

Sygn. akt: KIO 697/23

WYROK
z dnia 28 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca **2023 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) R.D.M. Śródmieście Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (2) P. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa WANTA P. Z. z siedzibą w Jordanowie**(Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz (2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) R.D.M. Śródmieście Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (2) P. Z. prowadzący**

działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa WANTA P. Z. z siedzibą w Jordanowie, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) R.D.M. Śródmieście Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (2) P. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa WANTA P. Z. z siedzibą w Jordanowie** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) R.D.M. Śródmieście Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (2) P. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa WANTA P. Z. z siedzibą w Jordanowie** na rzecz - **Zamawiającego – Zarządu Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 836 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy osmiuset trzydziestu sześciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu do na posiedzenie i rozprawę do Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Naprawa i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej– Obszar 2 Część 1 Podgórze obejmujący Dzielnice VIII, IX, X”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 225-648717.

Dnia 13 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp” w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) R.D.M. Śródmieście Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (2) P. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa WANTA P. Z. z siedzibą w Jordanowie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec:

1. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. zaniechania wykluczenia Wykonawców działających wspólnie (1) ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz (2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Konsorcjum ZUE”) oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy z postępowania;
3. zaniechania przekazania Odwołującemu wszystkich załączników do protokołu postępowania, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp oraz zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE, mimo iż przedstawione wyjaśnienia potwierdzają fakt, iż oferta Konsorcjum ZUE jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny i nie stanowi odpowiedzi na wszystkie wątpliwości wyrażone przez Zamawiającego;
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) - c) Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i prawdopodobnie nie spełnia ich w ogóle;
3. Art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 109 ust. 3 a contrario art. 110 ust. 2 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ZUE z postępowania, mimo iż Konsorcjum ZUE

złożyło samoocyszczenie, w którym kwestionuje samą podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp;

4. Art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE oraz wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania;
3. ewentualnie prowadzenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oraz właściwości podmiotowych Konsorcjum ZUE;
4. nakazania Zamawiającemu udostępnienia załączników do protokołu z postępowania w terminie 3 dni od dnia uwzględnienia odwołania;
5. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty Wykonawcy Konsorcjum ZUE.

Odwołujący wskazał, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna być zostać uznana za najkorzystniejszą. Na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum ZUE oraz zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania i w konsekwencji wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum ZUE, jako najkorzystniejszej, Wykonawca składający odwołanie nie uzyska zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. W ten sposób Odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia.

Informację o wyborze oferty Odwołujący otrzymał 02/03/2023 r., więc termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w terminie, a wpis od odwołania został uiszczony.

Odwołujący zaznaczył, że w postępowaniu złożono dwie oferty, tj. Odwołującego oraz Konsorcjum ZUE.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia Konsorcjum ZUE w oparciu o art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp oraz zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp.

Dnia 27 grudnia 2022 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum ZUE wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny w oparciu o art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 2 Pzp.

Zamawiający zauważył, iż szacunkowa wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT wynosi 36 699 452,19 zł natomiast cena oferty Wykonawcy ZUE to tylko 24 999 060,00 zł brutto. Z tego powodu Zamawiający wymagał od Konsorcjum ZUE wykazania, iż cena jego

oferty nie jest rażąco niska, w tym w szczególności wskazania obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający w szczególności wzywał do wyjaśnienia kwestii zgodności z prawem pracy i zabezpieczenia społecznego oraz kosztów z tych związanych. Zamawiający wymagał udzielenia wyjaśnień na okoliczność, czy oferta Konsorcjum ZUE uwzględnia:

1. wszystkie wymagania zawarte w SWZ;
2. obejmuje całkowity koszt realizacji zamówienia;
3. Wykonawca Konsorcjum ZUE został zobowiązany do złożenia dowodów na okoliczność czy oferta Konsorcjum ZUE uwzględnia:
4. wszystkie wymagania zawarte w SWZ;
5. obejmuje całkowity koszt realizacji zamówienia.

Wyjaśnienia miały zostać złożone do 03/01/2023 r., niemniej na skutek dalszej wymiany pism Zamawiający zgodził się na przedłużenie terminu do udzielenia wyjaśnień o tydzień, czyli do 10/01/2023 r.

Odpowiedź Konsorcjum ZUE jest datowana na 10/01/2023 r. W wyjaśnieniach wskazano na:

1. Doświadczenie Konsorcjum ZUE w realizacji tego typu zamówień;
2. Zdaniem Konsorcjum ZUE zbliżoną cenę oferty Odwołującego;
3. Posiadanie bazy „materiałowo- transportowej” i dyspozytorni na terenie Krakowa;
4. Własny potencjał sprzętowy, który jednak ma być uzupełniany również o najem sprzętu;
5. Typowy sposób realizacji zamówienia;
6. Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę z wynagrodzeniem wyższym niż minimalne;
7. Kreatywne zarządzanie czasem pracy i wynagrodzeniem pracowników.
8. Zamieszczono także kalkulację ceny oferty.

Ad. 1. do 5

Są to okoliczności, które w żaden sposób nie uzasadniają możliwości obniżenia ceny realizacji zamówienia udzielanego w postępowaniu. Ogólne sformułowania, pozostawione bez dowodów oraz w żaden sposób nie przyporządkowane do konkretnych kwot oszczędności względem wyceny szacunkowej dokonanej przez Zamawiającego. Należy je uznać za okoliczności standardowe, powszechne posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji umowy udzielanej w postępowaniu oraz bazy w mieście, w którym mają być wykonywane roboty. W szczególności, iż jest to postępowanie prowadzone w celu udzielenia zamówienia o wartości około 30.000.000 zł.

Posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału sprzętowego to właściwości podmiotowe, konieczne do realizacji zamówienia, natomiast z okoliczności wskazanych przez ZUE wynika, iż cena oferty Konsorcjum ZUE powinna być wyższa. Podmiot doświadczony, który cały sprzęt wymagany przez Zamawiającego do realizacji

zamówienia, zamierza wynajmować (dowód: Wykaz sprzętu, wyjaśnienia ceny) i posiada duże obciążenie pracą raczej dyktuje wyższe ceny.

Ad. 6.

Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę było wymaganiem wyrażonym w pkt 1 ust. 3 SWZ, natomiast wypłata wynagrodzenia wyższego niż minimalnego w sposób oczywisty nie jest argumentem pozwalającym na obniżenie ceny. Ponadto odpowiedź i przedstawione do niej dowody dotyczą „przykładowych” pracowników, a nie osób realnie skierowanych do realizacji zamówienia, a więc odpowiedź ta nie stanowi nawet potwierdzenia, iż wycena zamówienia została dokonana przy uwzględnieniu przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz kosztów z tych związanych.

Ad. 7.

Odwołujący przywołał następujące zapisy Dokumentacji Zamówienia pochodzące z Projektowanych Postanowień Umowy

- § 3 ust. 2 pkt 12) PPU Każdorazowego informowania Zamawiającego o dokładnym czasie rozpoczęcia i zakończenia robót poprzez przekazanie informacji w godzinach pracy Zamawiającego, tj. od godz. 7.30 do godz. 15.30, osobie nadzorującej prace. Rozpoczynanie i zakańczanie prac w pozostałych godzinach i dniach wolnych od pracy należy zgłaszać do Centrum Sterowania Ruchem ZDMK tel .12 616 7555; koordynatorzy i pracownicy muszą być więc dostępni w godzinach pracy Zamawiającego

- § 3 ust. 34 Uszkodzenia nawierzchni jezdni lub chodników zagrażające bezpieczeństwu ruchu (głębokie ubytki) Wykonawca oznakuje lub zabezpieczy w okresie do 1 godziny od przyjęcia zgłoszenia i naprawi w okresie do 12 godzin od momentu przyjęcia zgłoszenia. Do prac zabezpieczających może zastosować masę na zimno w przypadku ubytków. Konieczność zabezpieczenia w terminie 1 godziny oznacza, iż Wykonawca ma obowiązek utrzymywać brygady oraz koordynatorów w gotowości, czego nie gwarantuje praca na część etatu.

- § 3 ust. 35. Uszkodzenia powstałe w wyniku sytuacji awaryjnych, zagrażające bezpieczeństwu ruchu, Wykonawca oznakuje w okresie do 1 godziny od przyjęcia zgłoszenia i rozpocznie prace niezwłocznie, lecz nie później niż do 2 godzin od momentu przyjęcia zgłoszenia. W przypadku prac awaryjnych termin rozwiązania jest jeszcze krótszy. Sytuacje awaryjne na terenie 3 dzielnic Krakowa mogą wystąpić więcej niż jedna równocześnie i dlatego Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 3 pkt 18 PPU wymagał zapewnienia minimum czterech koordynatorów z samochodami osobowymi przystosowanymi do przewozu co najmniej 4 osób, którzy na wezwanie osoby nadzorującej Zamawiającego będą wspólnie w terenie ustalać zakresy i sposób robót; będą dostępni na wezwanie Zamawiającego, a nie na pół etatu. Współdziałanie z Zamawiającym oraz raportowanie o zakończonych pracach to nie jedyne obowiązki koordynatorów. Wykonawca nie przewidział innych pracowników

„z samochodami”, a więc to do koordynatorów będzie należało również robienie objazdów wszystkich ulic w 3 dzielnicach w Krakowie, która to czynność dalej ograniczy czas dostępności koordynatorów.

Nieprawidłowym jest również przyporządkowanie innych pracowników na pół etatu. Zamawiający wymagał w Dokumentacji Zamówienia na 9 stronie SWZ Część III ust. 3 pkt 2) dysponowania przez Wykonawcę:

- 4 brygadami do wykonywania robót bitumicznych - 1 brygada powinna składać się z min. 4 osób

- 6 brygadami do wykonywania prac brukarskich - 1 brygada powinna składać się z min. 4 osób

Co daje w sumie 40 osób. Każda z wymienionych brygad musi pozostawać dostępna dla Zamawiającego w pełnym etacie, co oznacza, że jeżeli Konsorcjum ZUE ma zamiar korzystać jedynie z części etatu pracowników to powinno wskazać ich więcej niż 40, a nie 20.

Poniżej opisu przywołanego warunku udziału w postępowaniu na stronie 10 SWZ Zamawiający zamieścił następującą adnotację:

„Uwaga, w/w brygady będą musiały zapewnić wykonywanie prac jednocześnie w różnych lokalizacjach, w związku z tym ich skład osobowy winien zagwarantować terminową realizację zleconych prac jednocześnie w różnych lokalizacjach”, co potwierdza interpretację dokonaną przez Odwołującego.

Ad. 8. kalkulacja ceny oferty.

Zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum ZUE *„Dla kalkulacji kosztów bezpośrednich wykonania robót, Konsorcjum przyjęło stawkę robocizny (R) na poziomie 25,32 zł netto/ r-g (w załączeniu wyliczenie stawki kosztorysowej), w której to stawce uwzględniono koszty BHP, odzież ochronną, środki czystości, napoje, posiłki regeneracyjne i profilaktyczne, koszty ubezpieczeń, funduszy socjalnych.”*

Wyliczenie stawki kosztorysowej, do którego odnosi się Konsorcjum ZUE oparto o:

1. obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2022 roku tj. 3.010,00 zł brutto,
2. średni miesięczny czas pracy dla 2022 roku wynoszący 167 godzin.

Już te informacje w ocenie Odwołującego wskazują na nierealność kalkulacji przekazanej przez Konsorcjum ZUE.

Zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 6 na stronie 3 wyjaśnień Konsorcjum ZUE „pracownicy, którzy są przeznaczeni do wykonania zadania są pracownikami zatrudnionymi na umowę o pracę z wynagrodzeniem wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę”.

Jednoznacznie wskazano więc, iż zamówienie będzie realizowane przez pracowników zarabiających więcej niż wynagrodzenie minimalne, a kalkulację oparto

o wynagrodzenie minimalne powiększone o narzuty, które również nie muszą odpowiadać tym, które są realne dla Konsorcjum ZUE, gdyż wobec narzutów również brak jakichkolwiek dowodów lub norm. Innymi słowy wskazano abstrakcyjne, oderwane od przedmiotu zamówienia i postępowania koszty realizacji „DLA ROBÓT BUDOWLANO-MONTAŻOWYCH ORAZ USŁUG W ZAKRESIE GOSPODAROWANIA NIERUCHOMOŚCIAMI”.

Zdaniem Odwołującego wykonawca wezwany do wyjaśnienia ceny, nie powinien wskazywać, iż teoretycznie jest ono za daną cenę wykonalne, tylko ma obowiązek odnieść się do własnych, konkretnych kosztów i możliwości ich obniżenia, tymczasem kalkulację oparto o założenie minimalnej stawki, która nie odpowiada możliwościom Konsorcjum ZUE.

Stawka 3.010,00 zł brutto jest stawką nieprawidłową. Nie tylko realizacja zamówienia nie rozpocznie się w 2022 r. ale same wyjaśnienia złożono 10 stycznia 2023 r., kiedy minimalną, zgodną z prawem stawką wynagrodzenia o pracę była kwota 3.490 zł brutto, a więc o ponad 480 zł i prawie 16% więcej niż przyjął wykonawca ZUE.

Informacje podane w kalkulacji są również nieścisłe, gdyż kwota 25,32 zł nie jest kwotą netto, tylko kwotą z kosztami pracodawcy.

Z ostrożności należy zauważyć, iż minimalne dla III i IV kwartału stawki SEKOCENBUD są w istocie błędne, gdyż wykonanie zamówienia po tych stawkach nie jest możliwe przez Konsorcjum ZUE. Wyliczenia SEKOCENBUD oparto o minimalne wynagrodzenia, których Konsorcjum ZUE nie stosuje.

W dalszej części wykonawca ZUE tworzy kategorię kosztu netto (w kosztach brutto pracodawcy) w odniesieniu do umów o pracę. W tym zakresie zaniżono ilość etatów o połowę, gdyż Wykonawca ZUE nie tylko niesłusznie przyjął 40 pracowników, gdyż należy doliczyć również pracowników-operatorów maszyn i in. specjalistów ale również zaniżył ich czas pracy o ½ etatu.

Kwota 5 450 336,64 zł w żaden sposób nie przystaje do już wcześniej wskazanych wartości, nie oparto jej o żadne dowody i nie wiadomo dlaczego to właśnie taka kwota została podana przez Konsorcjum ZUE.

Nie uwzględniono również zdaniem Odwołującego następujących kosztów związanych z kosztami pracy:

1. stawki nocne i związane z pracą w weekendy, które stanowią 150% do 200% wynagrodzenia;
2. przyjęto wyłącznie 20 etatów pracowników, gdy do realizacji zamówienia jest potrzeba, więcej niż 40 pracowników;
3. nie uwzględniono realizacji części zadań przez pracowników podmiotu trzeciego, który ma siedzibę w Katowicach, a więc konieczne jest opłacenie delegacji, w tym dojazdu i noclegu pracowników, co jest konieczne przy pracy nocnej oraz terminach usunięcia awarii lub zwykłych braków (od 2h do 12h);

4. nie uwzględniono operatorów sprzętu, tymczasem skoro Konsorcjum ZUE nie wskazało podmiotu trzeciego, który miałby jej ten sprzęt użyczać, ma zamiar wynajmować sprzęt bez operatorów. Tymczasem Zamawiający w Dokumentacji Zamówienia, na stronie 11 SWZ zamieścił następującą adnotację:

„Uwaga: Wykonawca, który dysponuje sprzętem (bez operatora) jako np. użytkownik, najemca, dzierżawca czy leasingobiorca dysponuje nim jak właściciel. W związku z tym nie jest to dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. W takim przypadku Wykonawca nie musi wykazywać w ofercie podmiotu który np. użyczył lub wynajął mu sprzęt jako podmiotu udostępniającego mu zasoby a co się z tym wiąże nie musi przedkładać wraz z ofertą zobowiązania takiego podmiotu”

co Odwołujący interpretuje jako zobowiązanie do realizacji zamówienia za pomocą operatorów maszyn, których zatrudnia wybrany Wykonawca, a których wynagrodzenia nie zostały uwzględnione w kalkulacji ceny oferty.

Nie wiadomo na jakiej podstawie wyliczono kwotę 1 696 287,10 zł netto (w kosztach brutto pracodawcy). Sformułowanie „*netto w kosztach brutto pracodawcy*” nie tylko jest pozbawione sensu ale sama kwota nie została poparta dowodami ani wyliczeniami.

Nie wiadomo na jakiej podstawie przyjęto koszty zarządu lub koszty „ogólne”. Konsorcjum ZUE nie odniosło się do żadnych norm ani nie przedstawiło żadnych dowodów na ich realność w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Konsorcjum ZUE nie odpowiadają na żadne pytanie zadane przez Zamawiającego oraz nie przedstawiono w nich żadnych dowodów ani rzetelnych kalkulacji - kalkulacje, które przedstawiono nie odnoszą się do odpowiednich przepisów ani do przedmiotu zamówienia. Złożony dokument stanowi zbiór luźnych rozważań na temat sposobu wykonania zamówienia, czasami tylko odnosząc się do ceny. Taki dokument nie pozwala na ocenę rzetelności wyceny zamówienia przedstawionej przez Wykonawcę ZUE. Cena Konsorcjum ZUE jest całkowicie nierealna. Wyjaśnienia Konsorcjum ZUE są na tyle ogólne, a cena na tyle odbiega od szacunków Zamawiającego, iż należy stwierdzić, iż cała oferta Konsorcjum ZUE została zaniżona.

Kwestie pominięte w kalkulacji lub wyjaśnieniach:

Do oferty Wykonawcy Konsorcjum ZUE załączono Kosztorys Ofertowy.

Suma wszystkich pozycji kosztorysowych wynosi 24 999 060 zł. Zdaniem Zamawiającego suma ta była na tyle niska, iż uzasadniała wezwanie Konsorcjum ZUE do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny budząc wątpliwości czy Wykonawca ma zamiar realizować umowę zgodnie z warunkami zamówienia oraz czy oferta obejmuje wszystkie koszty. Na te okoliczności Konsorcjum ZUE miało nie tylko złożyć wyjaśnienia ale również przedstawić dowody - żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawiono, a Konsorcjum ZUE nawet nie odnosi się do Kosztorysu Ofertowego w swoich wyjaśnieniach.

Kwestią bezsporną pozostaje, iż kwota 24 999 060,00 zł to suma 112 pozycji cenowych wskazanych w kosztorysie ofertowym. Część z tych pozycji zaniżono w oderwaniu od realiów rynkowych. Zdaniem Odwołującego, aby wykazać, iż suma 112 pozycji nie została zaniżona, obejmuje wszystkie koszty realizacji zamówienia i sposób wykonania zgodny z wymaganiami Zamawiającego, Konsorcjum ZUE musiałyby wykazać, które pozycje cenowe może wykonać szczególnie tanio i dlaczego albo, jakie czynniki pozwoliły obniżyć cenę łączną oferty.

