

Wyrok
z dnia 7 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **TERRA MOTA Sp. z o.o., ul. Bardiowska 3, 38-300 Gorlice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Hyżne, 103, 36-024 Hyżne**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Budowlane AWERS Sp. z o.o., Zgłobień 15, 36-064 Zgłobień** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TERRA MOTA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TERRA MOTA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **4 141 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto czterdzieści jeden złotych zero groszy) od **TERRA MOTA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach** na rzecz zamawiającego **Gminy Hyżne** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (541 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Hyżne prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Poprawa gospodarki wodno-ściekowej w Gminie Hyżne poprzez budowę wodociągu w m. Szklary, oraz budowę sieci kanalizacji sanitarnej w m. Hyżne- etap VIA i B, Część nr 1. (Zadanie nr 1) Budowa wodociągu w m. Szklary, Część nr 2 (Zadanie nr 2). Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w m. Hyżne - etap VIA i B Numer sprawy: ZP.271.23.2017.JG

Odwołujący: Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego dokonanych w toku postępowania w zakresie zadania nr 1 - w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej tj.

(A) nieprawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane AWERS Sp. z o. o. w dniach 20 grudnia 2017 r., 27 grudnia 2017 r. oraz 12 stycznia 2018 r. przez uznanie, że wyjaśnienia wykonawcy są spójne i wiarygodne, oraz uzasadniają realny charakter ceny zaoferowanej przez wykonawcę PB AWERS Sp. z o. o., chociaż cena ta ma charakter ceny rażąco niskiej i nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia;

(B) trzykrotnego wzywania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji w której wykonawca zobowiązany jest złożyć wyczerpujące wyjaśnienia już na pierwsze wezwanie Zamawiającego;

(C) nieuzasadnionego, zbyt szerokiego utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PB AWERS Sp. z o. o. co do zaoferowanej ceny - obejmującego elementy, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a których nieznanostwo znacząco utrudnia Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu instrumentów ochrony prawnej;

(D) bezprawnego zaniechanie odrzucenia oferty PB AWERS Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP;

(E) bezprawnego, dokonanego z naruszeniem art. 89 oraz 91 ust. 1 PZP wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu;

(F) bezprawne zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1.

Czynnościom tym zarzuca naruszenie:

(A) art. 90 ust. 1 Ustawy PZP oraz art. 55 Dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi poprzez wielokrotne wzywanie wykonawcy PB AWERS Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla Zadania nr 1, w sytuacji w której już pierwsza odpowiedź na wezwanie uzasadniała odrzucenie oferty;

(B) art. 90 ust. 1, 90 ust. 2 w zw. z art. 7 PZP przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny dla Zadania nr 1 jako wiarygodnych i wystarczających, podczas gdy wykonawca PB AWERS Sp. z o. o. nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena, nie jest ceną rażąco niską;

(C) art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez wyłączenie jawności i dostępu Odwołującego do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, również w zakresie danych nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa;

(D) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty spółki PB AWERS Sp. z o. o. podczas gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę;

(E) art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty spółki PB AWERS Sp. z o. o. podczas gdy oferta ta zawierała cenę nie pokrywającą rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia.

(F) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt.5 - poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty PB AWERS Sp. z o. o., która podlegała odrzuceniu.

(G) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt.5 - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

III. W związku ze wskazanymi naruszeniami w zakresie Zadania nr 1. Wykonawca wnosi o:

(A) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie dokonanej przez niego czynności wyboru oferty PB AWERS Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej,

(B) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PB AWERS Sp. z o. o. w zakresie Zadania nr 1, z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę,

(C) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez PB AWERS Sp. z o. o. w dniu 20 grudnia 2017 r., 27 grudnia 2017 r. oraz 12 stycznia 2018 r. - w zakresie, w jakim wyjaśnienia te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. w zakresie wyceny poszczególnych elementów składających się na koszt realizacji zamówienia,

