

Sygn. akt: KIO 612/21

WYROK

z dnia 06 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2021 r. przez Wykonawcę **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Bydgoszcz, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (ul. Toruńska 174 a, 85-844 Bydgoszcz)**

przy udziale Wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. (ul. Młyńska 22, 89-100 Nakło)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty Wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c.**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. (ul. Młyńska 22, 89-100 Nakło)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego
 - 2.2. zasądza od Wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. (ul. Młyńska 22, 89-100 Nakło)** na rzecz Odwołującego **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz)** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) 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 Miasto Bydgoszcz, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są: „Awaryjne remonty kanalizacji deszczowej wraz z odtworzeniem nawierzchni na terenie Miasta Bydgoszczy w 2021r.”

Odwołujący Projbud Drogownictwo Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących artykułów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 91 ust. 1 w tym w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 poprzez wybór oferty ZUK P. jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a Wykonawca nie wykazał okoliczności przeciwnej
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 poprzez nieodrzuconie oferty Wykonawcy ZUK P. z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości oraz w odniesieniu do jej istotnych części składowych (w szczególności, acz nie wyłącznie, ceny za realizację poz. 5, 6, 13, 19, 31-35, 41-46, 48, 51, 59, 64, 65, 67, 71 kosztorysu ofertowego - zarówno dla zamówienia podstawowego jak i opcjonalnego), niższą o ponad 30% (o ok. 35%) od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania powiększonej o podatek od towarów i usług VAT, którego to domniemania Wykonawca nie obalił, przedkładając lakoniczne, niepoparte dowodami wyjaśnienia, sprzeczne z treścią oferty i niewskazujące wpływu podniesionych w nich okoliczności na cenę oferty, a nadto niezawierające odniesienia się do kwestii wprost wskazanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienia zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert,
- 1.2. powtórzenia czynności badania,
- 1.3. odrzucenia oferty ZUK P. jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 1.4. powtórzenia czynności oceny ofert bez uwzględnienia odrzuconej oferty ZUK P.,
- 1.5. wezwania Odwołującego, jako składającego najkorzystniejszą ofertę spośród wszystkich niepodlegających odrzuceniu, do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Cena oferty Wykonawcy ZUK P. (po poprawieniu przez Zamawiającego w trybie 87 ust. 2 PZP omyłki rachunkowej w zakresie ceny zamówienia opcjonalnego i wynikającej z niej omyłki w zakresie ceny łącznej w trybie art. 87 ust. 2 PZP) wyniosła łącznie 803.673,70 zł brutto, w tym w ramach zamówienia podstawowego 534.867,35 zł brutto, a w ramach zamówienia objętego prawem opcji 268.806,35 zł brutto. Cena była niższa od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego o ponad 30% (o ok. 35%) zarówno łącznie, jak i w odniesieniu do rozpatrywanych odrębnie zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego.

Odwołujący zwrócił uwagę na znaczne - wynoszące ponad 30%, a w wielu przypadkach nawet ponad 50% i 70% różnice w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia (kosztorysu inwestorskiego) i ofert konkurencyjnych. Różnice te dotyczyły nie tylko łącznej ceny, ale również głównych (największych) pozycji cenotwórczych. W odniesieniu do ofert konkurencyjnych oferta ZUK P. była niższa o 20% od średniej i o 25% od kolejnej najtańszej (oferta Odwołującego), a różnice w poszczególnych pozycjach kosztorysu również sięgały 20-30%.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał w treści wezwania, że oczekuje wyjaśnień w szczególności - w zakresie przesłanek opisanych w art. 90 ust. 1PZP, jak również wykazania, że w ramach zaoferowanej ceny ZUK P. jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie przy zachowaniu minimalnych wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych lub wynikających z przepisów odrębnych.

Zamawiający żądał przedstawienia wyceny, która będzie finalnie składała się na kwotę wskazaną w ofercie, podkreślając, iż w szczególności interesują go koszty wykonania dla pozycji 5, 6, 9, 13, 19, 31, 32, 36, 40-46, 48, 51, 52, 55, 56, 58-71, 73-78 kosztorysu ofertowego (tożsamy dla zamówienia podstawowego oraz dla prawa opcji), m.in. - koszty wynikające z pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz inne.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w których wskazał, iż zaoferowanie korzystnej ceny umożliwiły mu:

- zatrudnianie doświadczonej, długoletniej kadry z rynku lokalnego
- niższe średnie płace na rynku lokalnym w powiecie nakielskim niż w Bydgoszczy,
- długoletnia obecność na rynku lokalnym, w tym realizacja w poprzednich latach podobnych prac na terenie Bydgoszczy

- korzystanie z doświadczonego podwykonawcy
- własna baza sprzętowa i logistyczna (w tym na terenie Bydgoszczy)
- niewielka liczba pracowników biurowych, zmniejszająca koszty pośrednie i administracyjne.

Do złożonych wyjaśnień ZUK P. nie załączył dowodów, w tym żadnej wyceny.

26.01.2021r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedłożenia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Wykonawca przedłożył m.in. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia z dnia 27.01.2021r., zawierający nazwiska osób, które będą realizowały prace na rzecz Zamawiającego.

19.02.2021r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Wykonawcy ZUK P. jako najkorzystniejszej oraz klasyfikacji pozostałych złożonych ofert.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zaniechał wyegzekwowania od Wykonawcy wywiązania się przez niego z treści wezwania i w sposób zupełnie dowolny uznał, że Wykonawca (na którym spoczywał ciężar dowodu w tej mierze) obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwanie do wyjaśnień RNC potraktował „sztuka dla sztuki”, jako wypełnienie obowiązku formalnego, nie podejmując refleksji nad otrzymaną informacją zwrotną.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia' dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być i 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
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy• i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku, w którym cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 (co ma miejsce w niniejszej sprawie) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zwrócenie się przez Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień stanowi jego obowiązek (art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP).

Obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Wyjaśnienia zaoferowane przez Wykonawcę ZUK P. w opinii Odwołującego nie spełniają żadnego z warunków, które umożliwiałyby uznanie ich za wiarygodne.

Jak wskazał Odwołujący, przedmiot postępowania i określone w dokumentacji przetargowej warunki jego realizacji obejmowały szereg istotnych czynników cenotwórczych, do których Wykonawca w ogóle się nie odniósł, nie wskazując, jak uwzględnił je w cenie oferty. Przykładowo pominięte zostały w ogóle (a tym samym nie wykazano, że zostały one jakkolwiek uwzględnione w ofercie) następujące kwestie:

- obowiązek ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty z tym związane,
- obowiązek zatrudniania osób skierowanych do realizacji zamówienia (tzw. pracowników fizycznych) na podstawie umowy o pracę - pkt. 3.4. SIWZ,
- obowiązek skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 2 kierowników i 9 pracowników fizycznych (3 brygady po 3 osoby), a więc łącznie co najmniej 11 osób (w tym 2 wysoko wykwalifikowanych), z czego 9 (por. wyżej) zatrudnionych na podstawie umowy o pracę- pkt. 10.2. SIWZ, konieczność podejmowania robót awaryjnych (prac naprawczych) w terminie 2h od zgłoszenia, również- w dniach wolnych od pracy (zgodnie z ofertą i § 4 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy), a tym samym - związane z tym większe koszty pracownicze (dodatek za pracę w dni wolne, niedziele i święta),
- konieczność realizacji prac w porze nocnej (§ 4 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy) i związane z tym dodatkowe koszty pracownicze (dodatek za pracę w porze nocnej),
- konieczności skierowania do prac sprzętu, wymienionego w § 11 ust. 3 wzoru Umowy,
- koszty odpowiedzialność za uzgadnianie i załatwianie wszelkich spraw dotyczących ewentualnych kolizji z uzbrojeniem podziemnym i naziemnym w rejonie prowadzonych robót (§ 12 wzoru Umowy),
- obowiązki wynikające z oświadczenia gwarancyjnego (zał. nr 6 do SIWZ), w tym – obowiązek podjęcia niezwłocznie czynności zmierzające do usunięcia wszelkich ujawnionych wad w ramach gwarancji w ciągu 24 godzin, licząc od chwili ich

zgłoszenia, a do bezpłatnego usunięcia wszelkich wad, jakie wystąpią w przedmiocie umowy, w terminie nie dłuższym niż 3 dni liczonych od dnia ich zgłoszenia, realizowanych w zaoferowanym, 8-miesięcznym okresie gwarancyjnym.

- wynikających z SST i wchodzących w cenę ofertową obowiązków i wymagań, w tym:
 - o zabezpieczenia terenu budowy w sposób tam opisany, dokonania uzgodnień tymczasowej organizacji ruchu, instalacja tymczasowych urządzeń zabezpieczających takich jak zapory, światła ostrzegawcze, sygnały, itp., zapewnienie stałych warunków widoczności w dzień i w nocy tych zapór i znaków, dla których jest to nieodzowne ze względów bezpieczeństwa, o dysponowania określonym sprzętem do robót ziemnych, szczegółowo opisanym w SST (m.in. mioty pneumatyczne, zrywarki, koparki, ładowarki, wiertarki mechaniczne, spycharki, równiarki, samochody samowyładowcze, samochody skrzyniowe, walce, ubijaki, płyty wibracyjne itp.) i związanych z tym kosztów ich wynajęcia/ wykorzystania
- fakt korzystania przez ZUK P. z podwykonawstwa (por. oferta i załączniki do niej) i koszty z tym związane (Wykonawca nawet nie przedstawił, a tym bardziej- nie udowodnił, jakie będą to koszty i w jaki sposób uwzględnił je w kalkulacji ceny ofertowej, zaniechał zatem wykazania najprostszej z okoliczności składających się na jego cenę).

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie są kompletne i nie mogą potwierdzać, że cena ofertowa obejmuje wszelkie elementy wymagane w SIWZ i wynikające z oferty. Złożone wyjaśnienia pozostają w niektórych elementach wprost w sprzeczności z treścią oferty i złożonych w postępowaniu dokumentów. Przykładowo, powołując się na korzystanie przy realizacji zamówienia na korzystanie / doświadczonej kadry, Wykonawca wymienia osoby, których zgodnie z wykazem z dnia 27.01.2021 r. nie skierował do realizacji zamówienia (A. L., P. G., A. J.), jak również nie odnosi się do kwalifikacji i kosztów pracy osób, z których skorzysta (w tym - z jednej z nich, pełniącej funkcję kierownika, w ramach podwykonawstwa) tj. K. C., M. W., S. T., D. P. i Ł. W. . Nie tylko czyni to wyjaśnienia bezwartościowymi, ale dodatkowo uprawdopodobnia, że kalkulacja ofertowa była sporządzona niestaranie, z uwzględnieniem nieodnoszących się do niej czynników cenotwórczych (w o parciu o koszty pracy innych osób, niż rzeczywiście wykorzystywanych). Do złożonych wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać podane w nich twierdzenia.

Dalej Odwołujący argumentował, że Wykonawca powołując gołosłowne argumenty mające (w jego ocenie) wykazać realność zaoferowanej ceny, nie próbuje nawet odnieść ich do konkretnych elementów cenotwórczych (nie wskazuje, nie mówiąc już o wykazaniu, jak wpływają one na cenę). Przykładowo powołanie się na średnie wynagrodzenia w powiecie nakielskim nie ma żadnego związku z niniejszym postępowaniem, skoro ZUK P. nawet nie

próbuję wskazać, by takie właśnie wynagrodzenie wypłacał swoim pracownikom i by takie właśnie uwzględnił w ofercie. Podobnie nie wyjaśnia, jak na cenę oferty wpływa korzystanie z podwykonawcy. Argumenty, mające stanowić przesłankę zaoferowania niskiej ceny, dotyczą w równym stopniu wszystkich Wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych robót na terenie Bydgoszczy, bazy sprzętowe i logistyczne itp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia nie wykonują treści wezwania. Nie zawierają odniesienia do żadnego z elementów, których wyjaśnienia domagał się Zamawiający. Nie zawierają (wbrew żądaniu) wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w tym - pozycji wyegzemplifikowanych przez Zamawiającego, nie zawierają odniesienia się do kosztów pracy na nią się składających itp. Już samo to dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia z perspektywy art. 90 ust. 3 PZP i ciężaru dowodu, jaki spoczywał na ZUK P. .

O nierynkowym charakterze oferty świadczy zdaniem Odwołującego także jej porównanie z ofertami konkurencji (droższymi o 20-30%), a także z pewnymi obiektywnymi czynnikami, które należy uwzględnić, związanymi z wymogami wobec sposobu realizacji niektórych z usług w ramach zamówienia, takimi jak konieczność dysponowania specjalistycznym sprzętem i pracownikami z określonymi uprawnieniami których wartość rynkowa jest kwestią powszechnie wiadomą i która czyni zaoferowaną w tej mierze przez Wykonawcę ZUK P. cenę (łącznie i jednostkowe) kompletnie nierealną i znacznie zaniżoną.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Wykonawca Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. - Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

W treści pisma wskazał, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę jest co najmniej przedwczesny, a zatem niezasadny. Zamawiający zainicjował procedurę badania przesłanek rażąco niskiej ceny, wystosowując do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień. Wezwanie to stanowiło w głównej mierze powtórzenie treści przepisu art. 90 ust. 1 i nie zawierało jasnych wskazań co do kwestii i elementów cenotwórczych oferty, które budzą szczególne wątpliwości Zamawiającego.

Wskazał także, że złożył wyjaśnienia, których nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, tj. nie można przyjąć, iż nie zostały złożone, czego skutkiem byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Nie można także przyjąć, że ich ocena prowadzi jednoznacznie do wniosku potwierdzającego wystąpienie w ofercie rażąco niskiej

ceny. W związku z tym na ich podstawie nie można odrzucić oferty Przystępującego. Jeżeli treść wyjaśnień nadal budzi wątpliwości Zamawiającego, winien zwrócić się do Przystępującego z kolejnym wezwaniem do złożenia wyjaśnień, tym razem ze wskazaniem konkretnych informacji i elementów oferty, które budzą szczególne wątpliwości Zamawiającego.

W ocenie Przystępującego nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7, gdyż Zamawiający nie dokonał nieprawidłowo czynności wyboru oferty Przystępującego z uwagi na fakt, iż oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, lecz z uwagi na fakt, iż wybór oferty Przystępującego, nie został poprzedzony należycie przeprowadzonymi wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny.

Dopiero właściwie przeprowadzona procedura wyjaśnień, umożliwi dokonanie właściwej oceny i stwierdzenia czy istnieją bądź nie istnieją podstawy odrzucenia oferty Przystępującego.

W ocenie Przystępującego: „postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, co uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia. Z tej przyczyny Zamawiający winien unieważnić to postępowanie i tylko takie rozstrzygnięcie pozwoliłoby na przeprowadzenie na nowo całej procedury związanej z badaniem i oceną ofert. Alternatywnie Izba mogłaby dopuścić rozwiązanie polegające na unieważnieniu samej czynności wyboru i poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert oraz nakazać Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny”.

Zdaniem Przystępującego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 - wobec istnienia obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie można bowiem w sposób niebudzący wątpliwości, stwierdzić, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Przystępujący podkreślał kilkakrotnie, że skierowane przez Zamawiającego wezwanie do przedłożenia wyjaśnień, iż zawarta w ofercie cena nie stanowi rażąco niskiej ceny w rozumieniu Prawa zamówień publicznych jest ogólnikowe i nie wskazuje konkretnych elementów oferty, które budzą wątpliwości Zamawiającego. Ilość wskazanych pozycji kosztorysowych wskazuje, że Zamawiający ma w zasadzie wątpliwości co do ceny jako całości. Tymczasem przepisy wymagają aby Zamawiający w skierowanym do wykonawcy wezwaniu wskazał zakres wyjaśnień, które interesują go w sposób szczególny i których przedłożenie pozwoli ostatecznie rozwiązać wszelkie wątpliwości co do kwestii rażąco niskiej ceny. Ciężko za takie doprecyzowanie uznać zapis cyt. „m.in. koszty wynikające z pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz inne mające wpływ na cenę końcową”.

Przystępujący wskazał także, że objętościowo znaczną część wezwania zajmuje zacytowanie treści przepisu art. 90.

W odpowiedzi na tak ogólne i lakoniczne wezwanie Przystępujący wskazał, że na wysokość ceny przedstawionej w przetargu, a zwłaszcza koszty wynikające z pracy osób skierowanych do realizacji zadania główny wpływ mają czynniki takie jak:

- 1) przeszkolona i długoletnia kadra pracownicza z rynku lokalnego w osobach wskazanych z imienia i nazwiska pracowników,
- 2) średnia płaca w powiecie nakielskim, która jest o około 15-20% niższa, niż dla Miasta Bydgoszczy (dane za rok 2018: powiat nakielski 3.706,48 zł brutto, powiat bydgoski 4.481,39 zł brutto),
- 3) długoletnia obecność na rynku lokalnym - wykonywanie remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych dla miasta Bydgoszczy od 2010 do roku 2020 jak i gmin sąsiednich oraz wykonywanie remontów kanalizacji deszczowej wraz z odtworzeniem nawierzchni na terenie miasta Bydgoszczy w latach 2016-2020,
- 4) portfel zamówień obejmujący miasto Bydgoszcz w zakresie odtworzenia nawierzchni dróg dla firm z branży wod-kan, gazowej, KPEC Bydgoszcz, teletechnicznej wg warunków wystawionych przez zarządcę dróg tj. ZDMiKP Bydgoszcz,
- 5) w ramach zadania Awaryjne remonty kanalizacji deszczowej wraz z odtworzeniem nawierzchni na terenie miasta Bydgoszczy w 2021 oferent w zakresie robót instalacyjnych oraz ziemnych wspomaga się będzie poprzez podwykonawstwo firmą KADA-BIS, która podobnie jak oferent jest obecna na rynku lokalnym długie lata, oraz wykonuje w sposób ciągły zadania z zakresu budowy, przebudowy oraz remontów instalacji wod-kan. na terenie całego miasta Bydgoszczy,
- 6) własna baza sprzętowa i logistyczna (również na terenie miasta Bydgoszczy),
- 7) niewielka liczba pracowników biurowych (6 osób wliczając zarząd i dwóch kierowników robót), pozwalająca w sposób znaczny zmniejszyć koszty pośrednie i administracyjne.

Przystępujący wskazał także, że: „działa na rynku lokalnym od wielu lat i cieszy się dobrą opinią wśród zamawiających, gdyż powierzone mu zamówienia realizuje rzetelnie z należytą starannością. Przedstawiona w ofercie cena została sporządzona w sposób rzetelny, z uwzględnieniem wszystkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych, w tym doświadczenia Przystępującego w realizacji podobnych zamówień oraz ogólnie zamówień na terenie Miasta Bydgoszczy. Zaoferowana cena zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy oraz wymogami SIWZ.

Wskazał także, że porównanie ceny oferty Przystępującego ze średnią arytmetyczną wszystkich ofert wskazuje, że cena nie jest z całą pewnością rażąco niska (19,22% różnicy wartości dla zamówienia podstawowego, 19,00% dla prawa opcji oraz 19,15% łącznie dla całego zamówienia). Analiza wszystkich ofert prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wartość zamówienia znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego i wobec tego punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie powinna być sama kwota, jaką na to zadanie przewidział Zamawiający.

Przystępujący wskazał również, że realizuje to zadanie dla Zamawiającego przez ostatnie trzy lata i ma dokładną i rzetelną wiedzę na temat sposobu kalkulacji oferty cenowej, gdyż zna dokładnie wpływ poszczególnych składników kosztorysowych na całość zamówienia. Co więcej w ostatnich 15 latach Przystępujący nie realizował tego zadania tylko raz. W przeciągu tak długiego okresu czasu Przystępujący zdobył bardzo duże doświadczenie w tej materii i jest w stanie w sposób optymalny sporządzić kosztorys zamówienia. Przystępujący uznał wywody Odwołującego w zakresie rzekomego pominięcia pewnych składników cenotwórczych za niepoparte i gołosłowne. Wyjaśnił, że posiada realną wiedzę na temat udziału godzin nocnych czy pracy w dni wolne w całkowitej wartości zamówienia. Z racji wieloletniego doświadczenia w tej materii potrafi optymalnie ocenić rzeczywisty udział pewnych pozycji kosztorysowych w przypadku przedmiotowych robot utrzymaniowych. Przystępujący wiedząc, które pozycje kosztorysowe występują "często", a które sporadycznie dokonał odpowiedniej kalkulacji oferty w tym zakresie, zapewniając sobie jednocześnie godziwy zysk.

Zdaniem Przystępującego, kwestie podniesione w uzasadnieniu odwołania powinny zostać wskazane w wezwaniu skierowanym do Przystępującego przez Zamawiającego, o ile rzeczywiście to te właśnie aspekty cenotwórcze budzą wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący nie może zastępować w tym zakresie Zamawiającego.

Przystępujący oświadczył, że zawarł w swojej ofercie cenowej wszystkie niezbędne czynniki cenotwórcze, które wskazał Odwołujący jako rzekomo pominięte (obowiązek ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty z tym związane, obowiązek zatrudniania osób skierowanych do realizacji zamówienia na umowę o pracę, obowiązek skierowania do realizacji umowy określonej liczby osób, konieczność podejmowania prac awaryjnych w terminie 2h od zgłoszenia również w dniach wolnych od pracy, konieczność realizacji prac w porze nocnej, konieczność skierowania do prac wskazanego sprzętu, koszty ewentualnych kolizji z uzbrojeniem, czas 24 godzin na podjęcie naprawy i 3 dni robocze na usunięcie wad, zabezpieczenie terenu budowy i tymczasową organizację ruchu oraz wszelkie kwestie organizacyjne z tym związane, dysponowanie określonym sprzętem do realizacji robót ziemnych).

Przystępujący do pisma załączył zestawienie najbardziej cenotwórczych składników kosztorysu w programie kosztorysowym, bazując na stawkach Sekocenbud IV kwartał 2020, jak i na cenach materiałów, które są dostępne na rynku, jak i na cenach materiałów w zakupie Wykonawcy. Przystępujący wyjaśnił, że materiał ten zostałby przedstawiony wcześniej Zamawiającemu, gdyby ten określił, jakie elementy czy składniki cenotwórcze oferty konkretnie go interesują. Załączył oferty cenowe uzyskane przez Przystępującego od dwóch podwykonawców, w celu wykazania, że cena zaproponowana przez Przystępującego jest ceną realną i umożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia z zapewnieniem godziwego zysku.

Przystępujący zauważył, że wartość szacunkowa zamówienia sporządzona przez Zamawiającego nie uwzględnia wszystkich rynkowych aspektów, w tym ogólnego spadku ilości zamówień oferowanych na rynku zamówień publicznych, co automatycznie powoduje, że podmioty startujące w przetargach oferują niższe ceny za tego typu usługi niż miało to miejsce np. rok czy dwa lata temu. Wpływ na taką sytuację ma oczywiście również pandemia koronawirusa i spowodowane przez nią spowolnienie gospodarcze. Samorządy z jednej strony zmuszone są ograniczać ilość inwestycji do absolutnie koniecznego minimum, a z drugiej strony wartość szacunkowa zamówienia oferowanego wykonawcom nie uwzględnia w sposób odpowiedni nowych warunków rynkowych.

Przystępujący poinformował, że załączone do pisma załączniki nr 2 i 3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak przedstawił Przystępujący: „Wyjaśnia się, że zawarte tam dane są danymi poufnymi i niejawnymi, zawierającymi istotne dane o wartości gospodarczej i organizacyjnej Przystępującego. Z uwagi na powyższe Przystępujący zastrzega na podstawie art. 8 ust 3 PZP, że wymienione wyżej informacje, wyjaśnienia i załączniki nie mogą być udostępniane i wnosi o ich utajnienie oraz nieujawnianie informacji w nich zawartych przez Zamawiającego. Zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa obejmuje m.in. oferty kontrahentów, będące wynikiem indywidualnych ustaleń i negocjacji Przystępującego z jego podwykonawcami. Zawarte tam informacje z całą pewnością mają wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej”. (...)

„W stosunku do zastrzeżonych informacji są również spełnione formalne przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie są nigdzie ujawniane lub publikowane, a dostęp do nich dla podmiotów prowadzących działalność konkurencyjną nie jest możliwy żadną zwykłą i dozwoloną drogą. W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowywanych przez Przystępującego ofert ma dostęp ograniczona ilość osób. Osoby uczestniczące w tych pracach obowiązane są do zachowania w poufności wszystkich

uzyskanych informacji na temat samej oferty i przyjętych w niej rozwiązań. Krąg tych osób jest niewielki, ograniczony i znany Przystępującemu. Wewnętrzna organizacja pracy w firmie Przystępującego uniemożliwia pozyskanie tych informacji przez osoby nieupoważnione. Zasady prowadzenia negocjacji z podwykonawcami wymagają od ich uczestników zachowania poufności informacji. Przystępujący nigdzie nie publikuje ani nie ujawnia danych stanowiących dane technologiczne czy organizacyjne związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Oferty uzyskane przez Przystępującego od podwykonawców są wyrazem jego pozycji na rynku i wynikają z indywidualnych powiązań pomiędzy Przystępującym a podwykonawcami, dla których współpraca na tak określonych warunkach jest po prostu opłacalna. Oferty uwzględniają trwającą wiele lat współpracę i Przystępujący ma prawo obawiać się, że ujawnienie tych informacji innym wykonawcom może stanowić zagrożenie jego interesów gospodarczych. Inni wykonawcy stanowiący dla Przystępującego konkurencję mogą bowiem po zapoznaniu się ze szczegółami tych ofert dążyć do uzyskania zbliżonych warunków handlowych, co może mieć negatywny wpływ na pozycję rynkową Przystępującego (KIO 149/16 z 17.02.2016r. oraz KIO 69/20 z 31.01.2020r.).

Przystępujący oświadczył, że z uwagi na powyższe zastrzega, że ww. informacje nie mogą być udostępniane i wnoszą o ich nieujawnianie albowiem stanowią dla Przystępującego wartość gospodarczą i jakie takie zasługują na ochronę prawną.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie zastosowanie miały artykuły: 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia' dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być i 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

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku, w którym cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (co ma miejsce w niniejszej sprawie) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zwrócenie się przez Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień stanowi jego obowiązek, co wynika z jednoznacznego brzmienia art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na okoliczność, że cena oferty Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny.

W treści wezwania Zamawiający m. in. przytoczył treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz poprosił o przedstawienie wyceny, która finalnie będzie składała się na kwotę zawartą w ofercie. Zamawiający wymienił konkretne pozycje, w odniesieniu do których oczekiwał wyjaśnienia ceny oraz dodał, że oczekuje przedstawienia m. in. kosztów wynikających z pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz innych, mających wpływ na cenę końcową.

Wbrew twierdzeniu Przystępującego, wezwanie Zamawiającego było czytelne oraz konkretne. Zamawiający wprost wskazał, że oczekuje przedstawienia m. in. kosztów wynikających z pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia. Wykonawca takich kosztów nie przedstawił.

Ponowne wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny musiałyby mieć dokładnie tę samą treść, co wezwanie, które Zamawiający skierował już do Wykonawcy. Bowiem w wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał pozycje, które znacząco różnią się wysokością ceny od cen w tych samych pozycjach w kosztorysie inwestorskim, a jednocześnie oczekiwał przede wszystkim wykazania przez Wykonawcę kosztów pracy. Wykonawca zaś nie przedstawił żadnej kalkulacji.

Co do zasady, nie jest wykluczone, aby Zamawiający ponownie skierował do Wykonawcy wezwanie do wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Jednak kolejne wezwanie może stanowić uściślenie tego, co Wykonawca wskazał w pierwotnych wyjaśnieniach. W niniejszym postępowaniu fundamentalne znaczenie ma okoliczność, że Wykonawca w żaden sposób nie przedstawił wyceny, tak jak o to wnosił Zamawiający.

Wystosowanie do Wykonawcy ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie dokładnie tym samym, jak wezwanie, które Zamawiający już do Wykonawcy skierował, stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę składa się wyłącznie z ogólnikowych stwierdzeń, które mogłyby zostać podane przez jakiegokolwiek wykonawcę w jakimkolwiek postępowaniu. Brak jest w treści wyjaśnień kalkulacji kosztów pracy lub jakichkolwiek innych, a podanie tych kalkulacji było istotą wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Tym samym, jak wskazano powyżej, Wykonawca w istocie nie zastosował się do wezwania Zamawiającego.

Ponadto treść wyjaśnień jest sprzeczna z treścią oferty Wykonawcy. Jak trafnie wskazał Odwołujący, powołując się na korzystanie przy realizacji zamówienia na korzystanie z doświadczonej kadry, Wykonawca wymienił osoby, których zgodnie z wykazem z dnia 27.01.2021 r. nie skierował do realizacji zamówienia (A. L., P. G., A. J.). Ponadto Wykonawca nie odniósł się do kwalifikacji i kosztów pracy osób, z których zamierza skorzystać, tj. K. C., M. W., S. T., D. P. i Ł. W., w tym także w odniesieniu do osoby, która w ramach podwykonawstwa pełnić ma funkcję kierownika.

Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do twierdzenia Odwołującego w tym zakresie. Oznacza to, że skoro w treści oferty występują sprzeczności i rozbieżności, to oferta nie została skalkulowana prawidłowo.

Wykonawca nie wyjaśnił w żaden sposób, jak powoływane przez niego w treści wyjaśnień okoliczności wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. Tytułem przykładu należy wskazać, że w treści wyjaśnień Wykonawca w uzasadnieniu niższej ceny swojej oferty powoływał się na niższe średnie płace na rynku lokalnym w powiecie nakielskim. Tymczasem nie tylko jest to ogólne twierdzenie Wykonawcy, nie poparte żadnym dowodem, ale także nie ma żadnego przełożenia na cenę Wykonawcy w postępowaniu. Z oświadczenia tego miało bowiem wynikać, że Wykonawca stosuje średnie ceny, a tymczasem z dowodu (załączonego do treści pisma zawierającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania) w postaci szczegółowej kalkulacji ceny oferty wynika, że Wykonawca zastosował najniższe stawki w wysokości 17,30 złotych za roboczogodzinę.

Wykonawca załączył do pisma zawierającego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego kosztorys ceny oferty sporządzony metodą szczegółową. Na pierwszej stronie zestawienia wskazano, że stawka robocizny wynosi 17,30 zł/r-g. Na jednej z ostatnich stron zestawienia Wykonawca uszczegółowił, że zastosował stawkę Sekocenbudu za IV kwartał 2020 roku minimalna. Powyższe potwierdził w trakcie rozprawy z udziałem stron, gdzie jednoznacznie oświadczył, że oferta została złożona w roku ubiegłym (29 grudnia 2020 roku) i Wykonawca przyjął do kalkulacji ceny z roku ubiegłego. Skoro Wykonawca przyjął stawki minimalne za 2020 rok, zaś stawka minimalna za 2021 rok uległa zwiększeniu, to oznacza, że cena Wykonawcy nie odpowiada przepisom o minimalnym wynagrodzeniu. Przepisy o minimalnym wynagrodzeniu w 2021 roku znane były już we wrześniu 2020 roku. Co więcej, skoro termin składania ofert upływał w 29 grudnia 2020 roku, a więc na dwa dni przed końcem 2020 roku, to z całą pewnością realizacja zamówienia mogła rozpocząć się dopiero w 2021 roku, a więc stawki należało kalkulować w oparciu o przepisy wskazujące minimalne wynagrodzenie w roku 2021, a nie w roku 2020. Cena Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. została zatem oszacowana poniżej obowiązujących kosztów oraz nie została oszacowana z należytą starannością. Jest zatem ceną rażąco niską.

Co więcej, pierwsza pozycja kosztorysu załączonego do oferty zawierała cenę 9 złotych, zaś zestawienie cen jednostkowych załączone jako dowód do treści pisma zawierającego sprzeciw, zawiera cenę 21 złotych (w pozycji pierwszej). Powyższe pokazuje nierzetelność kalkulacji. Wskazuje również, że sam Wykonawca uznał cenę 9 złotych za nierealną i na obecnym etapie postępowania usiłuje zmienić tę kwotę na wyższą. Skoro Wykonawca na etapie postępowania odwoławczego próbował wyjaśnić wysokość zaoferowanej ceny, jednocześnie zmieniając pierwotną wycenę oferty, to świadczy o nierealności i nierzetelności cen zawartych w kosztorysie ofertowym. Oznacza także brak podstaw do kolejnego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Skoro już na tym etapie Wykonawca zmienia wysokość pierwotnej wyceny poszczególnych pozycji w kosztorysie cenowym, oferuje stawki poniżej obowiązujących, potwierdza to, że zaoferowana przez niego cena nie została oszacowana należycie i jest rażąco niska.

Ponadto Wykonawca nie przedstawił w treści wyjaśnień informacji, jakich żądał od niego Zamawiający (kalkulacji kosztów pracy dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego). Dodatkowo poprzez złożenie dowodu w postaci kosztorysu szczegółowego w istocie wykazał, że jego kalkulacja jest nierzetelna. Powyższe okoliczności potwierdzają więc, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest rażąco niska.

Wykonawca nie przedstawił także żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych przez siebie wyjaśnień.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyżej wskazane okoliczności pozwoliły na uznanie, że oferta Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. powinna podlegać odrzuceniu.

Wykonawca załączył do treści pisma zawierającego sprzeciw oferty innych wykonawców oraz wydruki ze stron internetowych. Powyższe dowody miały potwierdzać prawidłowość dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny oferty. Dowody zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co Wykonawca wyjaśnił w treści pisma zawierającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dn. 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile upoważniony do korzystania z informacji lub rozporządzenia nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak zatem wynika z przywołanych powyżej przepisów, podstawową zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji złożonych w postępowaniu podlega ocenie pod kątem spełnienia każdej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa opisanej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga wykazania przez wykonawcę, a zatem udowodnienia, że zastrzeżona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ogólne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia zasady jawności postępowania.

Jak wynika z powyżej zacytowanej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć tylko takie informacje, co do których wykazano, że posiadają wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane w kręgu osób zajmujących się tym rodzajem informacji.

Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie podjął nawet próby wykazania, jaką konkretnie szkodę mógłby ponieść w sytuacji ujawnienia przedmiotowych wyjaśnień dotyczących ceny. Trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji, miałyby zachwiać pozycją Wykonawcy. Obowiązkiem Wykonawcy, który zastrzega określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie twierdzeń, które legły u podstaw takiego zastrzeżenia. Skoro Wykonawca oświadczył, że informacje mają wartość gospodarczą, powinien wykazać ją. Okoliczność ta nie może pozostać jedynie w sferze ogólnego twierdzenia, nie wyrażona w sposób konkretny. Zagrożenie, wartość gospodarcza, powinny zostać określone i sprecyzowane przez Wykonawcę. Przyczyny, dla których Wykonawca zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny jednoznacznie wynikać z oświadczeń samego Wykonawcy. Nie mogą one zostać pozostawione ogólnym domysłem.

Także z zacytowanego powyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania powinien wykazać, że podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających podjęcie działań mających na celu utrzymanie w poufności tych konkretnych informacji, które zostały złożone. Skoro dla Wykonawcy określona informacja ma tak szczególne znaczenie, że zdecydował się objąć ją tajemnicą przedsiębiorstwa, to oznacza, że podjął w tym celu szczególne działania w celu utrzymania tej informacji w poufności. Podjęcie tych działań Wykonawca powinien wykazać. Powyższe potwierdza sama definicja tajemnicy przedsiębiorstwa przytoczona powyżej.

Wykonawca zastrzegający poszczególną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać, iż podjął szereg czynności naceLOWanych na ochronę tej informacji.

Tymczasem z dokumentów złożonych przez Wykonawcę nie wynika, aby Wykonawca ten podjął jakiegokolwiek działania w celu zachowania informacji w poufności.

Powyższe oznacza, że Wykonawca nie wykazał, że załączniki do pisma zawierającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych załączników jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę miało na celu wyłącznie ukrycie ich treści i uniemożliwienie odniesienia się do nich Odwołującemu. Uchybia to zasadzie jawności postępowania.

Ponadto informacje pochodzące z internetu stanowią informacje ogólnodostępne i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa przytoczoną powyżej, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile upoważniony do korzystania z informacji lub rozporządzenia nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Informacje pochodzące z internetu są powszechnie dostępne, zostały ujawnione publicznie, mogą z łatwością zostać pozyskane przez jakiegokolwiek zainteresowanego. Dodatkowo Wykonawca nie wykazał wobec tych informacji także kolejnej z przesłanek, tj. że podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Także kalkulacja ceny nie stanowi w niniejszym postępowaniu żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest ona wyłącznie uszczegółowieniem kalkulacji ceny przedstawionej w postępowaniu (w treści oferty). Wykonawca nie wykazał żadnych szczególnych właściwości swojej kalkulacji, które miałyby uzasadniać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do niej. Nie wykazał także spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa (o czym powyżej).

Izba zatem poinformowała Wykonawcę, że informacje wydrukowane ze stron internetowych i kosztorys szczegółowy ceny oferty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są to informacje ogólnodostępne.

Wobec powyższego Przystępujący nie podtrzymywał tajemnicy przedsiębiorstwa względem tych dokumentów.

Dokumenty w postaci oferty firmy STRABAG oraz firmy KADA-BIS nie zostały poddane ocenie Izby. Wykonawca nie wykazał tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do tych dokumentów (o czym powyżej), jednocześnie odstąpił od ich podtrzymywania jako dowody. Oferty firm podwykonawczych, w tym EL-KAJO, ROLPAP, RUREX sp. z o.o., P.P.U.H HURT-TRANS KAWIKO i Lotos Asfalt nie podlegały ocenie.

Wykonawca zobowiązany był wykazać Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zamawiający (komisja przetargowa) jest organem uprawnionym do oceny wyjaśnień złożonych na wezwanie. Wykonawca nie przedstawił takich dowodów na wezwanie Zamawiającego. Obecne ich złożenie jest czynnością spóźnioną. Izba dokonuje

oceny czynności Zamawiającego polegającej na ocenie złożonych wyjaśnień i dowodów, nie dokonuje czynności oceny za Zamawiającego (powołaną w tym celu komisję przetargową).

Również nie jest przekonująca argumentacja przedstawiona w treści pisma zawierającego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia sporządzona przez Zamawiającego nie uwzględnia wszystkich rynkowych aspektów, w tym ogólnego spadku ilości zamówień oferowanych na rynku zamówień publicznych, co automatycznie powoduje, że podmioty startujące w przetargach oferują niższe ceny za tego typu usługi niż miało to miejsce np. rok, czy dwa lata temu. Jest to twierdzenie natury ogólnej, ma charakter opinii Wykonawcy i nie zostało poparte żadnym dowodem. Powyższe twierdzenie jest opinią prywatną Wykonawcy, nie jest faktem notoryjnym.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje także okoliczność, że Wykonawca działa na rynku lokalnym i od lat cieszy się dobrą opinią wśród zamawiających, realizuje zamówienia rzetelnie. Wykonawca był zobowiązany do przedstawienia szczegółowych kosztów kalkulacji ceny, czego nie przedstawił na wezwanie Zamawiającego. Ponadto złożone wyjaśnienia były ogólne, a twierdzenia i dowody przedstawione w trakcie rozprawy potwierdziły brak prawidłowej kalkulacji ceny, oraz zawarcie stawek, które są na poziomie niższym niż wynikający z przepisów prawa, co potwierdza, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje także dodatkowy argument Wykonawcy, zgodnie z którym posiada on wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówienia na rzecz tego Zamawiającego, a zatem potrafi optymalnie ocenić rzeczywisty udział pewnych pozycji kosztorysowych w przypadku przedmiotowych robót utrzymaniowych. Każdy z wykonawców powinien skalkulować cenę za realizację przedmiotu zamówienia rzetelnie, biorąc pod uwagę wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego. Niedoszacowanie poszczególnych pozycji kosztorysu inwestorskiego, jak również zawarcie stawek, które są na poziomie niższym niż wynikający z przepisów prawa potwierdza nienależytą kalkulację ceny, a zatem potwierdza, iż oferta Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

W oparciu o powyżej wskazane okoliczności należało uznać za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w tym w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 poprzez wybór oferty Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu. Wykonawca Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: