

Kraków, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Light On sp. z o.o.

ul. Zygmunta Krasińskiego 18/97, 01-581 Warszawa

KRS: 0001049913

reprezentowany przez:

r.pr. Dawid Pantak

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Filarecka 3/4, 30-110 Kraków

telefon: 668 501 984

e-mail: dawid.pantak@legalkp.pl

Zamawiający:

Miasto Kwidzyn

ul. Warszawska 19, 82-500 Kwidzyn

telefon: (55) 64 64 760

e-mail: zp@kwidzyn.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia – wymiana opraw na energooszczędne w technologii LED na terenie Miasta Kwidzyna” (numer referencyjny: RZP.271.2.2024)

ODWOŁANIE

1. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa [które wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem komputerowym informacji z Krajowego Rejestru Sądowego stanowią załączniki od 1 do 3 do niniejszego odwołania], na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) [dalej: „ustawa Pzp”] wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu

- o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.
2. Przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja oświetlenia – wymiana opraw na energooszczędne w technologii LED na terenie Miasta Kwidzyna” (numer referencyjny: RZP.271.2.2024).
 3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00212437/01.
 4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to:
 - 1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa Józef Tocha [dalej: „Firma Handlowo-Uslugowa JT”];
 - 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Produkcyjno-Uslugowa Rodło z siedzibą w Kwidzynie [dalej: „Spółdzielnia Rodło”];
 - 3) zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionych przez wykonawcę Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie [dalej: „Energa”];
 - 4) *względnie - zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energa.*
 5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:
 - 1) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - 2) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Rodło, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - 3) zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionej przez wykonawcę Energa, podczas gdy wykonawca Energa nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

- 4) *zarzut ewentualny - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energa, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*
6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:
- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - a) odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT;
 - b) odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Rodło;
 - c) udostępnienia Odwołującemu pozostałej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionych przez wykonawcę Energa;
 - d) *względnie – odrzucenia oferty wykonawcy Energa;*
 - 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 7.500 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

UZASADNIENIE

I.

ZARZUT NUMER 1

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

I.1.

Okoliczności faktyczne

7. Zamawiający prowadzi na podstawie przepisów ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia – wymiana opraw na energooszczędne w technologii LED na terenie Miasta Kwidzyna” (numer referencyjny: RZP.271.2.2024).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym, w wariantcie z możliwością przeprowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp).

8. W dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:
- 1) Wyjaśnienia powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty.
 - 2) To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska.
 - 3) Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należycie, w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.
 - 4) Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej realności.
 - 5) Wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami, a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.
 - 6) Zamawiający zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jest wskazujące, że wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące oraz poparte dowodami.
9. Wykonawca Firma Handlowo-Uslugowa JT udzielił wyjaśnień w dniu 8 marca 2024 r.
- 1) Wyjaśnienia składają się z bardzo krótkiej części opisowej oraz oferty na zakup opraw oświetleniowych.
 - 2) W części opisowej wykonawca wskazał:

„Kalkulacja cenowa 1 szt oprawy 1340 zł brutto:

947,1 zł brutto – koszt zakupu oprawy (w załączeniu oferta od dostawcy)

392,9 zł brutto – koszt robocizny, koszt sprzętu, zysk

Posiadamy w swoich zasobach odpowiedni sprzęt do wykonania zadania, tj. podnośnik montażowy.

W związku z powyższym informuję, że skalkulowaliśmy wszelkie niezbędne elementy do wykonania zadania”.
 - 3) Oferta na zakup lamp oświetleniowych opiewa na 770 zł netto za jedną sztukę.

I.2.

Okoliczności prawne

10. Do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
- 2) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*
- 3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: *Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

11. W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
- 2) Kalkulacja ma zbyt uproszczony charakter oraz nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia.
- 3) Brak wykazania dysponowania niezbędnym sprzętem.

I.2.1.

Ogólny charakter wyjaśnień

12. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.
13. Wskazuję, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji. Wskazuję następujące przykładowe wyroki:
 - 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 178/15: *„Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana*

powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie, jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności”.

- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20: *„Wyjaśnienia składane na wezwanie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Ogólne zapewnienia czy ogólniki dotyczące np. wieloletniego doświadczenia wykonawcy, jeśli w ślad za nimi nie idą wyczerpujące wyjaśnienia, wskazujące na wykorzystanie tych przymiotów dla możliwości obniżenia wynagrodzenia, nie wnoszą do sprawy istotnych treści, bowiem nie wskazują na wymierne efekty ekonomiczne. Wyjaśnienia powinny zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, przy czym powinny to być wszystkie konieczne elementy związane z przedmiotem zamówienia i wynikające z obowiązujących przepisów prawa. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień zawierających wymienienie wysokości ponoszonych kosztów, bez wykazania prawidłowości ich określenia na takim poziomie. Wyjaśnienia powinny odpowiadać na wezwanie Zamawiającego nie tylko co do formy, ale też co do treści”.*
14. Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT cechują się znacznym poziomem ogólności. Znamienny jest fakt, że treść wezwania, które wystosował Zamawiający do wykonawcy, jest dużo obszerniejsza od samych wyjaśnień, których udzielił wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT.