(D) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

UZASADNIENIE

W zakresie Zadania nr 1 oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

I. Z ramach Zadania nr 1, Zamawiający zamierza wybudować wodociąg w miejscowości Szklary, na odcinku „Od Skupu Mleka do Szkoły Podstawowej”. W aktach postępowania znajduje się kosztorys inwestorski, sporządzony na zlecenie Zamawiającego przez Pracownię Projektową Inżynierii i Ochrony Środowiska „PROWEKO” - który szczegółowo podchodzi do wszelkich niezbędnych do wykonania prac w ramach realizacji Zadania nr 1. Jak wynika z kosztorysu, wartość Zadania nr 1 szacowana jest na kwotę 2.381.621 zł brutto. W toku postępowania zostały złożone dwie oferty. Oferta Odwołującego na kwotę 2.074.518 zł - co stanowi 87% kwoty kosztorysowej i oferta PB AWERS Sp. z o. o. na 1.117.121 zł - a więc niespełna 47% wyceny kosztorysowej.

Cena zaoferowana przez PB AWERS Sp. z o. o. nie stanowi nawet 50% wartości szacunkowej zamówienia przygotowanej przez Zamawiającego z należytą starannością, przygotowanej jako kosztorys inwestorski, opracowany przez profesjonalne biuro projektowe. W ocenie Odwołującego nie istnieją okoliczności, które pozwoliłyby jakimkolwiek wykonawcy na zrealizowanie zamówienia w zakresie Zadania nr 1 za cenę zaoferowaną przez PB AWERS. Zamówienie jest zamówieniem na realizację robót budowlanych na podstawie projektu Zamawiającego - swoboda wykonawców w zakresie wyboru materiałów koniecznych do wbudowania, czy wyboru technologii wykonania prac jest ograniczona do minimum. Dokumentacja projektowa przesądza, jakiego rodzaju prace, w jakim zakresie i z użyciem jakich materiałów, w jakiej ilości, będą zrealizowane przez wykonawcę. Jedyne pola, na których wykonawcy mogą poszukiwać oszczędności w fazie realizacji zamówienia, to nabywanie materiałów budowlanych lub korzystanie z maszyn i urządzeń na preferencyjnych warunkach, oraz ograniczanie wydatków na wynagrodzenia pracowników.

Wykonawca nie ma absolutnej swobody w wyborze stosowanych materiałów - ich rodzaj i parametry są zdeterminowane przez dokumentację projektową oraz obowiązujące normy materiałowe. Zakładając stosowanie materiałów zgodnych ze specyfikacjami projektowymi, możliwe są różnice w kosztach ich pozyskania (wybór dostawcy, preferencyjne warunki handlowe) - jednakże nie są to różnice uzasadniające cenę w wysokości niespełna 47% wartości szacunkowej zamówienia.

Zarówno Odwołujący jak i PB AWERS Sp. z o. o. są podmiotami działającymi na rynku od wielu lat, żaden nie posiada przewagi rynkowej wynikającej ze skali działalności czy szczególnej pozycji na rynku, znajomości dostawców - wobec czego różnice w możliwych kosztach pozyskania materiałów budowlanych, jeżeli nawet występują, mogą wynosić

najwyżej kilka procent - i nie mogą tłumaczyć tak znacznej rozbieżności cen, jaka ma miejsce na gruncie niniejszego postępowania. Podobnie wygląda sytuacja w zakresie dostępu do parku maszynowego i technicznego - nie istnieją powody, dla których PB AWERS Sp. z o. o. miałby ponosić niższe koszty dostępu do maszyn i urządzeń niż Odwołujący - który prowadzi działalność również w zakresie dystrybucji maszyn i urządzeń budowlanych, przez co nie tylko dysponuje szerokim własnym parkiem maszynowym, o niskich lub zerowych kosztach amortyzacji, ale również dostępem do nowych maszyn i urządzeń bezpośrednio od producentów - na preferencyjnych warunkach handlowych.

Próby wyjaśniania ceny przez odwołanie się do szczególnie preferencyjnych warunków dostępu do maszyn, urządzeń, czy możliwości nabywania szczególnie tanich materiałów budowlanych są niewiarygodne. Odwołujący nie miał możliwości zaoferowania ceny na poziomie PB AWERS Sp. z o. o., ponieważ cena ta uniemożliwia realizację zamówienia zgodnie z wymogami, w sposób zgodny z prawem i wykorzystaniem materiałów odpowiedniej jakości.

Obok kosztów pozyskania materiałów i maszyn, na koszt realizacji zamówienia składa się koszt wynagrodzenia pracowników. Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt. 1 PZP, wartość wynagrodzeń osobowych przyjęta dla kalkulacji, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Nie oznacza to jednak, że możliwe jest bezrefleksyjne przyjęcie stawki minimalnej - bez uwzględnienia realiów wykonywania danego zamówienia, zarówno natury legislacyjnej, jak i ekonomicznej.

Na gruncie niniejszej sprawy, PB A WERS Sp. z o. o. pierwotnie uwzględniło w swojej ofercie koszt rbg na poziomie niższym niż 14 zł/h - co było powodem ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w styczniu 2018 r. W przedłożonym kosztorysie - w zakresie nie objętym utajnieniem, PB AWERS Sp. z o. o. wskazuje na stawkę rbg na poziomie 14 zł/h.

Weryfikacja tego składnika kosztowego nie wpłynęła na wysokość ceny oferty - w zależności od przyjętej stawki wyjaśnienia i tak wskazywały, że cena jest realna, co każe negatywnie ocenić ich rzetelność i wiarygodność. Ocena wyjaśnień wykonawcy oraz ceny PB AWERS, została przeprowadzona w sposób wadliwy i wymaga powtórzenia. Należy uznać, że nawet faktyczne operowanie przez wykonawcę uśrednioną stawką wynagrodzenia za rbg na poziomie 14 zł/h, nie przystaje do warunków rynkowych, z kilku powodów.

Przyjęta w kalkulacji kwota 14 zł/h w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej, nie odzwierciedla kosztów zatrudnienia, obciążających wykonawcę.

Specyfika prac wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, sprawia, że dla ogromnej większości prac konieczne będzie zatrudnienie personelu na podstawie umowy o pracę. Charakter prac nie pozwala na zatrudnianie robotników w oparciu o umowę o dzieło - zwolnioną z obowiązkowego ubezpieczenia społecznego, nie odpowiada również istocie

umowy zlecenia. Ogromna większość personelu - zgodnie z obowiązującymi przepisami - będzie zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Koszt zatrudnienia pracownika w ramach stosunku pracy, przy przeciętnie 168 godzinach pracy w miesiącu i wynagrodzeniu minimalnym (koszt dla pracodawcy) na poziomie 2532 zł, daje koszt roboczogodziny co najmniej 15 zł. Kalkulacja uwzględniająca 14 zł, jest nierzetelna lub zakłada zatrudnianie personelu w sposób sprzeczny z przepisami, co również powinno skłonić Zamawiającego do odrzucenia wyjaśnień i odrzucenia oferty: zarówno z powodu rażąco niskiej ceny, jak i z powodu czynu nieuczciwej konkurencji w postaci niezgodnej z przepisami polityki zatrudnienia.

Koszt rbg 14 zł, może oznaczać albo zatrudnianie wszystkich pracowników według tej stawki, albo stawkę średnią na poziomie 14 zł. Jeżeli przyjąć, że PB AWERS tłumaczy niskie koszty zatrudnieniem wszystkich pracowników za kwotę 14 zł/h, to takie wyjaśnienia należy odrzucić jako niewiarygodne. Zrównanie płac wszystkich osób zatrudnionych przy realizacji, niezależnie od ich kwalifikacji, jest działaniem niespotykanym na rynku. W odniesieniu do personelu specjalistycznego, czy choćby posiadającego uprawnienia do obsługi maszyn, konieczne do realizacji zamówienia, nie jest możliwe zatrudnienie tych osób za minimalne wynagrodzenie ze względu na sytuację na rynku pracy. Taka prosta analiza dowodzi, że wyjaśnienia złożone przez PB AWERS nawet w tak wąskim zakresie, jaki został udostępniony Odwołującej, nie mogą być uznane za wiarygodne.

Przyjęcie tezy, że kwota 14 zł to średni koszt rbg, prowadzi do wniosku, że część pracowników wykonawcy musiałaby być zatrudniana za wynagrodzenie znacząco niższe niż 14 zł - co nie tylko nie jest możliwe w panujących realiach rynkowych, ale też stanowiłoby pogwałcenie obowiązujących regulacji dot. minimalnego wynagrodzenia. Przyjęcie takiej wersji wyjaśnień również skłania do wniosku, że złożenie oferty stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji - a więc oferta winna zostać odrzucona.

Niezależnie od treści wyjaśnień PB AWERS w zakresie, w jakim Odwołująca nie miała do nich dostępu, już sama informacja o rzekomo przyjętej stawce za roboczogodzinę wskazuje, że wyjaśnienia są niewiarygodne, bądź też wykonawca zamierza naruszać przepisy o minimalnym wynagrodzeniu. W każdym wypadku, wyjaśnienia takie nie powinny przekonać Zamawiającego - który z uwagi na rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a szacunkiem, sam był przekonany o rażąco niskiej cenie - co do tego, że możliwe jest wykonanie zamówienia w należyтым standardzie, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów.

Z uwagi na nieuzasadnione utajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę co do zaoferowanej ceny, Odwołująca nie może odnieść się do opracowanego zestawienia kosztów wykonania zamówienia - o ile takowe zostało złożone. Jednakże wieloletnie doświadczenie i znajomość rynku czynią całkowicie uzasadnionym założenie, że cena

zaoferowana przez PB AWERS nie pokrywa całości kosztów niezbędnych do poniesienia dla wykonania robót objętych projektem. W takiej sytuacji mamy do czynienia nie tylko z rażąco niską ceną, ale również z czynem nieuczciwej konkurencji w postaci ceny dumpingowej.

II. Powtórne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień

W toku postępowania, wykonawca PB AWERS był trzykrotnie wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak wynika z pisma skierowanego do Odwołującej z 17 stycznia 2018 r., wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały złożone 20 grudnia 2017 r. oraz 12 stycznia 2018 r.

W zakresie wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień co do ceny, przyjęta jest zasada jednokrotnego pytania przez Zamawiającego o dane zagadnienie. Powtórne wezwanie do wyjaśnienia kwestii ceny powinno zatem mieć charakter wyjątkowy.

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, że Zamawiający miał podstawy do powtórnego wezwania PB AWERS Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Uwzględniając sytuację w badanym postępowaniu, fakt profesjonalnego funkcjonowania wykonawcy na rynku zamówień publicznych oraz zakres rozbieżności pomiędzy szacowaną (przez profesjonalny podmiot, niezależny od Zamawiającego) wartością zamówienia a zaoferowaną ceną (ponad 53%) - wykonawca był zobligowany udowodnić Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. W takich warunkach wyjaśnienia powinny być precyzyjne i odwoływać się do konkretnych kwot i rozwiązań.

Próby wyjaśnienia rozbieżności za pomocą stwierdzeń natury ogólnej - ze względu na skalę rozbieżności - należałoby uznać za faktyczny brak wyjaśnień. Jeżeli wykonawca w pierwszych wyjaśnieniach nie wskazał na okoliczności, które tłumaczyłyby tak niską cenę, to należy raczej przyjąć, że nie udowodnił on, że cena jest realna - a nie „ratować” wykonawcę powtórным wezwaniem.

Również w przypadku, w którym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie rozwiewały wątpliwości co do realnego charakteru zaoferowanej ceny, lecz w istocie były źródłem nowych wątpliwości - na gruncie niniejszej sprawy należałoby uznać, że wykonawca nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 PZP, a zatem jego ofertę należy odrzucić.

Podsumowując, w analizowanej sprawie wszelkie wątpliwości co do realnego charakteru ceny, powinny być weryfikowane przez Zamawiającego z najwyższą ostrożnością - a niejasności i braki w udzielonych wyjaśnieniach winny decydować o uznaniu oferty za podlegającą odrzuceniu. Wielokrotne wzywanie do wyjaśnień wykonawcy, którego oferta musi budzić bardzo poważne wątpliwości, rodzi uzasadnione zastrzeżenia co do bezstronności Zamawiającego - czyniąc uzasadnionymi zarzuty naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 PZP.

III. Nieuzasadnione utajnienie całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę

Niezależnie od powyższych rozważań, które jasno wykazują zasadność odrzucenia oferty PB AWERS Sp. z o. o., należy krytycznie ocenić również sam fakt utajnienia przez Zamawiającego (na wniosek wykonawcy) niemal całości udzielonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 3.10.2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59, s. 58) informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania - co nie ma miejsce w odniesieniu do sytuacji, w której sposób realizacji zamówienia jest zdeterminowany dokumentacją projektową dostarczaną przez Zamawiającego.

Informacje techniczne mogą dotyczyć cech lub parametrów technicznych określonego produktu - co również nie ma znaczenia na gruncie niniejszej sprawy i wyjaśnień PB AWERS Sp. z o. o., albowiem sposób realizacji zamówienia, w tym metody i konieczne do wykorzystania maszyny i urządzenia, są opisane w specyfikacji wykonania robót - dostarczanej przez Zamawiającego i wiążącej wykonawców.

Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacją handlową będą dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu (wyr. SO w Warszawie z 5.6.2006 r., V Ca 440/06, niepubl.). Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym ani działalnością handlową. Odnosząc tą kategorię informacji do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień złożonych w postępowaniu przez PB AWERS Sp. z o. o., należy wskazać, że z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec czego bezrefleksyjne zastrzeżenie poufności całości wyjaśnień, bez ograniczenia do rzeczywistych informacji handlowych, jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje wykonawcę, albowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującą z treścią złożonych wyjaśnień znacząco

utrudnia chociażby weryfikację, czy istnieją podstawy do skorzystania z instrumentów ochrony prawnej, jakie przysługują wykonawcom.

Warto powołać wyrok KIO 242/17, w którym Izba wskazała: 1. Tajemnica przedsiębiorstwa powinna mieć wymiar obiektywny. Uzyskania przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie powoduje fakt, że ich wyjawienie w dalszej konsekwencji może stanowić podstawę do stwierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub w inny sposób jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, co spowoduje odrzucenie tej oferty i szkodę w postaci niezyskania zamówienia. Odrzucenie oferty wobec jej wad wskazanych w art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jest bowiem obowiązkiem ustawowym zamawiającego i taka oferta nie może podlegać „ochronie” przed zaistnieniem konsekwencji prawnych tych przepisów.

2. Trudno wskazać na przymiot tajemnicy czy szczególnych informacji znanych tylko danemu wykonawcy, jeśli podkreśla on, że oferowane ceny są w istocie „cenami rynkowymi”. Ceny rynkowe mają bowiem to do siebie, że są znane na rynku, gdyż ten rynek kształtują i są przez niego kształtowane, dotyczą też ze swojej istoty wielu przedsiębiorców na tym rynku występujących.

3. Wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane."

W świetle tego orzeczenia i przedstawionych w nim tez, Zamawiający powinien co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień złożonych przez PB AWERS Sp. z o. o. - o ile w wyjaśnieniach tych faktycznie znajdowały się dane tego rodzaju, które mogły stanowić o istotnej przewadze rynkowej wykonawcy. Utajnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony Zamawiającego - zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi.

Warto przy tym podkreślić, że Odwołująca nie jest zainteresowana pozyskaniem informacji o partnerach handlowych PB AWERS Sp. z o. o., w szczególności celem nawiązania z nimi relacji biznesowych, lecz jedynie dostępem do opisu sposobu, w jaki wykonawca skalkulował zaoferowaną przez siebie cenę - w celu ich oceny i ewentualnie odwołania do KIO. Pozyskanie treści udzielonych wyjaśnień nie ma zatem na celu naruszenia zasad uczciwej konkurencji (co stanowi ratio legis art. 8 ust. 3 PZP lecz wprost przeciwnie - zabezpieczenie uczciwej konkurencji na gruncie przetargu, poprzez możliwość realnego korzystania z instrumentów prawnych przewidzianych przez ustawodawcę.

W stan faktyczny, będący przedmiotem odwołania wpisuje się wyrok KIO 1889/16:

„Nie może być skutecznym zastrzeżenie informacji co do ceny prezentowanej w formularzach cenowych, łącznie stanowiącej cenę brutto oferty podawanej na otwarciu ofert. Próba ukrycia informacji o przyjętych stawkach przed innymi wykonawcami powinna być oceniana krytycznie, gdyż może mieć na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia na przejrzystych zasadach. Trudno bowiem inaczej wyjaśniać utajnienie stawek, po jakich wykonawca zamierza świadczyć usługę.

Podsumowując - bez wątpienia w wyjaśnieniach złożonych przez PB AWERS Sp. z o. o. mogły znajdować się informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa - o ile wyjaśnienia te wskazywały na prawdziwie nowatorski sposób realizacji robót lub organizacji pracy, w co jednak należy wątpić. W pozostałym zakresie, w jakim wyjaśnienia nie wskazują na źródła zaopatrzenia wykonawcy czy konkretne warunki handlowe, okoliczności na które powołuje się PB AWERS Sp. z o. o. wyjaśniając zaoferowaną cenę, powinny być udostępnione pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Jest to koniecznym warunkiem, aby wyjaśnienia te mogły zostać zweryfikowane przez pozostałych wykonawców działających na rynku, mających w danej branży większe rozeznanie niż Zamawiający. Odebranie tego narzędzia wykonawcom poprzez bezrefleksyjne utajnianie złożonych wyjaśnień w szerokim zakresie, stwarza ryzyko, że weryfikacja ceny rażąco niskiej stanie się niepełna i nie spełni celów przypisanych jej przez ustawodawcę.

W związku z powyższym, w pełni zasadne jest ujawnienie Odwołującej przynajmniej części wyjaśnień udzielonych przez PB AWERS Sp. z o. o., w zakresie w jakim opisują one założenia przyjęte do kalkulacji oferty - które same w sobie nie stanowią informacji mających istotne znaczenie gospodarcze. Niezależnie od powyższego analiza samych kwot zaoferowanych przez AWERS i kwot wynikających z kosztorysu inwestora oraz deklaracji wykonawcy w zakresie przyjętych kosztów pracy, są w zupełności wystarczające, aby stwierdzić, że ceny te nie odzwierciedlają realnych kosztów wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami.

W konsekwencji, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i zasługujące na uwzględnienie.

Uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili na rozprawie stanowiska.

Odwołujący przypomniał ustalenie wartości szacunkowej przez Zamawiającego w porównaniu z cenami zaoferowanymi w postępowaniu. Podkreślił, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień leży obowiązek dowodów realności zaoferowanej ceny.

Pismo Zamawiającego z 5.01.2018 r. potwierdza, że wykonawca przyjął wadliwą stawkę roboczogodziny 13 zł tj. poniżej wielkości minimalnej. W odpowiedzi z 12.01.2018 r. przedstawiono stawkę uśrednioną w kwocie 14 zł, która również jest zaniżona w realiach wykonania przedmiotu zamówienia. Przypomniał wymóg jednokrotności wezwania do składania wyjaśnień. Stwierdził, że warunki realizacji zamówienia, w tym dostęp do parku maszynowego, maszyn są analogiczne dla Odwołującego i Przystępującego. Nie występują żadne szczególne okoliczności umożliwiające skalkulowanie ceny przyjętej przez Przystępującego. Złożył własny kosztorys potwierdzający realność własnej ceny zaoferowanej w postępowaniu. Wskazał na różnice składników cenotwórczych w porównaniu z wyceną Przystępującego w tym koszt robocizny (około 169 tys. i 279 tys.), koszt materiałów 398 tys. i 869 tys. Zauważył, że w swojej kalkulacji przyjął realną cenę rbh uśrednioną na poziomie 16 zł. Przypomniał, że zakres prac został sprecyzowany w przedmiarze robót obejmujące wszystkie elementy kosztotwórcze. Podtrzymał zarzuty bezzasadności zastrzeżenia wszystkich wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie wysokości zaoferowanej ceny.

Zauważył, w związku ze wskazaniem przez zamawiającego, że nie kwestionował analogicznych wycen dla innej części zamówienia, że nie ma podstaw do oceniania zdarzeń i ofert, których nie dotyczą zarzuty w niniejszej sprawie. Stwierdził, że Zamawiający podjął próby wyjaśniania ceny Przystępującego, który sam obowiązany jest udowodnić prawidłowość ceny. Zanegował walor dowodowy informacji z postępowań w innych gminach. Stwierdził, że argumentacja o znacznej odległości miejsca siedziby od jego realizacji nie ma znaczenia, jako że zadeklarował korzystanie z prac podwykonawcy. Złożone przez Przystępującego wyliczenie robocizny w tym stawki rbh i wynagrodzenia ocenił, jako niespójne wewnętrznie i nierealne. Wskazał na brak dowodu na rzeczywiste możliwe do uzyskania ceny materiałów przez Przystępującego. Wskazał na orzeczenie KIO 2420/17.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na porównanie cen w obydwu częściach zamówienia, w których Przystępujący złożył ofertę z niższą ceną. Stwierdził, iż dokonał rozeznania w innych gminach, co do wiarygodności wykonawcy. Złożył dokument z postępowań w sąsiednich gminach. Zauważył, że siedziba firmy AWERS jest oddalona o około 36 km od gminy, a Odwołującego o 116 km. Z tego wywodzi korzystniejsze warunki wykonania zamówienia oraz znajomość miejscowych warunków geologicznych. Wskazał, iż zmiana stawki godzinowej w wyjaśnieniach jest wynikiem zmiany przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia. Uznał prawo wykonawcy do zastrzeżenia złożonych informacji, jako handlowych używanych także w innych postępowaniach. Ocenił cenę zaoferowaną, jako realną mającą charakter rynkowy w województwie podkarpackim, potwierdził, że kosztorys

inwestorski w analogicznych postępowaniach z reguły jest zawyżany i nie uwzględnia możliwych ulg, rabatów. Z przeprowadzonego rozeznania wnioskuje, iż ceny wykonania jednego metra bieżącego wodociągu na lokalnym runku wynosi średnio około 100 zł za metr. Na podstawie treści kosztorysu złożonego z wyjaśnieniami stwierdził, że wykonawca oferuje materiały o wymaganej jakości. Złożył wyciąg z biuletynu cenowego dla województwa podkarpackiego ze stawkami robocizny. Zauważył, że Przystępujący zadeklarował wykonanie zamówienia siłami własnymi w odróżnieniu od Odwołującego, co ma wpływ na cenę.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił zasadność utajnienia złożonych przez siebie informacji. Wskazał na własne korzystne warunki kosztowe w zakresie materiałów i maszyn. Podkreślił znajomość terenu, warunków hydrologicznych, geologicznych i ukształtowania terenu. Złożył własne wyliczenie kosztów robocizny stwierdzając, że koszt ogółem jest w wysokości około 270 tys. i jest porównywalny z przedstawionym przez Odwołującego. Przypomniał, że wynagrodzenie w tym postępowaniu jest ryczałtowe, a dokonywane kalkulacje kosztów robocizny i sprzętu mają jedynie charakter pomocniczy. Stwierdził, że w jego kalkulacji koszt wykonania metra bieżącego wynosi 139 zł tj. wyżej niż średnia na rynku lokalnym w wysokości 100 zł. Zauważył, że podstawowa różnica w składnikach cenowych wynika z cen materiałów, co do których przedstawił konkretną ofertę sprzedawcy w złożonych wyjaśnieniach (pierwszych podstawowych).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść oferty uznanej za najkorzystniejszą, wyjaśnienia wykonawcy udzielone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny Izba przeanalizowała treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w ramach obowiązkowej procedury opartej na art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Przedstawione wyjaśnienia w ocenie składu orzekającego potwierdziły realność zaoferowanej ceny, a pomimo odmiennych twierdzeń odwołującego są spójne i wiarygodne. Istotnie, zamawiający po otrzymaniu od wykonawcy wyjaśnień ponownie wezwał do ich uzupełnienia mając na uwadze, że minimalne wynagrodzenie wskazane w wyjaśnieniach, jakkolwiek obowiązujące w dacie składania oferty, nie było zgodne z obowiązującym począwszy od dnia 1 stycznia 2018 r., tj. w okresie przewidywanym na realizację zamówienia. W zakresie tego jednego elementu wykonawca złożył wyjaśnienie zauważając, że cena 1 roboczogodziny jako składowa ceny ofertowej nie stanowi istotnego elementu ceny całkowitej jak i kwoty robocizny zakładanej w kalkulacji ceny ofertowej określonej jako ryczałtowa. Wskazał, że założył skierowanie do realizacji średnio 8 pracowników, w przeliczeniu na cały czas trwania zamówienia tj. 8 miesięcy. Przy tym założeniu koszt zatrudnienia kształtował się będzie na poziomie 134 000 zł przy wynagrodzeniu minimalnym w kwocie 2 100 zł brutto. Wynikowo koszt robocizny pozostaje niezmienny i wynosi 270 770,95 zł. Przedstawione wielkości zostały przedstawione w złożonym kosztorysie oraz kosztorysie uproszczonym.

Skład orzekający uznaje za wiarygodne dokumenty przedstawione przez zamawiającego obrazujące poziom cen za analogiczne roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowej na rynku lokalnym tj. w gminach województwa podkarpackiego. Nie ma również podstaw do negocjowania cen materiałów oferowanych przez dystrybutora przystępującemu wykonawcy, co ma o tyle istotne znaczenie, że koszty materiałowe są najdroższym elementem kosztu i ceny oferty.

Powyższe dowody potwierdzają, że cena oferty przystępującego, który przy średniej cenie realizacji sieci wodociągowej w regionie kształtującej się na poziomie 100 za 1 metr bieżący, oparta na kalkulacji zakładającej wykonanie jednego metra bieżącego za 139 zł, została ustalona na realnym poziomie.

W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji skład orzekający zauważa, że dotyczy on przewidywanych skutków złożenia oferty z niską ceną; zatem ocena dotycząca ceny jako nie będącej rażąco niską prowadzi do wniosku o braku zamiaru eliminacji konkurentów z powodu realizacji zamówienia poniżej kosztów.

Z tego względu orzeczono o oddaleniu odwołania.

Natomiast w ocenie składu orzekającego zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, narusza zasadę jawności statuowaną przepisem art. 8 ustawy pzp. W szczególności nie odtajniono nawet uzasadnienia powodów zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a treść tych argumentów sprowadza się w istocie do przytoczenia orzeczenia KIO w sprawie 2602/13 oraz orzeczenia Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. I CKN 304/00. Wykonawca nie wykazał, na czym polega deklarowana wyjątkowość dostępną tylko jemu przy realizacji zamówienia, w tym możliwość pozyskiwania materiałów, korzystnych kosztów pracy i kosztów sprzętu. Izba uznaje, że nie było podstaw do odmowy ujawnienia zastrzeżonych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o sposobie kalkulacji ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, co stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy pzp przez niezasadne przyjęcie, że wykonawca skutecznie zastrzegł złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wyjaśnienia dotyczące ceny oferowanej.

Powyższe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, co oznacza, że ma zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na powyższe, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: