację i utrzymanie zieleni, jest bezpodstawny. Co charakterystyczne, o ile w uzasadnieniu odwołania przywołano treść tych objaśnień, o tyle nie sprecyzowano, w którą z wyszczególnionych tam kategorii zieleni miałyby wpisywać te pozycje przedmiaru [por. pkt IX.4. odwołania].

Natomiast strona przeciwna wykazała, że nieliczne i o niewielkiej skali czynności związane z zielenią mają charakter niesamoistny i pomocniczy w ramach zakresu przedmiotu zamówienia dotyczącego kompleksowego zakresu zagospodarowania terenu, którego celem jest wybudowanie dostępnej dla mieszkańców miasta infrastruktury (obejmującej drogi dojazdowe, parking, oświetlenie), jako posiadającej przeważający charakter [por. pkt II.1.-7. Odpowiedzi na odwołanie, pkt II.1.-8. uzupełnienia tej odpowiedzi oraz lit. A-C uzasadnienia pisma Przystępującego].

W konsekwencji w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych art. 41 ust. 2 Ustawy z dnia 11 marca 2024 r. o podatku od towarów i usług (t.j. z 2025 r. poz. 775 ze zm.) w zw. z poz. 52. załącznika nr 3 do tej ustawy, obejmującą PKWiU 81.30 – Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, nie znajdują zastosowania. Zgodnie bowiem z art. 5a ustawy o VAT, gdy ustawa wskazuje symbol klasyfikacji statystycznej, świadczenie należy najpierw zaklasyfikować do właściwego grupowania PKWiU. Preferencja z poz. 52 może więc zostać zastosowana tylko wtedy, gdy świadczeniem nabywanym przez Zamawiającego jest usługa należąca do PKWiU 81.30., co nie zachodzi w przypadku tego zamówienia.

Ekoenergia zastrzegła *de facto* niemal całość wyjaśnień merytorycznych istotnych dla wykazania braku rażącego zaniżenia ceny jej oferty. Wykonawca objął jednym, identycznym uzasadnieniem osiem załączników o zupełnie odmiennym charakterze – oferty handlowe podmiotów trzecich (zał. nr 1, 7, 13 8), kalkulacje kosztowe (zał. nr 2, 9), umowy o pracę (zał. nr 3, 5) oraz wykaz kadry kierowniczej (zał. nr 4). W uzasadnieniu nie odniesiono deklarowanej wartości gospodarczej do treści konkretnego załącznika, posługując się wyłącznie ogólnikami typu: „dane techniczne”, „bazy dostawców”, „modele wynagrodzeń”, bez wskazania, który dokument zawiera informacje danej kategorii. W konsekwencji nie ma również kwantyfikacji wartości gospodarczej informacji zawartych w utajnionych *en block* załącznikach, której określenie ogranicza się do haseł typu „istotna”, „wymierna”, „realna”.

Bezprzedmiotowe jest powoływanie się na to, że: „Trwały element działalności Wykonawcy stanowi również krąg partnerów biznesowych”, wobec jednoczesnego ujawnienia przez Ekoenergię nazw podwykonawców dla wskazanych również zakresów robót (Woj.-Art. – roboty tzw. ogólnobudowlane, NOTEL – roboty elektryczne) [por. opis pkt 7. i 8. listy załączników na str. 14. wyjaśnień z 29 czerwca 2026 r.].

Nic istotnego nie wynika z powołania się na to, że: „Wiedza, że dany produkt można nabyć od danego dostawcy za daną cenę nie oznacza, że każdy z konkurencyjnych wykonawców będzie mógł nabyć go w tej samej cenie”.

Ponadto o ile załączniki nr 1, 7, 8 mogłyby zawierać informacje potencjalnie istotne dla tych przedsiębiorców, o tyle z uzasadnienia i dowodów przedstawionych przez Ekoenergię nie wynika, że podmioty te traktują złożone przez siebie oferty lub ich fragmenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i podjęły własne działania ochronne w celu jej utrzymania. Co więcej, wskazywanie w wyjaśnieniach, jakoby pliki zawierające oferty handlowe stanowiły załącznik nr 11, a załącznik nr 11.1. był, jak to określono, „ws. poufności ofert handlowych”, gdyż załącznik ten zawiera wyciąg z opracowania Sekocenbudu, a zarazem do wyjaśnień nie załączono żadnego dokumentu potwierdzającego objęcie którejkolwiek z załączonych ofert handlowych (w tym 6 składających się na załącznik nr 1) tajemnicą przedsiębiorstwa przez przedsiębiorców, którzy je przesłali Ekoenergii. O czymś przeciwnym świadczy natomiast treść tych ofert i forma, w jakiej zostały załączone.

