

WYROK
z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Sośnicowice**

przy udziale wykonawcy **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne "WUDIMEKS" sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** na rzecz zamawiającego **Gmina Sośnicowice** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Sośnicowice – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn.: Kompleksowe uporządkowanie gospodarki ściekowej w aglomeracji Sośnicowice - etap II - budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Sośnicowice i Trachy wraz z oczyszczalnią ścieków w Trachach”.

numer postępowania: ZP - 10/2021”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

W dniu 6 listopada 2021 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w toku postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie:

- 1) art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 ustawy Pzp przepisów, to jest:
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, pomimo że ta oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
- 4) art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 79 ust 2 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS Sp. z o.o. M. W. z siedzibą w Częstochowie w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odtajnienie wyjaśnień Wielobranżowego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego WUDIMEKS Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie,
- 3) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej po odrzuceniu oferty Wielobranżowego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego WUDIMEKS Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów przewidzianych przepisami prawa.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał:

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 900 000,00 złotych brutto. Oszacowana przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia, obrazuje poziom cen rynkowych w odniesieniu do zakresu świadczenia usługi oraz terminu jej realizacji. Oferta wykonawcy wybranego jest niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia o 55,66% oraz niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert o 38,14%.

Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe biorąc pod uwagę następujące okoliczności:

1. Zamawiający, zgodnie z treścią Rozdziału 7 ust 2 pkt 4 SWZ wymaga, aby do realizacji zamówienia skierowano osoby z odpowiednimi uprawnieniami do pełnienia następujących funkcji:

- 1) Inspektor nadzoru robót sanitarnych
- 2) Inspektor nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych
- 3) Inspektor nadzoru robót drogowych
- 4) Inspektor nadzoru robót w zakresie instalacji elektrycznych
- 5) Inspektor nadzoru inwestorskiego w zakresie automatyki (AKPiA)
- 6) Inspektor nadzoru inwestorskiego w zakresie technologa

Zgodnie z treścią SWZ zamawiający dopuszcza możliwość łączenia w/w funkcji, jednakże możliwość tę należy odnieść zarówno do szczegółowego zakresu świadczonej usługi, wskazanego w rozdziale II SWZ oraz okresu realizacji zamówienia.

2. Nadzór inwestorski ma być pełniony przez okres do 22 miesięcy, nad robotami budowlanymi obejmującymi budowę kanalizacji sanitarnej na terenie dwóch miejscowości (Sośnicowice i Trachy) oraz nad budową oczyszczalni ścieków w Trachach.

Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, iż budowa instalacji sanitarnej odbywa się przy tego rodzaju robotach jednocześnie na wielu odcinkach, a zatem zaangażowanie

personelu wykonawcy będzie wymagane w pełnym wymiarze przez cały okres prowadzenia robót budowlanych.

3. Wybrany wykonawca – zgodnie z udostępnionym do wglądu wykazem osób – wskazał, iż do realizacji zamówienia przez cały okres 22 miesięcy skierowanych zostanie 5 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz 1 osoba zatrudniona na podstawie umowy cywilno-prawnej.

4. Cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę to 399 020,00 zł brutto.

Zestawienie powyższych okoliczności wzbudza uzasadnione wątpliwości Odwołującego dotyczące możliwości realizacji zamówienia biorąc pod uwagę:

1) koszty pracy pracowników, w tym zapewnienia wynagrodzenia zgodnego z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

2) koszty stałe dotyczące cotygodniowej organizacji narad na placu budowy

3) realizacji usługi we wszystkich miejscach do tego koniecznych (zapis z SWZ – Rozdział 3 ust I) na terenie miasta Sośnicowice oraz Trach

4) koszty dojazdu z miejsca siedziby wykonawcy (Częstochowa) do miejsca świadczenia usługi (Sośnicowice) - Odległość drogowa – ok 97 km

Odwołujący podkreślił, że nie miał możliwości zweryfikowania powyższych okoliczności gdyż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 02.11.2021 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania oraz korespondencji prowadzonej z wybranym Wykonawcą tj. WPI WUDIMEX Sp. z o.o., w tym w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego, Zamawiający w dniu 04.11.2021 r. udostępnił Odwołującemu oferty i podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób i formę zatrudnienia. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały zastrzeżone przez wybranego wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa. Wybrany wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do całości złożonych przez niego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny utrudnia Odwołującemu wykazanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty, treść prowadzonej w toku postępowania korespondencji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym odwołującego oraz zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także

wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne WUDIMEKS sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej Przystępujący).

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający w opublikowanym dla postępowania SWZ w Rozdziale 3 dokonał Opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w sposób ogólny jak i poprzez określenie szczegółowego zakresu zadań.

Zamawiający w Rozdziale 7 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu m.in. poprzez wskazania osób jakimi ma dysponować wykonawca i które skieruje do realizacji postępowania. Ponadto Zamawiający w tym rozdziale wskazał, że, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, dopuszcza łączenie funkcji, o których mowa w ust. 2 pkt 4 SWZ.

Dalej Zamawiający w Rozdziale 14 SWZ ustalając Sposób obliczenia ceny oferty, wskazał:

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.
2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 23%.
3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego o związane z realizacją przedmiotu zamówienia.
4. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. (...)

Kwota brutto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podał podczas otwarcia ofert wynosi: 900000 brutto PLN.

Oferty w postępowaniu złożyło 5 wykonawców.

W dniu 21 października 2021 r. Zamawiający wystąpił do przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp o wyjaśnienie ceny oferty.

Przystępujący w dniu 26 października 2021 r. złożył wyjaśnienia (nr pisma TM.1306.2021), które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia dokonał w piśmie z tego samego dnia oznaczonego nr TM.1305.2021.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. (art. 16 ustawy Pzp);

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. (art. 18 ust 1-3 ustawy Pzp);

Zamawiający dokumentuje wszystkie istotne czynności oraz inne istotne zdarzenia w postępowaniu w zakresie komunikacji z wykonawcami oraz innymi podmiotami, a także w związku z udostępnianiem protokołu postępowania. (art. 79 ust. 2 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. (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp);

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp);

Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji. (art. 11 ust. 4 uznk);

Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; (art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk).

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że postępowanie przez Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym zakreślonym poprzez zarzuty podnoszone w odwołaniu. Natomiast zarzut stanowi podstawa prawna wraz z podstawą faktyczną. Tylko takie sformułowanie zarzutu, które obejmuje uzasadnienie faktyczne odnoszące się do okoliczności tej konkretnej sprawy może wywołać zamierzony przez Odwołującego skutek w postaci uwzględnienia odwołania. W niniejszej sprawie Odwołujący kwestionował zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył, iż zaniechanie to wystąpiło pomimo, że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie w toku rozprawy Odwołujący przyznał, że przed złożeniem odwołania dysponował uzasadnieniem zastrzeżenia składanych wyjaśnień przedłożonym przez Przystępującego Zamawiającemu. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że wybrany wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do całości złożonych przez niego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny utrudnia Odwołującemu wykazanie, że oferowana cena jest rażąco niska. Ponadto Odwołujący przywołał wyrok Izby o sygn. akt KIO 720/21, w którym Izba wskazywała na prymat zasady jawności o określonych okolicznościach. W ocenie Izby, Odwołujący aby mógł skutecznie kwestionować zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winien wykazać, że nie wystąpiły przesłanki do jej zastrzeżenia określone przepisami prawa, w odwołaniu próżno szukać takiej argumentacji. W związku z tym, Izba stwierdziła, iż argumentacja w tym zakresie przedstawiona przez odwołującego w piśmie procesowym jest argumentacją spóźnioną i wykraczającą poza

podniesione zarzuty, gdyż zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wobec faktu udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego, w ocenie Izby, nie istniały obiektywne okoliczności uniemożliwiające Odwołującemu przedstawienie argumentacji np. co do możliwości zastrzeżenia całości dokumentu czy też wykazania wszystkich przesłanek objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła, że odwołujący dokonał tego w bardzo ograniczonym zakresie. Przedstawiona przez odwołującego argumentacja była bardzo zdawkowa. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezgodne z przepisami prawa, a tym samym oddaliła zarzut.

Co do kolejnego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, dostrzeżenia wymagało, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), w niniejszym przypadku Przystępującego. Jednocześnie pomimo, modyfikacji reguły ciężaru wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.

Ze względu na objęcie wyjaśnień ceny przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do nich w sposób ogólny.

Dostrzeżenia wymagało, że Odwołujący podnosząc w odwołaniu zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, pomimo nieznanomości wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, zmuszony był oprzeć zarzuty o pewnego rodzaju hipotezy i przewidywania co do założeń przyjętych przez innego wykonawcę, które nie potwierdziły się w niniejszej sprawie, tak więc zarzut był chybiony. Odwołujący przedstawiając argumentację odnośnie ceny oferty przystępującego przedstawił ją w oparciu o własne założenia i własną kalkulację, która nie przystaje do założeń Przystępującego. Oferta Przystępującego została sporządzona w oparciu o inne założenia wg własnej metody Przystępującego, m.in. w zakresie czasochłonności usług świadczonych w ramach realizacji zamówienia. W szczególności nie potwierdziło się założenie Odwołującego, iż dla realizacji zamówienia konieczne jest zaangażowanie personelu w pełnym wymiarze czasu pracy. Faktem jest, iż wykonawca musi świadczyć usługę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, niemniej jednak nie oznacza to, że personel wymagany przez Zamawiającego musi być

zaangażowany przy wykonywaniu usługi w pełnym wymiarze czasu pracy. Wobec powyższego zarzut ten nie potwierdził się.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że nie potwierdziła się teza Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp. Ponadto zarzut nr 3 podniesiony w odwołaniu, a dot. czynu nieuczciwej konkurencji, jako zarzut wynikowy wobec zarzutu związanego rażąco niską ceną oferty Przystępującego również nie podlegał uwzględnieniu.

Tym samym odwołanie nie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....