

Częstochowa, dnia 29 maja 2025 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy

REGON: 000676714, NIP: 5321664002

ul. Narutowicza 80

05-400 Otwock

e-mail: zampub@otwock-szpital.pl

Odwołujący:

Częstobud sp. z o.o.

NIP: 5732936293, REGON: 522446826, KRS: 0000977785

al. Bohaterów Monte Cassino 40

42-200 Częstochowa

e-mail: biuro@czestobud.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Modernizacja, przebudowa i adaptacja infrastruktury szpitalnej wraz z zakupem wyposażenia w celu poprawy efektywności, jakości i dostępności do szybkiej diagnostyki i leczenia onkologicznego w MCLChPiG w Otwocku*”

WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy nieprawidłowej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa), jak również nieuprawnionego zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego pełnej treści oferty tego Wykonawcy (wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny) z powołaniem na tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w dniu 19 maja 2025 roku, kiedy to Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania. Przez wzgląd na powyższe, 10-dniowy termin na złożenie odwołania upływa w dniu **29 maja 2025 roku**.
3. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. **Potwierdzenie przelewu w załączeniu.**
4. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego w dniu **29 maja 2025 roku**.
5. W załączeniu wydruk z KRS potwierdzający uprawnienie do reprezentowania Odwołującego.
6. Znak sprawy: **7/PN/2025**.
7. Ogłoszenie: **Dz.U. S: 59/2025 nr 189795-2025 z dn. 25/03/2025**.
8. Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i pkt. 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu polegających na dokonaniu wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa).

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w postępowaniu przez Wykonawcę ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa) wraz z załącznikami, mimo iż utajnienie dokonane przez Wykonawcę jest niezgodne z przepisami prawa, bowiem Wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa,
2. ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej - również art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłowe uznanie, że wyjaśnienia ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa) w zakresie rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę za wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy należyte wykonanie zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego Wykonawcę nie jest możliwe, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa), mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku określonego w rozdziale II pkt 6 ppkt 3 lit. a i b SWZ w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 25.000.000 zł oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w wysokości co najmniej 25.000.000 zł.

Odwołujący wskazuje również, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Przez wzgląd na powyższe, Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności:
 - a) zarzut nr 1 - odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa) wraz z załącznikami i ujawnienie tych dokumentów Odwołującemu nie później niż w terminie 7 dni od dnia wydania wyroku,
 - b) zarzut nr 2 (*zarzut ewentualny*) – odrzucenie oferty Wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,
 - c) zarzut nr 3 - odrzucenie oferty Wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwanie Wykonawcy do wykazania spełniania ww. warunków,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Odwołujący złożył bowiem ofertę w niniejszym postępowaniu i w klasyfikacji jego oferta znajduje się na drugim miejscu. Z uwagi na to, w przypadku uwzględnienia przedmiotowego odwołania i przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert Odwołujący może spodziewać się uzyskania dla siebie tego zamówienia. Wskazać przy tym należy, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy Wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.

Uzasadnienie

Zamawiający w dniu 25 marca 2025 roku opublikował dokumenty postępowania, którego przedmiotem jest modernizacja, przebudowa i adaptacja infrastruktury szpitalnej wraz z zakupem wyposażenia w celu poprawy efektywności, jakości i dostępności do szybkiej diagnostyki i leczenia onkologicznego w MCLChPiG w Otwocku:

1. Roboty budowlano-montażowe w Pawilonie A
2. Modernizacja części wspólnych (w tym wymiana windy)
3. Remont fundamentów, elewacji i dachu w Pawilonie A
4. Uporządkowanie terenu po zakończeniu inwestycji, miejsca parkingowe dla osób niepełnosprawnych.

W dniu 19 maja 2025 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa), jako najkorzystniejszej, z czym nie można się zgodzić.

I. Tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa), złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która jest aż o 43,73% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz o 34,54% od wartości szacunkowej zamówienia.

W konsekwencji tak wysokich różnic, w dniu 7 maja 2025 roku Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w którym wskazał, że:

Cena oferty jest niższa o ponad 30% w stosunku do średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych w przedmiotowym postępowaniu:

Cena oferty: 24 947 455,50 zł

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu: 44 336 152,73 zł

Cena oferty jest niższa o 43,73.% .

oraz

Cena oferty jest niższa o ponad 30% w stosunku wartości szacunkowej zamówienia w przedmiotowym postępowaniu:

Cena oferty: 24 947 455,50 zł

Wartość szacunkowa zamówienia: 38 108 844,00 zł

Cena oferty jest niższa o 34,54..% .

Wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia w dniu 14 maja 2025 roku, jednakże dokonał ich utajnienia z powołaniem na tajemnicę przedsiębiorstwa. **Odwołujący podnosi jednak nieskuteczność takiego zastrzeżenia, bowiem uzasadnienie złożone wraz z wyjaśnieniami jest uzasadnieniem lakonicznymi, niespełniającym wymagań ustawowych i niewykazującym zasadności dokonanego utajnienia. Złożone uzasadnienie nie wykazuje w jaki sposób utajnione informacje stanowią dla Wykonawcy jakąkolwiek wymierną wartość. Tak sporządzone uzasadnienie opiera się tylko na przywołaniu przesłanek ustawowych czy orzecznictwa, bez żadnych konkretów. Tak naprawdę dokument taki jest ogólnym wzorem, który można złożyć w odniesieniu do jakiegokolwiek dokumentu, postępowania i okoliczności faktycznych.**

Odwołujący podnosi, że w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „*przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*”.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza m.in. wyrok z dnia 26 lutego 2013 roku (KIO 297/16), w którym wskazano, że „*należy z całą mocą podkreślić,*

*że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby Wykonawcom, biorącym udział w przyszłych postępowaniach, na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań Zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, **skoro Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji**".*

Wykonawcy powinni także wykazać, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie podjęli szereg odpowiednich działań, polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można m.in. wdrożone instrumenty/narzędzia związane z ochroną informacji niejawnych, technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa i tym podobne. Okoliczności te powinny zostać poparte odpowiednimi dowodami.

Z powyższego wynika, że bezsporne jest, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny,
- być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że Wykonawcy nie mogą zastrzegać określonych danych w sposób dowolny, a tym samym Zamawiający oceniając skuteczność dokonanego zastrzeżenia nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu Wykonawcy i przyjmować go jako wiążącego, szczególnie, że Wykonawca nie może zastrzec informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich utajnienie służy jedynie uniemożliwieniu weryfikacji informacji przez konkurencyjne podmioty. Badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do **obowiązków Zamawiającego** (tak uchwała SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, Zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

W odniesieniu do niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego Wykonawca nie wykazał, aby niemalże całość wyjaśnień składanych na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny (bowiem część oznaczona jako jawna to wyłącznie ogólnikowe informacje, nie stanowiące w istocie wyjaśnień ceny) wraz z wszystkimi załącznikami do tego wyjaśnienia stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazać należy bowiem, że

w złożonym uzasadnieniu Wykonawca w żadnej mierze nie wykazał, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia.

W orzecznictwie wskazuje się, że obowiązek "wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku "udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji, 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., powołanie orzecznictwa w zupełnie innych sprawach i innych stanach faktycznych czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tylko to wynika z uzasadnienia, które zostało przedłożone w tej sprawie. W uzasadnieniu nie znajdują się żadne informacje które wykazywałyby, że zastrzeżone wyjaśnienia zawierają informacje, które mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, jak też, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji w tym mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny.

Z treści ustawy Pzp wynika, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantująca jego transparentność, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą uwzględniać tę zasadę i liczyć się z tym, że składane przez nich dokumenty i przekazywane informacje mogą zostać ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z przekazaniem tych informacji.

Wprowadzając obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana w dniu 29 sierpnia 2014 roku), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano m.in.: Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy (...).

Brak złożenia prawidłowego uzasadnienia lub złożenie nieprzekonującego uzasadnienia, jak też niezłożenie dostępnych dowodów potwierdzających podjęcie przez Wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności powinno skutkować odtajnieniem przez Zamawiającego zastrzeganych informacji. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania oceny czy Wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym co do zasady postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dane informacje,

mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawne. W niniejszym postępowaniu Wykonawca nie wykazał, aby niemal całość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z wszystkimi załącznikami do nich (!) zawierała w sobie informacje podlegające ochronie przed ich ujawnieniem. Nie wynika to w żadnej mierze z treści uzasadnienia.

Ponadto, **Odwołujący wskazuje, że nagannym jest zastrzeganie całości dokumentu wraz z załącznikami**, podczas gdy z pewnością w dokumentach tych znajduje się szereg (o ile nie wszystkie) informacje jawne, których utajnienie ma doprowadzić wyłącznie do tego, aby konkurencja nie mogła się z nimi zapoznać i efektywnie stawiać zarzutów w postępowaniu odwoławczym. **W wyroku KIO 3740/21, KIO 3760/21 Izba uznała za niedopuszczalną praktykę zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa.** W takim przypadku Wykonawca zastrzegając wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. W tym postępowaniu Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę całą treść dokumentów, np. w zakresie załączników do wyjaśnień, mimo że trudno uznać, aby całość dokumentu stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa.

„Podkreślenia wymaga, że zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty - od początku do końca - są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2022 roku, sygn. akt: XXIII Zs 36 /22).

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Wykonawca zobowiązany był zatem wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przy czym ustawodawca wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Wykonawcę twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało więc od niego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jeżeli celem Wykonawcy było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji służących wycenie przedmiotu zamówienia, to okoliczność taką winien on wykazać - nie stanowi jednak wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Tymczasem Wykonawca wskazuje w uzasadnieniu, że ujawnienie wyjaśnień prowadziłoby do uzyskania przez innych wykonawców przewagi konkurencyjnej z uwagi na poznanie składników cenotwórczych Wykonawcy – jednak przecież każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalny aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że przez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od

swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. W tym postępowaniu Zamawiający dostarczył wykonawcom projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót, na podstawie których należy zrealizować przedmiotową inwestycję, a zatem to Zamawiający jest autorem koncepcji wykonania robót, a nie Wykonawca.

Z tego powodu w kalkulacji ceny Wykonawcy ZAB-BUD z pewnością nie jest zawarta żadna unikalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu, a założenia kalkulacji ceny w postępowaniach są powszechnie znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność w obszarze objętym przedmiotem zamówienia. Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy swoimi założeniami a ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych.

Wykonawca w żadnym miejscu złożonego uzasadnienia nie wykazał również wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia. Co istotne, obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki przez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego Wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Tymczasem Wykonawca przesłanek tych nie zdołał wykazać.

„Samo przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Nie stanowi również uzasadnienia odmowy udostępnienia innym wykonawcom wyjaśnień poziomu ceny Przystępującego wykonawcy, podnoszony w toku rozprawy, zamiar ich utajnienia przed konkurencją” (KIO 10/24).

W wyroku KIO 808/23 wskazano również, że *„tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane specjalistom. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny”.*

Wykonawca twierdzi, że kalkulacja ceny ofertowej jest kalkulacją własną i jest to autorska kalkulacja samego Wykonawcy. Wykonawca zdaje się jednak zapominać, że w tym postępowaniu Zamawiający udostępnił pełną dokumentację techniczną, w tym przedmiar robót, a zatem nie ma tu miejsca i dowolności na jakąkolwiek „autorską” kalkulację. Utajnienie tego dokumentu ma tylko uniemożliwić konkurencji analizę cen jakie Wykonawca przyjął do kalkulacji ceny ofertowej – a jak widzimy cena ta jest bardzo mocno zaniżona zarówno wobec szacunków Zamawiającego, jak i konkurencji, a zatem prawdopodobnie zawiera elementy które są znacznie zaniżone i nie pokrywają kosztów realizacji zamówienia. Tylko to jest powodem utajnienia kalkulacji ceny ofertowej, a nie jakakolwiek „autorska” wizja stworzenia tego dokumentu.

Analogicznie w przypadku wiedzy o partnerach biznesowych Wykonawcy, w tym podwykonawcach, dostawcach, kontrahentach – Wykonawca startuje w postępowaniach publicznych od wielu lat, a zatem informacje o jego współpracownikach są informacjami jawnymi, ujawnianymi chociażby w toku realizacji zamówienia w postaci zgłoszenia podwykonawców. Utajnianie tych informacji na etapie wyjaśnień ceny ma powodować wyłącznie brak możliwości oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny również w zakresie stawek i ofert podwykonawców, jakich Wykonawca ewentualnie zamierza skierować do realizacji zamówienia. Tym bardziej, że w formularzu ofertowym wskazał, że nie posiada na etapie składania oferty wiedzy o ewentualnych podwykonawcach, podczas, gdy z wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powołuje się na współpracę jak mniemamy z konkretnymi podmiotami. W związku z czym albo w ramach złożonych wyjaśnień nie ma żadnych ofert podwykonawczych – co byłoby spójne z treścią oferty, albo oświadczenie w formularzu ofertowym nie jest prawdziwe. (?)

W zakresie ofert na materiały również trudno uznać, że całość tych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – jeśli w ofertach tych znalazły się wyjątkowe upusty czy rabaty to Wykonawca może zastrzec fragment danego dokumentu jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnienie całości załączników ma jednak doprowadzić do tego, że konkurencja nie jest w stanie zweryfikować jakie oferty zostały złożone i czy obejmują one całość materiałów niezbędnych do realizacji tego zamówienia. A co jest niezwykle istotne z punktu widzenia znacznego odstępstwa ceny Wykonawcy ZAB-BUD w stosunku do wszelkich innych cen i wartości w tym postępowaniu.

W obecnym stanie rzeczy Odwołujący nie zna nawet wykazu załączników do wyjaśnień, które zostały utajnione, a więc nie wiemy nawet jakie i czy w ogóle zostały przedstawione oferty podwykonawców czy poddostawców, oraz jaka jest waga tych dokumentów w kontekście udowodnienia prawidłowej kalkulacji ceny oferty.

W konsekwencji uznania, że powyższe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zasadnym jest wniosek Odwołującego o odtajnienie i udostępnienie dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę, których Zamawiający Odwołującemu nie udostępnił. Przy tym podkreślenia wymaga to, że uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów musi być połączone z unieważnieniem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zauważyć bowiem należy, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej, niewątpliwie wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym Wykonawcom zweryfikowanie tego czy oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu. Tym bardziej, że w treści wyjaśnień trudno odnaleźć jakiegokolwiek argumenty które mogły by wskazywać, że Wykonawcę cechują jakiegokolwiek indywidulane okoliczności pozwalające na tak drastyczne obniżenie ceny oferty.

II. Rażąco niska cena – zarzut ewentualny

„Uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując

kompleksową wiedzę o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 p.z.p. wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska” (KIO 679/23).

Z powyższego wynika zatem, że w przypadku nakazania Zamawiającemu odtajnienia dokumentów złożonych przez Wykonawcę ZAB-BUD nie powinien podlegać rozpoznaniu zarzut rażąco niskiej ceny, bowiem dopiero po odtajnieniu treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny Odwołujący będzie miał pełną wiedzę co do ewentualnego sformułowania zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Wobec tego, Odwołujący stawia zarzut rażąco niskiej ceny wyłącznie z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, tj. w przypadku gdyby Izba nie rozpoznała bądź nie uwzględniła zarzutu wskazanego w pkt. 1 petitum niniejszego odwołania.

W tym zakresie Odwołujący wskazuje, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże nad jej znaczeniem pochyliło się orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, gdzie wskazano, że:

- 1) cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08),
- 2) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2013 r., sygn. akt KIO 592/13).

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez Wykonawcę ZAB-BUD jest ceną, która w porównaniu do warunków rynkowych stanowi cenę nierealistyczną, niewiarygodną. Inni Wykonawcy działający na tym samym rynku nie są w stanie zaoferować wykonania zamówienia za cenę choćby zbliżoną do ceny zaproponowanej przez Wykonawcę – druga ze złożonych w postępowaniu ofert (oferta Odwołującego) jest o prawie 7 mln zł droższa od oferty Wykonawcy ZAB-BUD, zaś trzecia z ofert jest droższa aż o ponad 50 mln zł (!). Cena Wykonawcy ZAB-BUD odbiega też znacząco od szacunków Zamawiającego – o prawie 35%. W tym stanie rzeczy Wykonawca powinien jednoznacznie i precyzyjnie wykazać z czego wynikają tak korzystne ceny zawarte w jego ofercie. Skoro bowiem inni konkurencji na rynku, a także sam Zamawiający nie są w stanie uzyskać tak korzystnych cen to rolą Wykonawcy jest wykazanie jakie upusty, rabaty czy wyjątkowo korzystne rozwiązania charakterystyczne dla jego przedsiębiorstwa wpływają na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny.

O tym, że ocena polityki cenowej Wykonawcy odgrywa szczególną rolę w postępowaniu przetargowym świadczy fakt, że za przejaw manipulacji cenowej uznawane jest nie tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępowania od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (wyrok KIO z 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 4 elementy – oczekując podania w formularzu cenowym odrębnej ceny za każdy z tych elementów. Zamawiający tym samym

wyszczególnił 4 istotne składowe tego zamówienia – i każda z tych 4 cen winna podlegać odrębnemu badaniu pod kątem jej ewentualnego zaniżenia. W swoim wezwaniu Zamawiający wyszczególnił, że oczekuje od Wykonawcy „wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny/kosztów/istotnych części składowych oferty”.

W ofercie ZAB-BUD zaoferowane następujące ceny:

Niniejszym oferuję realizację przedmiotu zamówienia za :

1.Roboty budowlano-montażowe w Pawilonie A

netto : 15 900 000,00 zł/ słownie: piętnaście milionów dziewięćset tysięcy złotych 00/100+
podatek VAT 3 549 355,50 zł/ słownie: trzy miliony pięćset czterdzieści dziewięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt pięć złotych 50/100 ,co stanowi wartość oferty brutto : 19 449 355,50 zł/ słownie
dziewiętnaście milionów czterysta czterdzieści dziewięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt pięć złotych 50/100

2.Modernizacja części wspólnych (w tym wymiana windy)

netto : 2 000 000,00 zł/ słownie: dwa miliony złotych 00/100+ podatek VAT 460 000,00 zł/
słownie: czterysta sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100 ,co stanowi wartość oferty brutto : 2 460 000,00 zł/ słownie dwa miliony czterysta sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100

3.Remont fundamentów, elewacji i dachu w Pawilonie A

netto : 2 400 000,00 zł/ słownie: dwa miliony czterysta tysięcy złotych 00/100+ podatek VAT
552 000,00 zł/ słownie: pięćset pięćdziesiąt dwa tysiące złotych 00/100 ,co stanowi wartość
oferty brutto : 2 952 000,00 zł/ słownie dwa miliony czterysta pięćdziesiąt dwa tysiące
złotych 00/100

4.Uporządkowanie terenu po zakończeniu inwestycji, miejsca parkingowe dla osób niepełnosprawnych

netto : 70 000,00 zł/ słownie: siedemdziesiąt tysięcy złotych 00/100+ podatek VAT 16 100,00 zł/
słownie: szesnaście tysięcy sto złotych 00/100 ,co stanowi wartość oferty brutto : 86 100,00 zł/
słownie osiemdziesiąt sześć tysięcy sto złotych 00/100

• ŁĄCZNĄ CENĘ OFERTOWĄ (poz 1+poz2+poz3+poz4)

netto : 20 370 000,00 zł/ słownie: dwadzieścia milionów trzysta siedemdziesiąt tysięcy złotych 00/100

+ podatek VAT 4 577 455,50 zł/ słownie: cztery miliony pięćset siedemdziesiąt siedem tysięcy
czterysta pięćdziesiąt pięć złotych 50/100

co stanowi wartość oferty brutto : 24 947 455,50 zł/ słownie: dwadzieścia cztery miliony
dziewięćset czterdzieści siedem tysięcy czterysta pięćdziesiąt pięć złotych 50/100

Odwołujący nie zna zasad wyliczenia ww. cen przez Wykonawcę, bowiem z przekazanej jawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynikają żadne konkrety, jak również jakiegokolwiek argumenty mogące wskazywać na posiadanie indywidualnych cech lub okoliczności wpływających na możliwość zaniżenia wysokości wynagrodzenia. Pomimo obszernej treści (19 stron), nie znalazły się tam żadne wyliczenia czy faktyczne argumenty przemawiające za możliwością obniżenia ceny. Wykonawca ZAB-BUD skupia się na dyskredytowaniu wezwania Zamawiającego (co jest bez znaczenia, bowiem wezwania tego Wykonawca nie zaskarżył) oraz na przytoczeniu orzecznictwa czy ogólników, które nie mogą zostać uznane za faktyczną odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca w części jawnej wyjaśnień nie podał nawet stawki za jaką wynagradza swoich pracowników w celu wykazania zgodności tej stawki z przepisami prawa - a trudno tego typu informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie zna tajnej części wyjaśnień, jednakże zdaniem Odwołującego Wykonawca nie jest w stanie wykazać, że zaoferowana przez niego cena pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia. Odwołujący kwestionuje zatem, aby w wyjaśnieniach znalazły się kompletne i przekonujące

informacje, w tym dowody potwierdzające, że za podaną cenę możliwy jest zakup wszystkich materiałów, pokrycie kosztów sprzętu, pracowników itd.

W szczególności Odwołujący podnosi, że w przedmiarze Zamawiającego pod nazwą: Przedmiar Pawilon A Otwork Zakres PZT znajduje się zakres robót niezbędnych do wykonania na zewnątrz, poza Pawilonem A. W tym zakresie jest m.in. wykonanie nawierzchni drogowych i parkingowych z kostki brukowej 1785,00 m² oraz chodników z płyt betonowych o pow. 565 m².

Cena rynkowa na ułożenie nawierzchni z kostki betonowej to min. 200,00 zł netto za 1 m², chodników z płyt betonowych to min. 150,00 zł za 1 m². netto. Już tylko te pozycje dają kwotę $1785 \times 200 + 565 \times 150 = 441\,750,00$ zł netto. Poza tym w zakresie robót zewnętrznych jest szereg robót rozbiórkowych, montaż kamer monitoringu zewnętrznego, wykonanie żelbetowej ściany oporowej oraz prefabrykowanej wiaty śmietnikowej. Te roboty winny być ujęte w wynagrodzeniu wskazanym w druku oferty w pozycji nr 4, ponieważ pozycje nr 1, 2 i 3 dotyczą robót wykonywanych w Pawilonie A, a nie robót na zewnątrz.

Tymczasem w ofercie firmy ZAB-BUD w pozycji nr 4 jest kwota 70 000,00 zł netto, która jest całkowicie niewiarygodna na ten zakres robót. Dla porównania w ofercie CZĘSTOBUD Sp. z o.o. jest to kwota 1 234 684,24 zł netto natomiast w ofercie firmy MAL-POL Sp. z o.o. to kwota 1 000 000,00 zł netto.

Wątpliwości dotyczą również punkty 2 w ofercie: Modernizacja części wspólnych (w tym wymiana windy). W tej pozycji należało wycenić roboty związane z wymianą windy oraz wykonywanie na częściach wspólnych budynku (komunikacja, klatka schodowa). Powierzchnie tych części wspólnych w Pawilonie A kształtują się następująco: piwnica 168,25 m², parter 252,47 m², I piętro 182,14 m² oraz II piętro 140,61 m² – w sumie to daje 743,47 m² powierzchni do modernizacji.

Ponadto w tym zakresie jest demontaż istniejącego szybu windowego razem z obudową, demontaż starego dźwigu osobowego, montaż nowej konstrukcji szybu windowego, montaż szklanej obudowy oraz dostawa i montaż nowego dźwigu osobowego i nowego dźwigu szpitalnego. CZĘSTOBUD Sp. z o.o. kalkulując cenę ofertową pozyskał oferty na wykonanie robót związanych z wymianą dźwigów i opierają one na kwoty od 915 000,00 zł netto do 1 180 204,40 zł netto. Nawet przyjmując tą pierwszą niższą kwotę i odejmując ją od kwoty ZAB-BUD-u z pozycji nr 2 w ofercie pozostaje wartość:

$$2\,460\,000,00 - 1\,125\,450,00 = 1\,334\,550,00 \text{ zł brutto to jest } 1\,085\,000,00 \text{ zł netto.}$$

Za taką kwotę należałoby wykonać prace budowlane na części wspólnej o pow. 743,47 m² budynku Pawilonu A, czyli za wartość $1\,085\,000,00 / 743,47 \text{ m}^2 = 1459,37$ zł netto za 1 m². Są to niewystarczające środki na wykonanie robót budowlanych w budynku szpitalnym czynnym będącym w ciągłym użytkowaniu, który dodatkowo podlega ochronie konserwatorskiej. Średnie ceny rynkowe dla takiego zakresu robót rozpoczynają się od 3000,00 zł/m² netto wzwyż.

Podkreślić również należy, że Zamawiający dzieląc rzeczowo a tym samym wymagając podziału finansowego na 4 pozycje w formularzu ofertowym dokonał podziału wynagrodzenia na istotne elementy, co oznacza, że wykonawca składając wyjaśnienia musiał wykazać prawidłowość skalkulowania ceny ofertowej oraz udowodnić możliwości wykonania zakresu robót wynikającego z dokumentacji technicznej tych właśnie obszarach. Trudno zatem uwierzyć, że złożone wyjaśnienia udowadniają że za wynagrodzenie wskazane w poszczególnych punktach formularza ofertowego przy posiadaniu wiedzy i zakresie tych robót (bowiem to wynika z dokumentacji) jest możliwe wykonanie

robót za ceny wskazane w ofercie. Trudno tym bardziej uwierzyć, że było możliwe rzetelne i wiarygodne wykazanie i udowodnienie możliwości ich realizacji w ramach złożonych wyjaśnień. Tym samym zdaniem Odwołującego jedynie w tym celu utajniono złożone wyjaśnienia, celem uniemożliwienia ich weryfikacji.

Odwołujący podnosi, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę musi odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia i ofercie. Utrwalone już orzecznictwo i stanowisko doktryny przesądzają o tym, że wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Wykonawcę wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na Wykonawcy wezwanym do ich złożenia. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. To bowiem na Wykonawcy ciąży obowiązek przekonania Zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena jest wystarczająca dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Tym samym, Wykonawca składający wyjaśnienia winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wprowadził w tym zakresie odwrócony ciężar dowodu - oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej, to Wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień i stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli Wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta podlega odrzuceniu.

Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, że Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Należy podkreślić, że w przepisie jest mowa 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 czy deklaracji co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia muszą być konkretne i policzalne, tak aby Zamawiający na ich podstawie mógł się dowiedzieć, jakie okoliczności właściwe wzywanemu Wykonawcy spowodowały obniżenie jego ceny, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności Wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego Wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał wyjaśnienia przekonujące (tak wynika z wyroku SO w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 14 czerwca 2022 roku, sygn. akt. XXIII Zs 68/22).

Zamawiający oceniając wyjaśnienia Wykonawcy ZAB-BUD powinien zatem dojść do przekonania, że z wynagrodzenia ofertowego Wykonawcy nie jest możliwe pokrycie kosztów realizacji tego zamówienia. W konsekwencji, Odwołujący podnosi, że Zamawiający winien bezwzględnie dokonać odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, bowiem wyjaśnienia Wykonawcy nie wykazują w jaki konkretnie sposób z wynagrodzenia ofertowego Wykonawca jest w stanie ponieść wszystkie koszty tego zamówienia oraz osiągnąć satysfakcjonujący zysk. Wykonawca przedstawia gołosłowne twierdzenia i ogólniki, które nie stanowią wykazania ani udowodnienia braku istnienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

III. Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający w rozdziale II pkt 6 ppkt 3 lit. a i b SWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Zamawiający uzna, warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że posiada

a) środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 25.000.000,00 PLN, słownie : dwadzieścia pięć milionów złotych

b) odpowiednie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w wysokości co najmniej 25.000.000,00 PLN, słownie : dwadzieścia pięć milionów złotych

Wykonawca ZAB-BUD sp. z o.o. (ul. Nowosielecka 14A lok. 2, 00-466 Warszawa) złożył w postępowaniu wraz z ofertą wyłącznie wstępne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Na późniejszym etapie postępowania Wykonawca nie złożył jednak żadnych dokumentów potwierdzających spełnianie powyższych warunków udziału w postępowaniu, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy oraz dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

W tym stanie rzeczy Zamawiający pomimo wskazania, że Wykonawca ma wykazać się spełnieniem warunków nie ma żadnej wiedzy czy Wykonawca faktycznie spełnia postawione w postępowaniu warunki udziału i w żaden sposób tego nie zweryfikował. W związku z czym bez wątpienia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana z naruszeniem prawa. Zamawiający jeśli kształtuje warunki udziału w postępowaniu to ma obowiązek je weryfikować – szczególnie, że przedmiotowe warunki w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zostały postawione na bardzo wysokim poziomie kwotowym.

Warunki udziału w postępowaniu to jeden z najistotniejszych elementów w zakresie weryfikacji podmiotowej wykonawców i nie ma możliwości aby wybrać Wykonawcę, który tych warunków nie spełni. Brak potwierdzenia spełnienia warunków jest równoznaczny z koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy, których ich nie wykazał.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na to, wnoszę jak we wstępie.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. wydruk z KRS Odwołującego,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.