Załącznik nr 4 (kadra kierownicza) zawiera dane o poziomie wynagrodzeń kierowników kontraktu, budowy, robót elektrycznych i robót sanitarnych i wymiarze czasu pracy, do których nie przystaje deklarowanie, że *...zawierają informacje gospodarcze i techniczne dotyczące informacji organizacyjnych...*, o statusie rozwiązań będących wynikiem *...wieloletnich prac rozwojowych u Wykonawcy...*

Również opisane środki (firewall, oprogramowanie antywirusowe, hasła, polityka backupowa, ochrona biur) to ogólny opis korporacyjnej polityki bezpieczeństwa stosowanej wobec wszystkich informacji w spółce, niezwiązany z konkretnym zastrzeganym dokumentem.

Reasumując, co najmniej wartość gospodarcza informacji zawartych w zastrzeżonych w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa większości (tj. z wyjątkiem 6., 10.1.-10.3, 11. i 12.) załączników nie została wykazana, a jedynie zadeklarowana za pomocą ogólnych i nieprzystających do treści tych załączników hasłowych określeń.

Na marginesie wypada odnotować, że wyjaśnienia są niekonsekwentne co do wskazania utajnionego zakresu dokumentów. W nagłówku i w treści wymieniono załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, natomiast w klauzuli końcowej („UWAGA!”) załączniki nr 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, tzn. z listy zniknął załącznik nr 2 (kalkulacja robót sanitarnych), a pojawił się nieomawiany w treści załącznik nr 10. Ponadto uzasadnienie odwołuje się do załącznika nr 11 i 11.1 („Załącznik ws. poufności ofert handlowych”), których w ogóle nie załączono do wyjaśnień.

Nie sposób przy tym nie zauważyć braku konkretnego odniesienia się przez Zamawiającego, również w uzupełnieniu odpowiedzi na odwołanie, do konkretnych okoliczności podniesionych w odwołaniu i poprzestanie na powtarzaniu zdawkowych ogólników, w tym kontrfaktycznym, przynajmniej w świetle przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji (o czym m. dalej), twierdzeniu o załączeniu do wyjaśnień szczegółowej kalkulacji [por. odpowiednio pkt III.2.-3. i pkt VIII.2. odpowiednio pism z 12 i 18 sierpnia 2026 r.].

W przekazanych przez Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, dokumentach zamówienia brakowało wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Hostę, w tym samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Stąd Odwołujący, jeszcze przed upływem terminem na wniesienie odwołania, zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o dostarczenie brakujących dokumentów. W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że [pisownia oryginalna]: *...podjął decyzję o odtajnieniu dokumentów (uzasadnienia utajnienia) złożonych przez HOSTA GROUP Sp. z o.o. w zakresie złożonych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, ale z uwagi na fakt, iż nie upłynął jeszcze czas na wniesienie środków ochrony prawnej przez Wykonawcę Hosta Group Sp. z o.o. w zakresie tej czynności Zamawiającego, Zamawiający dokumenty te udostępni po upływie tego terminu, który na dzień dzisiejszy jeszcze nie upłynął.*

Odmowa Zamawiającego udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień ceny oferty Hosty przed upływem 10-dniowego terminu, liczonego od zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 10 lipca 2026 r., obiektywnie uniemożliwiła Warbudowi zakwestionowanie zasadności tego zastrzeżenia.

Jak sam przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, 13 lipca 2026 r. zdecydował o odtajnieniu 8-stronicowego dokumentu obejmującego pismo przewodnie wyjaśnień, w tym uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy wszystkich 15 załączników. Tym samym Zamawiający potwierdził, że dopiero 3 dni po formalnym zakończeniu badania i oceny ofert ukończył wpisujące się w ten zakres badanie zasadności zastrzeżenia poczynionego przez Hostę. Co więcej, 2-tygodniowe wstrzymanie się z udostępnianiem odtajnionych dokumentów, czyli uzależnianie tej czynności od ewentualnego wniesienia przez Hostę odwołania się od decyzji o odtajnieniu, *de facto* oznacza, że Zamawiający zakończył badanie zasadności tego zastrzeżenia dopiero 23 lipca 2026 r.

W konsekwencji udostępnienie Odwołującemu 24 lipca 2026 r. odtajnionego zakresu wyjaśnień Hosty, w tym uzasadnienia zastrzeżenia załączników jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez uprzedniego unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, ma charakter nieformalnej czynności faktycznej, podjętej poza formalnie zakończonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Nie powoduje więc ani utraty przez zarzut odwołania substratu, ani nie czyni zadość skorelowanemu z nim żądaniu, którego immanentnym elementem jest właśnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pomimo opatrzenia wszystkich stron, z wyjątkiem pierwszej, pisma przewodniego wyjaśnień Hosty z 29 czerwca 2026 r. nagłówkiem „Tajemnica przedsiębiorstwa...”, oczywiste jest, że treść zamieszczonego na str. 7.-8. uzasadnienia zastrzeżenia w całości wyjaśnień wraz z dowodami jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma takiego waloru. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw faktycznych i prawnych, aby zwlekać z uczynieniem w tym zakresie zadość wnioskowi o udostępnienie wyjaśnień.

W kontekście zarzutów nr 2 i 4 odwołania ma również znaczenie fakt, że oferta Konsorcjum nie została odrzucona przez Zamawiającego.

[ad zarzutu nr 3]

Podstawa faktyczna zarzutu nr 3 odwołania [zob. pkt XIV.2.-7] sprowadza się w istocie do podniesienia następujących okoliczności (*de facto* tworzących odrębne zarzuty):

1. Zamiaru wykonania przez Ekoenergię wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z warunkami zamówienia, z uwagi na zastrzeżenie w wyjaśnieniach np. w zakresie instalacji elektrycznych prowadzenia z podwykonawcą negocjacji nie tylko co do ceny jego oferty, ale i jej zakresu, który według Odwołującego jest niezmienny i wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto zakładanie w wyjaśnieniach skrócenia terminu realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z postanowieniami SWZ.
2. Zakwestionowania wartości dowodowej nieudostępnionych Konsorcjum załączników nr 7 i 8 do wyjaśnień Ekoenergii, tj. ofert na wykonanie, odpowiednio robót tzw. ogólnobudowlanych i elektrycznych, wyłącznie z tego powodu, że w zawartym w formularzu oferty oświadczeniu o powierzeniu części robót budowlanych i instalacyjnych Ekoenergia wskazała, że nazwy podwykonawców nie są znane na etapie składania oferty.
3. Sprzeczności pomiędzy oświadczeniem przez Ekoenergię w formularzu oferty, że na potrzeby kalkulacji ceny oferty przyjęła stawki robocizny zawierające się w przedziale od 31 do 45 zł za roboczogodzinę, a treścią złożonych odnośnie do tej kwestii wyjaśnień, gdzie wskazała na *...średnią stawkę roboczogodziny dla robót budowlano-instalacyjnych wynoszącą 45,00 zł brutto, co jest kwotą wyższą niż obowiązująca od 1 stycznia 2026 roku minimalna stawka godzinowa wynosząca 31,40 zł brutto, wyższą niż stawka godzinowa potrzebna do wypracowania minimalnego wynagrodzenia za pracę...*
4. Przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynoszącym 4666 zł minimalna stawka roboczogodziny kalkulacyjnej w 2025 r. wynosiła 39,19 zł (na dowód załączono do odwołania „Wyczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce w 2025 roku”), a od stycznia 2026 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4806 zł.
5. [pisownia oryginalna] *...Grupa Ekoenergia porównuje koszty jednostkowe wykonania inwestycji z obiektami wg BCO co ma rzekomo stanowić potwierdzenie zaoferowanej ceny nie dokonując żadnego porównania zakresów prac i standardu wykończenia. Świadczy to o braku przydatkowości powyższego dowodu. Budynki porównywane w BCO były wykonywane kilkadziesiąt lat wcześniej i zakres prac zwłaszcza instalacyjnych jak i użytych materiałów nie odpowiada postępowi technologicznemu. Porównywanie więc takich obiektów nie stanowi dowodu na rynkowość oferty Grupa Ekoenergia.*

Ad 1.-2.

Zastrzeżenie sobie przez Ekoenergię negocjowania zakresu i wyceny podwykonawstwa w żaden sposób nie wskazuje na zamiar wykonania prac niezgodnie z niepodlegającym zmianie opisem przedmiotu tego zamówienia, gdyż są to zupełnie odrębne kwestie.

Odwołujący nie sprecyzował postanowień SWZ, z którymi miałyby być sprzeczne skrócenie okresu wykonywania robót, zresztą nie wiadomo w stosunku do jakiego terminu.

Nie ma żadnej sprzeczności pomiędzy wyjaśnieniem przez Ekoenergię, że na etapie przygotowania oferty

bazowała na ofertach handlowych uzyskanych na potrzeby tego postępowania (i powołaniu jako dowodu ofert z załączników nr 7 i 8), a uprzednim oświadczeniem w ofercie, że na tym etapie nie wie, jakiemu konkretnie podwykonawcy powierzy wykonanie tych zakresów robót.

Tymczasem merytoryczne zakwestionowanie wyjaśnień w powyższym zakresie mogło i powinno polegać na wskazaniu i uzasadnieniu minimalnego poziomu wyceny objętych zakresem przedmiotu zamówienia robót tzw. ogólnobudowlanych i elektrycznych, przy jednoczesnym skarżeniu w ciemno, że jeżeli wycena w tych ofertach jest poniżej tego minimum, ma charakter rażąco zaniżony.

Ad 3.-4.

O ile podnoszona rozbieżność rzeczywiście występuje, o tyle Odwołujący nie uzasadnił (bo w ogóle nie odniósł się do tej kwestii w odwołaniu), dlaczego nie mogłaby być ona przedmiotem dodatkowego wezwania, skoro ujawniła się dopiero po złożeniu wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie pokusił się o choćby oszacowanie potencjalnego wpływu podnoszonej rozbieżności na zaniżenie ceny oferty.

Z drugiej strony niewystarczające jest powołanie się przez Przystępującego w kontekście stawki kalkulacyjnej roboczogodziny, tylko na wyższe stawki kadry kierowniczej. Jednocześnie nic nie wynika z powołania się przez Przystępującego na [pisownia oryginalna] „Załącznik nr 9 – tabela excel – kalkulacja ceny ofertowej”, gdyż w przesłanej przez Zamawiającego do Izby dokumentacji prowadzonego postępowania pod taką nazwą pliku w formacie pdf kryje się załącznik nr 2 pn. „Kalkulacja wykonania robót instalacyjnych sanitarnych wg dokumentacji projektowej”, który zresztą sprowadza się do tabeli obejmującej dwie zagregowane pozycje.

W konsekwencji podnoszenie z kolei przez Zamawiającego, jakoby z tej kalkulacji wynikał zysk na poziomie 8% oraz rezerwa na ryzyka w wysokości 500 tys. zł, opiera się wyłącznie na deklaracjach Ekoenergii zawartych w pkt 4. na str. 10 wyjaśnień.

Ad 5.

Podstawa faktyczna tego zarzutu ogranicza się do zdawkowego i ogólnikowego twierdzenia, które nie wskazuje nawet konkretnie kwestionowanego załącznika do wyjaśnień, pomimo że wszystkie załączniki zawierające wyciąg z opracowań Sekocenbudu nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zostały udostępnione Konsorcjum 13 lipca 2026 r., tj. przed wniesieniem odwołania. Wystarczające jest zatem odnotowanie, że Zamawiający, a w szczególności Przystępujący A, w swoich pismach podnieśli konkretne okoliczności i argumentację, gdyż wykraczają one poza nikłą podstawę faktyczną zarzutu.

Niezależnie od tego Odwołujący, pomimo spoczywającego na nim w tym zakresie ciężaru dowodu, nawet nie próbował wykazać, że dane enigmatyczne określone skrótem „BCO” są niemiarodajne. Skoro strona przeciwna temu zaprzeczyła, przedstawiając konkretną i logiczną argumentację (którą Przystępujący A dodatkowo poparł załączonym do swojego pisma dowodem), ogólnikowe twierdzenie z odwołania okazało się również niewiarygodne.

Izba zważyła, co następuje:

[ad zarzutu nr 1]

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 775 ze zm.) {dalej również: „ustawa o VAT”} opodatkowaniu podatkiem VAT podlegają m.in. odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Jednocześnie według art. 7 ust. 1 ustawy o VAT przez dostawę towarów rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel. Z kolei zgodnie z art. 8 ust. 1 tej ustawy przez świadczenie usług rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów.

Na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT stawka podatku VAT w Polsce, określana potocznie jako stawka podstawowa dla dostawy towarów oraz świadczenia usług, co do zasady wynosi obecnie 23%. Przy czym regulacje ustawy o VAT oraz przepisy wykonawcze przewidują dla niektórych czynności obniżone stawki podatku VAT, tj. zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do tej ustawy stawka podatku VAT co do zasady wynosi 8%. W szczególności w poz. 52. wspomnianego załącznika wymieniono sklasyfikowane w PKWiU 2015 w grupowaniu 81.30.10.0 usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni jako podlegające opodatkowaniu tą obniżoną stawką 8% VAT.

W myśl ogólnej zasady przepisów prawa podatkowego, każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem VAT powinno być zasadniczo traktowane jako odrębne i niezależne. W przepisach ustawy o VAT oraz Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 lipca 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. UE. L 347, str. 1, ze zm.) {dalej: „dyrektywa”} nie zostały uregulowane kwestie sposobu rozumienia i definiowania czynności złożonych (kompleksowych), które stanowią wyjątek od wcześniej wspomnianej zasady ogólnej. Usługa będąca świadczeniem kompleksowym obejmuje bowiem kilka czynności (świadczeń) będących usługami głównymi lub

pomocniczymi, które w praktyce mogą być opodatkowane różnymi stawkami podatku VAT. Jednakże w przypadku usług kompleksowych wyłącznie jeden rodzaj usług uznaje się za podstawową usługę główną, która determinuje właściwą do zastosowania stawkę podatku VAT dla całości danej usługi kompleksowej. Podejście to opiera się na zasadzie, zgodnie z którą pomocnicze elementy świadczenia dzielą los prawny i podatkowy świadczenia głównego.

