

Sygn. akt: KIO 2077/22

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 26 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 sierpnia 2022 r. przez Odwołującego **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. (ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Katowickie Inwestycje S.A. (ul. Wandy 6, 40-322 Katowice)**

przy udziale Wykonawcy **J K.-T. prowadzącego działalność pod firmą JKT J. K.-T. (ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. (ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. (ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4653 zł 96 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt sześć groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Katowickie Inwestycje S.A. (ul. Wandy 6, 40-322 Katowice)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. (ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska)** na rzecz Zamawiającego **Katowickie Inwestycje S.A. (ul. Wandy 6, 40-322 Katowice)** kwotę

4653 zł 96 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt sześć groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Katowickie Inwestycje S.A. (ul. Wandy 6, 40-322 Katowice)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1170) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Katowickie Inwestycje S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Uporządkowanie systemu odprowadzania wód opadowych w zlewni osiedla Widok, ul. Dunikowskiego i ul. Stęślickiego w Katowicach - Etap II”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 245-647857.

Odwołujący Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na:

a) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez J. K. – T. prowadzącą działalność pod firmą JKT J. K. – T. sp. z o.o.

b) wadliwą ocenę oferty Odwołującego poprzez zaniżenie przyznanej liczby punktów, naruszenie zasady przejrzystości poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu całości załączników do protokołu dotyczących złożonych przez Wykonawcę JKT wyjaśnień w zakresie ceny,

c) wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

- art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1 pzp - poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę JKT w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie ujawnienia Odwołującemu w całości wszystkich załączników do protokołu Postępowania pomimo braku wykazania, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

- art. 224 ust. 3-6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż cena oferty JKT nie jest ceną rażąco niską, pomimo iż Wykonawca JKT nie wykazał i nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny i - pomimo wezwania - nie zawierają dowodów na potwierdzenia tez i twierdzeń zawartych w tych wyjaśnieniach.

- art. 226 ust. 1 pkt 7) pkt 8) pkt 10) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy JKT pomimo, iż oferta:

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

b) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

c) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu poprzez przyjęcie do kalkulacji nierealnych i sprzecznych z SWZ wartości.

- art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w SWZ, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Wykonawcy JKT choć powinna być odrzucona.

- art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniżenie liczby punktów przyznanych Odwołującemu, co doprowadziło do wypaczenia wyniku postępowania.

- art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania.

- art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego w zakresie informacji podanych w jego ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania i w konsekwencji zaniżenie liczby przyznanych punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę JKT, dokonanie ponownej oceny ofert bez uwzględnienia oferty Wykonawcy JKT, dokonanie ponownej oceny ofert i pokonanie oceny oferty Odwołującego zgodnie z SWZ w tym przyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania wraz z ewentualnym wyjaśnieniem treści oferty, udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień w zakresie RNC złożonych przez Wykonawcę JKT.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia RNC 28 marca 2022r. Wykonawca JKT złożył odpowiedź na wezwanie w dniu 5 kwietnia 2022r. Odpowiedź została utajniona w części. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami. Zamawiający odmówił udostępnienia (w części) wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę JKT w zakresie rażąco niskiej ceny.

W opinii Odwołującego Wykonawca JKT nie wykazał przesłanek dla utrzymania podanych informacji w poufności i tym samym odstąpienia od zasady jawności.

Odwołujący uznał, iż przesłanki uzasadniające odstąpienie od zasady jawności nie zostały wykazane przez Wykonawcę JKT. W szczególności nie wykazano, by zastrzeżone informacje miały wartość gospodarczą. Wystąpiła tu sytuacja nierównego traktowania Wykonawców a Zamawiający naruszył zasadę wyrażoną w art. 18 pzp.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w kryterium doświadczenie przyznał Odwołującemu 6 punktów na 10 możliwych, czym zaniżył sumę punktów należnych Odwołującemu zgodnie z SWZ i w konsekwencji wypaczył wynik postępowania.

Zgodnie z Rozdziałem XX pkt 2 ppkt IV w kryterium doświadczenie (w toku postępowania Zamawiający wyjaśniał modyfikował w tym zakresie treść SWZ) Zamawiający był zobowiązany do przyznania punktów wedle następujących zasad:

Za każde zrealizowane zadanie polegające na budowie lub przebudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej lub ogólnospławnej o długości co najmniej 500 mb lub budowie zbiornika retencyjnego z rur o średnicy co najmniej 01500, w ramach którego osoba, o której mowa w pkt. IX. 1.2) b) SWZ (Kierownik Budowy), pełniła w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego, Zamawiający przyzna 2,0 pkt. Maksymalna liczba punktów, jaką może uzyskać Wykonawca, wynosi 10 pkt., w przypadku wskazania pięciu lub więcej zadań.

Zamawiający przyzna punkty w przypadku, gdy w ramach wskazanego przez Wykonawcę zadania inwestycyjnego wskazana osoba nadzorowała, jako kierownik budowy lub kierownik robót w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego, budowę lub przebudowę kanalizacji sanitarnej lub deszczowej lub ogólnospławnej o długości co najmniej 500 mb lub budowę zbiornika retencyjnego z rur o średnicy co najmniej 01500, wykonaną nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z ofertą Odwołującego kierownikiem budowy ma być mgr inż. M. S.. Odwołujący zauważył, że wskazał osiem zadań, w których roboty nadzorował inż. M. S., a zatem Zamawiający winien przyznać Odwołującemu maksymalną liczbę punktów - czyli 10, a nie 6 punktów. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, w jaki sposób dokonał oceny oferty w kryterium doświadczenie. Uzyskana odpowiedź nie wskazywała mechanizmów zastosowanych przez Zamawiającego i nie jest wiadomym, dlaczego zaniżono punktację Odwołującego.

W tych okolicznościach Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 1) in fine w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oszacował koszt realizacji zamówienia na 25 066 000 zł. Zamawiający wezwał Wykonawcę JKT do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający wezwał do przedstawienia dowodów potwierdzających brak rażąco niskiej ceny. Jak wskazał Odwołujący, Wykonawca JKT dowodów nie przedstawił.

W opinii Odwołującego odpowiedź nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia są ogólne i nie są poparte dowodami. Tym samym wyjaśnienia nie potwierdzają,

iż wykonanie zamówienia za podaną cenę jest opłacalne, nie potwierdzają, iż cena nie jest poniżej kosztów, nie potwierdzają, aby wykonanie zamówienia za podaną cenę było opłacalne, a zaoferowana cena przewyższa koszty realizacji.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca JKT nie wykazał związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy okolicznościami opisanymi w wyjaśnieniach a możliwością obniżenia ceny. Nie podano także kwot oszczędności.

Zdaniem Odwołującego, ze względu na brak dowodów, złożone przez Wykonawcę JKT pismo z dnia 5 kwietnia br. jest niewystarczające. Oferta powinna być odrzucona tak jakby wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone.

Wykonawca JKT przedstawił szczegółową kalkulację kosztów realizacji inwestycji. W opinii Odwołującego kalkulacja kosztów nie jest dowodem, a oświadczeniem własnym zainteresowanego Wykonawcy. Kalkulacja taka może spełniać funkcje pomocnicze w stosunku do wyjaśnień, jednak nie może być uznana za dowód. Kalkulacja kosztów/kosztorys sporządzona przez wykonawcę jest dowodem jedynie tego jak wykonawca ustalił cenę, ale nie jest dowodem tego, że cena nie jest rażąco niską.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie. Wniosek ten został uznany za bezzasadny.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący wniósł odwołanie zawierające analogiczne zarzuty już w dniu 18 lipca 2022 roku. Dotyczyło ono dokonanej w dniu 08 lipca 2022 roku czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, która to czynność została następnie przez Zamawiającego unieważniona 29 lipca 2022 roku. W tej samej dacie – 29 lipca 2022 roku - Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w którym jako najkorzystniejsza ponownie została uznana oferta Wykonawcy JKT, zaś na miejscu drugim znalazła się oferta Odwołującego (uprzednio zajmowała miejsce 3).

04 sierpnia 2022 roku miało miejsce posiedzenie z udziałem stron przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący oświadczył wówczas, że cofa odwołanie (odnoszące się do czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 08 lipca 2022 roku). Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Izba wzięła pod uwagę, że na dzień 4 sierpnia 2022 r. w przedmiotowej sprawie odwoławczej z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lipca 2022 r. i powtórzenie czynności badania i oceny w

postępowaniu, nie było substratu zaskarżenia, co czyniło dalsze postępowanie odwoławcze bezprzedmiotowym.”

Skoro zatem zostało stwierdzone, że w dniu 08 lipca br. brak było podstawy/substratu zaskarżenia, a podstawa ta zaistniała dopiero 29 lipca 2022 roku, to należy uznać, że odwołanie wniesione w ciągu 10 dni od tej daty jest odwołaniem wniesionym w terminie. Brak jest zatem podstawy do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Należy podkreślić, że data 29 lipca 2022 roku jest również datą, od której przysługiwała Odwołującemu możliwość podniesienia zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy JKT, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Datą, od której przysługuje wykonawcy prawo do wniesienia odwołania na czynność zamawiającego w postaci zaniechania odtajnienia wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem to w tej decyzji zamawiający rozstrzyga ostatecznie wszystkie kwestie w postępowaniu.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Oddaleniu podlegały zarzuty: naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na wadliwą ocenę oferty Odwołującego (poprzez zaniżenie przyznanej liczby punktów, naruszenie zasady przejrzystości poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu całości załączników do protokołu dotyczących złożonych przez JKT wyjaśnień w zakresie ceny), jak również zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniżenie liczby punktów przyznanych Odwołującemu, co doprowadziło do wypaczenia wyniku postępowania.

Zgodnie z treścią kryterium, za każde zrealizowane zadanie polegające na budowie lub przebudowie kanalizacji sanitarnej lub deszczowej lub ogólnospławnej o długości co najmniej 500 mb lub budowie zbiornika retencyjnego z rur o średnicy co najmniej 01500, w ramach którego osoba, o której mowa w pkt. IX. 1.2) b) SWZ (Kierownik Budowy), pełniła w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego, Zamawiający przyzna 2,0 pkt. Maksymalna liczba punktów, jaką może uzyskać Wykonawca, wynosi 10 pkt., w przypadku wskazania pięciu lub więcej zadań.

Zamawiający wskazał, że zadanie opisane przez Odwołującego w wykazie pod numerem 1 i 2 jest tym samym zadaniem. Zgodnie z SWZ, Zamawiający zamierzał przyznać punkty w przypadku, gdy wskazana osoba nadzorowała, jako kierownik budowy lub kierownik robót,

budowę lub przebudowę kanalizacji lub budowę zbiornika retencyjnego wykonaną nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający podniósł, że wskazany zakres robót zrealizowano w okresie wcześniejszym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a więc w terminie wykraczającym poza okres wskazany w opisie kryterium. Z tego względu zadania te nie mogły zostać objęte punktacją.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w pozycji nr 5 wykazu przedstawił zadanie inwestycyjne, które nadal pozostawało w trakcie realizacji. Skoro z powyżej przytoczonego kryterium wynikało, że Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za zrealizowane zadanie, spełniające pozostałe wymogi wskazane w opisie kryterium, to oznacza, że Zamawiający nie był uprawniony do przyznania punktów za zadanie, które jest niezrealizowane w całości na dzień składania ofert.

Zamawiający wskazał także, że w pozycjach nr 6, 7 i 8 Odwołujący wskazał to samo zadanie. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania za jedno zrealizowane zadanie, spełniające pozostałe wymogi wskazane w opisie kryterium, wynosi 2,0 pkt. Rozbicie tego samego zadania przez Odwołującego do różnych pozycji w ofercie nie może skutkować wielokrotnym nagrodzeniem tego wykonawcy punktacją, tym samym Zamawiający musiał dla pozycji tych przyznać punkty jeden raz.

Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ocenie dokonanej przez Zamawiającego. Co więcej, na takie nieprawidłowości nie zwrócił uwagi także Odwołujący w piśmie procesowym z 23 sierpnia 2022 r.

Skoro z opisu kryterium wynikało, że Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za zrealizowane zadanie, to oznacza, że Zamawiający nie był uprawniony do przyznania punktów za zadanie, które nie jest zrealizowane w całości na dzień składania ofert. Nadto treść kryterium wyraźnie określała, że Zamawiający przyzna punkty za każde zrealizowane zadanie, co oznacza, że ocenie podlegało zadanie jako całość, inwestycja. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, zadanie, które wskazał Odwołujący w pozycjach 6, 7 oraz 8 wykazu, składało się z budowy instalacji wraz ze zbiornikiem (instalacja jako całość). Odwołujący dokonał sztucznego rozbicia zadania na części, co słusznie Zamawiający ocenił jako nieuprawnione.

Podobne uwagi należy odnieść do zadań wskazanych przez Odwołującego w pozycjach 1 i 2 wykazu. Brak było podstaw do przyznania punktów dwukrotnie dla tego samego zadania, w sytuacji, gdy treść kryterium wyraźnie określała, że Zamawiający przyzna punkty za każde zrealizowane zadanie (za inwestycję). Ponadto skoro wskazana przez Odwołującego osoba zakończyła pełnienie funkcji nadzoru nad robotami polegającymi na budowie lub przebudowie kanalizacji lub budowie zbiornika retencyjnego (a to było clue kryterium) wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. w 2016 roku, to Odwołujący nie



powinien otrzymać punktów w ramach tego zadania.

Za uzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego, że w sytuacji, gdy Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, w jaki sposób dokonał oceny oferty w kryterium doświadczenie, Zamawiający powinien wyjaśnić zastosowane przez niego mechanizmy. W przeciwnym razie nie jest jasne, w jaki sposób Zamawiający przyznał punktację Odwołującemu. Uwzględnienie powyższego stanowiska Odwołującego nie wpływa jednak na wynik postępowania w niniejszej sprawie. Zamawiający pierwotnie przedstawił Odwołującemu łączną punktację, tym samym Odwołujący miał podstawę do wniesienia odwołania, co uczynił. Natomiast z uwagi na okoliczność, że w piśmie procesowym Zamawiający wyjaśnił dokładny mechanizm przyznania punktów, Odwołujący miał możliwość odniesienia się do stanowiska/argumentacji Zamawiającego.

Oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego w zakresie informacji podanych w jego ofercie w celu uzyskania punktów w kryterium Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zadania i w konsekwencji zaniżenie liczby przyznanych punktów. Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego Zamawiający miałby żądać od Odwołującego takich wyjaśnień.

Za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 226 ust. 1 pkt 7) pkt 8) pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy JKT pomimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu poprzez przyjęcie do kalkulacji nierealnych i sprzecznych z SWZ wartości.

Odwołujący nie przytoczył żadnych argumentów, które potwierdzałyby jego tezę, że oferta Wykonawcy JKT została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie przytoczył też żadnych argumentów na potwierdzenie, że oferta Wykonawcy JKT zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu poprzez przyjęcie do kalkulacji nierealnych i sprzecznych z SWZ wartości. Wobec powyższego zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący nie wykazał także, że cena oferty Wykonawcy JKT jest rażąco niska.

Zgodnie z artykułem 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Wykonawca JKT złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Wykonawca JKT wraz z wyjaśnieniami złożył także dowody na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Zatem nie jest prawdziwe forsowane przez Odwołującego twierdzenie, że Wykonawca JKT nie złożył dowodów, pomimo takiego oczekiwania Zamawiającego. Już te okoliczności potwierdzają, że stanowisko Odwołującego w zakresie powyższego zarzutu jest bezzasadne.

Odwołujący nie wykazał również w żaden sposób, aby cena w ofercie Wykonawcy JKT była rażąco niska. Nie uprawdopodobnił tej okoliczności, pomimo, iż (co wyjątkowe) miał możliwość dwukrotnie wnieść do Izby odwołanie oraz dodatkowo złożyć pismo procesowe.

Wykonawca JKT w treści wyjaśnień złożył kalkulację i jak wskazał, zostały w niej ujęte ceny, które zostały wykazane w załączonych jako dowody fakturach. Tym samym Wykonawca JKT przedstawił wyjaśnienia (na wezwanie Zamawiającego) wraz z dowodami, które potwierdzały realność przyjętych założeń. Z kalkulacji wynika również, że Wykonawca JKT przewidział zysk, jak również wysoką rezerwę na ewentualne nieprzewidziane koszty, co przeczy stanowisku Odwołującego, że cena zaoferowana przez Wykonawcę JKT jest rażąco niska. Nie jest także trafne stanowisko Odwołującego, jakoby Wykonawca JKT nie dysponował odpowiednim sprzętem, np. wibromłot. Wykonawca JKT wykazał w załączniku nr 7 do wyjaśnień na koszty tego urządzenia i koszty te zostały ujęte w kalkulacji.

Należy zauważyć, że Wykonawca JKT przedstawił szereg okoliczności, które w jego ocenie wpływają na to, że zaoferowana przez niego cena jest korzystniejsza od cen innych wykonawców i które jednocześnie są podstawą dla zaoferowania takiej ceny. Kwestionowany przez Odwołującego fakt, że Wykonawca JKT nie przedstawił wpływu tych okoliczności na zaoferowaną cenę pozostają bez znaczenia, bowiem stanowią one wstęp/opis do wyjaśnień i kalkulacji, która wraz z dowodami i wskazanymi okolicznościami stanowi całość wyjaśnień i pełne uzasadnienie.

W konsekwencji należało uznać za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 224 ust. 3-6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż cena oferty Wykonawcy JKT nie jest ceną rażąco niska.

W konsekwencji powyższego, również za bezzasadne należało uznać zarzuty:

- naruszenia przez Zamawiającego: artykułu 239 ust. 1 i 2, artykułu 242 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w SWZ, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Wykonawcy JKT, choć oferta ta powinna być odrzucona. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

- naruszenia przez Zamawiającego artykułu 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę JKT.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 74 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę JKT w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie ujawnienia Odwołującemu w całości wszystkich załączników do protokołu postępowania, pomimo braku wykazania, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W argumentacji w odwołaniu Odwołujący wskazał, że Wykonawca JKT nie wykazał przesłanek dla utrzymania podanych informacji w poufności i tym samym odstąpienia od zasady jawności. Zdaniem Odwołującego, przesłanki uzasadniające odstąpienie od zasady jawności nie zostały wykazane przez Wykonawcę JKT. W szczególności nie wykazano, by zastrzeżone informacje miały wartość gospodarczą. W treści odwołania Odwołujący przytoczył również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona takie przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, nie pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. (...) Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanej ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego.”

Przyjmując takie rozumienie pierwszej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uznać, że obowiązkiem wykonawcy, który zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie, czy wyjaśnieniach, jest wykazanie dla każdej informacji ich wartości gospodarczej. Wykonawca JKT w treści wyjaśnień ogólnie wskazał, że zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają wartość gospodarczą, tej wartości Wykonawca jednak nie wykazał (stosownie do wytycznych powyższego wyroku). Wykonawca, który zastrzega

określoną informację, doskonale zna jej wartość oraz szkodę, jaką może ponieść w wyniku ujawnienia informacji.

Co więcej, taka wartość powinna zostać wykazana dla każdego z dowodów załączonych do wyjaśnień i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym zakresie Wykonawca JKT stwierdził jedynie, że: „Informacje zawarte w załącznikach do niniejszych wyjaśnień dotyczą przyjętego sposobu realizacji zamówienia i mają niewątpliwie charakter techniczny, technologiczny bądź organizacyjny, a więc posiadają istotną wartość gospodarczą. Odnoszą się one bowiem do zaproponowanej przez Wykonawcę technologii realizacji zamówienia, specyfikują przyjęte założenia technologiczne, logistyczne i cenowe realizacji zamówienia, mające kluczowe znaczenie w prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. (...)”. Takie ogólne twierdzenie na pewno nie stanowi konkretnego wykazania wartości gospodarczej.

Niezależnie od powyższego, w swojej argumentacji Odwołujący podniósł, że treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się zupełnie do niniejszego postępowania. W ocenie Izby ten argument jest w pełni uzasadniony. Powyżej przytoczony cytat wskazuje na zaproponowaną przez Wykonawcę technologię realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił jednoznacznie przedmiot zamówienia i sposób jego realizacji (co nie było sporne). Podobnie Wykonawca JKT w punkcie 5 pisma zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że: „Zastrzeżone informacje zawierają autorskie rozwiązania techniczne oraz organizacyjne gwarantujące prawidłową realizację zamówienia, uwzględniając wytyczne formułowane przez Zamawiającego, w cenie wskazanej w ofercie.” Potwierdza to, że są to wyjaśnienia nie tylko ogólne, ale zupełnie nie dedykowane do niniejszego postępowania, co potwierdza brak wykazania prawidłowości i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo należy zauważyć, że Wykonawca JKT w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wielokrotnie przywołuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba wskazuje, co może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym, że tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić kalkulacja ceny. Tymczasem to Wykonawca JKT w niniejszym postępowaniu powinien wykazać spełnienie wszystkich przesłanek z artykułu 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do zastrzeganych informacji, w tym wykazać, że kalkulacja ceny, zastrzeżona przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście posiada konkretną wartość gospodarczą, została odpowiednio zabezpieczona (o czym poniżej), czego jednak Wykonawca JKT nie wykazał.

Na uwzględnienie również zasługuje argumentacja Odwołującego, że Wykonawca JKT w żaden sposób nie wykazał, że podjął w stosunku do zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Załączone do wyjaśnień faktury nie zawierają żadnej adnotacji o ich poufności. Argument Przystępującego, że Wykonawca JKT jest niewielką, rodzinną firmą, również nie jest

przekonujący, gdyż nawet mała rodzinna firma, rzeczywiście zainteresowana ochroną określonej informacji jako posiadającej wartość gospodarczą, podejmie odpowiednie działania w celu ochrony tych informacji, które to działania będzie mogła wykazać.

Nie jest zasadny zarzut Zamawiającego, że Odwołujący w podobny sposób jak Wykonawca JKT dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w wyjaśnieniach dobierając podobną argumentację, jak Wykonawca JKT.

Każda z ofert podlega osobnemu badaniu przez Zamawiającego. Wykonawca JKT nie wniósł odwołania wobec oferty i wyjaśnień Odwołującego. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający ma możliwość (co również sam wskazywał w treści pisma procesowego) dokonania ponownej analizy wyjaśnień Odwołującego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i (jeśli uzna to za zasadne) ewentualnego odtajnienia tych wyjaśnień.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględnienie powyższego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż Odwołujący zobowiązany był podnieść wszystkie zarzuty wobec oferty Wykonawcy JKT oraz oferty własnej od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba rozpoznała zarzuty odwołania odnoszące się do wyboru oferty Wykonawcy JKT, w tym także zarzut dotyczący zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny, a także zarzuty w zakresie oferty Odwołującego. Odwołujący w piśmie procesowym z 23 sierpnia 2022 roku wskazał, że w przypadku oddalenia odwołania, wnosi o uznanie zarzutów opisanych w pkt. IV 3, 4, 5 jako zarzuty ewentualne. Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron w dniu 26 sierpnia 2022 roku wycofał się z tej decyzji, wyjaśniając w odniesieniu do treści pkt. IV pisma z 23 sierpnia 2022 roku, że pozostawia zarzuty tak jak w odwołaniu, a nie jako ewentualne (jak w piśmie z 23 sierpnia 2022 roku). Izba była zatem zobowiązana rozpoznać wszystkie zarzuty odwołania równolegle.

Z uwagi na powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2 a) i b), §8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego oraz koszty dojazdu na rozprawę pełnomocnika Zamawiającego, a także opłatę skarbową od pełnomocnictw.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....