I.2.2.

Kalkulacja ma zbyt uproszczony charakter oraz nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia

15. W następnej kolejności należy zwrócić uwagę, że w części opisowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa JT znajduje się bardzo uproszczona kalkulacja, która ma następującą postać:

„Kalkulacja cenowa 1 szt oprawy 1340 zł brutto:

947,1 zł brutto – koszt zakupu oprawy (w załączeniu oferta od dostawcy)

392,9 zł brutto – koszt robocizny, koszt sprzętu, zysk”

Oznacza to, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT wyodrębnił zaledwie dwie pozycje, to jest:

- 1) Koszt zakupu oprav.
 - 2) Koszt robocizny, koszt sprzętu, zysk.
16. Taki sposób kalkulacji uniemożliwia Zamawiającemu jakąkolwiek weryfikację okoliczności, czy wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Wykonawca pod jedną pozycją o wartości 392,90 zł brutto uwzględnił bowiem zarówno koszt robocizny, koszt pracy sprzętu oraz zysk.

Tym samym nie jest możliwe ustalenie:

- 1) Ile dokładnie spośród kwoty 392,90 zł brutto wykonawca planuje przeznaczyć na koszt robocizny, ile dokładnie na koszt sprzętu, a ile dokładnie na zysk.
- 2) W kwestii kosztów robocizny nie wiadomo:
 - a) Ile dokładnie wynosi koszt robocizny.
 - b) Ilu pracowników zatrudnia wykonawca, za jakim wynagrodzeniem – w konsekwencji, jakie są jednostkowe koszty pracy (np. koszt jednej roboczogodziny).
 - c) Ile czasu zakłada wykonawca na realizację zamówienia.
 - d) A w konsekwencji, czy te założenia są realistyczne w kontekście jednostkowych kosztów pracy (np. kosztów jednej roboczogodziny) oraz założonych całościowych kosztów na robociznę.
 - e) Niezależnie od braku jakichkolwiek danych, brak jest również dowodów na okoliczność kosztów pracy, np. umów o pracę, umów przedwstępnych, czy listy płac.
- 3) W kwestii kosztów sprzętu nie wiadomo:
 - a) Ile dokładnie wynosi koszt pracy sprzętu.
 - b) Jaki dokładnie sprzęt będzie użyty.
 - c) Jakie są jednostkowe koszty sprzętu (wynikające ze spalania, czy amortyzacji).
 - d) Ile czasu pracy sprzętu zakłada wykonawca na realizację zamówienia.
 - e) A w konsekwencji, czy te założenia są realistyczne w kontekście jednostkowych kosztów sprzętu oraz założonych całościowych kosztów sprzęt.
- 4) W kwestii zysku nie wiadomo:

- a) Ile dokładnie będzie wynosił zysk po odjęciu od kwoty 392,90 zł brutto zakładanych kosztów robocizny, kosztów sprzętu oraz innych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.
- b) Nie wiadomo również (nie jest w żaden sposób możliwe do weryfikacji), czy wykonawca faktycznie będzie w stanie wypracować jakikolwiek zysk, czy może realizacja zamówienia będzie się wiązać ze stratą.

Kwota 392,90 zł brutto stanowi bowiem zarówno koszt robocizny, koszt sprzętu, jak i zysk. Nie znając kosztów robocizny i kosztów sprzętu nie sposób stwierdzić, że po odjęciu od kwoty 392,90 zł brutto kosztów robocizny i kosztów sprzętu pozostanie jakakolwiek kwota na zysk, czy może koszty okażą się wyższe od założonej kwoty 392,90 zł brutto.

17. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że koszt zakupu opraw, koszt robocizny oraz koszt sprzętu to nie jedyne koszty, jakie należy ponieść w związku z realizacją zamówienia. Oprócz kosztów wskazanych przez wykonawcę pod uwagę należy również wziąć chociażby:

- 1) Koszty wymiany przewodów od oprawy do tabliczki bezpiecznikowej, zakonserwowania i pomalowania wysięgników, zabezpieczenia śrub mocujących, przetransportowania starych opraw do miejsca wskazanego przez Zamawiającego, pomiaru skuteczności samoczynnego wyłączenia zasilania dla każdej wymienionej oprawy wraz ze sporządzeniem i dostarczeniem z tych pomiarów protokołu. (zgodnie z odpowiedzią na wniosek numer 11 o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 26 lutego 2024 r.).
- 2) Koszt wykonania projektu organizacji ruchu i tymczasowej organizacji ruchu (nie zostało to wprowadzić wprost wskazane w dokumentacji zamówienia, jednak z całą pewnością będzie to konieczne do należytego wykonania zamówienia, a Zamawiający w § 3 ust. 2 projektu umowy (stanowiącego załącznik numer 6 do SWZ) wskazał: *„Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu niedoszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”*).

