



CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, 22.04.2025 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

**Zamawiający:** Gmina Grodziczno

Grodziczno 17a

13-324 Grodziczno;

NIP 8771420253

Adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie: Profil Nabywcy - Gmina Grodziczno (platformazakupowa.pl) -  
[https://platformazakupowa.pl/pn/ug\\_grodziczno](https://platformazakupowa.pl/pn/ug_grodziczno)

Nr telefonu: +48 56 4729722,

adres e-mail: [ug@grodziczno.pl](mailto:ug@grodziczno.pl)

[leszek@grodziczno.pl](mailto:leszek@grodziczno.pl)

**Odwołujący:** STRABAG sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10

05-800 Pruszków

NIP: 521-04-21-928, KRS: 0000054588

tel.: (22) 714 48 00, fax: (22) 714 49 00

e-mail: [pl\\_office.strabag@strabag.com](mailto:pl_office.strabag@strabag.com)

**reprezentowany przez:**

r.pr. Ewę Łuszczewską

**adres do korespondencji:**

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

tel.: + 48 22 714 43 95

fax: + 48 22 714 49 08

KRS: 0000127873

tel.: (22) 714 43 55, fax: (22) 714 49 08

mail: [ewa.luszczewska@bauholding.com](mailto:ewa.luszczewska@bauholding.com);

[arkadiusz.radek@bauholding.com](mailto:arkadiusz.radek@bauholding.com)

**Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie art. 275 pkt 1 (trybie podstawowym bez negocjacji) o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) na robotę budowlaną pn.:**

**„Przebudowa drogi gminnej nr 183026N Montowo – Białobłoty - Zwiniarz”**

**Nr postępowania: IP.271.1.4.2025**

**Data ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych:** 06.03.2025 r., nr 2025/BZP 00133508/01

Odwołanie składane jest w postępowaniu o wartości nieprzekraczającej progów unijnych.

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 22.04.2025 r. drogą elektroniczną na adresy mailowe wskazane w nagłówku oraz za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

## **ODWOŁANIE**

Działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. (dalej jako „**STRABAG**” lub „**Odwołujący**”), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1) i 2) oraz art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „**pzp**”, wnoszę odwołanie na czynności i zaniechań Gminy Grodziczno (dalej jako „**Zamawiający**”) podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: Przebudowa drogi gminnej nr 183026N Montowo – Białobłoty - Zwiniarz”, nr postępowania: IP.271.1.4.2025 (dalej jako „**Postępowanie**”) polegające na:

- Wadliwej czynności badania i oceny ofert,
- wadliwej czynności badania i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane Sp. z o.o., ul. Długa 27, 87-300 Brodnica, zwanej dalej: „Wykonawcą PDB”,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy PDB, w sytuacji gdy wykonawca ten wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie udowodnił, że zaoferowana przez tego

Wykonawcę cena nie jest rażąco niska i nie wywiązał się z ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy PDB pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
- zaniechania przekazania (udostępnienia) i ujawnienia (odtajnienia) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień złożonych przez wykonawcę COLAS S.A. , ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie (zwanego dalej: „Wykonawcą COLAS” lub „COLAS”) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp;
- zaniechanie przekazania (udostępnienia) i ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
- bezpodstawnym uznaniu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone;
- bezpodstawnym uznaniu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2022.1233 ze zm.);
- dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy COLAS jako najkorzystniejszej w tym Postępowaniu z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu - na skutek działań i zaniechań wskazanych powyżej - weryfikacji prawidłowości procesu badania przez Zamawiającego oferty COLAS w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp (rażąco niska cena oferty);

## I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp w zw. z art. 16 pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PDB z powodu rażąco niskiej ceny:
  - a) w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę PDB w piśmie z dnia 07.04.2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym Wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwia wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym Zamawiający

dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę);

- b) Wykonawca PDB nie udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 01.04.2025 r., w szczególności nie złożył kalkulacji szczegółowej, ani żadnych dowodów do złożenia których był zobowiązany w treści wezwania Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r.,
  - c) cena ofertowa Wykonawcy PDB nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego,
- 2) **art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku** polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy PDB w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „uznk” lub „znku”),
- 3) **art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 2 pkt 1) p.z.p. oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2** ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej jako „znku” lub „uznk”), polegające na:
- a) błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez COLAS S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (oraz informacji w nim zawartych) i uznania, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione,
  - b) błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez COLAS S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do ww. pisma stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (oraz informacji w nich zawartych) i uznania, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione;
  - c) nieuzasadnionej odmowie udostępnienia Odwołującemu pisma COLAS S.A. z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, a także uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- i w następstwie tego:
- d) zaniechanie ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez COLAS wraz z wyjaśnieniami w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (wraz z informacjami w nim zawartymi);
  - e) zaniechanie przekazania (udostępnienia) i ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i informacji w nich zawartych,

- f) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a COLAS wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w konsekwencji ww. zarzutów:

- 4) **art. 239 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 1 i 2 pzp** poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę COLAS z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu - na skutek działań i zaniechań wskazanych w pkt 3 powyżej weryfikacji prawidłowości procesu badania i oceny przez Zamawiającego oferty COLAS w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp (rażąco niska cena oferty), a także zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PDB na skutek działań i zaniechań wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości i nie może zostać uznane jako przeprowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji.

## II. Żądania:

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę COLAS jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Wykonawcy PDB z powodu rażąco niskiej ceny i złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi na to, że Wykonawca PDB nie udowodnił, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest rażąco niska i nie wywiązał się z ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny
- 3) udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (wraz z informacjami w nim zawartymi);
- 4) udostępnienie wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (wraz z informacjami w nich zawartymi);
- 5) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z wyłączeniem oferty PDB.

## III. Inne wnioski i oświadczenia:

Niezależnie od powyższego wnoszę o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach Postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu odwołania;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane fakturą VAT złożoną na rozprawie.

#### IV. Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp w złożeniu odwołania.

Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PDB sklasyfikowanej na pozycji drugiej, tj. przed ofertą Odwołującego, gdyż oferta ta zawiera rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia i **została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji**, a wykonawca nie obalili ciężącego na nim domniemania rażąco niskiej ceny ofert. W przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy PDB, oferta Odwołującego plasowałaby się na drugim miejscu.

Z kolei działania i zaniechania Zamawiającego stanowiące naruszenie zasady jawności postępowania w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dot. rażąco niskiej ceny), narażają Odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i spodziewanych korzyści w związku z jego realizacją.

Bezpodstawne utrzymanie poufności wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A. ma bezpośredni i istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania. Jedynie bowiem z przypadku odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez COLAS S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A., umożliwi realną weryfikację czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu i efektywne podnoszenie zarzutów wobec oferty wybranej jako oferta najkorzystniejsza w zakresie zaniżenia wartości oferty i jej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego. Aktualnie ze względu na ograniczenie przez Zamawiającego dostępu Odwołującemu do dokumentów Postępowania wynikające z naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp oraz bezrefleksyjnego zaaprobowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A., Odwołujący został pozbawiony prawa do weryfikacji prawidłowości oferty i wyjaśnień składanych przez konkurencję, czemu służyć mają

zasady jawności Postępowania, jego przejrzystości i transparentności. Uwzględnienie zarzutu dot. naruszenia 3) art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 2 pkt 1) p.z.p. oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji spowoduje udostępnienie Odwołującemu bezprawnie zastrzeżonych dokumentów, co z kolei umożliwi mu sformułowanie zarzutów w stosunku do złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień, a w konsekwencji może doprowadzić do wyeliminowania z postępowania wykonawcy COLAS i udzielenia zamówienia Odwołującemu.

Z kolei, oddalenie odwołania spowoduje utrzymanie w obrocie prawnym decyzji Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty COLAS SA dokonanej z naruszeniem zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskutek naruszenia wskazanych przepisów pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

#### **V. Termin:**

W dniu 15.04.2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Wykonawcy COLAS S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Następnie na skutek wniosku Odwołującego z dnia 15.04.2025 r. o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający udostępnił mu ww. dokumentację w dniu 16.03.2025 r., w tym korespondencję Wykonawcy PDB, wezwanie COLAS S.A. z dnia 01.04.2025 r. do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także protokoły prac komisji przetargowej, w tym Protokół nr 9 z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 09.04.2025 r. w którym na s. 2 wskazano, że:

3. Komisja Przetargowa rozpatrzyła wniosek Przedsiębiorstwa Drogowo-Budowlanego Sp. z o.o z Brodnicy z dnia 07.04.2025 r. dot. udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z Pałędzia.

##### **Uzasadnienie faktyczne**

Wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. z Pałędzia zastrzegł poufność treści wyjaśnień wraz z załącznikami, ponieważ informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zawierają informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wartość gospodarczą, nieznane powszechnie osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (ani nie będąc łatwo dostępnymi dla takich osób).

W związku z powyższym Komisja wnioskuje do Zamawiającego o nieudostępnianie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z Pałędzia.

##### **Uzasadnienie prawne**

Art.18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r poz. 1320 z póź.zm.)

Wraz z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przekazano Odwołującemu załączników do niego w postaci wyjaśnień złożonych

przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A.

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 22.04.2025 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a) pzp w zw. w art. 8 ust. 1 i 5 pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

## UZASADNIENIE

### I. Informacje ogólne. Zarys sprawy.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi gminnej nr 183026N Montowo – Białobłoty – Zwiniarz”.
2. Przedmiotem zamówienia, jest Przebudowa drogi gminnej 183026N Montowo – Białobłoty - Zwiniarz. Zgodnie z §1 ust. 2 wzoru umowy: Przedmiot zamówienia obejmuje realizację, między innymi: roboty przygotowawcze, karczowanie karp, roboty ziemne, przebudowę istniejącej asfaltowej nawierzchni jezdni (konstrukcja jezdni w części bez wymiany podbudowy oraz w części z wymianą podbudowy), przebudowę zjazdów, regulację i utwardzenie poboczy, regulację rowów przydrożnych, przebudowę chodników, oznakowanie pionowe i poziome, rozbudowę sieci kanalizacji deszczowej oraz wymianę istniejącego przelewu, uporządkowanie terenu przyległego.
3. Najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował Wykonawca COLAS S.A., a drugą najniższą cenę – Wykonawca PDB.
4. **Zamawiający pismem z dnia 01.04.2025 r. wezwał Wykonawcę PDB do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, wskazując, że:**



Gmina Grodziczno działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy cena Państwa oferty w ww. postępowaniu jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Cena Państwa oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w szczególności jest niższa o:



**31,45%** od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług  
tj. **9 585 633,32 zł**

Zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oznacza dla Wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający zwraca się zatem, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia dla ww. części oraz **złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny**. Wyjaśnienia winny uwzględniać następujący zakres:

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.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia winny być jak najbardziej szczegółowe, powinny uwzględniać wszelkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia. Zamawiający zaleca zawarcie w wyjaśnieniach odpowiednich wyliczeń, katalogów lub innych dowodów, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny oraz udział zysku Wykonawcy w cenie realizacji zamówienia.

Ponadto Zamawiający informuje, że **obowiązek wykazania, innymi słowy udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy.**

Zamawiający informuje, że na mocy art. 224 ust. 6 ustawy PZP, **odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień** lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień, wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena, przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami.

Wyjaśnienia w postaci elektronicznej opatrzone, podpisem kwalifikowanym, lub zaufanym lub osobistym przez osobę/osoby posiadające uprawnienia do reprezentacji Wykonawcy należy złożyć poprzez formularz kontaktowy "Wyślij wiadomość do zamawiającego" na stronie prowadzonego postępowania w terminie do **7 kwietnia 2025 r.**

Co istotne, w treści wezwania Zamawiający wprost wskazał, że:

**Pouczenie:**

Zamawiający informuje, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. **Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe,** aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

5. W tym samym dniu, tj. 07.04.2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę COLAS S.A. do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 07.04.2025 r. Treść wezwania była tożsama z treścią przytoczonego powyżej wezwania oprócz fragmentu dot. wartości procentowej o jaką cena oferty COLAS jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. o 38,70%).

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały złożone przez Wykonawcę PDB w dniu 07.04.2025 r., Odwołujący nie wie kiedy wykonawca COLAS złożył wyjaśnienia.

6. Tak jak wskazano już uprzednio, na skutek wniosku Odwołującego z dnia 15.04.2025 r. o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający udostępnił w dniu 16.03.2025 r. m. in. korespondencję Wykonawcy PDB, wezwanie COLAS S.A. z dnia 01.04.2025 r. do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także protokoły prac komisji przetargowej, w tym Protokół nr 9 z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 09.04.2025 r. w którym na s. 2 wskazano, że:

3. Komisja Przetargowa rozpatrzyła wniosek Przedsiębiorstwa Drogowo-Budowlanego Sp. z o.o z Brodnicy z dnia 07.04.2025 r. dot. udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z Pałędzia.

**Uzasadnienie faktyczne**

Wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. z Pałędzia zastrzegł poufność treści wyjaśnień wraz z załącznikami, ponieważ informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zawierają informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wartość gospodarczą, nieznane powszechnie osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (ani nie będąc łatwo dostępnymi dla takich osób).

W związku z powyższym Komisja wnioskuję do Zamawiającego o nieudostępnianie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z Pałędzia.

**Uzasadnienie prawne**

Art.18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r poz. 1320 z póź.zm.)

Wraz z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przekazano Odwołującemu załączników do niego w postaci wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A.

Odwołującemu nie przekazano treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do pisma COLAS stanowiącego odpowiedź na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a więc nie ma możliwości jednoznacznego stwierdzenia w jaki sposób COLAS uzasadnił objęcie informacji zastrzeżonych w piśmie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący jedynie na podstawie analizy przywołanego powyżej protokołu nr 9 z posiedzenia Komisji przetargowej przypuszcza, że COLAS zawarł w piśmie oświadczenie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zawierają informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wartość gospodarczą, nieznane powszechnie osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (ani nie będąc łatwo dostępnymi dla takich osób). Z uwagi na brak udostępnienia pisma COLAS, Odwołujący może jedynie przypuszczać, że jest to cała treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z powyższego wynika więc, że Zamawiający uznał, że COLAS S.A. wykazał, że zastrzeżone wyjaśnienia, jak i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

7. Ww. wyjaśnienia zostały przez Zamawiającego przyjęte bez zastrzeżeń, czego dalszą konsekwencją był wybór oferty Wykonawcy COLAS jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty PDB.

## II. Uzasadnienie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert Wykonawcy PDB, pomimo, że ww. wykonawca nie wyjaśnił i nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska i że pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego w SWZ, a także z uwagi na to, że PDB nie udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę

8. Co istotne, Zamawiający wprost w treści wezwania do wyjaśnień z dnia 01.04.2025 r. (przywołanego w pkt I odwołania) wskazał, że wymaga udzielenia wyjaśnień, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia oraz złożenia dowodów dotyczących ceny. Zamawiający podkreślił, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być *„jak najbardziej szczegółowe, powinny uwzględniać wszelkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia. Zamawiający wskazał, że oczekuje „zawarcia w wyjaśnieniach odpowiednich wyliczeń, katalogów lub innych dowodów, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny oraz udział zysku Wykonawcy w cenie realizacji zamówienia”*. Zamawiający wskazał, że Wykonawca ma obowiązek wykazania, czyli udowodnienia, że oferta nie zawiera rażącej ceny, a wyjaśnienia nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę nieoparte stosownymi dowodami. **Co istotne, w treści wezwania Zamawiający wskazał cztery razy, że Wykonawca winien złożyć odpowiednie dowody.**
9. Pismo Wykonawcy PDB z dnia 07.04.2025 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień ceny oferty składa się z 2,5 stron. Załączono do niego kalkulację zatytułowaną

„Szczegółowa kalkulacja kosztów”, która – pomimo mylącej nazwy - nie stanowi kalkulacji szczegółowej. **Wykonawca PDB nie przedstawił żadnych dowodów do wyjaśnień.**

10. Wyjaśnienia PDB nie odpowiadają zakresowi wezwania Zamawiającego i wbrew wezwaniu Zamawiającego stanowią jedynie formalną odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, nie są szczegółowe i nie sposób ustalić na podstawie ich analizy w jaki sposób Wykonawca wyliczył cenę. Analiza złożonych wyjaśnień oraz złożonej kalkulacji jednoznacznie wskazuje, że PDB nie przedstawił w ogóle kalkulacji szczegółowej do przedłożenia której zobowiązany był wezwaniu Zamawiającego, ani żadnych dowodów, do złożenia których był zobowiązany zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

Przeciwnie do treści wezwania, Wykonawca PDB ograniczył się w ww. zakresie jedynie do przedstawienia kosztorysu rozbijającego cenę ofertową na ceny jednostkowe wskazujący jedynie wartość łączną, cenę jednostkową oraz ilość. Z żadnego miejsca wyjaśnień, ani kalkulacji nie wynika jaki zysk Wykonawca przyjął dla całej oferty (pomimo jasnego wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia jaki zysk przyjął wykonawca w cenie oferty), ani kosztów pośrednich.

11. Złożony przez Wykonawcę PDB kosztorys nie jest kosztorysem szczegółowym w rozumieniu § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (dalej „Rozporządzenie”) oraz zasad kosztorysowania w budownictwie.

12. Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia:

***Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, według wzoru:***

$$C_j = \Sigma (n \times c) + K_{pj} + Z_j$$

***w którym poszczególne symbole oznaczają:***

*C<sub>j</sub>* - cenę jednostkową roboty podstawowej;

*n* - jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny - *nr*, materiałów - *nm*, pracy sprzętu - *ns*;

*c* - cenę czynników produkcji: robocizny - *Cr*, ceny materiałów - *Cm*, ceny pracy sprzętu - *Cs*;

*n x c* - koszty bezpośrednie jednostki przedmiarowej robót, według wzoru:

$$n \times c = (\Sigma nr \times Cr + \Sigma nm \times Cm + \Sigma ns \times Cs);$$

*K<sub>pj</sub>* - koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót;

*Z<sub>j</sub>* - zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót.

***2. Koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót ustala się za pomocą wskaźnika narzutu kosztów pośrednich, według wzoru (...):***

3. Zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót oblicza się jako iloczyn wskaźnika narzutu zysku i podstawy jego naliczania.

13. Jak wskazuje się w literaturze dot. zasad kosztorysowania w budownictwie: „*metoda kalkulacji szczegółowej polega na określeniu wartości kosztorysowej C<sub>k</sub> przez obliczenie dla wszystkich pozycji przedmiaru robót wartości kosztów bezpośrednich oraz doliczenie odpowiednio kosztów pośrednich, zysku i podatku VAT*” (Z. Kowalczyk, J. Zabielski, Kosztorysowanie i normowanie w budownictwie, wyd. 2013, s. 173).

Z kolei kalkulacja uproszczona „*polega na obliczeniu wartości kosztorysowej robót jako sumy iloczynów jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych, a następnie doliczeniu podatku VAT*” (Ibidem, s. 174).

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Wykonawca PDB złożył co najwyżej kalkulację uproszczoną, a nie szczegółową do czego był zobowiązany w świetle treści wezwania Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. Już tylko z uwagi na ww. okoliczność Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę PDB na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Ponadto z treści wyjaśnień i kalkulacji nie sposób ustalić jaki Wykonawca PDB przewidział zysk, do wykazania czego był wezwany w treści wezwania Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r.

14. **Ponadto część opisowa wyjaśnień w połączeniu z kalkulacją nie pozwala na zweryfikowanie tego ostatniego dokumentu.**
15. Wyjaśnienia Wykonawcy sprowadzają się do pewnych ogólnikowych zapewnień co do prawidłowości wyceny ofertowej, posiadanej zdolności co do wykonania zamówienia, jak też doświadczenia w realizacji zamówień publicznych. Wykonawca nie wyjaśnił i nie wykazał jak wskazywane przez niego okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia są również ogólnikowe, abstrakcyjne i nie poparte dowodami. Próżno w nich szukać informacji o zysku Wykonawcy. Z uwagi na to, że wyjaśnienia wykonawcy są bardzo skąpe, Odwołujący przywoła poniżej poszczególne ich fragmenty i omówi je.
16. Wykonawca PDB wskazał m.in., że:

*„Posiadamy własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia są to: układarki, walce, koparki, koparko – ładowarki, równiarki, zagęszczarki, agregaty i młoty wyburzeniowe co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu. Dokładne zaplanowanie procesu budowy nawierzchni bitumicznej jest kluczowe. Ustalenie harmonogramu prac pozwala na optymalne wykorzystanie czasu pracy ekipy budowlanej i sprzętu, co przekłada się na oszczędności. Na obniżenie kosztów budowy wpływa zastosowanie efektywnej logistyki poprzez koordynację dostaw materiałów, tak aby były one dostarczane według potrzeb budowy i w taki sposób, by unikać przestojów w pracy. Dobre zarządzanie logistyką oznacza mniej czasu straconego na oczekiwania i szybsze tempo pracy. Precyzyjne obliczenie potrzebnej ilości materiałów pozwala unikać nadmiernych zakupów i marnotrawienia zasobów. Posiadamy doświadczone ekipy budowlane, która znają najlepsze praktyki układania nawierzchni bitumicznych, przez co mogą pracować szybciej i efektywniej”.*

*Długoletnia współpraca ze stałymi dostawcami umożliwia nam negocjowanie korzystnych warunków zakupu materiałów drogowych. Dzięki temu wypracowaliśmy korzystne warunki cenowe, co znacznie obniża koszty wykonania robót. Posiadamy kontakt z zaufanymi dostawcami, którzy są w stanie dostarczyć materiały wysokiej*

*jakości na czas i w konkurencyjnych cenach. Przy kalkulacji ceny oferty brano pod uwagę obecnie panujące ceny rynkowe jakie oferuje konkurencja za podobne zamówienia.*

*Podstawą kalkulacji ceny ofert jest rozeznanie lokalnego rynku, posiadanie własnego sprzętu, doświadczonych brygad, rozległe kontakty handlowe z dostawcami materiałów oferującymi korzystniejsze warunki cenowe niż te ogólnie oferowane na rynku. Korzystamy z atrakcyjnych rabatów (często nawet od kilkunastu do kilkudziesięciu %) na zakup materiałów”.*

#### **Co istotne, Wykonawca w szczególności:**

- **nie przedstawił żadnego wykazu sprzętu na poparcie twierdzeń o dysponowaniu sprzętem, ani nie wyjaśnił jakie założył stawki za pracę sprzętu oraz ile przewiduje roboczogodzin sprzętu, nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów;**
- **nie wskazał nigdzie jakie są ceny poszczególnych materiałów, jakie są te rzekomo korzystne warunki cenowe, kim są „zaufani dostawcy” oferujący „konkurencyjne ceny”, jakie są to ceny, ile wynoszą rzekome rabaty na które się powołuje, nie przedstawił dowodów na rzekome negocjacje z dostawcami. Nie wiadomo jakie materiały Wykonawca planuje nabyć, ani tym bardziej za jakie kwoty, nie przedstawiono żadnych obliczeń dot. wysokości kosztów materiałów,**
- **nie przedstawił kopii żadnych umów o pracę osób wchodzących w skład „doświadczonych brygad”.**

**Zamawiający nie miał więc możliwości zweryfikowania gołosłownych twierdzeń Wykonawcy.**

17. W dalszej części Wykonawca wskazał, że:

*„Działając w znaczącej skali współpracujemy z bezpośrednimi producentami (tj. Orlen Asfalt Sp. z o.o. zakup asfaltów, Śląskie Kruszywa Naturalne – zakup kruszyw, Direx Kruszywa Sp. z o.o. – zakup kruszyw, Orlen Paliwa Sp. z o.o. – zakup paliw) posiadamy atrakcyjne rabaty i upusty cenowe. Jako duży odbiorca wynegocjowaliśmy niskie ceny na paliwa w firmie Orlen Paliwa Sp. z o.o. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez nas konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia jak również poszczególnych elementów robót. Zastosowanie specjalistycznego sprzętu do układania nawierzchni bitumicznych pozwala na szybsze wykonywanie prac z większą precyzją. Oferowane materiały spełniają parametry opisane w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz posiadają stosowne aprobaty techniczne i certyfikaty. Sposób wykonania robót budowlanych będzie zgodny z technologiami opisanymi w Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót”.*

**Wykonawca przedstawił jedynie ww. gołosłowne twierdzenia o możliwości pozyskania najtańszych materiałów na rynku oraz wysokich opustów cenowych bez wskazania jakiego rzędu są to opusty, a także nie przedstawiając jakiegokolwiek oferty na materiały, czy umowy z konkretnym dostawcą/podwykonawcą. Okoliczność opustu cenowego w odniesieniu do paliw również nie została potwierdzona żadnymi dowodami, tj. nie przedstawiono żadnej oferty, czy umowy. Wykonawca nie złożył również przywołanej umowy na dostawę kruszyw do produkcji mieszanki, czy zakup paliw. Nie wiadomo także jakie materiały zaoferuje wykonawca, a więc nie ma podstaw do oceny czy spełniają one parametry opisane**

w STWiORB na które powołuje się Wykonawca. Oczywistym jest, że skoro wykonawca posiada umowy na dostawę kruszyw, czy paliw, to powinien przedstawić wraz z wyjaśnieniami dowody na poparcie swoich twierdzeń. Nie sposób przy tym uznać, że Wykonawca PDB nie miał możliwości wykazania powyższych okoliczności albo, że uzyskanie odpowiedniego dowodu byłoby utrudnione w jakimś stopniu. Niewykazanie ww. okoliczności można wytłumaczyć tylko i wyłącznie niedochowaniem należytej staranności przy formułowaniu treści wyjaśnień przez Wykonawcę PDB.

18. Z kolei w zakresie 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 2018 r. poz. 2177 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest przedmiotowe zamówienie – Wykonawca poprzestał jedynie na złożeniu gołosłownych twierdzeń o tym, że ceny zostały skalkulowane zgodnie z aktualnymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej. W zakresie spełniania wymogów dot. zatrudniania na podstawie umowy o pracę wskazano, iż:

*„Przy ustalaniu ceny ofertowej uwzględniliśmy obowiązujące przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej. Nasze obliczenia oparte są na realnych kosztach pracy, zgodnych z wymogami prawa, w tym z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a także na obowiązujących stawkach w branży budowlanej. Zastosowana stawka roboczogodziny zapewnia wynagrodzenie wyższe od minimalnego określonego w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz.U. z 2024 r. poz. 1362)”.*

*Z pełnym poszanowaniem przepisów prawa pracy oraz zasad zabezpieczenia społecznego, zatrudniamy pracowników na umowy zgodne z wymogami prawa, zapewniając im odpowiednie warunki pracy oraz przestrzegając zasad dotyczących składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Wynagrodzenia pracowników są zgodne z obowiązującymi przepisami, co nie tylko jest wymogiem prawnym, ale również wpływa na motywację i produktywność zespołu. Wysokość wynagrodzenia ma bezpośredni wpływ na jakość pracy i lojalność pracowników, co przekłada się na mniejszą rotację i niższe koszty związane z rekrutacją.*

*Inwestujemy w bezpieczeństwo i higienę pracy, przez szkolenia i zapewnienie odpowiedniego sprzętu ochronnego, co znacząco zmniejsza liczbę wypadków przy pracy, co z kolei redukuje ryzyko kosztownych przerw w produkcji i potencjalnych odszkodowań. Inwestycja w rozwój pracowników, ich kwalifikacje i umiejętności, skutkuje zwiększeniem efektywności pracy, co bezpośrednio przekłada się na redukcję kosztów. Odpowiednie umiejętności pracowników mają kluczowe znaczenie dla jakości i tempa pracy. Zapewnienie warunków pracy sprzyjających zdrowiu i dobremu samopoczuciu, np. poprzez organizację odpowiednich przerw, dostęp do środków pierwszej pomocy czy zapewnienie odpowiedniej infrastruktury socjalnej, przekłada się na mniejszą liczbę absencji i wyższą produktywność. Zgodność z prawem pracy i zabezpieczenia społecznego to nie tylko obowiązek, ale i inwestycja w stabilność i efektywność zespołu, co przekłada się na obniżenie kosztów i zwiększenie konkurencyjności firmy”.*



Co istotne, Wykonawca:

- w żadnym miejscu wyjaśnień, ani w przedstawionym kosztorysie uproszczonym nie określił ile wynoszą koszty robocizny, nie przedstawił żadnych obliczeń, nie wyjaśnił jakie są koszty zatrudnienia,
  - Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób konkretnie ww. okoliczności wpływają na cenę, ani nie poparto ww. twierdzeń żadnymi dowodami, w tym w szczególności kopii umów o pracę.
  - Nie przedstawiono ani jednej kopii umowy o pracę, wobec czego Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji twierdzeń Wykonawcy. Nie można wykluczyć bowiem, że kwoty zawarte w umowach o pracę poszczególnych pracowników są niższe niż wymagane przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie można też wykluczyć, że Wykonawca w ogóle nie zatrudnia żadnych pracowników w oparciu o umowę o pracę.
19. W ocenie Odwołującego, Wykonawca PDB nie udzielił w rzeczywistości wyjaśnień odnośnie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, choć był do tego bezwzględnie zobligowany biorąc pod uwagę treść wezwania, a także przepisu art. 224 ust. 4 pzp.
20. Jak bowiem wskazuje Izba: „treść art. 224 ust. 4 p.z.p., który podobnie jak art. 224 ust. 3 p.z.p., jest pewną wytyczną dla obu stron postępowania. Należy zatem uznać, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi tak samo, jak zamawiający zobowiązany jest do żądania wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, tak samo wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Taki nakaz dla wykonawcy nie został wprost wyrażony w przepisie. Wynika on jednak z tego, iż ciężar dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa właśnie na wykonawcy, a sankcję za niewykazanie stanowi odrzucenie oferty. W sytuacji więc, gdy zapytanie zamawiającego dotyczyć będzie czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p., aby uniknąć odrzucenia swojej oferty, wykonawca będzie musiał udzielić wyjaśnień przynajmniej w tym zakresie”.
21. **Wykonawca PDB deklaruje, że posiada wykwalifikowaną kadrę posiadającą „odpowiednie umiejętności”, lecz kwestia doświadczenia kadry nijak ma się do kwestii kosztów pracy. Wyjaśnienia Wykonawcy PDB we wskazanym zakresie nie są zatem merytoryczne i nie odnoszą się do zagadnienia, którego wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający. Trudno bowiem takie gołosłowne deklaracje uznać za wyczerpujące i zarazem przekonujące wyjaśnienia.**

W treści wezwania Zamawiający położył nacisk na konieczność wyjaśnienia kwestii dot. kosztów pracy. Na skutek wyjaśnień Zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy przekonującą informację, że będzie on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wyjaśnienia powinny zatem, koncentrować się na najważniejszych okolicznościach wpływających na możliwość zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie. **Wykonawca PDB nie załączył do wyjaśnień żadnego dowodu, który odnosiłby się do skalkulowanych przez niego kosztów pracy. Zamawiający nie miał więc obiektywnej możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzeń wykonawcy. Nie sposób przy tym uznać, że Wykonawca PDB nie miał**

- możliwości wykazania powyższych okoliczności albo, że uzyskanie odpowiedniego dowodu byłoby utrudnione w jakimś stopniu. Niewykazanie ww. okoliczności można wytłumaczyć tylko i wyłącznie niedochowaniem należytej staranności przy formułowaniu treści wyjaśnień przez Wykonawcę PDB.
22. Nie inaczej jest w przypadku wyjaśnienia przez Wykonawcę PDB ceny oferty pod kątem czynników wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 6) pzp. Wykonawca wskazał jedynie, że przestrzega zasady dotyczące składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Przytoczone zdanie, które ma charakter raczej deklaracji niż wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, również w ocenie Odwołującego nie daje podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca PDB rzeczowo odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i obalił domniemanie rażąco niskiej ceny.
23. **Jak wynika z powyższego, wyjaśnienia wykonawcy PDB nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego (Zamawiający żądał szczegółowych wyjaśnień, złożenia kalkulacji szczegółowej i złożenia dowodów), są lakoniczne, gołosłowne i zawarto w nich beletrystykę polegającą na mnożeniu ogólników o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, posiadaniu wykwalifikowanej kadry, która nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Na podstawie analizy wyjaśnień, Zamawiający nie miał możliwości wyeliminowania wątpliwości dotyczących poprawności obliczenia ceny oferty PDB.**
24. W kontekście powyższego jak wskazano w orzecznictwie „Zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał. Wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę powinny być tego rodzaju, że eliminują wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez zamawiającego, w związku z tym podlegają ocenie również pod kątem adekwatności przekazywanych informacji do treści wezwania.” (Wyrok KIO z 6.04.2023 r., KIO 778/23, LEX nr 3555139.)
25. **Analogicznie „Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje żądanie w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. jest wyjaśnienie tych kwestii, o które zamawiający pyta, z kolei zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał. Wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę powinny być tego rodzaju, że eliminują wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez zamawiającego, w związku z tym podlegają ocenie również pod kątem adekwatności przekazywanych informacji do treści wezwania. Wyjaśnienia, które nie udzielają odpowiedzi na konkretne pytanie dotyczące istotnego elementu składowego ceny w postaci kosztów osobowych, nie mogą być uznane za eliminujące wątpliwości co do ceny oferty.” (Wyrok KIO z 6.04.2023 r., KIO 778/23, LEX nr 3555139.)**
26. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie KIO Wyjaśniający „jako profesjonalista, zobowiązany był udzielić wyczerpujących wyjaśnień na pierwsze wezwanie Zamawiającego, które jasno określało zakres wymaganych wyjaśnień. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby

***naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców(...)***  
*Podkreślenia wymaga, że czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne **wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne**. Nie można zastosować ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne, jak w niniejszej sprawie. W tych okolicznościach ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na mocy art. 16 p.z.p.” (Wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3216/21, LEX nr 3353731.)*

27. **Tym samym obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską.** Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.
28. **Istotne znaczenie ma ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.** Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż **„zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”**, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.
29. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16.03.2021 roku, KIO 600/21, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyta realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Wykonawca nie uczynił tego w niniejszej sprawie (tak w wyroku KIO z dnia 24 lutego 2023 r., KIO 359/23).
30. Z kolei w wyroku z dnia 4 października 2019 r KIO 1837 19 zwrócono uwagę, że: *„Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym*

*jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione..... Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to **obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia, wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty***”.

31. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie i doktrynie:

*„Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. **Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.***

*W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. **Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.**” (zob. wyrok KIO z dnia 9 września 2022 r. sygn. akt KIO 2200/22).*

32. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy uznać należy, iż Wykonawca PDB nie przedłożył wyjaśnień odpowiadających jednoznacznej treści wezwania Zamawiającego (w tym w szczególności nie złożył kalkulacji szczegółowej, ani żadnych dowodów), zaś zamawiający błędnie uznał ww. wyjaśnienia i zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy powinien on odrzucić ofertę Wykonawcy PDB wobec niewykazania, iż złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z uwagi na swą ogólnikowość, lakoniczność oraz brak poparcia

jakimkolwiek dowodami, wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie wykazał cen poszczególnych materiałów, cen ofertowych dostawców, nie wyjaśnił przyjętej technologii i organizacji prac, nie wykazał kosztów wynagrodzeń, kosztów podwykonawców, kosztów sprzętu, zysku,

### III. Złożenie przez Wykonawcę PDB oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

33. Art. 1 znku stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkurowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkurowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.
34. Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 7) pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku.
35. Zgodnie z art. 3 ust. 1 znku **czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.** W orzecnictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że art. 3 ust. 1 znku może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji<sup>1</sup>. Na gruncie tego przepisu KIO w wyroku z dnia 17.09.2020 r., sygn. KIO 2048/20 stwierdziło: **„czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd”**.
36. Złożenie przez Wykonawcę PDB oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się do tego, że cenie oferty przyjmował rażąco niskie koszty i ceny, czym jak wynika z zestawienia ofert zmierza do wykreowania przewagi cenowej nad konkurencją, którą w tym przypadku jest STRABAG.
37. Ww. działania wyczerpują wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 znku, którymi są: działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą; sprzeczność czynu

<sup>1</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09.01.2008 r., sygn. II CSK 363/07.

- z prawem lub dobrymi obyczajami; działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
38. **Po pierwsze**, oczywiste jest, że złożenie przez Wykonawcę PDB oferty z ww. uchybieniami jest działaniem podejmowanym w związku z działalnością gospodarczą.
39. **Po drugie**, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i wyczerpujące przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji jest składanie ofert zawierających rażąco niską cenę<sup>2</sup>. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie już w orzeczeniu Izby z dnia 06.02.2017 r., sygn. KIO 102/17: „*samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*”.
40. Jeśli chodzi o sprzeczność z dobrymi obyczajami warto nadmienić, że prawo nie definiuje tego pojęcia. W doktrynie rozumie się przez nie staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę. Natomiast treść oraz podmiotowy i przedmiotowy zakres powinności przestrzegania dobrych obyczajów wymaga konkretyzacji. Dokonuje tego każdorazowo *ad casum* judykatura. Każde rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie wymaga szerszego rozważenia „*jakie skutki przyniesie w przyszłości potraktowanie pewnego obyczaju, który znalazł odbicie w zachowaniu stron lub jednej z nich, jako zgodnego z dobrmi obyczajami albo z nimi sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego upowszechnienia bądź też odwrotnie do jego zwalczania*.”<sup>3</sup>. Trzeba przy tym podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.
41. Wytyczne co do sposobu rozumienia, a także sposobu zastosowania tej przesłanki zawarł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 02.01.2007 r. w sprawie o sygn. V CSK 311/06: „*zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych. Wina naruszcyciela nie jest elementem niezbędnym dla stwierdzenia, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże jej wykazanie powinno stanowić argument na rzecz przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju*.”
42. Izba wielokrotnie wypowiadała się co do standardów profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mając na uwadze w szczególności wyartykułowane zasady rządzące tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 k.c., które wskazywały, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie rzetelnych danych, zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym kontekście Odwołujący podnosi, że sposób w jaki Wykonawca PDB rywalizował o udzielenie

<sup>2</sup> Zob. np. <https://www.prawo.pl/samorzad/zaoferowanie-razaco-niskiej-ceny-to-czyn-nieuczciwej-konkurencji,230085.html> [dostęp: 10.06.2024 r.] i powołane tam orzecznictwo KIO

<sup>3</sup> Zob. J. Szwaja, [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, J. Szwaja (red.), Warszawa 1994, str. 42.

zamówienia w tym Postępowaniu, zaniżając sztucznie koszt realizacji inwestycji jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przewidującym uczciwą konkurencję.

43. **Po trzecie**, działanie Wykonawcy PDB w postaci złożenia oferty z omówionymi wcześniej uchybieniami narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej i jego oczekiwaniami, a oferty obu Wykonawców tego nie zapewniają. Nadto, postawa Wykonawcy PDB naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby Postępowanie prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.
44. Złożenie przez Wykonawcę PDB oferty przewidującej rażąco niską cenę, w której dokonano modyfikacji zmierzających do zaniżenia kosztu realizacji zamówienia narusza również interes STRABAG w Postępowaniu, ponieważ zmuszony jest konkurować z ww. podmiotem na nierównych zasadach gry – STRABAG wycenia w swojej ofercie przedmiot zamówienia wynikający z dokumentacji projektowej oraz dokonanego przez Zamawiającego opisu, a wspomniany wykonawca - nie. Żaden wykonawca, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który oferuje nierynkowe ceny. Nawet jeśli zaoferuje stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.
45. STRABAG zaś zakładał i zakłada w tym, ale również w innych postępowaniach, że wykonawcy konkurują na równych zasadach, czyli nie stosują niedozwolonych praktyk typu np. sztuczne zaniżanie ofert. W interesie STRABAG nie leży dopuszczenie możliwości wygrywania przetargów na podstawie nierzetelnych ofert.
46. Na zakończenie trzeba podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

#### **IV. Uzasadnienie zarzutów dotyczących nieodtajnienia i nieudostępnienia przez Zamawiającego treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny COLAS S.A. i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę COLAS S.A.**

47. Jak wskazane zostało powyżej, wraz z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przekazano Odwołującemu załączników do niego w postaci wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A.
48. Odwołującemu nie przekazano treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do pisma COLAS stanowiącego odpowiedź na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a więc nie ma możliwości jednoznacznego stwierdzenia w jaki sposób COLAS uzasadnił objęcie informacji zastrzeżonych w piśmie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący jedynie na podstawie analizy przywołanego powyżej

protokołu nr 9 z posiedzenia Komisji przetargowej przypuszcza, że COLAS zawarł w piśmie oświadczenie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zawierają informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne, mające wartość gospodarczą, nieznane powszechnie osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (ani nie będąc łatwo dostępnymi dla takich osób). Z uwagi na brak udostępnienia pisma COLAS, Odwołujący może jedynie przypuszczać, że jest to cała treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

49. W rezultacie oprócz zasadniczych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do Wyjaśnień de facto doszło również do utajnienia przed Odwołującym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe jest w ocenie STRABAG niedopuszczalne i nieskuteczne. Zaaprobowanie takiego działania COLAS przez Zamawiającego i brak udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w ww. dokumentach jest rażącym naruszeniem przepisów pzp.
50. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1) pzp Zamawiający udostępnia oferty wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie pzp, przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu. Z kolei zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”.
51. Na gruncie ww. przepisu w orzecznictwie Izby podkreśla się, że *„wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim. Oferta w znaczeniu wąskim to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego). W zamówieniach publicznych przyjmuje się, że jest to oświadczenie wykonawcy o zakresie świadczenia i jego cenie, zawarte w formularzu ofertowym. Jednak w zamówieniach publicznych przyjęto koncepcję oferty sensu largo – „to wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę”. W konsekwencji **wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ujawnić wykonawcom w takim trybie, jak ofertę, a nie jak inne załączniki do protokołu postępowania**”<sup>4</sup>*. STRABAG uważa więc, że Zamawiający miał obowiązek udostępnić mu w tym Postępowaniu całą treść Wyjaśnień (po uprzedniej, rzetelnej ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez COLAS).
52. Skala zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ograniczenie dostępu do tej korespondencji przez Zamawiającego są na tyle szerokie, iż uniemożliwiają nawet zweryfikowanie czy Wyjaśnienia korespondują z treścią wezwania Zamawiającego. Żaden z wykonawców przy tej skali zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma obiektywnie możliwości zweryfikowania trafności oceny przez Zamawiającego złożonych Wyjaśnień i w następstwie tego prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie STRABAG takiego rodzaju praktyka jest niedopuszczalna i niezrozumiałym jest, że Zamawiający dał na to przyzwolenie.

<sup>4</sup> Zob. wyrok Izby z dnia 25.05.2022 r., sygn. KIO 1191/22; podobnie w wyroku z dnia 13.01.2023 r., sygn. KIO 3466/22.



53. **Warto zauważyć, że zastrzeżone są nie tylko całe załączniki do pisma (dokumenty) i całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ale utajniono również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.** Odwołującemu w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znane jest jedynie jedno zdanie zawarte w przywołanym powyżej Protokole nr 9 Komisji Przetargowej. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Izby, czego przykładem jest wyrok z dnia 31.01.2024 r., sygn. KIO 101/24: **„uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji”**.

Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku KIO 2498/18, w którym Izba wprost wskazała, że:

**„samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca S. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia przedstawionego w pismach S. z 5 i 23.11 2018 r. nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne”**.

54. Już więc sam brak udostępnienia przez Zamawiającego pełnej treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi naruszenie art. 18 ust. 1 – 3 pzp i art. 74 ust. 2 pkt 1) pzp.
55. **Dodatkowo, zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie i doktrynie, nie można ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzec całego dokumentu, a jedynie pojedyncze informacje w nim zawarte (zob. np. wyrok KIO z 12.11.2024 r., KIO 3990/24), wobec czego zaniechanie udostępnienia całych dokumentów COLAS stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.**
56. W świetle przepisów art. 18 ust. 1 – 3 pzp oraz art. 11 ust. 2 znku zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, a dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły.
57. Zastrzeżenie dokumentów w całości (tak bowiem należy kwalifikować sytuację, z jaką mamy do czynienia w tej sprawie) przeczy wskazywanej w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych zasadzie minimalizacji tj. zastrzegania jak najmniejszej możliwej objętości tekstu dokumentów i tylko tego tekstu, którego zastrzeżenie rzeczywiście jest uzasadnione.
58. Omawiane w Odwołaniu działanie COLAS i Zamawiającego naruszają zasady wskazane w orzecznictwie krajowym, jak również w wyroku TSUE wydanym w dniu 17.11.2022 r., w sprawie o sygn. C-54/21. Trybunał w tym orzeczeniu wskazał, że:
- **„w odniesieniu do opisanej przez sąd odsyłający praktyki polegającej na tym, że w odnośnym państwie członkowskim instytucje zamawiające każdorazowo uwzględniają wnioski oferentów o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich informacji, których ujawnienia konkurującym**

***z nimi oferentom ci pierwsi sobie nie życzą, należy stwierdzić, że taka praktyka – przy założeniu, że rzeczywiście ją przyjęto, czego zweryfikowanie nie należy do Trybunału – może naruszać nie tylko równowagę między zasadą przejrzystości określoną w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 a ochroną poufności, o której mowa w jej art. 21 ust. 1 tej dyrektywy, ale także przypomniane w pkt 50 niniejszego wyroku wymogi skutecznej ochrony sądowej, jak również ogólną zasadę dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia.***

- ***W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt117).***
- ***Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i pogodzenia ochrony poufności z wymogami skutecznej ochrony sądowej instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt122,123).***
- ***Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności – o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie – przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu, że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt124,125)."***

59. STRABAG nie neguje, że wyjątkiem od zachowania zasady jawności na gruncie pzp jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej w art. 18 ust. 3 pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Posłużenie się zwrotem „wykazał” nie jest przypadkowe i w żadnej mierze nie jest równoważne z pojęciem „oświadczenia”, czy „deklarowania”. Wykonawca chcący skorzystać w odniesieniu do danych informacji z zastrzeżenia, o którym mowa w art. 18 ust. 3 pzp musi więc udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 znku.

60. Takiego wniosku nie można natomiast wysnuć po lekturze udostępnionego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiącego jedno zdanie zawarte w przywołanym powyżej Protokole nr 9 Komisji Przetargowej. Wykonawca w ocenie STRABAG nie wykazał żadnej przesłanki z art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 znku, w związku z czym Zamawiający nie miał podstaw, aby ograniczyć Odwołującemu dostęp do całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r.
61. **Odwołujący wskazuje, że nie jest wystarczające do wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, złożenie oświadczenia przez COLAS, iż cała treść wyjaśnień i cała treść dokumentów stanowiących załączniki do Wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.** W ocenie Odwołującego, próba zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tej sprawie przez COLAS wynika z subiektywnego przekonania, że całe wyjaśnienia i dokumenty stanowią wartość gospodarczą wymagającą ochrony, której nie sposób rozdzielić na część jawną i tajną. Pójście tym tokiem rozumowania oznaczałoby, że nawet najmniejsza informacja, która wedle własnego uznania danego wykonawcy jest poufną, dawałaby mu prawo szerokiego zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa i stosunkowo swobodnego ingerowania w zasadę jawności przewidzianą przepisami pzp. Przebieg tego Postępowania prowadzi do wniosku, iż Zamawiający „dał zielone światło” dla tego rodzaju praktyk, wbrew przepisom pzp, znku i ugruntowanym poglądom wyrażanym w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych.
62. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 06.02.2024 r., sygn. KIO 190/24: *„za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miały być wystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”*.
63. W udostępnionym fragmencie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartym w Protokole Komisji Przetargowej nr 9 nie ma żadnej konkretnej argumentacji przemawiającej za ochroną treści Wyjaśnień w takim stopniu, który na wniosek COLAS zastosował Zamawiający, limitując Odwołującemu dostęp do ww. dokumentacji.
64. Za wykazanie zasadności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być uznane jedynie powołanie się na spełnienie wszystkich przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 uznk (oświadczenie wykonawcy) ani ogólne uzasadnienie, zwłaszcza sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. W wyroku z 17.1.2022 r. (KIO 3762/21) Izba uznała, że *„obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym, czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona*

*tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia (...) dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystanie przez inne podmioty na rynku, w innych postępowaniach". Z kolei w wyroku z dnia 28.04.2023 r. (XXIII Zs 24/23) Sąd Okręgowy w Warszawie rozstrzygnął, że obowiązkiem wykonawcy jest każdorazowo konkretne wskazanie, w jaki sposób spełniona jest każda z przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 uznk.*

65. W świetle powyższego, nie ulega więc wątpliwości, że Zamawiający naruszył przepisy przywołane w odwołaniu poprzez zaniechanie przekazania zarówno wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i uzasadnień zastrzeżenia tychże tajemnicą przez COLAS pomimo, iż zamawiający powinien w tym zakresie kierując się zasadą jawności postępowania, uznać te informacje jako niezasadnie zastrzeżone.

66. Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że nawet jeśli zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez COLAS zawierało więcej treści niż przytoczony powyżej fragment z Protokołu Komisji przetargowej nr 9, to – w ocenie Odwołującego, Wykonawca ten nie podołał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk.

W celu skutecznego zastrzeżenia poufności informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest do wykazania wystąpienia łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, tj.:

- wartości gospodarczej zastrzeganych informacji;
- że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje,
- poufności zastrzeganych informacji (nieujawnienia do wiadomości publicznej);
- wykazania, że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- działań podjętych w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji.

67. Ciężar wykazania konieczności utrzymania poufności informacji przekazywanych Zamawiającemu w celu potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny oraz zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego, obciąża Wykonawcę. Niewywiązanie się z tego obowiązku jest jednoznaczne z obowiązkiem ujawnienia zastrzeżonych informacji przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie złożone przez COLAS nie spełnia wymagań postawionych w ww. przepisach Pzp oraz przepisach uznk, a także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów administracyjnych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy powinno być zatem odtajnienie zastrzeżonych załączników.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i lakonicznych zapewnieniach, że informacje objęte klauzulą poufności posiadają bliżej niekwantyfikowalną wartość gospodarczą oraz są prawidłowo zastrzeżone.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca w szczególności nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Odwołujący przypuszcza, że Wykonawca przedstawił jedynie gołosłowne twierdzenie o tym, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, a nie poparł go żadnymi dowodami, ani nie wyjaśnił w czym miałyby przejawiać się owa wartość gospodarcza. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, *„nie sposób bowiem uznać za wystarczające samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra, jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji - jest niewystarczające”* (wyrok KIO z 11.03.2022 r., KIO 503/22).

Ponadto, nie sposób uznać, że opisane w treści wyjaśnień rozwiązania techniczne czy technologiczne, jak też sposób realizacji zamówienia podlegają szczególnej ochronie. przypomnieć należy, że przedmiot niniejszego zamówienia został szczegółowo opisany przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia, zaś kalkulacja ceny zaprezentowana przez wykonawcę, stanowi jedynie odzwierciedlenie tych wymagań. W ocenie Odwołującego, COLAS nie wykazał na czym polega unikatowość przekazywanych informacji.

68. W ocenie Odwołującego, objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nie uzasadnia również zakres przekazywanych informacji.
69. wydaje się, że COLAS zastrzegł w szczególności kalkulację ceny ofertowej, informacje dotyczące podwykonawców. Zgodnie z jednym z poglądów wyrażanych w orzecznictwie są to informacje obrazujące kalkulację ceny w tym konkretnym postępowaniu w oparciu o wymagania Zamawiającego sformułowane w dokumentach postępowania. Informacje te powstały więc na potrzeby wyłącznie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie brak jest uzasadnienia do zastrzegania w całości ofert podwykonawców czy dostawców stanowiących podstawę do obliczenia ceny ofertowej czy wyboru rozwiązań technicznych lub materiałowych w niniejszym postępowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś wykonawca ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na

uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów” (wyrok KIO z dnia 19.02.2024r.; sygn. akt: KIO 234/24).

W ocenie Odwołującego, COLAS nie wykazał przesłanki dotyczącej podjęcia przez wykonawcę działań celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie wydaje się, że COLAS oparł się jedynie na deklaracjach i twierdzeniach, jakoby podjął szereg działań zmierzających do nieujawnienia tych informacji osobom trzecim. Stwierdził między innymi, że podjął szereg działań w obrębie swojego przedsiębiorstwa, które uniemożliwiają zapoznanie się z taką informacją przez osoby nieuprawnione. W ocenie Odwołującego, wszelki ew. tego typu twierdzenia należy uznać za gołosłowne. W ocenie Odwołującego, COLAS nie wykazał, że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Z uwagi na obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadę jawności postępowania, Zamawiający powinien wszelkie oświadczenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa interpretować w sposób ścisły. Natomiast Zamawiający w niniejszym postępowaniu zaakceptował wyłączenie jawności całego materiału dowodowego przedłożonego przez COLAS pomimo, że nie jest możliwa identyfikacja wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz rodzaju i rozmiaru ewentualnej szkody, którą miałby ponieść Wykonawca COLAS w przypadku ujawnienia tych danych.

70. W stanie faktycznym niniejszej sprawy w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że celem zastrzeżenia poufności powyższych informacji przez COLAS było jedynie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości jego oferty oraz kalkulacji cenowych pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego i przepisami prawa.

Zjawisko takie zostało dostrzeżone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która np. w wyroku z dnia 8.02.2022 r. (KIO 197/22) podkreśliła, że *„wykonawca zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych i nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w szczególności nie naruszać zasady uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów zgodności jego oferty z wymogami zamawiającego i przepisami prawa. Zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane przez wykonawców w celu uniemożliwienia kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej”*.

Podobnie w wyroku z dnia 17.01.2021r. (KIO 37/62/21) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że *„ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę”*.

W zaistniałej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie tych informacji. Wykonawca nie wykazał bowiem konieczności zastrzeżenia poufności informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz obiektywna ocena tych informacji nie

pozwała na przyjęcie, że ich wartość gospodarcza wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym COLAS.

71. Wprost przeciwnie ich odtajnienie nie naruszy zasady uczciwej konkurencji, nie utrudni egzekwowania prawa przez ww. Wykonawcę (np. nie są to informacje dotyczące prowadzonych sporów sądowych czy mediacji) oraz nie będzie sprzeczne z interesem publicznym.

Jednocześnie nawet w przypadku zakwalifikowania informacji zastrzeżonych przez ww. Wykonawcę do powyższych kategorii, Zamawiający w takich przypadkach zobowiązany jest do udzielenia pozostałym oferentom dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

#### **V. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1,2 pzp**

72. STRABAG uważa, że dokonując wyboru oferty Wykonawcy COLAS jako najkorzystniejszej w tym Postępowaniu i zaniechując odrzucenia oferty Wykonawcy PDB doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 pzp.
73. Naruszenie art. 239 ust. 1 pzp stanowi więc dalszą konsekwencję naruszenia przepisów wskazanych w poprzednio omówionych zarzutach odwołania. Zarzut ten ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu powyższych, w ocenie STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać ofertę COLAS za najkorzystniejszą.
74. Z tego też względu STRABAG uważa, że czynności i zaniechanie zaniechania wskazane w niniejszym odwołaniu naruszają przepisy art. 16 pkt 1) i 2) pzp.

---

Ewa Łuszczewska  
radca prawny

#### **Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo,
2. KRS Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. Potwierdzenie wysłania odwołania Zamawiającemu.