Z bogatego dorobku orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „TSUE”}, krajowych sądów administracyjnych i doktryny wynika, że jeżeli jedno świadczenie (np. usługa) obejmuje z ekonomicznego czy gospodarczego punktu widzenia kilka świadczeń, wówczas świadczenie to nie powinno być sztucznie dzielone dla celów podatkowych. Tym samym w sytuacji, gdy dwa lub więcej świadczeń dokonywane jest w sposób ściśle ze sobą związany, na tyle że obiektywnie tworzą w aspekcie ekonomicznym czy gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia stanowić powinny jednolite (kompleksowe) świadczenie do celów stosowania przepisów ustawy o VAT, w tym dla stosowania właściwej (w tym przypadku jednolitej) stawki VAT.

Świadczenie złożone (kompleksowe) składa się z kombinacji różnych czynności, które łącznie mają prowadzić do realizacji określonego celu. Obok realizacji świadczenia głównego – prowadzącego do zasadniczego celu danego zamówienia czy przedsięwzięcia, realizowane są również świadczenia dodatkowe (pomocnicze). Przez świadczenia pomocnicze rozumie się świadczenia, które nie stanowią celu samego w sobie, lecz są środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania świadczenia zasadniczego (głównego). Dane świadczenie stanowi element pomocniczy świadczenia głównego wówczas, gdy cel takiego świadczenia jest zdeterminowany przez świadczenie główne oraz nie można w pełni zrealizować celu przyświecającego świadczeniu głównemu bez wykonania również świadczenia pomocniczego. Należy mieć przy tym na uwadze, że w przypadkach, gdy w skład realizowanego świadczenia wchodzi czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej (zasadniczej), lecz mogą mieć również charakter samoistny (odrębny), wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementów wchodzących w skład świadczenia kompleksowego.

Reasumując, świadczenia kompleksowe powstają m.in. w oparciu o następujące kluczowe czynniki, gdy:

1. Świadczenia pomocnicze nie stanowią celu samego w sobie, lecz stanowią środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z efektów świadczenia głównego (podstawowego) lub służą pełnej realizacji świadczenia głównego (podstawowego). Jak wielokrotnie podkreślał TSUE w wydawanych wyrokach, świadczenie należy uznać za dodatkowe (pomocnicze) w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta (nabywcy, usługobiorcy) celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego.
2. Świadczenia składowe mają charakter komplementarny – poszczególne usługi składają się na jedną całość (np. jedno kompleksowe zlecenie czy zamówienie).
3. Nabywca nie jest zainteresowany odrębną realizacją poszczególnych składowych świadczenia kompleksowego (np. wykonaniem jedynie części zlecenia czy zamówienia).
4. Nabywca jest zainteresowany całokształtem efektu złożonego zlecenia czy zamówienia (jako ekonomicznej, gospodarczej, funkcjonalnej całości), a nie jego poszczególnymi składowymi elementami. Wszystkie czynności wchodzące w skład świadczenia kompleksowego zmierzają do bezpośredniego zaspokojenia konkretnej potrzeby nabywcy (usługobiorcy).
5. Poszczególne czynności wchodzące w skład całego świadczenia są ze sobą ściśle związane, a ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia jest na tyle ścisły, że nieracjonalnym było wydzielenie z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktowanie ich jako świadczeń odrębnych, tj. muszą one stanowić jedną nierozdzielalną całość (np. jedno kompletne zamówienie).

Zaprezentowany powyżej sposób definiowania i kwalifikowania świadczeń (usług) kompleksowych znajduje potwierdzenie w obszernym orzecznictwie TSUE (m.in. w wyrokach w sprawach: C-505/22, C-425/06, C-41/04, C-349/96 oraz w orzecznictwie krajowych sądów administracyjnych, m.in. w wyrokach o sygn. akt: I FSK 2170/19, I FSK 1443/18, I SA/GI 552/22, I SA/Po 1089/17).

W odniesieniu do stanów faktycznych dotyczących zakwalifikowania robót budowlanych i towarzyszących im prac dotyczących zagospodarowania terenów zielonych jako świadczenia kompleksowego opodatkowanego stawką podstawową właściwą dla robót budowlanych jako usług dominujących istnieje ugruntowana linia interpretacyjna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej.

Poniżej zacytowano kluczowe fragmenty przykładowych interpretacji indywidualnych wydanych przez ten organ administracji państwowej [pisownia oryginalna]:

1. 5 lipca 2023 r. sygn. 0114-KDIP4-2.4012.241.2023.1.WH: *Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy wskazać, że wykonywane przez Pana czynności, realizowane w ramach Inwestycji były ze sobą tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzyły w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. Powyższe wynikało z faktu, że – jak wynika z opisu sprawy – poszczególne wykonywane na rzecz Gminy czynności, tzn. roboty budowlane w zakresie kształtowania terenu, roboty ziemne, prace instalacyjne oraz usługi związane*

wyłącznie z zagospodarowaniem terenów zieleni i niebędące jednocześnie robotami budowlanymi prowadziły w efekcie do realizacji określonego celu jakim było przywrócenie terenowi objętemu Inwestycją wartości użytkowych. (...) Przechodząc zatem do zastosowania właściwej stawki podatku dla opisanej kompleksowej usługi należy wskazać, że całe świadczenie kompleksowe podlega opodatkowaniu z zastosowaniem stawki podatku VAT właściwej dla usługi budowlanej. Dla usługi tej nie została przewidziana obniżona stawka podatku VAT.

W konsekwencji, usługi obejmujące roboty budowlane w zakresie kształtowania terenu, roboty ziemne, prace instalacyjne oraz usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni stanowiły dla celów VAT jedno świadczenie kompleksowe/złożone, które powinno być opodatkowane jedną stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23%.

- 2.30 grudnia 2019 r. sygn. 0113-KD IPT 1-3.4012.645.2019.3.JM:W przedmiotowej sprawie klient zainteresowany jest odbiorem zadania jako całości, tj. kompleksu wybudowanych / przebudowanych / wyremontowanych obiektów budowlanych (ośrodka) wraz z pielęgnacją istniejącej zieleni, urządzeniem nowych elementów zieleni i nasadzeń oraz rekultywacją trawników, a nie każdej z poszczególnych usług odrębnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że z uwagi na charakter i efekt końcowy wykonywanych przez Wnioskodawcę czynności w analizowanej sprawie dominujące znaczenie mają usługi budowlane, natomiast czynności związane z pielęgnacją istniejącej zieleni, urządzeniem nowych elementów zieleni i nasadzeń oraz rekultywacją trawników w ramach realizowanego zadania stanowią elementy składowe (czynności pomocnicze).

Skoro zatem, Wnioskodawca świadczy usługę budowlaną, to stwierdzić należy, że w omawianej sprawie nie znajdzie zastosowania stawka podatku VAT w wysokości 8% (...) w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze złożoną usługą budowlaną, której elementami składowymi są m.in. prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Zatem właściwą stawką VAT w przedmiotowej sprawie dla złożonej usługi budowlanej jest stawka 23%.

Tym samym wbrew stanowisku Wnioskodawcy stawka VAT dla wykonywanych usług nie jest uzależniona od wskazanego grupowania Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, ale od charakteru i efektu końcowego wykonywanych przez Wnioskodawcę czynności, które wskazują że w analizowanej sprawie dominujące znaczenie mają usługi budowlane, natomiast czynności związane z pielęgnacją istniejącej zieleni, urządzeniem nowych elementów zieleni i nasadzeń oraz rekultywacją trawników w ramach realizowanego zadania stanowią elementy składowe (czynności pomocnicze).

- 3.22 lipca 2019 r. sygn. 0111-KD IB 3-1.4012.213.2019.2.KO: Skoro zatem, Wnioskodawca świadczy usługę budowlaną, to stwierdzić należy, że w omawianej sprawie nie znajdzie zastosowania stawka podatku VAT w wysokości 8% na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 i poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy. Przepis ten ma bowiem zastosowanie wyłącznie do świadczenia wymienionych w nim usług, czyli mieszczących się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Tymczasem w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze złożoną usługą budowlaną, której elementami składowymi są m.in. prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Zatem właściwą stawką VAT w przedmiotowej sprawie dla złożonej usługi budowlanej jest stawka 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT.

Analiza przedstawionych okoliczności sprawy w konfrontacji z powołanymi przepisami prawa oraz z wnioskami płynącymi z powołanych orzeczeń prowadzi do wniosku, że do całości wykonywanych czynności nie znajdzie zastosowania obniżona stawka podatku od towarów i usług, bowiem w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia wyłącznie z kompleksową usługą związaną z zagospodarowaniem terenów zieleni.

- 4.8 października 2018 r. sygn. 0113-KD IPT 1-3.4012.595.2018.2.MK:W tym miejscu należy zauważyć, że wymienione we wniosku czynności, choć w części mogłyby stanowić usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, to ich charakter i efekt końcowy decyduje o tym, że nie wpisują się one w zakres prac dotyczących usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych, a raczej wskazują na usługi budowlane związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. W złożonym wniosku podał takie czynności, które w znacznej części dotyczą usług budowlanych, np. prace demontażowe i rozbiórkowe obiektów budowlanych i nawierzchni, wykonanie ścieżek i ciągów pieszo-jezdných oraz powierzchni pod plac zabaw (korytowanie, podbudowy, obrzeża i krawężniki, nawierzchnie, dukty parkowe), roboty ziemne obejmujące rozplantowanie oraz częściowy wywóz mas ziemnych, wykonanie fontanny, wykonanie 3 kładek (mostków) dla pieszych, dostawa i montaż elementów placu zabaw, wykonanie oświetlenia (zakup i montaż lamp, opraw, przewodów), wykonanie muszli koncertowej z widownią.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności sprawy oraz powyższe wyjaśnienia należy stwierdzić, że usługi, które będą wykonane w ramach zadania polegającego na rewitalizacji zabytkowego parku podworskiego w R. na rzecz Gminy stanowią czynność złożoną. W przedmiotowej sprawie Gmina zainteresowana jest odbiorem zadania jako całości, tj. obiektu budowlanego (zabytkowego parku podworskiego), a nie każdej z poszczególnych usług odrębnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że z uwagi na charakter i efekt końcowy wykonywanych na rzecz Wnioskodawcy czynności w analizowanej sprawie dominujące znaczenie mają usługi budowlane, natomiast czynności związane z zagospodarowaniem terenów zieleni w ramach realizowanego zadania stanowią elementy składowe (czynności

pomocnicze).

Skoro zatem, przedmiotem zamówienia będzie usługa budowlana, to stwierdzić należy, że w omawianej sprawie nie znajdzie zastosowania stawka podatku VAT w wysokości 8% na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 i poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy. Przepis ten ma bowiem zastosowanie wyłącznie do świadczenia wymienionych w nim usług, czyli mieszczących się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Tymczasem w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze złożoną usługą budowlaną, której elementami składowymi są m.in. prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Zatem właściwą stawką VAT w przedmiotowej sprawie dla złożonej usługi budowlanej jest stawka 23%.

5.3 września 2018 r. sygn. 0112-KDIL1-3.4012.351.2018.2.JN: *Mając na uwadze przedstawione okoliczności sprawy oraz powyższe wyjaśnienia należy stwierdzić, że wykonanie przez Wnioskodawcę usługi w ramach zadania polegającego na rewitalizacji dziecięcego parku marzeń położonego w(...) na rzecz Gminy stanowią czynność złożoną. W przedmiotowej sprawie Gmina zainteresowana jest odbiorem zadania jako całości, tj. obiektu budowlanego (dziecięcego parku marzeń), a nie każdej z poszczególnych usług odrębnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że z uwagi na charakter i efekt końcowy wykonywanych przez Wnioskodawcę czynności w analizowanej sprawie dominujące znaczenie mają usługi budowlane, natomiast czynności związane z zagospodarowaniem terenów zieleni w ramach realizowanego zadania stanowią elementy składowe (czynności pomocnicze).*

Skoro zatem, Wnioskodawca świadczy usługę budowlaną, to stwierdzić należy, że w omawianej sprawie nie znajdzie zastosowania stawka podatku VAT w wysokości 8%. (...)

Tymczasem w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze złożoną usługą budowlaną, której elementami składowymi są m.in. prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Zatem właściwą stawką VAT w przedmiotowej sprawie dla złożonej usługi budowlanej jest stawka 23%.

Odpowiadając na pytania Wnioskodawcy należy wskazać, że wszystkie wykonywane przez niego czynności na rzecz Gminy w ramach zadania pn. „(...)” stanowią świadczenie kompleksowe, które nie może/nie będzie mogło zostać opodatkowane stawką podatku od towarów i usług w wysokości 8%, jak dla usługi objętej PKWiU 81.30.10.0 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Właściwą stawką VAT w tak przedstawionym stanie faktycznych/zdarzeniu przyszłym, jest/będzie stawka podatku w wysokości 23%.

Reasumując, przytoczone powyżej przykłady interpretacji indywidualnych wskazują na zasadność i prawidłowość traktowania na gruncie przepisów dotyczących podatku VAT usług wchodzących w skład tego zamówienia jako kompleksowej usługi budowlanej zagospodarowania terenu (z elementami pomocniczymi w postaci zagospodarowania terenów zielonych), podlegającej opodatkowaniu według jednolitej stawki VAT 23%, właściwej dla usług budowlanych.

Zgodnie z ww. interpretacjami w sytuacjach, gdy przedmiotem realizacji jakiegoś przedsięwzięcia (np. zamówienia publicznego) jest wykonanie konkretnego zadania i osiągnięcie oczekiwanego z góry rezultatu (którego odbiorem zainteresowany jest podmiot zlecający dane zadanie), usługi wchodzące w skład takiego zadania, które są: 1) wykonywane w ścisłej zależności, 2) powiązane ze sobą oraz 3) prowadzą do osiągnięcia oczekiwanego rezultatu, powinny zasadniczo być traktowane jako jedna całościowa usługa kompleksowa, a nie rozbijane na odrębne, pojedyncze usługi. Takie podejście powinno mieć miejsce również w sytuacjach, w których poszczególne prace (grupy prac) wchodzące w skład takiego zadania opodatkowane są na gruncie przepisów o podatku VAT różnymi stawkami podatku. Wówczas kluczowa staje się dokładna analiza poszczególnych usług składających się na zadanie i ustalenie, które z usług stanowią usługi główne, o przeważającym charakterze, a które usługi są jedynie dodatkowe (pomocnicze) i służą wyłącznie uzupełnieniu tych usług głównych.

Z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp wynika norma prawna, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Nie ma potrzeby omawiania niespójnej pomiędzy Stronami i Przystępującym wykładni tego przepisu, w tym wywiedzenia w orzecznictwie Sądu Najwyższego, które znalazło przełożenie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, że hipoteza tej normy obejmuje również sytuację obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem kwoty podatku od towarów według niewłaściwej stawki, co stanowi błąd niepodlegający poprawieniu, jeżeli w dokumentach zamówienia nie została określona właściwa dla przedmiotu zamówienia stawka VAT. W ustalonych powyżej okolicznościach nie została bowiem wypełniona hipoteza tej normy, gdyż oferty wykonawców sklasyfikowanych przez Odwołującym zawierają cenę obliczoną przy zastosowaniu właściwych stawek podatku od towarów i usług. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach tego zamówienia, jak tego nakazuje norma prawna objęta art. 239 ust. 1 ustawy pzp.

[ad zarzutów nr 2 i 4]

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z

art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp”} analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostą, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądzone, że to po stronie wykonawcy leży dołożenie należytej staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wspomnieć wypada, że już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata norma objęta art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2026 r. poz. 85) {dalej również: „uznk”} nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostą. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 uznk.

Jak to trafnie ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub

rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przed wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy, nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Jak przypominał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

Z art. 74 ust. 2 ustawy pzp wynika, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny.

W ustalonych powyżej okolicznościach potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy pzp. Po pierwsze, bezpodstawnie zaniechał odtajnienia w całości i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego A, który nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień i załączników. Po drugie, zaniechał niezwłocznego udostępnienia odtajnionej części wyjaśnień Przystępującego B, w tym uzasadnienia objęcia załączników do tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Zamawiający nie dochował w powyższym zakresie zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 16 ustawy pzp.

Ponieważ oferta Odwołującego nie została odrzucona, należy przyjąć, że naruszenie art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, gdyż po zapoznaniu się z odtajnionymi dokumentami formalnie Konsorcjum będzie uprawnione do ewentualnego sformułowania na ich podstawie zarzutów i wniesienia kolejnego odwołania.

[ad zarzutu nr 3]

W kontekście zarzutów odwołania znaczenie mają poniżej przywołane lub omówione przepisy ustawy pzp.

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 powierzeniem 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 wyznaczane 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. sygn. 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 mają znaczenia lub nie są wystarczające. Odwrócony 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 ofert Przystępującego A, 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 rozbieżności treści wyjaśnień względem treści oferty powinny 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. 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 3. *petitum* odwołania przepisów ustawy pzp, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby w zakresie objętym podstawą faktyczną zarzutu zawartego w odwołaniu uznać wyjaśnienia złożone przez Przystępującego A za nieuzasadniające ceny wskazane w jego ofercie. Dlatego w kontekście tego zarzutu wybór oferty Przystępującego A 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 ustawy pzp. W konsekwencji nie stanowi również naruszenia art. 239 ust. 1 czy art. 17 ust. 2 ustawy pzp, gdyż Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę według określonych w dokumentach tego zamówienia kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

W pozostałym zakresie Izba orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzonych złożonymi do zamknięcia rozprawy rachunkami), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, 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 (Dz.U. poz. 2437) rozdzielając wpis po połowie pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego oraz znosząc pomiędzy nimi wzajemnie pozostałe koszty.