

**WYROK**  
**z dnia 5 grudnia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 grudnia 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 listopada 2019 roku** przez wykonawcę: **M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HYPMAR H. M. z siedzibą w Modleńcinie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wałbrzyski Związek Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Wałbrzychu**

**przy udziale wykonawców:**

- 1) Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne i Handlowe COM-D Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze; zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- 2) Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HYPMAR H. M. z siedzibą w Modleńcinie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HYPMAR H. M. z siedzibą w Modlecinie** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Odwołującego M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HYPMAR H. M. z siedzibą w Modlecinie na rzecz Zamawiającego Wałbrzyskiego Związku Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Wałbrzychu** kwotę w wysokości **931 zł 56 gr** (słownie: dziewięciuset trzydziestu jeden złotych 56/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie Izby, w tym kosztów noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 22 listopada 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29.01.2004 r., Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1834 ze zm.) w dalszej części „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca H. M. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą HYPMAR H. M. z/s w Modłęcinie, dalej „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa systemu oczyszczania ścieków w miejscowości Struga w Gminie Stare Bogaczowice - Etap II” prowadzi Zamawiający: Wałbrzyski Związek Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Wałbrzychu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.06.2019 r., pod nr 2019/S117-288169. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjnego i Handlowego COM-D Sp. z o.o. z/s w Jaworze (dalej: COM-D), pomimo tego, że to oferta złożona przez Odwołującego winna być wybrana jako najkorzystniejsza,
- 2) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo tego, iż oferta Odwołującego nie podlegających odrzuceniu, a oferent spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.
- 3) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy COM-D, pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu,
- 4) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy COM-D, pomimo ziszczenia się przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp,
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty COM-D, pomimo, że zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo tego, że wyjaśnienia COM-D potwierdzają rażąco niską cenę, bowiem nie ma możliwości by przy tak zaoferowanej cenie Wykonawca COM-D przedstawił wyjaśnienia, które nie potwierdzałyby rażąco niskiej ceny,
- 6) zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez COM-D.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp. tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym

w szczególności w związku z dokonaniem wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu; oraz

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

3) art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy COM-D z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jednocześnie podając nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

4) art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2019.1010 t.j. z dnia 2019.05.30 ze zm.; dalej jako „Ustawy uzna”) poprzez ograniczenie dostępu do udzielonych przez COM-D, wyjaśnień na wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. w szczególności przez uniemożliwienie zapoznania się przez Odwołującego z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wobec uznania, że dokumenty (wyjaśnienia wraz z załącznikami) zastrzeżone przez COM-D, w postępowaniu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdy de facto nie zostały spełnione przesłanki ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanej Ustawy uzna;

5) art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 Ustawy uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COM-D, pomimo, iż złożenie przez tego Wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku,

6) art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COM-D, w sytuacji, gdy cena oferty tego Wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz w sytuacji, gdy wyjaśnienia Wykonawcy potwierdzają rażąco niską cenę, bowiem nie jest możliwe w żaden sposób, by złożyć przekonujące wyjaśnienia, które uzasadniałyby zaoferowanie tak rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wnosil o:

1) Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty COM-D;

2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia COM-D z postępowania,

- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty COM-D z powodu rażąco niskiej ceny oraz z powodu tego, że przedstawione wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty COM-D z powodu czynu nieuczciwej konkurencji,
- 5) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych przez COM-D wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 3 Ustawy pzp
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności zwrotu wpisu od odwołania i kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ doznał szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu wśród ofert niepodlegających odrzuceniu. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą w znaczeniu określonym ustawą Pzp, a oferent spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Odwołanie zostało wniesione w terminie - Zamawiający w dniu 12.11.2019 r., przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty. Kopia odwołania została, zgodnie z przepisami art. 180 ust. 5 Pzp przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób by mógł zapoznać się z jego treścią. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w Rozdziale V [Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia] wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) (pkt 2b) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

- zrealizował (zakończył) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

- dwie roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej grawitacyjnej o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyższej,
- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie sieć kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o długości minimum 200 mb,

- jedną robotę w zakresie nawierzchni asfaltowej dróg o kategorii ruchu drogowego KR 2 i wyższej, o powierzchni minimum 9.000 m<sup>2</sup>,
- jedną robotę dotyczącą montażu tłoczni ścieków wraz z wyposażeniem.(...).

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca COM-D złożył Wykaz Robót Budowlanych, gdzie wskazał w zakresie budowy sieci kanalizacji sanitarnej o długości powyżej 1500 mb w gruncie kat. V dwie budowy i przedłożył referencje wystawione przez:

1. Gminę Bolków z dnia 27.03.2019 r., poświadczające wykonanie robót budowlanych na zadaniu: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Sady Dolne i Sady Górne”, oraz
2. Gminę Marciszów z dnia 31.07.2019 r., poświadczające wykonanie robót budowlanych na zadaniu: „Budowa drugiej części III etapu kanalizacji sanitarnej wraz z zastosowaniem OZE w oczyszczalni ścieków w Gminie Marciszów”.

Ze względu na brak informacji w dokumentach, potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę COM- D warunku, iż wykonał on dwie roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej grawitacyjnej o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyższej, Odwołujący poinformował Zamawiającego o dostrzeżonych nieprawidłowościach. Ponadto Odwołujący wskazał również na inne braki, tj. zgodnie z warunkami SIWZ (rozdział VI, pkt 7, ppkt 1), iż referencje powinny potwierdzać, że roboty te zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

#### Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Z informacji dostępnych na stronach internetowych BIP UG Marciszów i BIP UG Bolków wynika, że zadania, na które wystawiono złożone referencje powinny być zakończone 30.09.2018r., tymczasem z udostępnionych referencji wynika, że zostały zakończone po terminie umownym. Referencje te nie potwierdzają, że Wykonawca COM-D zakończył roboty zgodnie z zawartymi umowami w terminie do 30.09.2018r. Jednocześnie referencje wystawione przez Gminę Bolków nie potwierdzają, że Wykonawca wykonał zadanie należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo je ukończył. Referencje te określają jedynie termin, zakres robót, Zamawiającego i wartość kontraktu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.10.2019 r., COM-D udzieliła wyjaśnień datowanych na dzień 20.08.2019 r., iż spełnia wymagania w zakresie warunku - wykonania dwóch robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej grawitacyjnej o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyższej, załączając ponownie referencje Gminy Bolków i Gminy Marciszów uzupełnione o zapis:

1) Gmina Bolków z dnia 27.03.2019 r., „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Sady Dolne i Sady Górne”: „Roboty budowlane były wykonywane w gruncie kategorii I-VI” oraz że „Roboty wykonane zostały z należytą starannością, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”;

2) Gmina Marciszów z dnia 31.07.2019 r., „Budowa drugiej części III etapu kanalizacji sanitarnej wraz z zastosowaniem O ZE w oczyszczalni ścieków w Gminie Marciszów”: „Roboty budowlane były wykonywane w gruncie kategorii III-Vr.

Zdaniem Odwołującego COM-D nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu żądanych przez Zamawiającego dla doświadczenia zawodowego. Z treści przedłożonych referencji oraz braku przedłożenia innych dokumentów, nie sposób wywieść, że wykonawca - COM-D wykonał opisane roboty o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyżej. Poza lakonicznym wskazaniem, że na obu referencyjnych zadaniach występowały grunty o kat. V i wyżej, to jednak w żadnej z tych referencji nie potwierdzono długości wykonywanych robót budowlanych w wymaganej kategorii gruntu. Na podstawie analizy wyjaśnień i przedłożonych referencji przez COM-D Sp. z o.o. należy stwierdzić, że realizacje te nie potwierdzają wymaganego doświadczenia. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie, iż owe doświadczenie w zakwestionowanym zakresie, posiada, pomimo że Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazaniem się doświadczeniem w robotach w gruncie o wskazanej kategorii i długości. Referencje te nie mogą zostać uznane za takie, które potwierdzają spełnienie warunku wykonania 1500 mb opisanych robót w gruncie kategorii V i powyżej. Przedłożone przez COM-D dowody, mające dokumentować fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie powinny budzić żadnych wątpliwości w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego COM-D nie wykazał spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym winien zostać przez Zamawiającego wykluczony, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp. To na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Fakt ten musi wynikać bezspornie z dokumentów złożonych przez wykonawcę (tak wyrok KIO z dnia 8.02.2019 r., sygn. akt 100/19). Ponadto celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zapewnienie bezwzględnej konkurencyjności postępowania, ale również i przede wszystkim uzyskanie świadczenia odpowiedniej jakości.

Pomimo wezwania do wyjaśnień, COM-D nie wyjaśnił wątpliwości w zakresie posiadanego doświadczenia, nie wykazał że spełnia opisany w sposób nie budzący wątpliwości, warunek udziału w postępowaniu, przedkładając referencje w dalszym ciągu niekompletne, w zakresie wymaganej długości wykonywania opisanych robót budowlanych

w gruncie V kategorii i powyżej. W związku z czym nie wykazał, że jest zdolny do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Nie chodzi przy tym o jakąkolwiek aktywność wykonawcy w tym zakresie, tj. np. niepełne, bez uwzględnienia istoty zgłoszonych wątpliwości, udzielanie odpowiedzi na wystąpienie zamawiającego, lecz o rzeczywiste wykazanie spełnienia wymaganych w SIWZ wymogów. Ciężar dowodowy spoczywa w tym zakresie na wykonawcy (tak wyrok KIO z dnia 20 września 2018 r., KIO 1781/18).

Tym samym dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, poprzez brak wykazania, że ów warunek spełnia, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., bowiem wybiera ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia,

#### Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego trudno jest nie przypisać COM-D zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp, gdyż podane w Wykazie robót budowlanych informacje o wykonaniu dwóch robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej grawitacyjnej o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyższej, nie mają odzwierciedlenia, zarówno w przedłożonych referencjach Gminy Bolków i Gminy Marciszów, jak i w rzeczywistym stanie faktycznym. Wykonawca składając oświadczenie w Wykazie robót budowlanych poświadczył nieprawdę. Informacje w Wykazie są nieprawdziwe, a na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wykonawca celowo składa lakoniczne wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem Referencji w sposób unikający zaprzeczenia czy potwierdzenia prawdziwości złożonych przez siebie informacji, koniecznych do ustalenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zdolności technicznych.

Wykonawca sporządzając Wykaz robót budowlanych winien czerpać wiedzę o zakresie wykonywanych robót w oparciu o pełną wiedzę odnośnie wykonanych przez niego prac, przez co należy rozumieć przede wszystkim zawartą umowę o roboty budowlane, w tym protokoły odbiorów, dokumentację powykonawczą, karty obmiaru, operaty geodezyjne itd. Nie dokonując sprawdzenia prawdziwości przekazanych informacji, postępowanie Wykonawcy cechuje rażący brak należytej staranności, zwłaszcza że jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał pewną świadomość wagi informacji zawartych w wykazie robót budowlanych dla oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy przy przedstawianiu informacji zamawiający zostaje wprowadzony został w błąd (przesłanka 1),



- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa (przesłanka 2),
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (przesłanka 3).

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy polegającego na przedstawieniu informacji zamawiający zostaje wprowadzony został w błąd (przesłanka 1),
- wykonawca działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa (przesłanka 2),
- błąd dotyczy informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (przesłanka 3).

#### Przesłanka 1:

Przez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (jak i przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji) należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy. W tej sprawie mamy do czynienia ze ziszczeniem się omawianej przesłanki.

#### I. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Sady Dolne i Sady Górne”

Odwołujący, w trybie dostępu do informacji publicznej pozyskał dokumentację budowlaną od Gminy Bolków.

W ramach opinii geotechnicznej wykonano 95 wierceń (otworów geotechnicznych). W 32 otworach zlokalizowano skałę (grunt kategorii V) jednak w dolnych warstwach tj. na głębokości ok 3 m. Analizując projekt łatwo zauważyć, że kanał główny nie był układany na tych głębokościach, na których stwierdzono występowanie skały. Analizując dziennik budowy, skała wystąpiła jedynie na odcinku K-8 i K-10 na wysokości bud 47 i 49, gdzie wnioskowano o wypłykanie kanału wpisem z dnia 30.07.2018r. Nadzór autorski wyraził zgodę. Długość odcinka na wys. posesji 47 i 49 to ok. 90 mb. (S10.1 - S 10.4) a nie 1500mb jak wymagał Zamawiający i jak wskazał w wykazie robót budowlanych w poz. 1 COM-D. Na dowód powyższego Odwołujący złożył do odwołania wyciąg z dziennika budowy Sady Dolne.

#### II. Budowa drugiej części III etapu kanalizacji sanitarnej wraz z zastosowaniem OZE w oczyszczalni ścieków w gminie Marciszów

Odwołujący, wystąpił do Gminy Marciszów, w trybie dostępu do informacji publicznej i otrzymał w odpowiedzi na wniosek całość dokumentacji w zakresie robót odspojenia skały dotyczącej przedmiotowej inwestycji, tj. Protokół Konieczności z dnia 31.08.2018 r., w którym

w pierwszym wierszu kosztorysu różnicowego „Mechaniczne odspojenie skał w wykopach i przekopach kat. gr. VI” podano ilość po zmianach projektowych - 207,15 m<sup>3</sup>, na 12mb sieci kanalizacji.

Powyższe bezspornie dowodzi, że COM-D oświadczając, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje. Łącznie na wskazanych przez Wykonawcę referencyjnych zadaniach wykonał roboty budowlane w gruncie kategorii V i powyżej w ilości 90 mb + 207,15 m<sup>3</sup> na 12 mb sieci kanalizacji, co łącznie w żadnej mierze nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie wykazania się wymaganym doświadczeniem.

#### Przesłanka 2:

W ocenie Odwołującego zachowanie Wykonawcy cechuje rażące niedbalstwo.

Do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Wykonawcy są obowiązani do starannego sprawdzenia wszystkich informacji zawieranych w przygotowywanych ofertach, a w szczególności informacji tak doniosłych dla wyniku postępowania, jak te potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca chcąc wykazać się doświadczeniem w realizowanych przez siebie robotach winien zadbać o ich należyte i nie budzące wątpliwości potwierdzenie dokumentami.

Referencje nie stanowią jedyne, podstawowe źródła informacji odnośnie zrealizowanych robót budowlanych, usług lub dostaw, lecz składane są na potwierdzenie, że

te roboty, usługi czy dostawy zostały wykonane należycie (a w przypadku robót budowlanych - również, że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). Źródłem informacji o zrealizowanych robotach budowlanych, usługach lub dostawach, na które wykonawca ma zamiar się powołać w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, powinny być przede wszystkim takie dokumenty, jak umowy i protokoły odbioru, kolaudaty, operaty itp.

### Przesłanka 3:

Informacje zawarte w pozycji nr 1 i 2 wykazu robót budowlanych, zostały złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przewidzianego w Rozdziale V pkt. 2 b) SIWZ. Informacje te niewątpliwie należy uznać za mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Informacje te, mając bowiem znaczenie dla oceny wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu wpływają na decyzję podejmowaną przez zamawiającego odnośnie ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, a tym samym mają istotne znaczenie w ogóle dla możliwości udzielenie danemu wykonawcy konkretnego zamówienia.

W konsekwencji zatem ziszczenia się wszystkich przesłanek składających się na podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania określoną przez ustawodawcę zarówno w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Pzp, należy uznać, iż Zamawiający winien wykluczyć Wykonawcę COM-D z postępowania na podstawie tych przepisów.

W zaistniałej sytuacji wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastąpienie Wykazu robót zawierającego nieprawdziwe informacje wykazem innych robót, stanowiłoby nie tylko naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, ale także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### Zarzut rażąco niskiej ceny

Odnosząc się do tego zarzutu Odwołujący wskazał, że formułując przedmiotowy zarzut - z racji braku odtajnienia części z wyjaśnień - działał z zachowaniem pewnej ostrożności procesowej. Niemniej jednak, powołując się na zdobyte doświadczenie na rynku budowlanym, bazując na udostępnionych mu pozostałych oświadczeniach, znając sytuację budowlaną na rynku, przyjmuje, że wszystkie złożone przez COM-D wyjaśnienia nie zawierają dowodów potwierdzających, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Skalkulowana przez COM-D cena ryczałtowa na tak niskim poziomie jest ceną nierealną, nierzeczywistą. Nie jest bowiem możliwe by wyjaśnienia dotyczące tak niskiej ceny były wyjaśnieniami przekonującymi.

### Zarzut braku odtajnienia wyjaśnień

Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, przez COM-D w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia zastrzeżone przez tego Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą m.in. zakresu:

- zestawienia elementów ceny oferty - załącznik nr 6
- ofert realizacji usług kontrahentów - załącznik 7-11
- dalszą część wyjaśnień wraz z dowodami załączonymi do p. C).

COM-D ponad to zastrzegł część wyjaśnienia jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym treści załączników nr 6-23 do złożonego wyjaśnienia. W związku z powyższym Zamawiający udostępnił Odwołującemu tylko część wyjaśnień. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie w całości, jednak do dnia wniesienia odwołania nie otrzymał odtajnionych, nawet w sposób zanonimizowany, dokumentów i oświadczeń. Natomiast w dniu 15.11.2019 r., po wyborze ofert, Zamawiający poinformował o nieudostępnieniu załączników nr 6-23 z uwagi na skorzystanie przez Wykonawcę COM-D z prawa wynikającego z rozdz. X ust. 10 SIWZ

Odwołujący podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadą postępowania jest jego jawność a przewidziane od tej zasady ustawowe wyjątki stanowią, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tylko i wyłącznie jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przedstawione przez COM-D w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być zweryfikowane przez konkurencję, co stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego normy zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, tj. obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Stosowne zastrzeżenia w wyjaśnieniach COM-D są lapidarne, ogólne i lakoniczne. Wykonawca stwierdził jedynie, iż załączone dokumenty zawierają informacje stanowiące tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, bez wymaganego „wykazania”, iż w istocie tak jest. Zasada uczciwej konkurencji stanowi fundament systemu udzielania zamówień publicznych, zaś takie zastrzeżenia nie powinny, w ocenie Odwołującego, korzystać z ochrony prawnej, gdyż stanowią czyn nieuczciwej konkurencji i są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Potwierdza to jednoznacznie orzecznictwo Sądu Najwyższego (tak Uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku -sygn. akt III CZP 74/05 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 czerwca 2013 r. - KIO 1240/13).

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się informacje:

- 1) mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub mające wartość gospodarczą,
- 2) nie ujawnione do publicznej wiadomości,
- 3) wobec których podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, wszystkie wymienione przesłanki (tj. charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub wartość gospodarcza, brak podania do publicznej wiadomości powyższych informacji, oraz podjęcie wobec informacji zastrzeżonych jako tajne, działań mających na celu zachowanie poufności) spełnione muszą być łącznie.

W ocenie Odwołującego, żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona. Tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony i ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego, czy wręcz Wykonawcy. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione (sygn. KIO 1368/11 z dnia 11.07.2011 r.)

Trudno przyznać walor tajemnicy przedsiębiorstwa zestawieniu elementów ceny oferty (zał. nr 6).

Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone w wyjaśnieniach dla Zamawiającego informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego, czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim wartości gospodarczej. Za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14).

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie negowała działania wykonawców niezasadnie utajniających fragmenty składanych przez siebie ofert czy wyjaśnień, podkreślając, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle

w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1535/14).

Tymczasem w tym postępowaniu, działania Zamawiającego zmierzają do faktycznej ochrony interesów tego z Wykonawców, który stosuje ustawową możliwość utajnienia niektórych informacji jedynie na potrzeby gry konkurencyjnej.

#### Zarzut rażąco niskiej ceny

W związku z wezwaniem Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta złożona przez COM-D zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Wykonawca złożył lakoniczne o dużym stopniu ogólności, wyjaśnienia iż jego oferta została obliczona zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz obejmuje wszelkie koszty niezbędne do poniesienia w związku z realizacją przedmiotowej inwestycji. Takie działania wykonawcy powinno zostać zaklasyfikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiegokolwiek wyjaśnienie oferowanej ceny oferty.

W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy COM-D zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia nie nawiązują do przedmiotu zamówienia. Budżet Zamawiającego, jaki zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia to: 23 625 851,87 zł, z kolei zaoferowana przez COM-D cena brutto za całość zamówienia wynosi 11 241 682,79 zł.

Odwołujący wskazał, że cena całkowita oferty COM-D jest niższa o 52% od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i o 34% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert .

Wykonawca Com-D nie wyjaśnił skąd wynika tak duża dysproporcja cenowa, pomiędzy środkami, jakie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen ofert konkurentów, a ceną oferty. Udzielił jedynie wyjaśnień w zakresie niektórych elementów ceny (część udostępnionych wyjaśnień), przy czym również w tym zakresie nie był wystarczająco precyzyjny i odniósł się do asortymentów, które na gruncie przedmiotowego zamówienia pełnią rolę niejako uboczną.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, cena rażąco niska oznacza cenę niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych i wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów, cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej oraz która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, co wynika z analizy całokształtu złożonych przez COM-D wyjaśnień.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny winny mieć na celu uzasadnienie racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego Zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny być konkretne i wyczerpujące. Oznacza to, że wyjaśnienia powinny odnosić się do konkretnych wartości ekonomicznych. Ogólne twierdzenia dotyczące np. posiadanego doświadczenia lub zasobów personalnych, bliskości wytwórni mas bitumicznych, bazy sprzętowej, posiadanie wiedzy i zdolności organizacyjnych itd. nie mogą zostać uznane za spełniające wymóg konkretności. Wyjaśnienia powinny również być kompletne, a zatem na ich podstawie zamawiający powinien móc ocenić, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie istotne pozycje kosztowe.

Wyjaśnienia składane przez specjalizujący się w danej branży podmiot nie mogą bowiem opierać się na ogólnych deklaracjach i zapewnieniach wykonawcy, mających na celu wyrzucić na zamawiającym wrażenie, jakoby cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i prawidłowy. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny winno bezwzględnie skutkować odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p

Udostępnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny COM-D w pierwszej kolejności odnoszą się do bliskości wytwórni mas bitumicznych, betoniarni, siedziby firmy i kopalni kruszyw. Oferta Odwołującego również zawierała przywołane podobne, odległości, zaplecze, sprzęt. Odwołujący również kalkulował w cenie oferty bliskość tj. 13,3 km - kopalni, betoniarni, lokalizacji bazy Odwołującego czy zakup masy bitumicznej z otaczarni mas bitumicznych w Sadach Dolnych.

W dalszej kolejności COM-D powołuje się na atrakcyjne ceny kruszyw do produkcji mas bitumicznych, ceny bitumu do produkcji mieszanki bitumicznej, cen paliwa itp. Powołuje się na rozstrzygnięcia przetargów, których przedmiotem są przebudowy, budowy czy remonty dróg. Niewątpliwie w przetargach drogowych COM-D jest konkurencyjny, ale nie w zakresie budowy kanalizacji. Przedmiotem postępowania jest Budowa systemu oczyszczania ścieków w miejscowości Struga w Gminie Stare Bogaczowice - Etap II. Głównym przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej. Natomiast odtworzenia nawierzchni stanowią znikomy procent całej inwestycji i nie mają większego wpływu na kalkulację ceny oferty. Odtworzenia nawierzchni na zadaniu stanowią jedynie 8%

wartości inwestycji. Niższe koszty wytworzenia mieszanki mineralno-bitumicznej mają znikomy wpływ na cenę ogólną oferty Com-D.

COM-D powołał się na ostatnio realizowane zadanie: Budowa kanalizacji sanitarnej w Sadach Dolnych i Sadach Górnych za kwotę 16 437 037,98 zł brutto, a nie zauważył, że wartość zamówienia i kwota którą Zamawiający przeznaczył na to zadanie to - 16 720 050,04 zł brutto. Pomimo wytwórni mas bitumicznych w tej samej miejscowości i atrakcyjnych cen realizował to zadanie w kwocie kosztorysu inwestorskiego.

Odnosząc się przez COM-D do planu postępowań Zamawiającego i kwoty, jaka została w nim podana, w ocenie Odwołującego stanowi chybioną z punktu widzenia rzetelności, realności i celowości, argumentacją. Plan postępowań dotyczył danego roku kalendarzowego, czyli pierwszego kwartału 2019 r. Gdyby Zamawiający ogłosił i rozstrzygnął przetarg w pierwszym kwartale, to była by to i może kwota realna do przerobienia w danym roku. Natomiast ze względu na dynamiczną sytuację cenową na rynku budowlanym - co stanowi wiedzę powszechnie dostępną, nie może być to kwota, którą należy się sugerować w kalkulacji ceny oferty, co jednak COM-D najwyraźniej uczynił.

Udostępnione wyjaśnienia w ocenie Odwołującego nie wyjaśniają rażąco niskiej ceny oferty COM-D, a brak dowodów, dokumentów materiałowych czy ofert dostawców nie pozwalają Odwołującemu ocenić czy materiały przedstawione w wyjaśnieniach odpowiadają materiałom wyszczególnionym w dokumentacji projektowej.

Poddając analizie cenę ryczałtową oferty firmy COM-D dla przedmiotowego zadania oraz cenę najkorzystniejszej oferty z I Etapu realizowanego zadania, można wywnioskować brak realnej/rzeczywistej możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę ryczałtową. Dla zobrazowania Odwołujący wskazał, że I Etap zadania realizowany był w 2017 roku przez Wykonawcę Eko-Wod za cenę brutto 4 992.267,16, gdzie ceny rynkowe materiałów i kosztów pracowniczych były nieporównywalnie niższe. Etap I obejmował wykonanie

1. Ok. 1600 mb sieci grawitacyjnej
  2. 51 studni kanalizacyjnych
  3. 1050 m<sup>3</sup> odspajania skały (grunt kategorii VII)
  4. Odtworzenie nawierzchni ok. 2000 m<sup>2</sup>
- II Etap obejmuje wykonanie
1. Ok. 7800 mb sieci grawitacyjnej
  2. 280 studni kanalizacyjnych
  3. 3700 mb kanalizacji tłocznej
  4. 5460 m<sup>3</sup> odspajania skały (analogia - 700m<sup>3</sup> / 1000mb)
  5. Odtworzenia nawierzchni ok. 10000 m<sup>2</sup>



Porównując Etap II do Etapu I, to jest on ok 5 razy większy. Średnia cena brutto realizacji Etapu I to - 3120 zł brutto/mb sieci (4992000 brutto/1600mb). Średnia cena oferowana przez COM-D realizacji II Etapu to -1441 zł brutto/mb sieci (112420000 brutto/78000mb).

Realizacja II Etapu inwestycji w 2019-2020 r., o 5 razy większym zakresie, za cenę ponad dwukrotnie niższą niż Etap I nie jest możliwa do wykonania.

Mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia na przedmiotowym zadaniu Odwołujący ma świadomość trudności oceny sposobu wyliczenia wynagrodzenia, pod względem poprawności rachunkowej. Natomiast skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie rażąco niskim lub pominięcie w wycenie istotnych składników świadczenia winno stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty, jednak wówczas zastosowanie znajdzie odpowiednio podstawa z art. 89 ust. 1 pkt 4 lub z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (tak uchwała KIO z dnia 26.03.2019 r., Sygn. akt KIO/KU 18/19). Zdaniem Odwołującego kwota wynagrodzenia oferty COM-D jest nierealna i zaniżona w sposób drastyczny.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego, odwołanie jest zasadne i konieczne, dlatego wnoszono o jego uwzględnienie w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej innego Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, po stronie Odwoływającego
- 2) Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjnego i Handlowego COM-D Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność obu złożonych przystąpień.

W odwołaniu prawidłowo przedstawiono stan faktyczny, odtworzono przebieg czynności Zamawiającego i podano zapisy SIWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

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

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp.

W warunku Zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia wykonania dwóch robót budowlanych polegających na budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej grawitacyjnej o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyższej. Potwierdzeniem posiadania wymaganego poziomu doświadczenia było złożenie odpowiedniego oświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia oraz wykaz robót. W ramach Wykazu robót należało podać: rodzaj, wartość, przedmiot, daty wykonania i miejsca wykonania oraz podmioty, na rzecz których roboty te zostały wykonane należycie.

Przystępujący COM D złożył wykaz zawierający wymagane informacje oraz referencje, które w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów zostały uzupełnione o potwierdzenie należytego wykonania zadań.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego COM D, że zadaniem referencji jest potwierdzenie, że dane prace zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, że zamawiający nie mieli uwag co do staranności działania danego wykonawcy. Nie jest natomiast zadaniem tego dokumentu potwierdzanie informacji dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Owszem, zdarza się że w referencjach napisane jest jaki był zakres przedmiotowy zamówienia, podane są terminy realizacji dla inwestycji ale nie jest to element wymagany przepisami prawa. Referencje jako dokument

mają charakter ogólny, jakoby uniwersalny, nie muszą odnosić się do konkretnego warunku ustalonego w konkretnym postępowaniu, mają dawać wykonawcy możliwość ich wielokrotnego wykorzystania. Fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu potwierdza sam wykonawca ubiegający się o takie zamówienie. Następuje to po pierwsze przez złożenie oświadczenia o spełnieniu warunku, po drugie przez złożenie odpowiednich wykazów, jeżeli są wymagane.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący COM D złożył oświadczenie i Wykaz, którego wiarygodność kwestionuje Odwołujący. Zgodnie z zatem z regułą ujętą w art. 6 kc, to Odwołujący winien udowodnić swoje stanowisko. W ocenie Izby nie przedstawiono dowodów, które skutecznie zanegowałyby informacje wynikające z oferty.

Przystępujący COM D złożył wykaz na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego, ujął w nim wymagane informacje dla potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia. Co warte podkreślenia, Zamawiający w wykazie nie wymagał szczegółowego określenia zakresu przedmiotowego dla zadań referencyjnych. Nie można więc Przystępującemu czynić zarzutu, że zadań tych nie opisał bardziej szczegółowo. Skoro dla Zamawiającego celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające były dane z Wykazu, przyjął on na siebie ryzyko ograniczonego zakresu wiedzy o poziomie doświadczenia wykonawcy starającego się uzyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący twierdzi, że nie przedstawiono żadnych dokumentów, które potwierdzałyby, że wymagane prace na odcinku o wymaganej długości w gruncie o określonej kategorii zostały wykonane. Zamawiający jednak tak szczegółowych dokumentów nie wymagał, kierując się regułą, że potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie oświadczenie wykonawcy.

Odwołujący zanegował potwierdzenie spełniania warunku i wskazywał na wprowadzenie Zamawiającego w błąd kierując się treścią dokumentacji pozyskanej ze źródeł zewnętrznych, od podmiotów, które wystawiły referencje. Wskazał, że pozyskał dokumentację budowlaną od Gminy Bolków oraz całość dokumentacji w zakresie robót odspojenia skały tj. Protokół Konieczności z dnia 31.08.2018r. od gminy Marciszów. Co ciekawe i co słusznie podkreślił na rozprawie Zamawiający, Odwołujący odnosił się, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie, tylko do szczytkowych zapisów owej zgromadzonej dokumentacji budowlanej dla obu inwestycji. W przypadku zadania realizowanego na rzecz Gminy Bolków odniesiono się tylko do opinii geotechnicznej i na podstawie jej treści wskazywano, że wykonano tylko 90mb w wymaganej kategorii V gruntu. Nie odniesiono się natomiast w żaden sposób do pozostałej dokumentacji budowlanej, której analizę na rozprawie przedstawił w opozycji do stanowiska strony Odwołującego – Zamawiający. Nawet jeżeli przeanalizuje się przedmiary robót do wykonania, to z dokumentu tego wynika, że z pewnością zakładano wykonanie znacząco większej ilości prac mechanicznego odspojenia

skały, niż w przywołanej opinii geotechnicznej. Ilości wynikającej z tego dokumentu Odwołujący w żaden sposób nie zanegował. Jak słusznie również zauważył Zamawiający i Przystępujący COM D przywołane zapisy dziennika budowy w odwołaniu odnosiły się do elementów odmiennie wykonanych niż zakładane w dokumentacji projektowej, stąd na podstawie tylko tych zapisów nie można wnioskować, że tylko w takim zakresie wykonywane były prace w danej kategorii gruntu. Skoro zmiany dla wskazanych odcinków akceptował nadzór autorski, to niezbitnie dowodzi, że w tym miejscu nastąpiła zmiana pierwotnych założeń dokumentacji projektowej. Nie dowodzi to natomiast twierdzenia, że tylko na tych odcinkach wykonywane były prace w określonej kategorii gruntu. Nie dowodzi to także tezy, że tylko w takiej długości mb można te prace zaliczyć celem potwierdzenia na zadaniu referencyjnym spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Pozostała przeanalizowana przez Zamawiającego dokumentacja projektowa dowodzi, że roboty budowlane odbywały się w większości na gruntach o kategorii V lub wyższej, co wynika choćby ze złożonych map sytuacyjnych będących częścią dokumentacji projektowej. Odnośnie do przedłożonego przez Przystępującego WOD-EKO oświadczenia inspektora nadzoru na zadaniu, to potwierdza on wykonanie co najmniej 500 mb prac, podczas gdy Odwołujący wskazywał na 90 mb więc między twierdzeniami stron widać co najmniej pewien rozdźwięk i to o dość znaczącej wielkości dla wykonanej ilości prac. Przypomnieć natomiast przede wszystkim należy, iż warunek udziału w postępowaniu stanowił o łącznej długości minimum 1500 mb w gruncie kategorii V i wyższej.

W przypadku Gminy Marciszów Odwołujący przedstawił jedynie fragment dokumentacji, na dodatek nie była to dokumentacja podstawowa dla wykonania zamówienia, ale protokół konieczności dla zadania dodatkowego. Izba uważa, że wywodzenie na tej podstawie, że w ramach prac podstawowych nie wykonywano prac mechanicznego odspojenia skały w gruntach o określonej kategorii nie jest prawidłowe. Również w przypadku tego zadania referencyjnego Odwołujący nie zanegował w żaden sposób informacji wynikających z przedmiarów robót, zgodnie z którym wykonano prace w kategorii V lub wyższej w ilości 6 540 m<sup>3</sup>. Reasumując, wielkości wynikające z przedmiarów dla zadań referencyjnych łącznie niewątpliwie potwierdzają wykonanie prac na odcinku minimum 1500 mb w gruncie kategorii V lub wyższej, tym samym potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Z tych też powodów zdaniem Izby zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przedstawione w Wykazie robót informacje co do wykonanych prac mają charakter nieprawdziwy. Brak jest więc odniesienia do elementów przedstawionych informacji, którym w tym zakresie można byłoby zarzucić nieodpowiadanie rzeczywistości. Biorąc pod uwagę wykładnię językową ustalonego w postępowaniu warunku udziału w zakresie zdolności technicznej, w żaden

sposób w ocenie składu nie można zakwestionować prawdziwości informacji znajdujących się w złożonym Wykazie wraz z referencjami. Tym bardziej w działaniach samego podmiotu składającego ofertę i Wykaz Izba nie dopatrzyła się, a Odwołujący nie wykazał działania w sposób umyślny lub chociażby nieumyślnie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Izba nie znalazła podstaw do uznania argumentacji Odwołującego za zasługującą na uwzględnienie.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona

informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, 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. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący COM D dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał ziszczenie się wszystkich wymaganych przesłanek, by daną treść uznać za mogącą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Opisano charakter zastrzeżonych informacji, zaznaczono, że są one znane tylko ograniczonemu kręgowi osób i jakie czynności podjęto, by nie były one powszechnie znane, wskazano, jaką wartość gospodarczą posiadają te informacje dla Wykonawcy i jaką szkodę poniesie Wykonawca, w sytuacji ich ujawnienia. Tajemnicą objęto informacje o kontrahentach współpracujących z wykonawcą, co Izba uważa za prawidłowe, zwłaszcza, że złożone materiały zawierały informacje o stawkach, za które strony negocjują wykonanie poszczególnych prac zadania i stawkach materiałów. Wszelkie elementy opisano w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji tajemnicy przedsiębiorstwa, z przywołaniem konkretnych rozwiązań, programów zabezpieczających, umów o zachowaniu poufności, klauzul obowiązujących pracowników, nazw handlowych materiałów, nazw firm współpracujących. Wyjaśnienia te nie były ogólne. Złożone uzasadnienie zastrzeżenia szczegółowo wskazywało na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez Wykonawcę środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy, wyjaśniono, że przedstawione informacje odnoszą się do

metodologii wykonania prac dla Zamawiającego, która opiera się na wieloletnim doświadczeniu i wiedzy podmiotu w danej branży.

Dalej podkreślić należy, iż Przystępujący wskazywał na wewnętrzne regulacje przyjęte w firmie stosownymi regulaminami, przywołał postanowienia umowne obowiązujące pracowników, którzy przestrzegać muszą zasady poufności. Podobne postanowienia zawierają także umowy o współpracę z podmiotami zewnętrznymi. Przystępujący opisał w jaki sposób dane informacje są w jego jednostce chronione, przy użyciu jakich systemów, kto i na jakich zasadach ma dostęp do tych elementów.

Wykonawca określił także wartość gospodarczą informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że choć wykonawcy posiadają bogate doświadczenie w danej branży, realizowali wiele kontraktów w danej dziedzinie, to jeden z nich – być może z uwagi na wynegocjowane warunki szczególne - złożył korzystniejszą ofertę. Tym samym więc informacja o danym rynku dostawców i zasadach współpracy z tymi dostawcami na zasadzie indywidualnych negocjacji wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy. Dlatego też Izba uznała, że w tym postępowaniu zestawienie elementów ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile znana jest cena globalna oferty, o tyle już szczegółowa kalkulacja pokazuje, w jakim momencie i na jakich elementach Przystępującego COM D udało się dokonać oszczędności, co zbudowało jego przewagę cenową.

Reasumując, Izba uznał, że spełnione i wykazane zostały wszystkie przesłanki, by określony zbiór informacji można było uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 Ustawy uzna

W ocenie składu orzekającego Izby złożone przez Przystępującego COM D wyjaśnienia były wystarczające do oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te zawierały rozbudowaną część opisową, wskazującą na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, która jednocześnie nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało opisowo kilkanaście elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty. Częścią wyjaśnień było również zestawienie elementów ceny, z podziałem na poszczególne czynności opisane jako zobowiązanie do ich wykonania. Natomiast ujęte w zestawieniu wartości odzwierciedlały liczbowo część opisową wyjaśnień. Wartości przedstawione w zestawieniu elementów ceny poparte dostawą dodatkowym materiałem z cenami za usługi pochodzącym od kooperantów Przystępującego. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa *„zarówno metoda jak i kalkulacja ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu”* (tak wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 167/07).

Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący pokazał choćby w jaki sposób organizacja jego przedsiębiorstwa pozwala obniżyć koszty wykonania zamówienia. Wyjaśnił jak przekłada się posiadanie odpowiedniej bazy logistyczno – sprzętowej, na wartość oferty. Wskazano na zaplanowany do osiągnięcia zysk przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Tezy te potwierdzało złożone do wyjaśnień zestawienie cenowe. Dodatkowo Przystępujący opisał jak na cenę jego oferty oddziałuje posiadane doświadczenie zawodowe i realizowanie ich zleceń o zbliżonym charakterze prac. Zdaniem Izby bazowanie na własnym wcześniejszym doświadczeniu zawodowym nie jest bez znaczenia dla wykazania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Tylko bowiem wykonawca mający doświadczenie w wykonaniu prac o charakterze i przedmiocie podobnym lub zbliżonym do zamawianego,



jest w stanie prawidłowo oszacować niezbędną ilość roboczogodzin, sprzętu, materiałów, zasób pracowniczy i innych, by zadanie zostało należycie wykonane, a dodatkowo uzyskane zamówienie pozwoliło takiemu wykonawcy wygenerować zysk. Dodatkowo przywołane zadania inwestycyjne realizowane były w lokalizacjach zbliżonych do przedmiotowej inwestycji, na podobnym terenie.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona w wyjaśnieniach odnośnie do planu zamówień publicznych Zamawiającego ma jedynie charakter poboczny. Ma ona jedynie dodatkowo wspierać wyjaśnienia, że kalkulacja ceny oferty Przystępującego była prawidłowo, skoro potwierdzają ją pośrednio założenia planu zamówień publicznych stworzonego przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uważa że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa Przystępującego COM D została przedstawiona w sposób nierzetelny, wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji nie mogło dojść do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, zostały poparte dowodami, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Dowód wykazania, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej obciążał Odwołującego, który nie sprostował w ocenie składu orzekającego Izby temu obowiązkowi.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972)

zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....