W Wyjaśnieniach Konsorcjum ZUE nie przedstawiło ani jednej okoliczności, która przekłada się na konkretne oszczędności względem realiów rynkowych lub szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący bez trudu zidentyfikował pozycje, które zostały zaniżone; tabela zawierająca zestawienie zaniżonych kosztów stanowi załącznik nr 1 do odwołania.

Zdaniem Odwołującego nie tylko koszty pracy ale również koszty materiałów zostały zaniżone, a sprzętu w ogóle nie uwzględniono. Wykonawca Konsorcjum ZUE nie przedstawia żadnych dokumentów, które świadczą o tym, iż jego kosztorys obejmuje realne ceny materiałów.

Konsorcjum ZUE nie uwzględniło kosztów najmu sprzętu, w zakresie w jakim go nie posiada, a przecież Konsorcjum ZUE brakuje podstawowych narzędzi koniecznych do wykonania zamówienia.

W Kalkulacji pominięto również koszty wynikające z § 2 ust. 10 pkt 2) i 3) PPU, a więc między innymi:

1. koszty planu BIOZ;
2. robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych;
3. organizowania zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy;
4. projektu tymczasowej organizacji ruchu i wprowadzenia tymczasowej organizacji ruchu;
5. dozoru budowy;
6. architektoniczne oraz kosztów wynikających z § 3 ust. ust 3 PPU:
7. nadzoru archeologicznego;
8. badań laboratoryjnych;
9. projektów wraz z pozwoleniem konserwatora zabytków.

Konsorcjum ZUE nie tylko nie przedstawiło kosztów sumarycznych dotyczących tych pozycji ale nawet kosztów pracy związanych z czynnościami, do czego było zobowiązane.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a na podstawie 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.

Dokonując wykładni art. 224 ust. 6 Pzp należy stwierdzić, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (i) nie złożył wyjaśnień lub (ii) złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przy czym zarówno pierwszą, jak i drugą przesłankę należy rozpatrywać w kontekście art. 224 ust. 5 Pzp. Innymi słowy ciężar dowodu co do braku rażąco niskiej ceny zarówno przed Zamawiającym, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą leży na Wykonawcy, którego oferta została zbadana w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum ZUE odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań Zamawiającego, są wadliwe. Podstawę do obalenia domniemania prawnego, iż oferta Konsorcjum ZUE jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny mogłyby stanowić tylko wyjaśnienia kompletne i odpowiadające na wszystkie wątpliwości Zamawiającego. Tymczasem wyjaśnienia Konsorcjum ZUE są niekompletne, nie odpowiadają na wszystkie pytania Zamawiającego i ostatecznie należy uznać je za potwierdzające istnienie wady rażąco niskiej ceny, a więc oferta tego Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, przy czym zdaniem Odwoływającego chodzi także o częściową bierność Wykonawcy, a więc również o nieudzielenie wyjaśnień w pełnym wymaganym zakresie. Skoro Konsorcjum nie przedstawiło dowodów, do przedstawienia których zostało wzywane oraz kalkulacji dotyczących całkowitej ceny oferty to należy uznać, iż jego oferta podlega odrzuceniu również w oparciu bezpośrednio o art. 224 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwoływającego pojęcie „przedmiot zamówienia” należy w tym wypadku rozumieć szeroko i odnosić je do całości zapisów dokumentacji postępowania. W takiej sytuacji nawet wykazanie przez Konsorcjum ZUE, iż prawdopodobnie osiągnie zysk z realizacji zamówienia ale uczyni to niezgodnie z zapisami Dokumentacji Zamówienia, przez np. niestaranne, niezgodne z wymaganiami wykonywanie niektórych prac, należy ocenić jako potwierdzenie obarczenia oferty Konsorcjum ZUE wadą rażąco niskiej ceny - zdaniem Odwoływającego zachodzi przynajmniej taka sytuacja, gdyż Wykonawca Konsorcjum ZUE zakłada niezgodne z Dokumentacją Zamówienia obniżenie kosztów realizacji zamówienia poprzez pominięcie wykonywania niektórych czynności.

Reasumując, Odwoływający uważa, że oferta Konsorcjum ZUE jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny, a złożone przez Konsorcjum ZUE wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz nie przedstawiono do nich dowodów, których

przedstawienia wymagał Zamawiający. Ponadto Wykonawca uzasadnia swoją cenę w sposób niezgodny z zapisami i celem określonym w Dokumentacji Zamówienia.

Gdyby Izba uznała, że wezwanie było nieprecyzyjne i Wykonawca ZUE nie był zobowiązany do udzielenia konkretnych wyjaśnień wraz z wyliczeniem ceny, w tym konkretnych pozycji kosztorysowych, to w postępowaniu doszło do naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ZUE do wyjaśnienia ceny w pełnym zakresie.

Z licznych braków dotyczących wyceny prac Odwołujący wywodzi również, iż Konsorcjum ZUE ma zamiar obniżyć koszty poprzez wykonanie zamówienia w sposób niepełny, niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Ewentualnie, gdyby Izba uznała, iż:

1. wezwanie do wyjaśnień ceny skierowane do Konsorcjum ZUE nie obejmowało konieczności wyjaśnienia ceny w całości;

2. koszty pracy zostały wyjaśnione dostatecznie;

którym to obu okolicznościom Odwołujący zaprzecza, należy wskazać, iż Zamawiający powinien wystosować również wezwanie do wyjaśnienia konkretnych pozycji cenowych, wskazanych w załączniku nr 1 do odwołania, które mają wpływ na łączną cenę oferty.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) - c) Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum ZUE przygotowało „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY O ZAKRESIE WYKONANIA ZAMÓWIENIA PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA” na podstawie załącznika nr 4 do SWZ. Z tego właśnie oświadczenia wynika, iż zarówno Wykonawca Energopol sp. z o.o. (członek konsorcjum), jak i Wykonawca ZUE S.A. (lider konsorcjum) może wykonać samodzielnie w całości wszystkie roboty, które przewidziano dla danego Wykonawcy, co w przypadku Wykonawcy Energopol sp. z o.o. oznacza wszystkie prace, co do których Zamawiający wymagał posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

W dokumentacji zamówienia, na stronie 9 SWZ Część 3, ust. 3 lit. d pkt 1, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali:

- roboty budowlane na terenie miasta/aglomeracji miejskiej powyżej 100 tys. mieszkańców polegające na wykonaniu:

- remontów/przebudów warstw nawierzchni bitumicznych – 100 000 m²
- remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych – 100 ton
- wykonania nawierzchni tłuczniowych lub podbudów – 30 000 m²

- wykonania remontów/przebudów chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej – 10 000 m²
- wykonania krawężników kamiennych lub betonowych – 5 000 mb
- wykonania nawierzchni z kamienia naturalnego- 1 000 m²”

Zgodnie z oświadczeniem przygotowanym na podstawie załącznika nr 4 do SWZ Wykonawca ZUE S.A. (lider Konsorcjum) zrealizuje następujące roboty budowlane:

1. remonty lub przebudowę nawierzchni bitumicznych
2. remonty cząstkowych nawierzchni bitumicznych
3. remonty lub przebudowy chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej
4. wykonanie nawierzchni tłuczniowych lub podbudów
5. wykonanie krawężników kamiennych lub betonowych.

Roboty te nie podlegają żadnym ograniczeniom ilościowym lub lokalizacyjnym. Z przedstawionego oświadczenia należy wysnuć wniosek, iż Konsorcjum zakłada, że Wykonawca ZUE S.A. może wykonać każdą z robót w całości, tymczasem ZUE S.A. nie wykazała nawet w najmniejszym stopniu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych.

Podobnie Wykonawca Energopol sp. z o.o. na podstawie tego samego załącznika może wykonywać następujące prace bez żadnych ograniczeń:

1. remonty lub przebudowę nawierzchni bitumicznych
2. remonty cząstkowych nawierzchni bitumicznych
3. wykonanie nawierzchni tłuczniowych lub podbudów
4. remonty lub przebudowy chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej
5. wykonanie krawężników kamiennych lub betonowych
6. wykonanie nawierzchni z kamienia naturalnego

Wykonawca Energopol nie wykazał posiadania odpowiedniego doświadczenia w celu wykonania remontów/przebudów nawierzchni bitumicznych, a nie wykazał w ogóle doświadczenia niezbędnego do wykonania remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych oraz wykonania remontów/przebudów chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 5 grudnia 2022 r., o sygn. akt KIO 3041/22 *„podział zadań między konsorcjantów przy realizacji zamówienia musi być paralelny z posiadanymi przez nich zasobami. Na tym właśnie polega łączenie, w ramach konsorcjum, osiadanych potencjałów: Posiadany zasób musi być realny – co oznacza, że doświadczenie, nabyte przez jednego z obecnych konsorcjantów w ramach innego, poprzednio realizowanego zamówienia, musi być po pierwsze faktycznie nabyte (co należy potwierdzić odpowiednimi dokumentami), a ponadto odpowiadać zakresowi prac, jakie tenże konsorcjant będzie realizował obecnie.”*

Innymi słowy Izba stwierdziła, iż konieczne jest:

1. ustalenie jaki podział prac zaproponowało Konsorcjum, którego spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest badane;
2. a następnie sprawdzenie, czy zasoby, którymi dysponuje konsorcjant mający wykonywać daną część zamówienia są wystarczające.

Wyrok ten został zaskarżony ale wskazana wykładnia poczyniona przez Izbę ani nie jest, ani nie wydaje się, aby mogła zostać skutecznie zakwestionowana, gdyż jest całkowicie zgodna z przepisami.

Ad. 1 Zgodnie z art. 117 ust. 4 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Oznacza to, iż rolą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. Konsorcjum ZUE) jest wskazanie, który z Wykonawców wykona, które prace.

Ad. 2 Na podstawie art. 117 ust. 3 Pzp W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można powoływać się na wiedzę i doświadczenie wyłącznie tego członka konsorcjum, który wykonuje zadania, do których dana wiedza i doświadczenie są niezbędne.

To po stronie Konsorcjum ZUE, a nie Izby lub Zamawiającego leżało precyzyjne przyporządkowanie prac do posiadanej wiedzy i doświadczenia przez członków Konsorcjum ZUE. Skoro z przekazanego OŚWIADCZENIA WYKONAWCY O ZAKRESIE WYKONANIA ZAMÓWIENIA PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA wynika, iż Energopol może wykonać całe zamówienie, w zakresie w którym potrzebna jest wiedza i doświadczenia, to powinien wykazać posiadanie wiedzy i doświadczenia odpowiadającego całości wymagań Zamawiającego. Podobnie sytuacja przedstawia się również z doświadczeniem lidera ZUE S.A. Żaden z członków Konsorcjum ZUE nie dysponuje samodzielnie wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia.

W odniesieniu do dysponowania wiedzą i doświadczeniem przez Konsorcjum ZUE, Konsorcjum dokonało skutecznego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego ZRDiTZ „ROMUS” J. M., M. R. Spółka Jawna. Ustawodawca w art. 118 ust. 2 Pzp określił, iż w odniesieniu do warunków dotyczących (...) doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Powołanie się na

zasoby ZRDiTZ „ROMUS” J. M., M. R. Spółka Jawna w formularzu oferty Konsorcjum ZUE oraz przedstawione oświadczenie tego podmiotu ma charakter pozorny, gdyż:

1. Zgodnie z treścią oświadczenia w sprawie podziału prac, remonty częściowe nawierzchni bitumicznych zostały przypisane do wykonania przez członków Konsorcjum ZUE, a nie przez podwykonawcę;
2. Koszty wykonania prac przez podmiot trzeci ani ewentualnego dojazdu lub delegacji pracowników podmiotu trzeciego nie zostały uwzględnione w wyjaśnieniach ceny Konsorcjum ZUE;
3. Konsorcjum ZUE wskazało, iż nie planuje udziału żadnego podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie jako podwykonawcy poprzez złożenie następujących oświadczeń w formularzu oferty:

„8. Następujące części zamówienia zamierzamy powierzyć podwykonawcy:*

całość robót za wyjątkiem:

- koordynacji i zarządzania inwestycją
- część robót drogowych

9. Nazwy Firm, które będą realizowały roboty budowlane wyszczególnione w pkt. 8 (o ile są znane Wykonawcy):*

Na etapie składania oferty nazwy podwykonawców nie są znane:”

Z ostrożności Odwołujący dodał, iż poprawienie oświadczeń jako oczywistej omyłki jest wykluczone, gdyż w żadnym innym oświadczeniu Konsorcjum ZUE ani nawet w oświadczeniu podmiotu trzeciego ZRDiTZ „ROMUS” J. M., M. R. Spółka Jawna nie wskazano, aby podmiot ten miał działać jako Podwykonawca, a więc realnie i zgodnie z przepisami nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Konsorcjum ZUE nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz może ich w ogóle nie spełniać, przy czym wobec Wykonawcy stosowano już procedurę dotyczącą wyjaśniania i uzupełniania dokumentów podmiotowych z art. 128 Pzp, a więc oferta Konsorcjum ZUE podlega odrzuceniu bez kolejnego wezwania.

Konsorcjum ZUE podlega również wykluczeniu z postępowania, co uzasadnia zastosowanie odrzucenia również z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Z ostrożności, gdyby Izba uznała, iż możliwe jest dalsze wyjaśnianie lub uzupełnianie kwestii podmiotowych wobec Konsorcjum ZUE, Odwołujący podniósł naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum ZUE w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 109 ust. 3 a contrario 110 ust. 2 Pzp

Dnia 23 stycznia 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych Konsorcjum ZUE złożyło JEDZ członka konsorcjum Energopol sp. z o.o.

27 stycznia 2023 r., po terminie na złożenie dokumentów podmiotowych, Wykonawca Konsorcjum ZUE złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których treści wskazało, iż

- Wykonawca Energopol zawarł układ z wierzycielami;
- wykluczenie Konsorcjum ZUE byłoby nieproporcjonalne, gdyż występują przesłanki negatywne z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ponadto, na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum ZUE złożyło 31 stycznia 2023 r. samooczyszczenie w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp, utajniając właściwie wszystkie merytoryczne informacje bez żadnego uzasadnienia, co nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane.

Wątpliwości Odwołującego budzi już sama możliwość złożenia skutecznego samooczyszczenia, w sytuacji, w której wykonawca, w tym w przypadku Konsorcjum ZUE, kwestionuje wystąpienie przesłanek do wykluczenia z postępowania. Nie mając dostępu do samooczyszczenia Odwołujący nie wie, czy ostatecznie Konsorcjum ZUE zgodziło się, iż występują przesłanki do wykluczenia Konsorcjum ZUE, czy też dalej kwestionuje wystąpienie takich przesłanek. Dopiero po zapoznaniu się z treścią samooczyszczenia i odpowiednią dokumentacją sądową będzie możliwe postawienie konkretnego zarzutu w oparciu o art 109 ust. 1 pkt 4 Pzp lub art. 110 ust. 2 Pzp. Niemniej zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 109 ust. 3 a contrario 110 ust. 2 Pzp - w przypadku gdyby faktycznie złożenie samooczyszczenia miało charakter pozorny, bez przyznania wystąpienia konieczności wykluczenia przez Konsorcjum ZUE, to zdaniem Odwołującego jest to przesłanka do dokonania formalno-prawnej i negatywnej oceny skuteczności przekazanego samooczyszczenia i tym samym wykluczenia Konsorcjum ZUE z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp już na tym etapie.

Odwołujący przywołał i przyjmuje jako własną wykładnię art. 110 ust. 2 Pzp zaprezentowaną przez A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 110: *„Instytucja samooczyszczenia dotyczy sytuacji, w której pomimo zaistnienia wobec wykonawcy podstawy wykluczenia, może on nie podlegać wykluczeniu, ponieważ udowodni, że jest wykonawcą rzetelnym oraz dającym rękojmię należytego wykonania umowy. Zamawiający podejmuje decyzję o tym każdorazowo po przeprowadzeniu przez wykonawcę określonej procedury sanacyjnej, w której ten udowodni, że podjął środki niezbędne, powodujące, że nie popełni on podobnego „czynu” w przyszłości. Wykonawca, wiedząc zatem, że zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, oraz mając świadomość tego, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania*

się o zamówienie. (...) Samooczyszczenie nie może zatem zostać przeprowadzone w sposób dorozumiany.”

Zarzut nieudostępnienia Odwołującemu protokołu z postępowania wraz z załącznikami w oparciu o art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp.

Wykonawca ZUE przedstawił długie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, w których twierdzi, iż następujące dokumenty stanowią jego tajemnicę:

- wyciągach bankowych – Odwołujący pozostawia ocenie Izby;
- bilansie finansowym na koniec 2022 r. - dokument jawny w każdym przypadku, obligatoryjnie udostępniany w KRS po jego zatwierdzeniu;
- postanowieniach o zatwierdzeniu i wykonaniu układu z wierzycielami - dokument jawny w każdym przypadku, akta spraw upadłościowych lub restrukturyzacyjnych są jawne;
- zarządzeniach w przedmiocie ujawnienia, że postanowienia z wierzycielami są prawomocne - dokument jawny w każdym przypadku, akta spraw upadłościowych lub restrukturyzacyjnych są jawne;
- zestawieniach realizowanych kontraktów wraz z planowanym zyskiem - dokument może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie częściowo, niemniej należy zauważyć, iż kontrakty publiczne oraz marże stosowane przez Konsorcjum ZUE są publicznie dostępne, nawet w tym postępowaniu;
- części opinii o możliwości wykonania układu - dokument jawny w każdym przypadku, akta spraw upadłościowych lub restrukturyzacyjnych są jawne.

W istocie dokumenty te utajniono w jednym celu, aby konkurencja działająca w branży nie mogła podważyć tez przekazywanych przez Konsorcjum ZUE w odniesieniu do sytuacji finansowej członka konsorcjum Energopol.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...), natomiast na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 02.03.2023 r. o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami Zamawiający zauważył, iż „Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 128 ust 4 ustawy Pzp dot. Oświadczenia z art. 125 (JEDZ) zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.”

Ponadto Zamawiający nie przekazał w ogóle treści wyjaśnień i samooczyszczenia, a nie tylko zastrzeżonych dokumentów, co do których przedstawiono uzasadnienie. Ponadto,

zastrzeżone dokumenty również powinny być zostać przekazane, gdyż jak wskazywał Odwołujący nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, być może z wyłączeniem dokumentów bankowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy i możliwość zaniechania czynności przez Zamawiającego, do których był w ocenie Odwołującego zobowiązany, w tym wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci uzyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz (2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Konsorcjum ZUE” lub „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Przystępujący złożył pisemne stanowisko procesowe, wraz z materiałem dowodowym, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ustaliła że:

Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał w punkcie 8, że następujące części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy*:

1. całość robót za wyjątkiem:

- koordynacji i zarządzania inwestycją
- część robót drogowych

W punkcie 9 „Nazwy Firm, które będą realizowały roboty budowlane wyszczególnione w pkt. 8* (o ile są znane Wykonawcy):

1. **Na etapie składania oferty nazwy podwykonawców nie są znane.**

10. Nazwy Firm podmiotów, na zasobach których Wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu*:

1. **ZRD I TZ "ROMUS" J. M., M. R. Spółka Jawna, ul. Roździeńska 27b, 40-389 Katowice, NIP: 9542271881, REGON: 2764676, KRS: 0000252403”.**

W ramach OŚWIADCZENIA WYKONAWCY O ZAKRESIE WYKONANIA ZAMÓWIENIA PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA, składanego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp Przystępujący podał, że

1. Wykonawca: **ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków**

(nazwa i adres wykonawcy)

spełnia: wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia

(warunek udziału w postępowaniu)

zrealizuje następujące roboty budowlane/usługi/dostawy*

- remonty lub przebudowę nawierzchni bitumicznych
- remonty częściowych nawierzchni bitumicznych
- remonty lub przebudowy chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej
- wykonanie nawierzchni tłuczniowych lub podbudów
- wykonanie krawężników kamiennych lub betonowych

2. Wykonawca: **PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWNICTWA INŻYNIERYJNEGO "ENERGOPOL" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. Salwatorska 14, 30-109 Kraków**

(nazwa i adres wykonawcy)

spełnia: wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia

(warunek udziału w postępowaniu)

zrealizuje następujące roboty budowlane/usługi/dostawy:

- remonty lub przebudowę nawierzchni bitumicznych
- remonty częściowych nawierzchni bitumicznych
- wykonanie nawierzchni tłuczniowych lub podbudów

- remonty lub przebudowy chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej
- wykonanie krawężników kamiennych lub betonowych
- wykonanie nawierzchni z kamienia naturalnego

Złożono również ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU UDOSTĘPNIAJĄCEGO ZASOBY, to jest ZRDITZ „ROMUS” Sp. Jawna z siedzibą w Katowicach, z którego wynika, że podmiot udostępnił niezbędne zasoby: **zdolność techniczna lub zawodowa**, przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Oświadczono, że powyższe zasoby udostępnia się na cały okres trwania realizacji przedmiotowego zamówienia i w sposób polegający na rzeczywistym tj. bezpośrednim uczestnictwie w jego realizacji polegającym na wykonaniu następujących robót budowlanych: **zgodnie z Część III pkt 3d, ppkt 1 roboty budowlane tiret drugi tj: remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych – 100 ton.**

Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej.

Wartość zamówienia powiększona o należy podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi 36 699 452,19 zł. Cena oferty wynosi 24 999 060,00 zł i jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek. Cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego (...). Wykonawca w celu udokumentowania, że cena nie jest rażąco niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie odrębnych przepisów,
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień i dowodów, czy oferta uwzględnia wymagania zawarte w SWZ, a oferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia: Wykonawca potwierdził, iż cena oferty została sporządzona w sposób rzetelny w oparciu o przekazaną dokumentację przetargową oraz uwzględniając doświadczenie Wykonawcy zgromadzone przy realizacji innych inwestycji infrastruktury miejskiej oraz świadczonych usług na terenie Krakowa i kraju.

Zaoferowana cena zawiera wszystkie składniki kosztowe (pośrednie jak i bezpośrednie) niezbędne do prawidłowego, terminowego, zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa i warunkami umowy wykonania całości przedmiotu umowy. W ofercie

uwzględniono ponadto koszty odpowiedniego sprzętu, materiałów eksploatacyjnych oraz założono marżę.

Przystępujący zauważył, że w postępowaniu ofertę złożyło dwóch wykonawców:

1 konsorcjum firm: R.D.M. Śródmieście SP. z o.o. – lider, Firma Handlowo – Usługowa „WANTA” P. Z. -Partner na kwotę 28 932 585 zł brutto

2. Konsorcjum firm: ZUE SA – Lider, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Energopol Sp. z o.o. – Partner na kwotę 24 999 060 zł brutto

Ze złożonych ofert wynika, iż obie oferty są poniżej budżetu inwestora, oraz obie są niższe po kilkadziesiąt procent od wartości zamówienia, która jest równa kwocie jaką Zamawiający opublikował tuż przed otwarciem ofert, o ponad 20%.

Cena oferty Przystępującego została skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie elementy i wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Kalkulując cenę oferty Wykonawca dokonał szczegółowej analizy przekazanej dokumentacji technicznej.

Jako czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny podano, że:

Atutem Wykonawcy jest posiadanie w Krakowie bazy materiałowo- transportowej zlokalizowanej przy ul. Półtangi 21 nr KW KR1P/00199773/5 oraz KR1P/00204399/8 oraz umów o stałej współpracy dotyczące wynajmu sprzętu. Terminowy wynajem sprzętu adekwatnego do zgłaszanej potrzeby pozwoliło Konsorcjum ograniczyć koszty związane z kosztami amortyzacji sprzętu i jego utrzymania w okresach zmniejszonej aktywności.

W nawiązaniu do art. 224 ust 3 pzp Konsorcjum wyjaśnia w zakresie:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

Konsorcjum, a głównie lider konsorcjum, od kilkadziesiąt lat świadczy usługi utrzymania infrastruktury tramwajowej i energetycznej i oświetlenia na terenie m. Krakowa. To pozwala wykorzystać to specjalistyczne doświadczenie związane z zarządzaniem zasobami i reagowanie na zgłaszane awarie w ciągu 24/h.

ZUE posiadana dyspozytornie na terenie m. Krakowa. Jedna dedykowana dla usług utrzymania infrastruktury w Krakowie przy ul. Śliwkowej 7 oraz kolejną przy ul. Półtangi 21 dla pozostałych usług świadczonych przez ZUE.

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

Za wyjątkiem typowego sprzętu budowlanego i drogowego tj. rozkładarki do mas bitumicznych , koparek ładowarek czy samochodów samowyładowczych, brygadówek, pojazdów specjalnych w łącznej ilości 43 jednostek sprzętowych, Konsorcjum ma zamiar korzystać z usług wynajmu sprzętu specjalistycznego.

3) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

oraz

4) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*

Konsorcjum nie uwzględniło w wycenie szczególnych rozwiązań technicznych czy oryginalności dostaw usług czy robót ze względu na fakt, iż przedmiotowe roboty usługi i dostawy są typowymi elementami infrastruktury drogowej. Unikalność nie jest związana z rodzajem dostawy, czy nietypowym sposobem realizacji robót, a z częstotliwością wystąpienia awarii, usterki czy wielkością odcinka podlegającego przebudowie w danej jednostce czasu.

Analiza jakości ulic wg wykazu załączonego do postępowania, opis wymagań zamawiającego w Specyfikacjach Technicznych oraz doświadczenie w sposobie prezentowania danych, zbierania danych oraz reagowania na zgłaszane przez Zamawiającego uwagi stanowi know how, które przekłada się na wartość oferty. Konsorcjum zamierza korzystać z osób zatrudnionych już w spółkach, a nie zatrudniać, co powoduje iż procedury zarówno zamawiającego, jak i w spółkach są doskonale znane, obowiązki są wypełniane bez zbędnej zwłoki, gdyż dane czynności są powielane od lat a nie uczone od początku.

5) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*

oraz

6) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

Wykonawca wskazał, iż pracownicy, którzy są przeznaczeni do wykonania zadania są pracownikami zatrudnionymi na umowę o pracę z wynagrodzeniem wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak i minimalnej stawki godzinowej. Wymagania SWZ określają ilość pracowników do realizacji zadania. Wymagania te nie precyzują pracy tylko dla tego konkretnego zadania, dlatego przy konstruowaniu ceny wzięto pod uwagę możliwość realizacji innych zadań przez tych samych pracowników.

Konsorcjum wskazało, iż takimi kontraktami na którym dani pracownicy będą zaangażowani w celu „dzielenia” kosztu etatu jest m.in.:

- „Utrzymanie, konserwacja i naprawy infrastruktury tramwajowej Miasta Krakowa w latach 2022 – 2025”

- „Budowa układu komunikacyjnego dla obsługi Szpitala Uniwersyteckiego w Prokocimiu – rozbudowa prawoskrętu z ul. Wielickiej w ul. Kostaneckiego”

Aby zapewnić szybkość reakcji na zgłoszenia - zgodnie z wymaganiami umowy - przyjęto założenia obsadę brygad na zmianie rannej przez wszystkie dni robocze w roku, natomiast na pozostałą część doby - w zależności od sytuacji – jest przewidziany domowy dyżur pracowników. Wynagrodzenie pracowników za czas dyżuru domowego płatne zgodnie z zapisami Kodeksu Pracy.

Dla kalkulacji kosztów bezpośrednich wykonania robót, Konsorcjum przyjęło stawkę robocizny (R) na poziomie 25,32 zł netto/ r-g (w załączeniu wyliczenie stawki kosztorysowej), w której to stawce uwzględniono koszty BHP, odzież ochronną, środki czystości, napoje, posiłki regeneracyjne i profilaktyczne, koszty ubezpieczeń, funduszy socjalnych.

Przystępujący zaznaczył, że Wydawnictwo SEKOCENBUD publikuje w III kw. 2022 stawkę robocizny (w kosztach brutto pracodawcy) na poziomie 23,01 zł, a w IV kw. 2022 na poziomie 24,13 zł (skany SEKOCENBUDU).

Łączny koszt robocizny bezpośrednio (brygady robotnicze) uwzględniony w wycenie to koszt 5 450 336,64 zł netto (w kosztach brutto pracodawcy), na który składa się 20 pełnych etatów.

Dla kalkulacji kosztów pośrednich i ogólnobudowlanych czyli :

- koszty nadzoru,
- koszty zarządu
 - koszty ogólne tj. pozostałe koszty w tym finansowe wymagane zapisami SWZ, które są kalkulowane indywidualnie pod każde zamówienie przyjęte następujące założenia:
 - koszt nadzoru to koszt koordynatorów, kierownika budowy oraz majstrów/ brygadzystów , przy czym koordynatorzy zatrudnieni na 1/4 etatu. Kierownik zgodnie z SWZ z uprawnieniami drogowymi zatrudniony na pełen etat, a majstrowie/brygadziści (nazwa w zależności od stosowanych stanowisk w firmach a odnosi się do osoby jako przedstawiciela dozoru którego charakteryzuje głównie zręczność stworzenia i kierowania ekipą pracowniczą) na 1/2 etatu .
 - Łączny koszt w/w osób to koszt: 1 696 287,10 zł netto (w kosztach brutto pracodawcy)
 - Koszty zarządu przyjęto na poziomie 2% liczone od kosztów bezpośrednich i pośrednich, co daje wartość: 389 972,85 zł.
 - Koszty ogólne to przyjęty poziom 0,45% liczone od kosztów bezpośrednich oraz koszty finansowe w tym ubezpieczenie liczone wg :
 - Koszt Gwarancji należytego wykonania - 57 891,66 zł jako 5% wymagane SWZ
 - Koszt gwarancji rękojmi - 27 877,38 zł na okres wskazany w ofercie tj. 60 miesięcy
 - Koszt ubezpieczenia - 74 997,18 zł

Łączna wartość kosztów ogólnych to 240 331,80 zł netto

Poziom zysku/marży jest przyjęty na poziomie 1%, co daje łączny koszt 195 791,43. Oferta została sporządzona przez wysoko wykwalifikowaną kadrę techniczną z wieloletnim doświadczeniem – szczególnie w zakresie przedmiotowych usług, zatrudnianą przez ZUE S.A. oraz ENERGOPOL sp. z o.o. Skład taki pozwolił na wnikliwą analizę i szczegółową kalkulację ceny ofertowej. Poziom zysku został przyjęty jako efekt analizy potencjały spółek, konieczności rozwijania swojego doświadczenia, portfela zamówień na następne lata oraz sytuacji makroekonomicznej i mikroekonomicznej.

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

Wykonawca uwzględnił w ofercie wymagania związane z ochroną środowiska, tym o „elektromobilności”

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wymogi SWZ nie zastrzegają osobistego wykonania zamówienia, stąd Wykonawca zamierza realizować roboty przy udziale podwykonawców, w tym podwykonawców (podmiotów trzecich) na zasobach, których Wykonawca polega w celu spełnienia warunków udziału polega.

Dodatковым atutem mającym bezpośredni wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej jest fakt, że ZUE S.A. oraz ENERGOPOL sp. z o.o. od lat świadczą usługi związane z branżą drogową na terenie Krakowa i świetnie mają rozpoznany rynek usług i podwykonawców .

Obie firmy posiadają własne zasoby siły roboczej, w tym brygady brukarzy, co umożliwia realizowanie robót bez wglądu na chwiejne warunki gospodarcze. Obie firmy cenią sobie stabilność zatrudnienia oraz posiadają pracowników z kilkudziesięcioletnim zatrudnieniem w swoich szeregach. To dzięki tej stabilności (brak rotacji pracowniczej) Spółki są w stanie w sposób należyty wypełnić obowiązki z przedmiotowego zadania. A dodatkowo zdobywana wiedza w trakcie realizacji wspomnianych w/w usług utrzymania przekłada się w sposób bezpośredni na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z powyższym Konsorcjum ZUE SA i ENERGOPOL sp. z o.o. będą korzystać z efektu skali i kupować po atrakcyjnej wg stawek oferowanych Grupie oraz bazując na zaufanych lokalnych podwykonawcach.

W podsumowaniu Wykonawca podkreślił, że przedstawione wyjaśnienia jednoznacznie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie Wykonawca podjął wszelkie starania by przygotować możliwie kompletny i wszechstronny materiał pozwalający Zamawiającemu na dokonanie prawidłowej oceny oferty Wykonawcy.

Następnie Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że w odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE w oparciu o art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp oraz zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia były wystarczające do oceny, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Dostrzeżenia wymaga, iż nie istnieje jeden model przedstawiania wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Model ten z pewnością jest zależny od sytuacji i przyjętych założeń przez każdego z Wykonawców. Model prezentowany przez Odwołującego jest zapewne właściwy do jego założeń biznesowych dla oferowanej ceny ale nie oznacza, że każdy z Wykonawców musi działać w ten sam sposób, posiłkować się podobną argumentacją, wskazywać na podobne okoliczności pozwalające obniżyć cenę oferty. Każdy z Wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, kadrowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy, nie bez znaczenia jest wielkość danego przedsiębiorstwa, czy działa ono w skali makro, czy mikro, jak duże zapasy materiałów posiada, jaki wolumenem sprzętu dysponuje. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy, nie pozwalały zidentyfikować czynników, które zdaniem Przystępującego pozwoliły na skalkulowanie ceny na podanym Zamawiającemu poziomie. Jednocześnie Odwołujący w odwołaniu poczynił wiele założeń, które nie miały odzwierciedlenia w zapisach SWZ, czy SST.

Izba podkreślić pragnie, że wyjaśnienia nie muszą zawierać ekstraordynaryjnych okoliczności, właściwych tylko danemu wykonawcy. Wyjaśnienia winny wskazywać okoliczności właściwe dla tego Wykonawcy, który je składa, nawet jeżeli są to okoliczności właściwe także dla innych Wykonawców. Istotnym jest, by wytłumaczyć i objaśnić dlaczego te właśnie okoliczności pozwoliły obniżyć cenę oferty. Przystępujący powołał się na posiadanie bogatego doświadczenia zawodowego, dysponowanie odpowiednią ilością specjalistycznego sprzętu, wskazał także, że będzie korzystał z wynajmu sprzętu specjalistycznego. Przystępujący podkreśla efekt skali przy realizacji zakupów materiałowych. Podał także, że przeprowadził pogłębioną analizę stanu ulic dla rejonu, w którym złożył ofertę, więc zatem jaki nakład pracy, materiałów i sprzętu może być niezbędny do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Ważną okolicznością dla Wykonawcy, która przełożyła się na poziom jego kalkulacji było także posiadanie zaplecza technicznego oraz wykonywanie innych zadań inwestycyjnych w rejonie, którego dotyczy odwołanie. To zaś pozwoliło na ułożenie procesu rozdysponowania pracowników i zabezpieczenia ich dyspozycyjności dla Zamawiającego. Nie są to może okoliczności wyjątkowe, ale Przystępujący w wyjaśnieniach opisał w jaki sposób mogły one wpłynąć na możliwość obniżenia ceny ofertowej. Odwołujący w zasadzie nie odnosi się do tych elementów wyjaśnień, traktując je jako przynależne do organizacji pracy każdego wykonawcy. W ocenie Izby istotne jest właśnie jak dany Wykonawca bazując na podobnym

doświadczeniu i potencjale osobowo-sprzętowym umie zbudować przewagę konkurencyjną. W tych elementach złożone wyjaśnienia odnoszą się wprost do treści przepisów ustawy Pzp, która jako przykładowe okoliczności podaje zarządzanie procesem świadczenia usług, korzystnych warunków usług.

Następnie Przystępujący, odnosząc się do warunków zatrudnienia, tak wymaganych w SWZ, jak i funkcjonujących u Wykonawcy, pokazał, że podstawą zatrudnienia jest umowa o pracę, otrzymywanie wynagrodzenia w stawce wyższej niż minimalna. Jednocześnie Przystępujący zaznaczył, że Zamawiający nie wymagał wyłączności pracowników dla przedmiotowego zadania, a więc koszty związane z wynagrodzeniem mogą być współdzielone między inne zadania realizowane obecnie przez Wykonawcę. Argumentacja ta jest podstawą ujęcia w kalkulacji cenowej części etatu pracowniczego, także co do kosztów, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący. Odwołujący wprost przyjął do wyliczeń liczbę 40 pracowników, która nie wynika z SWZ.

W żadnym miejscu SWZ, czy OPZ Zamawiający nie zawarł postanowień, z których wynikałoby, że konieczne jest zatrudnienie 40 osób, jak wskazywał Odwołujący. Z przyjęcia odmiennych założeń dla liczby etatów wynika różnica między wyliczeniami Odwołującego a Przystępującego, także co do wysokości stawki. Co więcej, Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach dwa zadania realizowane równolegle, znajdujące się, dzięki którym może posiłkować się pracownikami i ustalać pracę w zależności od potrzeb. Odwołujący nadinterpretowuje zapisy SWZ odnoszące się do dyspozycyjności pracowników, czego najlepszym przykładem są twierdzenia z rozprawy, że po zgłoszeniu interwencyjnym musi ono być wykonane w ciągu 2 godzin od zgłoszenia, co implikuje natychmiastową konieczność wysłania pracownika do realizacji zgłoszenia. Tymczasem 2 godziny obowiązek odnosi się do konieczności zabezpieczenia miejsca wystąpienia awarii, a nie jej naprawy. Same zaś czynności zabezpieczające nie wymagają tak wysokiego nakładu pracy, jak zakłada to Odwołujący.

Przystępujący wykazał natomiast, że dysponuje taką ilością pracowników, która wymagana była do realizacji zadań, przy czym uwzględnić należy różne wymiary czasu pracy na zadaniu dla poszczególnych kategorii pracowników. Jak słusznie podkreślił w piśmie procesowym Przystępujący, *„Zamawiający nie wyłączył przy tym zastosowania takich rozwiązań przez wykonawców”*.

Przystępujący podał jaką wysokość stawki godzinowej przyjął, natomiast różnica między wyliczeniami Odwołującego i Przystępującego wynika właśnie ze wspomnianych zasad delegowania pracowników dla przedmiotowego zamówienia.

W kalkulacji Przystępujący podał i uwzględnił wysokość kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysk, koszty nadzoru, jednocześnie rozpisując jakie założenia przyjął dla poszczególnych kategorii kosztów.

Odnosząc się do przedstawionej kalkulacji, to dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w załączniku nr 1 do odwołania przedstawił własne założenia kalkulacyjne. Założenia te nie muszą odpowiadać tym przyjętym przez Przystępującego, chociażby wysokość zakładanego zysku jest znacząco różna u obu Wykonawców. Jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, dokonał on analizy całej kalkulacji złożonej przez Przystępującego, ale szczególną uwagę poświęcił pozycjom, których zakres rzeczowy podczas realizacji zamówienia jest największy. Analiza ta pokazała, że w tych pozycjach ceny Odwołującego i Przystępującego nie odbiegają od siebie, różni je kilkuprocentowa wielkość. Weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Odwołujący nierealności i braku wiarygodności przyjętych przez Przystępującego założeń nie udowodnił.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego wyjaśnienia były wyczerpujące i spójne, obrazowały poszczególne koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie, by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) - c) Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu braku potwierdzenia realności udostępnionego zasobu, Izba nie podzieliła wątpliwości Odwołującego.

W ocenie Izby złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby posiada wszystkie cechy, na podstawie których możliwa jest identyfikacja zarówno strony przedmiotowej, jak i podmiotowej zobowiązania. Z treści zobowiązania wynika, że podmiot trzeci udostępnia zasób w postaci zdolności technicznej i zawodowej przy wykonywaniu zamówienia. Udostępnienie następuje na rzecz obu członków konsorcjum. Wskazano także, że zasoby udostępnia się na cały czas trwania realizacji zamówienia. Podmiot trzeci określił również sposób udostępnienia, podając, że będzie on polegał na rzeczywistym i bezpośrednim uczestnictwie w realizacji przedmiotu zamówienia. Co istotne z punktu oceny zasadności zarzutu odwołania, w zobowiązaniu szczegółowo podano w jaki sposób owo uczestnictwo będzie się odbywało. Udział podmiotu udostępniającego polegał będzie na wykonywaniu robót budowlanych polegających na remontach częściowych nawierzchni bitumicznej. Okoliczność ta ma o tyle znaczenie, że warunkiem udziału w postępowaniu było

posiadanie odpowiedniego doświadczenia zawodowego właśnie dla tego rodzaju prac. Przystępujący wykazał spełnienie tej części warunku udziału przez powołanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, czego Odwołujący nie kwestionował. Złożone wykazy robót oraz referencje wskazywały na zamówienia, w ramach których takiego rodzaju prace podmiot trzeci wykonywał. Odwołujący tych elementów spełnienia warunku udziału nie negował. Natomiast ze złożonego zobowiązania o udostępnieniu zasobów wynika, że podmiot trzeci będzie te roboty wykonywał.

Zdaniem Izby Odwołujący niezasadnie wywodzi z treści innego oświadczenia - o zakresie wykonywania zamówienia przez poszczególnych członków konsorcjum, że będą oni samodzielnie wykonywali ten rodzaj prac, skoro został on wymieniony w podziale obowiązków. Jeżeli natomiast obaj wykonawcy tworzący konsorcjum korzystają z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, podmiot ten posiada wymagane doświadczenie i oświadczył, że będzie wykonywał określony rodzaj robót, tym samym to konsorcjum będzie za te prace odpowiadało, co umożliwiało ich umieszczenie przy podziale obowiązków między konsorcjantów.

Podobnie Izba traktuje oświadczenie złożone przez członka konsorcjum Energopol, że będzie on wykonywał prac polegające na remontach i przebudowie nawierzchni bitumicznych oraz remonty i przebudowę chodników z płytek i kostki brukowej. Dodatkowo zauważyć należy, iż Energopol posiada doświadczenie w tego rodzaju pracach, co wynika wprost z Wykazu robót (pozycje 4 do 7 Wykazu). Choć nie jest to doświadczenie w ilości wymaganej przez Zamawiającego warunkiem udziału, nie można zaprzeczyć, że członek konsorcjum posiada doświadczenie przy realizacji takiego rodzaju prac. Dodatkowo, jak celnie podkreślił Przystępujący, Zamawiający nawet dla wykazania spełniania warunków udziału dopuścił sumowanie doświadczenia. Odróżnić jednakże należy etap potwierdzania warunku od etapu realizacji przedmiotu zamówienia. Trudno odmówić zasadności twierdzeniu, że skoro określony podmiot wykonał prace w ilości kilku tysięcy metrów określonej nawierzchni, to z pewnością posiada on wiedzę i doświadczenia niezbędne do wykonywania tego rodzaju prac. Sama zaś ilość wykonanych prac, o ile istotna może być przy potwierdzeniu spełniania warunków udziału, o tyle przy realizacji prac, z racji swojej powtarzalności, nie ma znaczenia pierwszorzędowego. Nieuprawnione są tezy odwołania, że nie będziemy mieli do czynienia z doświadczeniem faktycznie nabytym przez dany podmiot. Nabycie doświadczenia potwierdzają złożone referencje, potwierdzające należyte wykonanie zamówień referencyjnych. Dodatkowo, realności wykonania odpowiedniego zakresu przedmiotu zamówienia, nie należy utożsamiać z zakresem zrealizowanym w ramach zadań referencyjnych. Nie można pominąć, iż treść warunku udziału w postępowaniu ustala się w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym zakres przedmiotowy wymagany warunkiem nie musi 1:1 odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. Realność

nie jest więc warunkowana wymaganiami warunku, tylko oceną rzeczywistego doświadczenia, który dany podmiot posiada. Odwołujący przywołał wyrok Izby, sygn. akt KIO 3041/22, zauważyć jednak należy, iż w odwołaniu nie zakwestionowano, że konsorcjum nie posiada zasobów wystarczających do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący prezentuje czysto formalistyczne podejście przełożenia wprost treści warunku na sposób wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem ocenić należy, czy dany podmiot wykorzystując zdobytą wiedzę i doświadczenie, proporcjonalną do przedmiotu zamówienia, jest w stanie należycie ten przedmiot zrealizować. Odwołujący nie wykazał, że jest to niemożliwe.

Poza tym niezaprzeczalnie z oświadczenia konsorcjum wynika, że prace w elemencie kwestionowanym w odwołaniu będzie także wykonywał podmiot – ten członek konsorcjum – który swoim doświadczeniem potwierdził spełnianie warunku udziału, co gwarantuje Zamawiającemu rzeczywiste i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Z drugiej strony nie wyklucza to wykorzystania zasobów drugiego z członków konsorcjum przy realizacji danej kategorii robót.

W ocenie Izby dostrzeżenia także wymaga, iż z istoty utworzenia konsorcjum, czyli zespołu podmiotów, posiadających wspólnie pewien zasób wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, finansowego, wynika, że wykonawcy łączą siły, tworząc jeden organizm, który ma się uzupełniać, pozwalając na zdobycie jednocześnie nowych umiejętności i wiedzy. Tylko poprzez realne uczestnictwo w pracach, czyli wymianę doświadczenia, wiedzy, umiejętności Wykonawcy są w stanie nabyć nowe doświadczenie.

Oceniając, czy Przystępujący zobowiązany był do wymienienia podmiotu trzeciego jako podwykonawcy w punkcie 8 formularza ofertowego, przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż sam formularz rozróżniał kwestie podwykonawstwa (pkt 8 formularza) i udostępniania zasobów (punkt 10 formularza). Odwołujący nie zaprzeczał również, że zgodnie z zasadami ustawy Pzp możliwe jest podanie tylko zakresu przedmiotowego prac, który powierzy się podwykonawcom, jeżeli na etapie składania oferty podmiotowa identyfikacja jest niemożliwa. Faktem jest także, iż w przypadku podmiotów udostępniających zasoby, zwłaszcza kiedy bazując na doświadczeniu i wiedzy takiego podmiotu Wykonawca potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymagania podmiotowe ustawa Pzp ustala znacznie szerzej. Podmioty takie składają oświadczenia o spełnianiu warunków i niepodleganiu wykluczeniu zakresowo zbliżone do samego wykonawcy. W przypadku takich podmiotów wypełnia się także dokument JEDZ, gdzie obowiązek taki dla podwykonawców nie istnieje. W przypadku podwykonawców, w JEDZ, podobnie jak we wzorze formularza utworzonego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, możliwe jest wskazanie jedynie zakresu przedmiotowego. Izba podkreśla, że Przystępującym, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci traktować więc należy jako

szczególny rodzaj podwykonawstwa, niezależny od podwykonawstwa „przedmiotowego”. W ocenie składu orzekającego Izby, przy takiej budowie formularza ofertowego udostępnionego przez Zamawiającego uprawnionym było wskazanie w punkcie 8 zakresu rzeczowego dla podwykonawców nieznanymi z nazwy, a w punkcie 10 formularza – wskazanie podmiotu udostępniającego zasoby, który działał będzie jako podwykonawca zidentyfikowany.

W ocenie Izby nie ma konieczności stosowania regulacji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut ewentualny), bowiem Przystępujący wykazał i potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum ZUE w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 109 ust. 3 a contrario 110 ust. 2 Pzp

Poddając analizie zasadność zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 109 ust. 3 a contrario 110 ust. 2 Pzp, Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia.

Mylnie Odwołujący twierdzi, że Konsorcjum ZUE kwestionuje wystąpienie przesłanek do wykluczenia z postępowania w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu.

W piśmie z dnia 27 stycznia 2023 roku Przystępujący samodzielnie zawiadomił Zamawiającego, że w przypadku Konsorcjum zachodzi konieczność analizy, czy podmiot ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przystępujący wskazał, że *„postanowieniem Sądu Rejonowego dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie, VIII Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych z dnia 7 kwietnia 2022 roku zatwierdzono układ częściowy przyjęty przez zgromadzenie wierzycieli dłużnika Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w dniu 9 marca 2022 roku. Z kolei postanowieniem tego samego Sądu z dnia 29 września 2022 roku (sygn. akt KR1S/GReu/2/2022) stwierdzono, iż układ ten został wykonany. Postanowienie to uprawomocniło się z dniem 12 października 2022 roku. Odnosząc się do powyższego należy wyraźnie podkreślić, że brak jest podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp w tym Postępowaniu, gdyż – po pierwsze (I) - działanie to byłoby nieproporcjonalne w świetle okoliczności przedmiotowej sprawy – po drugie (II) – sprzeczne z treścią art. 110 ust. 2 Pzp.”*

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący nie neguje, że w postępowaniu może mieć zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Przystępujący podkreśla, że w jego przypadku możliwość tę należy zestawić z brzmieniem art. 109 ust. 3

ustawy Pzp. Przystępujący koncentruje się zatem na wykazaniu, że nie zachodzi konieczność wykluczenia Wykonawcy bowiem ma zastosowanie zasada proporcjonalności. Zgodnie z tą zasadą, nie wyklucza się wykonawcy, jeżeli czynność ta byłaby nieproporcjonalna w sposób oczywisty w stosunku do wykonawcy. W tym celu Przystępujący szeroko opisuje elementy związane z zawarciem układu z wierzycielami przez członka konsorcjum – Energopol, następnie wskazuje, że układ został wykonany i zatwierdzony przez sąd powszechny. Podaje jak obecnie kształtuje się sytuacja finansowa członka konsorcjum i że nie będzie ona miała negatywnego wpływu na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia przez całe konsorcjum. Wykonawca przedstawia także poglądy doktryny i prezentuje aktualne orzecznictwo.

W ocenie Izby Przystępujący nie polemizuje z podstawą wykluczenia ale wykazuje, że nie powinna ona mieć wobec niego zastosowania i wyjaśnia, dlaczego takie stanowisko prezentuje. Zdaje się, że Odwołujący polemikę zawartą w odwołaniu wywodzi jedynie ze sformułowań językowych użytych w piśmie Konsorcjum, nie odnosząc się merytorycznie do treści samego pisma, gdzie zawarto rozbudowaną argumentację, zarówno na temat wystąpienia przesłanek wykluczenia, jak również na temat obecnej sytuacji podmiotowo - gospodarczej członka Konsorcjum., jakie czynności podjął on w ramach czynności naprawczych, by zniwelować ryzyko ich ponownego wystąpienia w przyszłości. W istocie zarzut sprowadza się do formalnej kwestii, lakonicznego uzasadnienia, bez analizy szczegółów przedstawionych przez Przystępującego.

Powtórzyć należy za Przystępującym, że Odwołujący po zapoznaniu się z treścią pisma z 27 stycznia 2023 roku miał możliwość zakwestionowania w odwołaniu zaniechań Zamawiającego. Pismo złożone przez Konsorcjum zawiera taki zasób informacji, na podstawie których w pełni można przeanalizować, czy Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania lub czy skutecznie dokonało self cleaningu, albo czy zastosowanie tej instytucji w sytuacji Przystępującego jest w ogóle dopuszczalne ustawą Pzp. Takich zarzutów w odwołaniu nie podano. Odwołujący nie uzasadnił zarzutów, dlatego w jego ocenie złożono samooczyszczenia miało charakter pozorny. Odwołanie ogranicza się do samych twierdzeń, bez uzasadnienia merytorycznego stanowiska Strony.

Podkreślić można także, że to Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o dodatkowe informacje. Gdyby Zamawiający bazował tylko na wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego, ten właśnie materiał byłby bazą do sformułowania zarzutów wobec prawidłowości oceny podmiotowych przesłanek wykluczenia. Odwołujący nie uzyskałby zatem większego zasobu informacji niż ten przedstawiony w wyjaśnieniach i tylko na podstawie tych wyjaśnień musiałby zbudować zarzut.

Oceniając, czy możliwa jest procedura self cleaning w sytuacji, w której wykonawca jednocześnie kwestionuje wystąpienie podstawy wykluczenia, Izba uważa, że nie jest to

sytuacja, która miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zagadnienie to nie wymaga więc pogłębionej analizy ze strony Izby jako znajdujące się poza sporem postępowania odwoławczego.

Reasumując, tę część zarzutów uznać należało za niezasadne.

Zarzut nieudostępnienia Odwołującemu protokołu z postępowania wraz z załącznikami w oparciu o art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności postępowania Odwołujący ogranicza do wymienienia dokumentów, które w jego ocenie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i przywołania przepisów ustawy Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Głównym błędem, na który wskazuje odwołanie, w przypadku utajnienia dokumentów przez Przystępującego, zdaje się być według Odwołującego, nadmiernie rozbudowana argumentacja w ramach uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i długość samego uzasadnienia. Odwołujący ogranicza się bowiem w zarzucie do prostego wymienienia kilku dokumentów i lakonicznego stwierdzenia, że mają one charakter jawny. Odwołujący w żadnym elemencie odwołania nie dokonał analizy, czy Przystępujący wykazał złożonym uzasadnieniem zasadność zastrzeżenia.

W zakresie dokumentów stanowiących akta postępowania restrukturyzacyjnego zasady udostępniania dokumentów precyzują przepisy kodeksu postępowania cywilnego, innych ustaw (Prawo restrukturyzacyjne) i aktów wykonawczych. Na podstawie tych regulacji akta sprawy udostępnia się stronom i uczestnikom postępowania. Innym osobom udostępnia się akta po dostatecznym usprawiedliwieniu potrzeby zapoznania się z tymi aktami, chyba że przepisy stanowią inaczej (par. 7 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 listopada 2021 roku w sprawie sposobu i trybu prowadzenia i udostępniania akt oraz zbioru dokumentów w postępowaniu o zatwierdzenie układu, Dz. U. 2021, poz. 2118). Nie polegają zatem na prawdzie twierdzenia odwołania, że dostęp do określonych dokumentów ma charakter powszechny, że są one jawne dla każdej osoby. Nie negując, że sama konieczność złożenia wniosku o udostępnienie, nie świadczy o niejawności dokumentów, Odwołujący nie wykazał powszechnej dostępności akt. Co prawda złożono w poczet materiału dowodowego wyciągi z postanowień o odrzuceniu wniosku o zatwierdzenie układu, jednakże Odwołujący wraz z tym materiałem nie złożył samego wniosku, w którym uzasadniał potrzebę zaznajomienia się z aktami sądowymi. Nie jest także wykluczone, że postanowienie to uzyskała strona postępowania restrukturyzacyjnego, która miała do tego prawo, na podstawie przedstawionej dokumentacji fotograficznej nie można stwierdzić od kogo ona pochodzi.

W przypadku wyciągów bankowych sam Odwołujący zaznaczył, że decyzję pozostawia Izbie. W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to, że Odwołujący zdaje sobie sprawę, że w przypadku takich dokumentów zastosowanie znajduje ustawa Prawo bankowe i dokumenty takie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

O ile zgodzić można się, że sprawozdania finansowe (w tym bilans będący jego częścią) spółek posiadających osobowość prawną, co do zasady są jawne. Dokumenty te po zatwierdzeniu składane są w poczet informacji do Krajowego Rejestru Sądowego i stanowią część akt rejestrowych. O tyle w przedmiotowym postępowaniu nie złożono całego sprawozdania finansowego, ale tylko jego część (bilans). Poza tym jest to dokument niezatwierdzony przez organy spółki, a został złożony by zobrazować sytuację podmiotu po zatwierdzeniu układu.

Jeżeli chodzi o zestawienie realizowanych kontraktów, to Przystępujący informacje o tych kontraktach umieścił w piśmie z dnia 27 stycznia 2023 roku. Informacja w kolejnych wyjaśnieniach w tym elemencie została rozszerzona o dane, jaki zysk osiągnął na tych kontraktach podmiot będący członkiem konsorcjum. Co do zasady dane takie, obrazujące poziom zysku jako wymierną wartość gospodarczą mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konkludując, w przypadku elementów objętych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, Wykonawca wykazał i udowodnił spełnienie wszystkich wymaganych przesłanek, by informacje mogły tajemnicę stanowić. Wykonawca wykazał, że dane mają charakter informacji poufnych. Wskazał, jakie środki podjęto by dostęp do informacji nie miał charakteru powszechnego. Tej części zastrzeżenia z resztą Odwołujący nie kwestionował. Izba uważa, że przedstawiona argumentacja dowodzi wartości gospodarczej złożonych wyjaśnień wraz załącznikami. Wartość ta została przez Przystępującego opisana. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie, lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji.

Reasumując, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r.,

poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....