Wykonawca w ogóle nie wziął pod uwagę tych kosztów.

18. W tych okolicznościach jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaakcentował, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty, należy dokładnie wytłumaczyć sposób skalkulowania ceny oraz że wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami.

Sposób, w jaki do przedstawienia bardzo uproszczonej kalkulacji podszedł wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT (tj. przedstawienie zaledwie dwóch pozycji, w tym jednej zawierającej w sobie kilka elementów), z całą pewnością nie koresponduje z treścią wezwania Zamawiającego.

19. Podkreślam również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że kalkulacja dołączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może mieć aż tak uproszczonego charakteru. Tytułem przykładu wskazuję:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3506/22: *„Załączona do wyjaśnień kalkulacja ma wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym dla stawki jednostkowej założeniom. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów. Z kalkulacji nie wynika przykładowo, dlaczego dla kosztów prądu i gazu przyjęto wielkość 1 500 zł, a dla kosztów utylizacji odpadów 150 zł. Przystępujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że koszty najmu lokalu wynoszą 500 zł a koszty administracyjne będą ponoszone w wysokości 200 zł”.*
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 212/23: *„Załączona do wyjaśnień kalkulacja w postaci załączników nr 1 i 2 ma w ocenie Izby wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym stawkom za poszczególne czynności, czy materiały. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów. Z kalkulacji nie wynika przykładowo, dlaczego za blachę perforowaną , czy usługę cięcia i gięcia blachy przyjęto określone wysokości kosztów”.*

I.2.3.

Brak wykazania dysponowania niezbędnym sprzętem

20. W treści wyjaśnień zaoferowanej ceny wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT wskazał, że posiada w swoich zasobach odpowiedni sprzęt do wykonania zadania, tj. podnośnik montażowy.

Należy natomiast zwrócić uwagę, że:

- 1) Wykonawca nie udowodnił w żaden sposób, że faktycznie dysponuje podnośnikiem montażowym (nie przedstawił np. dowodu zakupu).
 - 2) Podnośnik montażowy to nie jedyny sprzęt, który należy użyć do realizacji zamówienia. Do realizacji zamówienia z pewnością niezbędne jest również posiadanie chociażby samochodu dostawczego, przy pomocy którego można przetransportować stare oprawy do miejsca wskazanego przez Zamawiającego (zgodnie z odpowiedzią na wniosek numer 11 o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 26 lutego 2024 r.).
21. Należy więc wskazać, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT nie dysponuje w całości sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia. Tym samym albo będzie musiał zakupić (wziąć

w leasing) brakujący sprzęt, albo wynająć go od innego podmiotu. W każdym z przypadków powstaną po stronie wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT dodatkowe koszty, które nie zostały w żaden sposób uwzględnione ani opisane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

I.2.4.

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

22. Podnoszę również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa JT do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.
23. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
24. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie. Tytułem przykładu wskazuję:
 - 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3216/21: *„Wykonawca biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalista, zobowiązany jest 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. 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”*.
 - 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1166/21: *„Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. (...) Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami”*.

- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21: „Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.

I.2.5.

Podsumowanie zarzutu numer 1

25. W tych okolicznościach należy uznać, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa JT nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

II.

ZARZUT NUMER 2

zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Rodło, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

II.1.

Okoliczności faktyczne

26. W dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Spółdzielnia Rodło wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:
- 1) Wyjaśnienia powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty.
 - 2) To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

- 3) Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należycie, w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.
 - 4) Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej realności.
 - 5) Wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami, a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.
 - 6) Zamawiający zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jest wskazujące, że wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące oraz poparte dowodami.
27. Wyjaśnienia wykonawcy Rodło składają się wyłącznie z bardzo krótkiej części opisowej do której nie zostały dołączone żadne dowody:

„Jesteśmy Firmą działającą na rynku już od ponad 50 lat.

Posiadamy solidny zespół pracowników, co pozwala Nam na efektywniejszą pracę i działanie w wielu dziedzinach budownictwa. Realizacja niektórych zamówień zmusza niejednego Wykonawcę do pozyskania podwykonawców, dodatkowych osób z rynku na potrzeby wykonania danego zlecenia. Koszt jednostkowy osoby pracującej doraźnie jest często wyższy niż w sytuacji, takiej jak Nasza, kiedy to zatrudniamy kompetentnych ludzi i w stałym zespole realizujemy konkretne zamówienia, powierzając je pracownikom w ramach stałych umów o pracę.

Posiadamy wykwalifikowaną kadrę kierowniczą, , co powoduje obniżenie kosztów. Nie musimy zatrudniać osób do prowadzenia danego zlecenia.

Posiadamy swój sprzęt techniczny, którego użycie jest tańsze w porównaniu do kosztów jego wynajęcia lub dzierżawy. Posiadamy własne podnośniki umożliwiające montaż lamp oświetleniowych.

Zakup materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia odbywa się na preferencyjnych zasadach. Ze względu na długoletnie kontakty z Producentami mamy wynegocjowane duże rabaty przy zakupie materiałów w kraju i za granicą.

Miejsce realizacji zamówienia znajduje się na terenie Naszej działalności. Także nie musimy ponosić kosztów dojazdów pracowników na miejsce zlecenia jak i ewentualne pokrycie kosztów noclegów.

Nasza Oferta została skalkulowana rzetelnie i z należytą starannością. Biorąc pod uwagę wszystkie czynniki cenotwórcze i obecną sytuację na rynku nasza oferta wyceniona jest prawidłowo.

Biorąc pod uwagę przedsiębiorstwa, które stanęły do przetargu i patrząc na miejsce prowadzenia ich działalności. Można domyślać się iż do wyceny musieli przyjąć wszystkie wymienione koszty przedstawione wyżej, których my nie musieliśmy brać pod uwagę sporządzając wycenę”.

II.2.

Okoliczności prawne

28. W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
- 2) Brak jakiegokolwiek kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.
- 3) Brak dołączenia dowodów.

II.2.1.

Ogólny charakter wyjaśnień

29. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Spółdzielnia Rodło mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

30. Wskazuję, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji (zobacz wyżej przywołane orzecznictwo).

31. Tymczasem wykonawca Spółdzielnia Rodło przykładowo wskazuje, że:

- 1) *„Jesteśmy Firmą działającą na rynku już od ponad 50 lat”.*

Nie wiadomo jednak, w jaki sposób ta okoliczność przekłada się na cenę zaoferowaną w postępowaniu.

- 2) *„Zakup materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia odbywa się na preferencyjnych zasadach. Ze względu na długoletnie kontakty z Producentami mamy wynegocjowane duże rabaty przy zakupie materiałów w kraju i za granicą”.*

Brak jest jednak informacji z jakimi producentami wykonawca współpracuje oraz ile dokładnie wynoszą rabaty, które wykonawca posiada.

- 3) *„Miejsce realizacji zamówienia znajduje się na terenie Naszej działalności. Także nie musimy ponosić kosztów dojazdów pracowników na miejsce zlecenia jak i ewentualne pokrycie kosztów noclegów”.*

Brak wskazania, ile te koszty miałyby wynosić, a w konsekwencji, o ile dokładnie wykonawca mógł obniżyć cenę.

- 4) *„Biorąc pod uwagę przedsiębiorstwa, które stanęły do przetargu i patrząc na miejsce prowadzenia ich działalności. Można domyślać się iż do wyceny musieli przyjąć wszystkie wymienione koszty przedstawione wyżej, których my nie musieliśmy brać pod uwagę sporządzając wycenę”.*

Ponownie, brak informacji na temat konkretnej wysokości oszczędności.

32. Można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Spółdzielnia Rodło nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

II.2.2.

Brak jakiegokolwiek kalkulacji kosztów wykonania zamówienia

33. Odwołujący podkreśla również, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Spółdzielnia Rodło nie zawierają żadnej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.

W tych okolicznościach jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaakcentował, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty, należy dokładnie wytłumaczyć sposób skalkulowania ceny oraz że wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami.

Tego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy Spółdzielnia Rodło w ogóle nie ma. Wykonawca całkowicie zignorował żądanie Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

34. Brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji nie dość, że sprawia, że wyjaśnienia wykonawcy Spółdzielnia Rodło nie odpowiadają treści wezwania, to jeszcze uniemożliwiają jakąkolwiek weryfikację, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Bez szczegółowej kalkulacji nie sposób bowiem ustalić, jakie koszty wykonawca bierze pod uwagę przy realizacji zamówienia i czy założenia te są realistyczne.

II.2.3.

Brak dołączenia dowodów

35. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2022 r., sygn. akt KIO 2220/22: *„Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by*

Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości. Wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego”.

- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1176/22: *„Zgodnie z art. 224 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Dlatego wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w wyjaśnieniach takie dowody powinien przedstawić”.*
 - 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 776/22: *„To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”.*
36. Minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:
- 1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz na okoliczność ustalenia rabatów, które rzekomo ma posiadać wykonawca.
 - 2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.
 - 3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca.
37. Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Spółdzielnia Rodło jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

II.2.4.

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

38. Podnoszę również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Spółdzielnia Rodło do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych,

spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

39. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
40. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie (odpowiednie orzecznictwo zostało przywołane wcześniej).

II.2.5.

Podsumowanie zarzutu numer 2

41. W tych okolicznościach należy uznać, że wykonawca Spółdzielnia Rodło nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

III.

ZARZUT NUMER 3

zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionej przez wykonawcę Energa, podczas gdy wykonawca Energa nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu

III.1.

Okoliczności faktyczne

42. W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie Odwołującemu dokumentacji złożonej przez wykonawcę Energa, Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez tego wykonawcę w następującym zakresie:
- 1) Część opisową wyjaśnień rażąco niskiej ceny – strony numer 1, 2, 3 oraz 5.
 - 2) Załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – załączniki numer 3, 4, 4, 5, 6, 7, 8, 9 oraz 10.
43. Zamawiający **nie** udostępnił natomiast wyjaśnień rażąco niskiej ceny w następującym zakresie:

- 1) Część opisową wyjaśnień rażąco niskiej ceny – strona numer 4.
- 2) Załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – załączniki numer 1 oraz 2.

Zamawiający nie poinformował Odwołującego w formie pisemnej o przyczynach braku udostępnienia tych dokumentów. Natomiast w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Odwołującego wskazał, że dokumenty w tym zakresie zostały zastrzeżone przez wykonawcę Energa jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

44. W dniu 28 marca 2024 r. Odwołujący za pośrednictwem platformy przetargowej wystosował do Zamawiającego następującą wiadomość:

„Udostępnione dokumenty firmy Energa Oświetlenie są niekompletne brakuje w nich strony nr. 4 oraz zał. nr.1 i zał. nr 2 - w naszej opinii te dokumenty nie mogły zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeżeli jednak zostały one zastrzeżone prosimy o udostępnienie dokumentu, w którym miało miejsce zastrzeżenie.

Podkreślam, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca chce zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, to musi wykazać, że dana informacja faktycznie jest tajemnicą przedsiębiorstwa (czyli że spełnia wszystkie przesłanki definicji z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 3027/23):

„Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowodzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji.

Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Tym samym Izba uznała za nieprawidłową czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu ujawnienia zastrzeżonego przez przystępującego pisma z dnia 19 września 2023 roku i uznała odwołanie w tym zakresie za zasadne oraz nakazała zamawiającemu ujawnienie przedmiotowego pisma i jego udostępnienie odwołującemu”.

Wyznaczamy termin na udostępnienie do dnia 29-03-2024 do godziny 12:00.”.

45. Zamawiający na moment wniesienia niniejszego odwołania nie udzielił odpowiedzi na niniejszą wiadomość.

III.2.

Okoliczności prawne

46. Podstawową zasadą dotyczącą systemu zamówień publicznych, określoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada jawności. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę nieudostępnienia określonych informacji jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności i – jak każdy wyjątek – musi być interpretowany w sposób ścisły i bardzo ostrożny.

47. Konkretyzacją zasady jawności jest art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z nim:

„1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się 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,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu”.

48. Ponadto zgodnie z § 5 ust. 2 i ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 18 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434):

„2. Udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

4. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie”.

49. Natomiast problematyka zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została uregulowana w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem:

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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”.

Oznacza to, że żeby dana informacja nie została ujawniona, wykonawca musi dokonać dwóch czynności. Po pierwsze musi w odpowiednim terminie zastrzec, że informacje nie mogą zostać udostępnione. Po drugie, musi wykazać, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

50. Z kolei definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) [dalej: „ustawa 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”.

Oznacza to, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

- 1) musi być informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją i posiadać wartość gospodarczą;
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.

51. W piśmiennictwie podkreśla się, że aby skutecznie zastrzec informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające samo zastrzeżenie, ale konieczne jest również wykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

„Wykonawca w celu ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest:

zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa,

wskazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ZNKU

- przy czym obie te czynności powinny nastąpić wraz z przekazaniem tych informacji w postępowaniu.

Wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, zobowiązany jest do wskazania (tj. dokonania zastrzeżenia), które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te powinny być wyraźnie oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie zobowiązany jest wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia, tj. wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ZNKU. Nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być – stosownie do możliwości i potrzeby – poparte dowodami (np. w zakresie wykazania, jakie czynności lub środki bezpieczeństwa zostały przez wykonawcę podjęte w celu zachowania określonej informacji w poufności)” (M. Jaworska, Komentarz do art. 18 [w:] red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022).

52. W tożsamy sposób zagadnienie to jest rozstrzygane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt KIO 674/23: *„Jedną z naczelných zasad Prawa Zamówień Publicznych jest zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 PrZamPubl ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia” czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.*
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt KIO 488/23: *„Wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które*

powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiegokolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych)”.

- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 313/23: *„Aby wykonawca w skuteczny sposób zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa niektóre informacje udostępniane w toku przetargu, koniecznym jest „wykazanie” przez tego wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Używając terminu „wykazał” w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na wykonawcę powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązek udowodnienia, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.*

53. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym wykonawca Energa ani nie zastrzegł, że zastrzega określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ani tym bardziej nie wykazał, że dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ze strony wykonawcy Energa nie pojawił się jakiegokolwiek dokument, który stanowiłby chociażby próbę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz próbę wykazania spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, które to przesłanki zostały określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

54. Tym samym Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu pełną dokumentację złożoną przez tego wykonawcę w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czego jednak zaniechał.
55. Podkreślam również, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost stanowi, że wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, musi być dokonane wraz z przekazaniem informacji. Tym samym nie jest możliwe uzupełnienie wykazania na późniejszym etapie.

W celu potwierdzenia wskazuję przykładowy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący tego zagadnienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt KIO 567/23):

„Z literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W efekcie, zaniechanie przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest zatem uprawniony, a tym bardziej zobowiązany do dociekania w ramach wezwań kierowanych do wykonawcy, czy zastrzeżone informacje istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Badanie tej okoliczności

powinno odbywać się na podstawie danych przekazanych przez wykonawcę wraz z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

56. W związku z faktem, że komunikacja z Zamawiającym była bardzo utrudniona, na wypadek gdyby okazało się, że wykonawca Energa jednak przedstawił Zamawiającemu dokument zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale dokument ten nie został Odwołującemu przez Zamawiającego udostępniony, Odwołujący – z daleko idącej ostrożności procesowej – obejmuje zarzutem również taką sytuację.

W takim bowiem przypadku Zamawiający narusza art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak udostępnienia Odwołującemu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Energa. Jeżeli taka sytuacja miała miejsce, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślam również, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokument zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może sam w sobie zostać odrębnie zastrzeżony jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie nie zawiera bowiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz jest dokumentem zawierającym argumenty i motywy przemawiające za uznaniem konkretnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Potwierdza to liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu wskazuję:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2498/18: *„Podkreślenia wymaga, 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 dnia 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”.*
 - 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt 2314/18: *„Izba uznaje zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym”.*
57. Stawiając przedmiotowy zarzut Odwołujący składa równocześnie wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podejrzewa, że dokumenty nieskutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Energa potwierdzają, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę. Jednak do czasu zapoznania się z tymi dokumentami Odwołujący nie jest w stanie postawić w tym zakresie konkretnych i precyzyjnych zarzutów. W związku z powyższym, dopiero po zapoznaniu się z niezasadnie zastrzeżonymi dokumentami, Odwołujący, znając już pełną treść wyjaśnień i

stanowisko wykonawcy Energa, będzie mógł wystąpić z kolejnym odwołaniem zawierającym pełną argumentację. Z tego powodu uwzględnienie przedmiotowego zarzutu, ale bez nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej sprawiłoby, że postawienie tego zarzutu byłoby bezcelowe, ponieważ Odwołujący nie mógłby już zakwestionować prawidłowości badania i oceny ofert konkurenta, ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Wskazuję na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2019 r., sygn. akt 2519/18: „Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez przystępującego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powoduje niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym po zapoznaniu się z ofertą konkurenta mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny oferty konkurenta, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej”.

58. Podkreślam również, że w przypadku gdyby Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, bądź w jakikolwiek inny sposób po wpłynięciu odwołania sam zdecydował się udostępnić Odwołującemu niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty, to może to zrobić tylko z jednoczesnym unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
59. W tych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający był zobowiązany do udostępnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionej przez wykonawcę Energa. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

IV.

ZARZUT NUMER 4

(zarzut ewentualny)

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energa, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

IV.1.

Zarzut ewentualny

60. Odwołujący wyjaśnia, że postawił przedmiotowy zarzut jako zarzut ewentualny.

Wolą Odwołującego jest, żeby zarzut ewentualny został rozpatrzony tylko jeżeli nie potwierdzi się zarzut numer 3, to jest zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. strony numer 4 części opisowej oraz załączników numer 1 i numer 2) przedstawionej przez wykonawcę Energa, podczas gdy wykonawca Energa nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

Natomiast w każdym innym przypadku wolą Odwołującego jest, żeby zarzut ewentualny nie został rozpoznany. W takiej sytuacji bowiem Odwołujący zapozna się z pełnymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa i będzie miał możliwość wystąpienia z kolejnym odwołaniem, jak również możliwość przedstawienia w tym zakresie bardziej rozbudowanych argumentów.

61. Przepisy regulujące postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie przewidują wprowadzenia instytucji zarzutów ewentualnych, niemniej jednak możliwość taka została dopuszczona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu wskazuję wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 520/20: *„Izba zaznacza jednocześnie dla porządku, że w orzecznictwie wskazuje się również, że "żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny"”*.
62. Odwołujący wnosi o rozpoznanie zarzutu ewentualnego numer 4 w przypadku oddalenia zarzutu stanowczego numer 3. W przypadku bowiem oddalenia zarzutu stanowczego numer 3, ale bez rozpoznania zarzutu ewentualnego numer 4 Odwołujący utraciłby szanse na podniesienie w przyszłości zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa, gdyż termin na wniesienie odwołania upłynąłby. W takiej sytuacji wolą Odwołującego jest, żeby zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa został przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznany, nawet jeżeli Odwołujący nie zna pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa i tym samym poniekąd wnosi odwołanie w tym zakresie „w ciemno”.

IV.2.

Okoliczności faktyczne

63. W dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Energa wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:
 - 1) Wyjaśnienia powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty.
 - 2) To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

- 3) Wykonawca jest zobowiązany wyjaśnić należycie, w jaki sposób skalkulował cenę oraz udowodnić, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia.
 - 4) Wykonawca ma w taki sposób wytłumaczyć Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny oraz co wpłynęło na jej niski poziom, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do jej realności.
 - 5) Wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami, a nie ogólnymi stwierdzeniami, przyjmującymi postać oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy.
 - 6) Zamawiający zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jest wskazujące, że wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące oraz poparte dowodami.
64. Wykonawca Energa przedstawił wyjaśnienia w dniu 7 marca 2024 r.
- 1) Wyjaśnienia składają się z części opisowej oraz z dowodów.
 - 2) W części opisowej wskazane zostały ogólne okoliczności, nie mające większego znaczenia dla wykazania, że wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.
 - 3) Do wyjaśnień zostały dołączone dowody w postaci dowodów rejestracyjnych podnośników, potwierdzenia braku otrzymania pomocy publicznej, zaświadczeniu o niezaleganiu w opłatach środowiskowych, certyfikatów, deklaracji zgodności oraz kart katalogowych.

IV.3.

Okoliczności prawne

65. W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:
- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
 - 2) Brak jakiegokolwiek kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.
 - 3) Brak dołączenia odpowiednich dowodów.

IV.3.1.

Ogólny charakter wyjaśnień

66. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Energa mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

67. Wskazuję, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji (zobacz wyżej przywołane orzecznictwo).

68. Tymczasem wykonawca Energa przykładowo wskazuje, że:

- 1) *„Energa Oświetlenie Sp. z o.o. jest największą w Polsce specjalistyczną spółką świadczącą usługi w zakresie budowy, modernizacji i konserwacji oświetlenia drogowego, modernizacji oświetlenia wewnętrznego, konserwacji sygnalizacji drogowej, iluminacji obiektów, dekoracji świątecznych i innych usług oświetleniowych. Spółka jest właścicielem ok. 340 tysięcy opraw oświetleniowych i dodatkowo obsługuje kilkadziesiąt tysięcy opraw oświetleniowych, sygnalizatorów sygnalizacji drogowej, opraw iluminacyjnych i innych. Z racji liczby obsługiwanych opraw jest firmą nieporównywalną z innymi komercyjnymi przedsiębiorstwami zajmującymi się obsługą od kilkuset do kilkunastu tysięcy opraw.*

Wielkość i skala działań Spółki sprawiają, że zarządzanie procesem świadczonych usług jest niezwykle płynne i klarowne. Wynika to też z faktu dysponowania przez Spółkę wykwalifikowaną kadrą pracowników, zaangażowanych do każdego etapu realizacji zamówienia, działających w ramach szczegółowych procedur wewnętrznych”.

Nie wiadomo jednak, w jaki sposób te okoliczności przekłada się na cenę zaoferowaną w postępowaniu.

- 2) *„Energa Oświetlenie Sp. z o.o. od samego początku funkcjonowania Spółki, prężnie rozwija swoją działalność na terenie województwa pomorskiego, o czym stanowi chociażby fakt, że na tym terenie Spółka świadczy usługi utrzymania i konserwacji urządzeń oświetlenia zewnętrznego na majątku własnym, obsługując kilkadziesiąt tysięcy opraw oświetleniowych. (...) W związku z powyższym, Spółka do celów objętych zakresem przedmiotowego zamówienia nie musi ponosić dodatkowych kosztów stałych związanych z posiadaniem dodatkowego majątku trwałego”.*

Brak wskazania, ile te koszty miałyby wynosić, a w konsekwencji, o ile dokładnie wykonawca mógł obniżyć cenę..

- 3) *„Oświadczamy jednocześnie, że wynagrodzenie pracowników biorących udział w realizacji zamówienia jest zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i przekracza ono wartość 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 2023 r. poz. 1667 z późn. zm.), z uwzględnieniem Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (tj. minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2024 r. – 4242 zł oraz od 1 lipca 2024 r. – 4300 zł, a także minimalnej stawki godzinowej dla określonych umów cywilnoprawnych od 1 stycznia 2024 r. – 27,70 zł oraz od 1 lipca 2024 r. do 28,10 zł).*

Ponadto, oświadczamy, że wszyscy pracownicy skierowani do realizacji przedmiotowego zamówienia są zatrudnieni na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465 z późn. zm.)”.

Wykonawca nie wskazał jednak konkretnych informacji:

- a) Ile pracowników zatrudnia wykonawca.
- b) Ile dokładnie zarabiają pracownicy – w konsekwencji, jakie są jednostkowe koszty pracy (np. koszt jednej roboczogodziny).
- c) Ile czasu zakłada wykonawca na realizację zamówienia.
- d) A w konsekwencji, czy te założenia są realistyczne w kontekście jednostkowych kosztów pracy (np. kosztów jednej roboczogodziny) oraz założonych całościowych kosztów na robociznę.

69. Można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Energa nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

IV.3.2.

Brak jakiejkolwiek kalkulacji kosztów wykonania zamówienia

70. Odwołujący podkreśla również, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa nie zawierają żadnej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.

W tych okolicznościach jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie zaakcentował, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny przedstawiać w sposób jednoznaczny matematyczne wyliczenia zaproponowanej ceny oferty, należy dokładnie wytłumaczyć sposób skalkulowania ceny oraz że wyjaśnienia muszą być precyzyjne i szczegółowe, poparte dowodami i wyliczeniami.

Tego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa w ogóle nie ma. Wykonawca całkowicie zignorował żądanie Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

71. Odwołujący – z daleko idącej ostrożności procesowej – podnosi, że ma świadomość, że na stronie numer 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa (czyli stronie, która nie została Odwołującemu udostępniona) może znajdować się jakaś namiastka kalkulacji.

Odwołujący nie ma jednak wiedzy w tym zakresie z uwagi na fakt, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu brakującej strony.

Niemniej jednak Odwołujący podkreśla, że nawet jeżeli na stronie numer 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa znajduje się jakaś namiastka kalkulacji, to z pewnością nie jest to kalkulacja o odpowiednim stopniu szczegółowości.

Świadczy o tym fakt, że z systematyki części opisowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa wynika, że cała strona numer 4 dotyczy rozdziału „Jednoznaczne potwierdzenie, że zaoferowane oprawy w pełni spełniają warunki opisane w SWZ”, który to rozdział nie jest odpowiednim miejscem na przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. Ponadto, brakuje tylko jednej strony, z której część zawiera z pewnością tabela kontynuowana na stronie numer 5 (dotycząca zupełnie innego zagadnienia). Nie sposób więc uznać, że na zaledwie jednej stronie wykonawca Energa przedstawił szczegółową kalkulację zgodną z wezwaniem Zamawiającego.

72. Brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji nie dość, że sprawia, że wyjaśnienia wykonawcy Energa nie odpowiadają treści wezwania, to jeszcze uniemożliwiają jakąkolwiek weryfikację, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Bez szczegółowej kalkulacji nie sposób bowiem ustalić, jakie koszty wykonawca bierze pod uwagę przy realizacji zamówienia i czy założenia te są realistyczne.

IV.3.3.

Brak dołączenia odpowiednich dowodów

73. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (odpowiednie orzecznictwo zostało przywołane wcześniej), do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody.
74. Minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:
- 1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz na okoliczność ustalenia rabatów, które rzekomo ma posiadać wykonawca.
 - 2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.
 - 3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca. Wykonawca Energa przedstawił wprawdzie dowód na posiadanie podnośnika, nie jest jednak jedyny sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia. Brakuje chociażby pojazdów, którymi przetransportuje oprawy do Zamawiającego.
75. Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Energa jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.
76. Tymczasem wykonawca Energa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dołączył wprawdzie dokumenty, ale w zdecydowanej większości nie są to dowody przydatne do oceny, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Takie dokumenty jak na przykład zaświadczenie o niezaleganiu w opłatach środowiskowych, certyfikaty, deklaracje

zgodności czy karty katalogowe nie mają bezpośredniego znaczenia dla udowodnienia możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

IV.3.4.

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

77. Podnoszę również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Energa do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.
78. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
79. Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie (odpowiednie orzecznictwo zostało przywołane wcześniej).

IV.3.5.

Podsumowanie zarzutu numer 4

80. W tych okolicznościach należy uznać, że wykonawca Energa nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

V.

KWESTIE FORMALNE

81. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartej pozycji.

Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia ofert wykonawców Firma Handlowo-Uslugowa JT oraz Spółdzielnia Rodło, to oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednocześnie gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności udostępnienia

Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Energa, to Odwołujący miałby możliwość zapoznania się z nimi, a w konsekwencji podnieść zarzuty zmierzające do odrzucenia również oferty wykonawcy Energa.

Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

82. Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 25 marca 2024 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp:

„Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Termin 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania przypadał w dniu 30 marca 2024 r. (sobota).

Jednocześnie zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp:

„Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”.

Kolejnym dniem po 30 marca 2024 r. (sobota), 31 marca 2024 r. (niedziela oraz pierwszy dzień Wielkiej Nocy) oraz 1 kwietnia 2024 r. (drugi dzień Wielkiej Nocy) jest 2 kwietnia 2024 r. (wtorek).

Termin na wniesienie odwołania został więc zachowany.

83. Wpis od odwołania wynosi 7.500 zł zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Dowód uiszczenia wpisu od odwołania stanowi załącznik numer 4.
84. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik numer 5 do niniejszego odwołania.
85. Wykaz załączników:
- 1) Pełnomocnictwo dla r.pr. Dawida Pantaka;
 - 2) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
 - 3) Wydruk komputerowy informacji z Krajowego Rejestru Sądowego;

- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Dawid Pantak

/ dokument podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym /