

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Bielsko - Biała, Miejski Zarząd Dróg w Bielsku – Białej prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa ul. Łowieckiej w Bielsku — Białej”, którego wartość nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 774936-N-2020 z dnia 30 grudnia 2020 r.

W dniu 10 maja 2021r. Odwołujący - Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020r., poz. 1913 ze zm.; dalej: „uznk”) w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nieodtajnienie, a tym samym uznanie za prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonane przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „FBSerwis”) w pismach z dnia 1 oraz 21 kwietnia 2021r. w sytuacji, gdy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, jak też poprzez zaniechanie przekazania załącznika nr 7 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, który jako jego element nie podlega utajnieniu oraz poprzez nieodrzuconie oferty wykonawcy FBSerwis, który poprzez blankietowe utajnianie wyjaśnień dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez:

a) uznanie, iż oferta FBSerwis nie zawiera rażąco niskiej ceny, jak też nie zawiera rażąco niskiej ceny w jej istotnych częściach składowych,

b) uznanie, iż oferta Pavimental Polska sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini (dalej: „Pavimental”) nie zawiera rażąco niskiej ceny, jak też nie zawiera rażąco niskiej ceny w jej istotnych częściach składowych,

c) wezwanie Pavimental pismem z dnia 9 kwietnia 2021r. do uzupełnienia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zakresie przekraczającym ich pierwotną treść,

d) zaakceptowanie częściowych wyjaśnień Pavimental z dnia 30 marca 2021r., jak też uzupełniających wyjaśnień Pavimental z dnia 15 kwietnia 2021r. w sytuacji, gdy

wykonawca nie przedstawił pełnego zakresu informacji jakich oczekiwał Zamawiający, jak też nie wyjaśnił ceny istotnych elementów oferty w sposób zgodny z ustawą.

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez nieuprawnione i sprzeczne z ustawą poprawienie pismem z dnia 15 marca 2021r. innej omyłki w pozycji 47 oraz 74 Tabeli Elementów Rozliczeniowych nr 14 — Koszty kwalifikowane — zamienna nr 2 — Branża elektroenergetyczna oferty Pavimental, co skutkowało nieuprawnioną poprawą oczywistej omyłki rachunkowej pismem z dnia 19 marca 2021r., w sytuacji gdy brak było podstaw do zastosowania powyższych norm prawnych, a wskazana oferta podlegała odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z SIWZ, tj. brak wyceny pełnego zakresu zamówienia publicznego.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez FBSerwis za nieskuteczne i nakazanie Zamawiającemu udostępnienie pełnych wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty FBSerwis,
3. odrzucenie oferty FBSerwis, jako zawierającą rażąco niską cenę i jako stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji polegający na blankietowym zastrzeganiu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp,
4. odrzucenie oferty Pavimental jako zawierającą rażąco niską cenę i jako niezgodną z SIWZ,
5. ponowne badanie i ocenę ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, ochronie podlegają poszczególne informacje (stanowiące szczególną wartość dla przedsiębiorcy), nie natomiast całe dokumenty, czy też wyjaśnienia przedkładane przez wykonawcę w toku postępowania. Wykonawca powinien dokonać analizy przedkładanych dokumentów i z nich „wyselekcjonować” to, co w istocie może spełniać przesłanki ustawowe. Tymczasem FBSerwis dokonał zastrzeżenia blankietowego, nie poddając weryfikacji, czy w istocie wszelkie informacje, jakie znalazły się w składanych przez niego pismach zasługują na szczególną ochronę. Zastrzeżenie takie – według Odwołującego - ma na celu wyłącznie utrudnienie weryfikacji wyjaśnień przedkładanych na wezwanie Zamawiającego i tym samym ograniczenie możliwości skorzystania przez pozostałych konkurentów ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca decydujący się na zastrzeżenie powinien wykazać spełnienie poszczególnych przesłanek ustawowych w stosunku do każdej

pojedynczej informacji, a nie traktować ich jako jednego zbioru, w którym, z przyczyn oczywistych, musiały znaleźć się informacje jawne, które nie spełniają założeń przepisanych litera prawa. Odwołujący wskazał, że FBSerwis nie dokonuje w swoim uzasadnieniu „rozbicia” argumentacji na fragmenty, odnoszące się precyzyjnie do zastrzeganej informacji (określając jej charakter i wartość gospodarczą), a jedynie na str. 2 w akapicie 1 pisma z dnia 1 kwietnia 2021r., dokonuje ich zbiorczego zestawienia.

Odnosząc się do pisma z dnia 1 kwietnia 2021r. zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia składane w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał, że FBSerwis odnosi się do szeroko pojętych możliwości grupy kapitałowej, nie precyzując na czym owe korzyści polegają i czy w ogóle w tym wypadku z nich skorzysta. Natomiast – jak wskazał Odwołujący - sam fakty przynależności FBSerwis do grupy kapitałowej, jak też jej skład nie jest tajemnicą, albowiem został opublikowany na stronie internetowej Budimex S.A. Ponadto, zauważył, że jeżeli chodzi o same możliwości finansowania to są one nie tylko możliwe do pozyskania w oparciu o powszechnie dostępne sprawozdania finansowe skierowane do wydziału KRS, ale też były tematem licznych doniesień prasowych (459,5 mln zł zysku netto w grupie za 2020r., z czego 55 mln zł zostanie przeznaczony na inwestycje w grupie FBSerwis). Samą możliwość przepływu określonych środków (w tym gotówki) pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład grupy kapitałowej regulują ale też ograniczają przepisy w zakresie tzw. cen transferowych, co nie dopuszcza działań w tym zakresie na zasadzie dowolności. Każde przejście środków pomiędzy podmiotami zależnymi musi nastąpić zgodnie z treścią ustawy.

Odwołujący Zakwestionował również powoływanie się przez FBSerwis na synergii w ramach grupy kapitałowej, gdyż wskazał, że zgodnie z ofertą 95% zakresu zamówienia FBSerwis zamierza powierzyć podwykonawcom. Mając na względzie tak szeroki udział podmiotów z poza grupy kapitałowej, udział w inwestycji siostrzanych spółek wydaje się co najmniej wątpliwy, szczególnie mając na uwagę ich głównie profile działalności. Również w zakresie dostępu do specjalistów, na który powołuje się FBSerwis, to Odwołujący zauważył, że zgodnie z powyższą deklaracją, większość personelu dostarczą podwykonawcy a nie Przystępujący, a co istotne informacje o kadrze kierowniczej FBSerwis ujął w treści oferty przez co nie może stanowić tajemnicy.

Odnosząc się do bazy podwykonawców, na która powołuje się FBSerwis, to w opinii Odwołującego zachodzi tutaj sprzeczność, co do ich roli w tłumaczeniu zaproponowanej ceny ofertowej. FBSerwis w swojej ofercie zadeklarował, iż nie są mu znane firmy podwykonawców, którymi zamierza się posłużyć do realizacji przedmiotowego zamówienia, co nasuwa wniosek, że albo nie dysponuje żadnymi ofertami podmiotów zewnętrznych albo nie zdecydował, który z podmiotów miałby stać się jego partnerem w omawianym przypadku.

Co za tym idzie należy podnieść, iż żadne konkretne oferty nie zostałyby odtajnione w sytuacji, w której Zamawiający zdecydowałby się na ujawnienie treści wyjaśnień.

Zakładając jednak, że doszło do niezmierzonej rozbieżności lub celowego ukrywania partnerów biznesowych, to jednak należy zwrócić uwagę, że:

- Firmy podwykonawców współpracujących z FBSerwis można pozyskać z uprzednich jego zamówień realizowanych na terenie Podbeskidzia i do niego przyległych,
- FBSerwis nie wykazał, że podwykonawcy zostali poinformowani o zakazie ujawniania danych objętych bilateralnymi porozumieniami,
- FBSerwis nie wykazał, że współpracujący z nim podwykonawcy umownie przyjęli na siebie zakaz współpracy z innymi podmiotami rynku budowlanego,
- FBSerwis nie wykazał, że ceny uzyskane przez nich są niemożliwe dla osiągnięcia przez pozostałych wykonawców,
- Umowy FBSerwis z podwykonawcami (z innych prowadzonych realizacji) są dostępne w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Odnosząc się do kwestii upustów, Odwołujący wskazał, że z uzasadnienia nie wynika, jaki punkt wyjścia FBSerwis przyjęło do obliczenia rabatu i czy faktycznie ma on znaczenie gospodarcze biorąc pod uwagę obecne realia rynku usług czy robót budowlanych. Ponadto wskazał, że FBSerwis odnosi się bezpośrednio do danych ujętych w biuletynach Sekocenbud czyli magazynach powszechnie dostępnych i stosowanych w wielu inwestycjach. Zauważył, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia bezpośrednio wskazał jakimi metodami posłużył się do minimalizowania ryzyka, a co za tym idzie nie muszą być one dłużej utajniane.

Odwołujący zauważył także, że część danych w zakresie działalności FBSerwis została ujawniona w toku innych postępowań lub zawsze była jawna, co nie przeszkadza spółce utrzymywać się na rynku utrzymania dróg, jak i robót budowlanych, a co za tym idzie „widmo” straty pozycji lidera w sektorze drogownictwa wydaje się odległe. Sam fakt poznania firm kontrahentów FBSerwis nie oznacza, że automatycznie nawiążą oni współpracę z Odwołującym i to po cenach korzystniejszych niż zaproponowane FBSerwis. Natomiast jeżeli faktycznie FBSerwis posiadał w składanych wyjaśnieniach informacje niezwykle dla siebie cenne, powinna je wyszczególnić i potraktować w sposób indywidualny.

Odwołujący wskazał również, że ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie konkretnej usługi w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamione z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy. Z wyjaśnień FBSerwis nie wynika, by ten wykonawca w jakikolwiek sposób zdefiniował pojęcie własnej polityki cenowej, nie wskazał jakie czynniki krótkoterminowe lub długoterminowe składają się na ową politykę cenową i w jaki sposób zostały one ujęte w wycenie przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił, gdzie ewentualna polityka cenowa jest opisana w treści wyjaśnień i w jaki

sposób jej ujawnienie w postępowaniu może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy. Nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłoby go narazić na szkodę.

Odwołujący podkreślił, że wskazane załączniki, podobnie jak treść uzasadnienia winny być jawne, albowiem stanowią przedmiot weryfikacji przez pozostałych konkurentów, którzy wskazując na ich treść mogą wskazywać na brak spełnienia przesłanek z uznk. Stwierdził także, że FBSerwis zastrzegając dane zawarte w piśmie z dnia 21 kwietnia 2021r. nie dokonał tego w sposób skuteczny bowiem, zdaniem Odwołującego Przystępujący nie mógł odnieść się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego na potrzeby innego pisma, albowiem to zawierało odmienne informacje i funkcjonowało w odmiennym stanie faktycznym. Nawet więc jeżeli uprzednie uzasadnienie zostało sporządzone w sposób prawidłowy, to „chroniłoby” informacje z pisma na potrzeby którego powstało, a tym samym nie mogło zabezpieczać wyjaśnień mających powstać w przyszłości.

Odwołujący końcowo wskazał, że działanie FBSerwis w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa świadczy o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem nie miało ono na celu faktycznej ochrony informacji istotnych dla prowadzenia działalności gospodarczej, ale utrudnienie weryfikacji wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp.

Zdaniem Odwołującego FBSerwis zdecydował się utajnić cały zakres złożonych wyjaśnień, aby zapobiegać merytorycznej weryfikacji ich treści przez pozostałych oferentów. W obecnej sytuacji każdy z wykonawców, który chciałby podjąć polemikę z FBSerwis musi opierać się o na własnych wyliczeniach i analizie rynku, w sytuacji gdzie odniesienie do faktycznych wyjaśnień wykonawcy mogłoby okazać się znaczenie bardziej precyzyjne i skuteczne. Powyższe natomiast powinno zdaniem Odwołującego skutkować koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp Odwołujący wskazał, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu obowiązani byli wypełnić kosztorysy ofertowe — Tabele Elementów Rozliczeniowych (dalej: „TER”). Wykonawcy mieli obowiązek wypełnić każdą z pozycji, wskazując w jej zakresie realną cenę jednostkową, umożliwiającą faktyczną realizację danej branży.

Wyjaśnił, że w jego opinii niemożliwe jest zrealizowanie pozycji nr 5 i 26 TER nr 3 (Branża kanalizacja deszczowa koszty kwalifikowane), jak też jej pozostałego zakresu. Odwołujący wyjaśnił, że cena z poz. nr 5 - TER nr 3, dotycząca gruntów skalistych, wydaje się nierealna wobec faktycznego zakresu prac jakie przewiduje w tym zakresie dokumentacja techniczna przekazana przez Zamawiającego. Wycena FBSerwis jest niezwykle niska w stosunku do realnych cen rynkowych i średniej cen wszystkich oferentów

biorących udział w niniejszym postępowaniu. Cena ofertowa FBSerwis, tj. 27,54 zł/m³ netto, jest niższa o ponad 250% od średniej ceny z wszystkich ofert biorących udział w postępowaniu wynoszącej 96,94 zł/m³ netto. Przy tak dużej rozbieżności cenowej, powyższe wyliczenia nasuwają wniosek, że oferent nie wycenił robót opisanych w poz. 5 kosztorysu, czyli „Mechaniczne odspojenie skał w wykopach i przekopach, kategoria gruntu VIII”, a co najwyżej dokonał wyceny wykonania zwykłego wykopu w gruncie w którym nie natrafiłby na żadne przeszkody.

W odniesieniu do pozycji nr 26 - TER nr 3 Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt 9 STWiORB nr ST-KD-OI BRANŻA SANITARNA - KANALIZACJA DESZCZOWA, - cena jednostki obmiarowej dotycząca montażu studni kanalizacyjnej powinna zawierać przynajmniej koszt dostawy materiałów (elementy betonowe kompletnej studni gł. ok. 5m, włąz kanałowy żeliwny, materiały do izolacji przeciwwilgociowej, chudy beton do przygotowania podłoża pod studnię), wykonanie robót przygotowawczych, przygotowanie podłoża, montaż studni i włązu, ewentualne wykonanie izolacji. Kwestionowana cena jednostkowa z oferty FBSerwis (poz. nr 26) wynosi 1.020,00 zł/szt. netto, która to cena nie pokryje nawet kosztów materiału niezbędnego do wykonania omawianej roboty branżowej. Koszt elementów betonowych potrzebnych do budowy studni gł. 5m to kwota na poziomie co najmniej 3.000,00 zł netto/szt. Omawiana pozycja jest o ponad 300% niższa od średniej ceny wszystkich oferentów biorących udział w postępowaniu przetargowym (4.447,85 zł/szt. netto), co tylko potwierdza jej rażące niedoszacowanie.

Odwołujący wskazał, że zaniżone ceny w pozycjach nr 5 i 26 TER nr 3, (a co za tym idzie i cały kosztorys TER nr 3), stanowią istotny składnik ceny ofertowej i są kluczowe dla realizacji pełnego zakresu robót w ramach przedmiotowej inwestycji. Brak możliwości realizacji robót sieciowych stanowi istotną przeszkodę w przejściu do kolejnych zakresów robót, jak również znacząco wpływa na komfort tak użytkowników ruchu, jak i okolicznych mieszkańców. Zaniedbania poczynione na przedmiotowym etapie mogą rzutować na sukces całego kontraktu, w tym na jego terminowość.

Ponadto zdaniem Odwołującego, zniżenie przez FBSerwis kosztów świadczy o celowym zastosowaniu niedozwolonej inżynierii cenowej, będącej czynem nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, nawet przy zastosowaniu pełnej synergii w grupie kapitałowej oraz wykorzystaniu zakupów w ramach umów ramowych nie sposób wytłumaczyć oszczędności na poziomie od kilkudziesięciu do kilkuset procent względem konkurencji. W związku z tym Odwołujący skonkludował, że zniżenie ceny wskazanych pozycji TER nr 3 potwierdza zniżenie wartości całej oferty FBSerwis oraz fakt „skonstruowania” jej w oparciu z wykorzystaniem inżynierii cenowej.

Odnosząc się do ceny oferty zaoferowanej przez Pavimental Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia tego wykonawcy są na bardzo dużym poziomie ogólności, nie zawierają w sobie

pełnego zakresu informacji jakich domagał się Zamawiający, nie tłumaczą wszystkich pozycji oferty, jak też zostały uzupełnione w sposób niezgodny z ustawą. Odwołujący zauważył, że w wycenie TER nr 8 - branża gaz wysokoprężny - koszty niekwalifikowane - zamienna nr 1 - Pavimental po uprzednim stwierdzeniu, iż nie jest w stanie wyjaśnić omawianej pozycji kosztorysowej, po uzyskaniu „drugiej szansy” od Zamawiającego, przedłożył sporządzone przez podwykonawcę rozbiście cenowe.

Odwołujący zakwestionował wyliczenia ww. wykonawcy wskazując:

-TER NR 8 POZ. - prace hermetyczne + bypass: zaoferowana cena podwykonawcy Pavimental wynosi 75.537 00 zł. Zgodnie z dokumentacją projektową prace hermetyczne należy wykonać metodą T.D Williamsona (tj. czyli metodą umożliwiającą przełączanie gazociągu bez konieczności wstrzymywania dostaw paliwa), czego wymaga specyfika niniejszego zamówienia publicznego. Praca na czynnych gazociągach, przy pełnym ciśnieniu eksploatacyjnym, przy wykorzystaniu powyższej metody, pozwala odseparować odcinek rurociągu, i bezpiecznie przeprowadzić na nim roboty sieciowe z jednoczesnym zapewnieniem nieprzerwanej dostawy paliwa gazowego do odbiorców końcowych.

Omawiane prace są możliwe do wykonania metodą:

a) poczwórnego stopowania gazociągu przełączanego (konieczne 2 bypassy DN150, każdy na końcowym odcinku przełączenia);

b) lub metodą podwójnego stopowania gazociągu przełączanego (wymagany 1 bypass DN150 poprowadzony po długości całkowitej przełączanego gazociągu, celem utrzymania przesyłu gazu, tj. na długości ok. 443 m). Odwołujący wskazał, że podwykonawca Pavimental w wycenie prac hermetycznych (poz. 1.1.110 kosztorysu szczegółowego) opiewających na kwotę 65.500,89 zł/kpl, uwzględnił koszt jednego stopowania gazociągu istniejącego DN250. Jednocześnie zaproponował bypass DN150 na długości łącznej tylko 23,6 m oraz po 4 szt. tzw. „fittingów” (pozycje materiałowe kosztorysu ofertowego), co świadczy o wybraniu metody poczwórnego stopowania o której mowa w pkt a). Szacunkowa wycena rynkowa prac hermetycznych (przy utrzymaniu cen jednostkowych podwykonawcy za metr) w naszej ocenie powinna wynosić dla wariantu podwójnego stopowania 319.391,47 zł. Analogiczne dla zalecanej metody poczwórnego stopowania z dwoma bypassami, szacunkowa wycena rynkowa prac hermetycznych powinna wynosić 272.039,67 zł. W konsekwencji łączne niedoszacowanie w omawianej pozycji wynosi zatem przynajmniej 196.506,67zł.

Odnosząc się kolejno do TER NR 8, POZ. 3 - budowa gazociągu DN300 , L - 443 M: Odwołujący wskazał, że zaoferowana cena podwykonawcy Pavimental to 451.682,80 zł. Co istotne, to to, że cena rury DN300, typ L360NE 323,9 x 7,1 (cena określona przy uwzględnieniu cen stali w miesiącu marcu 2021r) wynosi 620 zł/mb przy cenie podwykonawcy Pavimental 555,02 zł/mb, co biorąc pod uwagę przedmiar, generuje

Sygn. akt KIO 1383/21

niedoszacowanie na poziomie 28.786,14 zł za sam materiał dla jednej pozycji. Również w opinii Odwołującego, przyjęte w kosztorysie ofertowym nakłady robocizny za budowę gazociągu DN300mm (poz. nr 1.1.1.4 kosztorysu szczegółowego podwykonawcy) w ilości 420,31 r-g są znacząco zaniżone. Wyjaśnił, że brygada niezbędna dla realizacji przedmiotowego zakresu, liczy min. 5 osób, co pozwala przeprowadzić następujące wyliczenie: 5 os. x 8h x 20 dni = 800 r-g/m-c. W ocenie Odwołującego realizacja zakresu robót gazowych na sieci wysokoprężnej w zakresie opisanym w TER 8 wymaga ok 2 miesięcy, także liczbę 800 r-g/m-c należałoby pomnożyć przez 2 otrzymując 1600 r-g/ na pełną realizację wymaganego zakresu. Przy stawce 28.00 zł jaką podwykonawca Pavimental przyjął do kalkulacji prowadzi to do niedoszacowania na poziomie 33.031,32 zł. Łączne niedoszacowanie w omawianej pozycji wynosi zatem przynajmniej 61 817,46 zł.

Podsumowując powyższe wyliczenia, Odwołujący wskazał, że pozycja TER nr 8 - branża gaz wysokoprężny, zgodnie z ofertą podwykonawcy, została niedoszacowana na poziomie minimum 258.324,13 zł.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego wezwania Pavimental do uzupełnienia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 1a przez wykonawcę Pavimental są niepełne i nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, skutkując odrzuceniem jego oferty. Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2021 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty, na które Pavimental odpowiedział zdawkowo, przytaczając definicję rażąco niskiej ceny i polemizując z potrzebą wezwania go do wyjaśnień oraz co najważniejsze. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w treści udzielonych wyjaśnień wykonawca wskazał, że: „nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na pytania jakie stawia Zamawiający, a to m.in. dotyczące kosztów pracowników fizycznych, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, jako że cały zakres przebudowy sieci gazowej nisko i wysokoprężnej w całości zamierza zlecić w ramach umowy podwykonawczej firmie będącej specjalistą w tej branży.”. W związku z powyższym przedłożenie tak sporządzonego dokumentu, powinno skutkować stwierdzeniem przez Zamawiającego, iż wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови, a co tym samym winno powodować konieczność zastosowania wobec niego sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jednak Zamawiający ponownie wezwał Pavimental do złożenia wyjaśnień w zakresie gazociągu, co w opinii Odwołującego było działaniem nieprawidłowym.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że w zakresie pozycji nr 47 i 74 w TER nr 14 (Branża Elektroenergetyczna), nie ma możliwości zrównoważenia ceny jednostkowej na skutek wykorzystania materiałów z odzysku.

Odwołujący podniósł, że jego argumentację, a tym samym brak wyceny, czy też błąd wyceny wskazanych pozycji, potwierdził sam Pavimental, zgadzając się na poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki. Gdyby wykonawca był pewny wyceny na kwotę 0 zł nie wyraziłby zgody na działanie Zamawiającego, w skrajnym przypadku składając w tym zakresie odpowiednie środki ochrony prawnej. Według Odwołującego fakt, że wykonawca godząc się na przyznanie pozycji 47 i 74 wartości dodatniej, stanowi przyznanie się do błędu polegającego na sporządzeniu kosztorysu ofertowego w sposób niezgodny z SIWZ (pominięciu wyceny wszystkich pozycji). W przeciwnym bowiem wypadku, tj. w sytuacji, gdyby określona przez niego wycena była rozwiązaniem intencjonalnym, wykonawca Pavimental zdobyłby się na przekazanie (w miejsce zgody na poprawienie innej omyłki) stosownych wyjaśnień, które legitymizowałyby wykonanie pozycji za 0zł. Wobec powyższego, Zamawiający w miejsce wątpliwego poprawienia błędu ofertowego, winien był dochodzić wyjaśnień co do możliwości faktycznej realizacji danej pozycji za tak niską kwotę, co jednak nie miało miejsca. Ponadto również samo wprowadzenie przez Zamawiającego kwot dodatnich w miejsce kwot zerowych w ofercie Pavimental było nieprawidłowe. Odwołujący podkreślił, mając na względzie treść pism, za pośrednictwem których Zamawiający dokonał usunięcia oczywistych omyłek, że nie spełniały one wymogów jakie dla zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazanych cen jednostkowych w żaden sposób nie da się wyinterpretować z pozostałych pozycji kosztorysowych, albowiem brak w nim analogicznych pozycji. Co więcej Odwołujący nie jest w stanie określić na jakiej podstawie Zamawiający dobrał właśnie taką cenę dla pozycji 47 i 74 i co przesądziło o spełnieniu wymogu „analogii”. W konsekwencji zdaniem Odwołującego zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nastąpiło w sposób niewłaściwy i doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty, skutkiem czego było poprawienie omyłek rachunkowych, które wobec faktu oparcia ich na nieprawidłowo wprowadzonych cenach jednostkowych, również stanowi naruszenie Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 lipca 2021r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie jako w całości bezzasadnego. Wyjaśnił, że uszanował prawo Przystępującego do ochrony swoich zasobów firmy, jednak nie uczynił tego automatycznie i bezrefleksyjnie. Dokonał w tym zakresie rzetelnej analizy przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia i podjął decyzję o nieujawnianiu Odwołującemu wyjaśnień w części objętej zastrzeżeniem. W jego opinii wyjaśnienia Przystępującego były obszernie i wyczerpujące oraz w konsekwencji wystarczające dla uznania zasadności poczynionego zastrzeżenia.

Odnosząc się ponadto do zarzutu dotyczącego popełnienia przez Przystępującego błędu polegającego na uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji i dokumentów przekazanych w wyjaśnieniach z dnia 21 kwietnia 2021 r. poprzez odniesienie się wprost do uzasadnienia przekazanego w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 r.

podkreślił, że informacje przekazane w wyjaśnieniach z dnia 21 kwietnia 2021 r. uzupełnienie i rozwinięcie wyjaśnień z dnia 1 kwietnia 2021 r., więc oczywistym jest, że pierwotne uzasadnienie zachowało swoją aktualność, a Zamawiający nie miał zatem powodów, aby uznać takie działanie za nieuprawnione.

W zakresie zarzutu zaniechania przekazania Odwołującemu przez Zamawiającego załącznika nr 7 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnił, że w ramach udostępniania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego nie udostępnił tych ich części, które były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym zatem również załączników. Zostało udostępnione jedynie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zamazane na białą stronę załączników, na których jedynie widniał opis z kolejną numeracją załączników oraz podpis osoby podpisującej wyjaśnienia. Załącznik nr 7 był nieoznaczony, stąd zapewne postawiony zarzut, który wobec opisanego powyżej stanu faktycznego należy uznać za chybiony.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny dotyczącej zaoferowanej przez Przystępującego ceny za wykonanie robót wskazanych w poz. 5 TER nr 3 dotyczącej gruntów skalistych wskazał, że przygotowując opis przedmiotu zamówienia wykorzystał dokumentację projektową i specyfikacje techniczne sporządzone na jego zlecenie przez niezależnego i uprawnionego projektanta. Tym samym nie miał podstaw do kwestionowania zakresu i ilości jednostek rozliczeniowych we wskazanej pozycji a Wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie tej dokumentacji w ilości i w zakresie w nim wskazanych. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze fakt, iż rozliczenie robót ma charakter ryczałtowo – ilościowy, a założone w dokumentacji projektowej ilości mogą się zmienić (co w przypadku robót ziemnych jest sytuacją najczęściej spotykaną na Placu Budowy) Zamawiający przyjął największy możliwy zakres robót do wykonania w ramach ww. pozycji i wymagał jego wycenienia przez Wykonawców. Jednocześnie chciał tym samym uniknąć ewentualnych późniejszych roszczeń Wykonawcy w sytuacji, gdyby okazało się, że należy wykonać większą ilość robót, a Zamawiający nie dysponowałby środkami finansowymi. Zamawiający wyjaśnił, że mając świadomość okoliczności opisanych powyżej przedstawił akceptowalną i zbliżoną do rzeczywistych warunków terenowych wycenę tej pozycji. Według Zamawiającego uzasadnieniem takiego działania wykonawcy niech może być także fakt, że wskazany w ofercie Kierownik Budowy, zajmował stanowisko kierownicze w trakcie przebudowy ul. Zapora w Bielsku-Białej, tj. inwestycji, która poprzez ul. Dębowiec w Bielsku-Białej łączy się z ul. Łowiecką. Zamawiający założył zatem, że być może miał on świadomość i wiedzę na temat realnych warunków geologicznych panujących w tym rejonie. Wydaje się zatem, że opierając się na tej wiedzy, przewidział, że ww. zakres robót na ul. Łowieckiej będzie znacznie mniejszy i mniej skomplikowany do wykonania, co w efekcie pozwoliło na

zaoferowanie kwestionowanej przez Odwołującego ceny. Ponadto wskazał, że Przystępujący przedłożył wraz z wyjaśnieniami dodatkowymi z dnia 21 kwietnia 2021 r. ofertę podwykonawcy, potwierdzając tym samym jej aktualność i ważność oferty oraz realność zaproponowanej ceny. Zamawiający zauważył ponadto, że cena ta stanowi nieco ponad 0,6% ceny oferty, więc w sposób oczywisty nie ma wpływu na jej realność i adekwatność do całości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zakwestionowanej przez Odwołującego wysokości ceny za wykonanie poz. 26 TER nr 3 Zamawiający wskazał, że Przystępujący w złożonych dodatkowych wyjaśnieniach przedstawił pismo podwykonawcy potwierdzające aktualność oferty oraz realność zaproponowanej ceny, a także wykonanie robót zgodnie z SIWZ. Zamawiający nie miał podstaw do zanegowania złożonych wyjaśnień choćby z uwagi na fakt, że jej wartość stanowi 0,06 % ceny oferty, więc w sposób oczywisty nie ma wpływu na jej realność i adekwatność do całości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykonawcy Pavimental wskazał, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożył ofertę podwykonawcy na wykonanie ww. robót oraz kalkulację szczegółową ceny zaproponowanej za wykonanie robót, potwierdzając ważność oferty. Zamawiający uznał całokształt wyjaśnień za wystarczające dla stwierdzenia, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie podlega odrzuceniu (wbrew bowiem twierdzeniom Odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy zawierały dowody na potwierdzenie realności ceny, tj. ofertę podwykonawcy, kalkulację szczegółową). Zauważyć należy, iż wartość tej pozycji stanowi niecałe 2% ceny oferty, więc w sposób oczywisty nie ma wpływu na jej realność i adekwatność do całości przedmiotu zamówienia. Ponadto nawet jeżeli uznać, że wyliczona przez Odwołującego wartość niedoszacowania oferty w ww. branży to kwota 258 324,13 zł jest realna i gdyby przyjąć teoretycznie, że Pavimental przedstawiłby w swojej ofercie cenę powiększoną o tę wartość, to i tak nie zmieniłoby to rankingu ofert, tzn. oferta Odwołującego znajdowałaby się wciąż na trzecim miejscu.

W kwestii dotyczącej zarzutu nieuprawnionego wezwania Pavimental do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotne wyjaśnienia są niepełne i nie powinny zostać zaakceptowane, Zamawiający wskazał, że wykonawca w całokształcie złożonych wyjaśnień złożył również dowody, które były istotnym elementem wezwania Zamawiającego. Fakt wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień wynikał z potrzeby doszczegółowienia już złożonych wyjaśnień. Wykonawca wbrew twierdzeniu Odwołującego nie złożył nowych wyjaśnień, a jedynie doprecyzował wcześniejsze, poprzez przedłożenie kalkulacji szczegółowej. Już bowiem w pierwotnych wyjaśnieniach wskazywał na fakt realizacji robót

w zakresie branży gazowej przez podwykonawcę i właśnie ten fakt uprawniał Zamawiającego do skierowania wezwania dodatkowego.

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego dokonania poprawienia ceny jednostkowej wskazanej poz. 47 i 74 Tabeli Elementów Rozliczeniowych nr 14 (Branża elektroenergetyczna), w których to pozycjach Pavimental wpisał 0,00 zł Zamawiający wyjaśnił, że korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, dokonał poprawienia tych pozycji, poprzez wpisanie cen jednostkowych za roboty podobne, zbliżone do podanych w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, tj. poz. 47 na podstawie poz. 35 TER nr 15 i poz. 74 na podstawie poz. 22 TER nr 14. Wartość tych robót obliczono jako iloczyn ceny jednostkowej i założonej do wykonania ilości robót. Podkreślił, że sposób poprawienia ww. omyłki nie budził wątpliwości Zamawiającego, a jego ustalenie było możliwe na podstawie danych znajdujących się w treści oferty Pavimental. Wskazywanie przez Odwołującego jakoby wykonawca ten przyznał się do błędu, czy też braku wyceny poprzez wyrażenie zgody na jej poprawienie jest nieuprawnione, ponieważ taka sytuacja mieści się w ogólnym rozumieniu tzw. „innej omyłki”. Wpisanie ceny 0,00 zł mogło być np. wynikiem nieprawidłowego działania programu komputerowego, czego nie zauważył wykonawca w trakcie przygotowywania kosztorysu ofertowego. Nie zachodzi tu również istotna niezgodność z SIWZ, ponieważ poprawienie omyłki nie doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty (wbrew temu, co twierdzi Odwołujący), gdyż różnica wynosiła zaledwie 7 701,96 zł.

Odwołujący do rzeczzonej odpowiedzi ustosunkował się w piśmie procesowym z dnia 5 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, dokumentów złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, wezwań Zamawiającego i udzielonych przez wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także z odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Odwołującego złożonych do akt sprawy wraz z załącznikami.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 1 oraz 21 kwietnia 2021r., FBSerwis zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje 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,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy

Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby, analiza decyzji Zamawiającego odnośnie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego pozwala na przyjęcia, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił zasadność zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez FBSerwis w dniu 1 oraz 21 kwietnia 2021r.

Izba oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdziła, że Przystępujący w sposób całkowicie nieuprawniony dokonał zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. łącznie ponad 140 stron (pisma z dnia 1 oraz 21 kwietnia 2021r.). Co prawda Przystępujący wskazywał, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z uznk, jednak istotne jest, że możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Przystępującego twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało więc od niego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Przystępującego było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji służących wycenie przedmiotu zamówienia, to okoliczność taką winien on wykazać. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 uznk. W konsekwencji stwierdzić należy, że obowiązkiem Przystępującego było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji pod nazwą „Wyjaśnienia wykonawcy”, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności, w ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał.

Odnosząc się do opisu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący wskazał, że zastrzeżone dane precyzyjnie obrazują sposób działania wykonawcy na rynku, a zatem ich ujawnienie konkurentom dałoby im nieuzasadnione

korzyści gospodarcze. Izba wskazuje, po pierwsze, że fakt, iż Przystępujący jest spółką wchodzącą w skład grupy kapitałowej Budimex jest okolicznością powszechną znaną. To, że podmioty w grupie kapitałowej współpracują ze sobą i - o ile to możliwe - korzystają ze wzajemnych doświadczeń i wiedzy, jest również wiedzą powszechną. Po drugie, opisywane przez Przystępującego korzyści wynikające ze współpracy w grupie kapitałowej są tak ogólne, że trudno uznać, że mogą one być wykorzystane z jakąś stratą ekonomiczną dla wykonawcy. Sam FBSerwis nie identyfikuje w jaki konkretnie sposób takie informacje mogą być wykorzystane przez konkurentów. Podkreślić także należy, że przewidywane przez Przystępującego koszty pracy, zostały przygotowane na potrzeby tego konkretnego postępowania, sam wykonawca nie wykazał w jaki sposób mogłoby być wykorzystane przez konkurentów w innych postępowaniach.

Dalej Przystępujący wskazał, że ujawnienie konkurentom wiedzy odnośnie sposobu kalkulowania ceny ofertowej, przyjmowanych założeń, oceniania ryzyk, warunków współpracy z kontrahentami prowadziłyby do uzyskania przez konkurentów znaczącej i nieuzasadnionej przewagi odnośnie poziomów cen, które będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i kalkulowanie na tej podstawie cen na poziomach odpowiednio niższych. Izba odnosząc się do powyższego wskazuje, po pierwsze, że średni koszt roboczogodziny przyjęty przez wykonawcę jest wyliczany w oparciu o konkretne warunki danego zamówienia i wymagania określone przez Zamawiającego. Po drugie, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalna aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Po trzecie, Izba wskazuje, że ceny zaproponowane przez Przystępującego są wyłącznie jego projekcjami i przewidywaniami. Nie mają charakteru pewnego i obiektywnego. Trudno zatem przypisać im obiektywną wartość gospodarczą. Odnosząc się natomiast do argumentu, dotyczącego warunków współpracy Przystępującego z kontrahentami wskazać należy, że Izba uznała Przystępujący nie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie w sposób skuteczny. W żadnym bowiem miejscu uzasadnienia nie ma odniesienia do oferty podwykonawcy, którą Przystępujący złożył wraz z wyjaśnieniami, ani też do załączonej listy kontrahentów. Przystępujący nie wykazał, aby oferta ta obrazowała szczególnie atrakcyjne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Nie wynika to również z treści tej oferty. Ponadto z przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie wynika, że jego kontrahenci, których przykładowa lista została załączona do wyjaśnień, w

tym w szczególności podmiot który złożył ofertę podwykonawczą, chronią poufność informacji, w tym okoliczność współpracy z FBSerwis. Przystępujący w ogóle do powyższej kwestii w uzasadnieniu się nie odniósł. Nie sposób natomiast automatycznie uznać, że okoliczność zawierania przez Przystępującego umów o zachowaniu poufności z jego pracownikami jest potwierdzeniem stosowania takiej praktyki przez niego także w stosunku do kontrahentów.

Odnosząc się kolejno do argumentów Przystępującego, że „wartość informacji zawartych w wyjaśnieniach nie jest ograniczona do jednostkowego postępowania przetargowego, jest bowiem rzeczą oczywistą, że ujawnienie wiedzy odnośnie sposobu kalkulowania ceny ofertowej przez danego wykonawcę, przyjmowanych założeń, ocenianych ryzyk, warunków współpracy z poszczególnymi kontrahentami i wszystkich innych zawartych w wyjaśnieniach informacji prowadziłyby do uzyskania przez konkurentów znaczącej i przy tym nieuzasadnionej przewagi. Tego rodzaju dane stanowią bowiem podstawę kalkulowania cen również w innych postępowaniach, w szczególności (choć niewyłącznie) w postępowaniach dotyczących zamówień na usługi tożsame z tymi, które są udzielane w niniejszym postępowaniu. Wymaga bowiem zaznaczenia, że Wykonawca w analogiczny sposób kalkuluje ceny ofertowe dla wszystkich (bądź zdecydowanej większości) zamówień w tym przedmiocie. Każdorazowo analogiczne założenia przyświecają kalkulacji ceny (np. stosowane są analogiczne stawki wynagrodzenia dla pracowników fizycznych, tożsame metody optymalizacji kosztowej i analogiczne zasady tworzenia kosztorysów). Ponadto, w przypadku zamówień realizowanych w tym samym regionie geograficznym Wykonawca korzysta wielokrotnie ze współpracy z tymi samymi podwykonawcami i dostawcami, oferującymi co do zasady swe usługi i dostawy na podobnym poziomie cenowym”, to Izba wskazuje, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Przystępujący nie wykazał, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Analiza zaś treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje, że ryzyka i założenia na jakie Przystępujący powołuje się w treści wyjaśnień, które rzekomo, w przypadku ich ujawnienia „spowodowałyby uzyskanie przez konkurentów znaczącej nieuzasadnionej przewagi” są powszechnie znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność obszarze objętym przedmiotem zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez pozostałych trzech wykonawców w postępowaniu. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący po raz kolejny nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie

przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Co więcej, Przystępujący nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych.

Izba analizując treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego stwierdziła również, że wskazane przez niego ryzyka są powszechnie znane, związane bądź to z prowadzeniem działalności gospodarczej bądź to uwarunkowane opisem wymagań Zamawiającego w OPZ. Izba nie odnalazła żadnych „innovacyjnych” ryzyk, których ujawnianie narażałoby Przystępującego na utratę pozycji rynkowej czy określoną, identyfikowalną stratę ekonomiczną. Zresztą Przystępujący w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy odtajaniem wskazanych przez niego ryzyk, a możliwością utraty pozycji rynkowej.

W opinii Izby nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej twierdzenia Przystępującego, że poznanie zasad, według których poszczególni wykonawcy kalkulują ceny ofertowe i według których obniżają koszty realizacji zamówień stwarza potencjalnego ryzyko znaczącego pogorszenia skuteczności w ubieganiu się o zamówienia publiczne i tym samym może mieć zasadnicze przełożenie na wynik finansowy przedsiębiorstwa. Tego rodzaju informacje są, zdaniem Przystępującego, informacjami bardzo „wrażliwymi”. Po pierwsze, w ocenie Izby, Przystępujący poza ogólnymi opisami ryzyk i kosztów realizacji zamówienia (które zdaniem Izby są powszechnie znany wśród profesjonalnych podmiotów), nie zawarł w wyjaśnieniach szczegółowych zasady dotyczących wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, przyjętej liczby roboczogodzin, kosztów pracy. Twierdzenia Przystępującego o czynnikach wpływających na obniżenia ceny są ogólne, nie wykazał on, że rzeczywiście te czynniki wpływają na obniżenie ceny, odnoszą się one do rzekomych korzyści wynikających z synergii w ramach grupy kapitałowej Budimex, ich treść nie zawiera jednak żadnych specyficznych metod współpracy, szczególnych rozwiązań biznesowych stosowanych w grupie kapitałowej, skutkujących obniżeniem np. kosztów pracy czy sprzętu. Jest wiedzą powszechną, że w ramach grupy kapitałowej odbywa się wymiana doświadczeń czy wspólne zakupy sprzętu, materiałów. Zdaniem Izby jednak poziom szczegółowości wyjaśnień Przystępującego nie pozwala na uznanie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła także, że Przystępujący nie zidentyfikował w jaki sposób mogłaby powstać potencjalna szkoda po jego stronie w związku z odtajnieniem twierdzeń wykonawcy dotyczących współpracy w ramach grupy kapitałowej, co tym bardziej uzasadnienia słuszność oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Przechodząc do oceny kolejnej przesłanki dotyczącej braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności

zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Przystępującego nie pozwala na przyjęcie, iż wykazał on spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Zauważyć ponownie należy, że Przystępujący zastrzegł wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że jak wskazał w treści uzasadnienia część tych informacji jest publicznie dostępna. Przystępujący wywodził, że informacje te ochronie podlegają ze względu na ich szczególne zestawienie. Jednak zauważyć należy, że FBSerwis nie wskazał w jakikolwiek sposób jaka część zastrzeżonych informacji jest publicznie dostępna. Natomiast zdaniem Izby, nieuprawnione jest jego twierdzenie, że określony, bliżej niezidentyfikowany zakres informacji z wyjaśnień podlega ochronie tylko dlatego, że rzekomo jest w szczególnym zestawianiu z innymi informacjami z tego względu podlega ochronie. Sam fakt zamieszczenia jawnych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Zdaniem Izby wykonawca powinien określić i zidentyfikować, które informacje w wyjaśnieniach są poufne, a które tajne. Mając taką wiedzę można dopiero określić, czy objęcie zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa informacji jawnych jest zasadne ze względu na ich szczególne znaczenie w procesie kalkulacji ceny. Przystępujący jednak powyższego nie uczynił, a swoje stanowisko ograniczył tylko do ogólnych twierdzeń i przywołania orzecznictwa, bez odniesienia do konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Podkreślić należy, że obowiązkiem Przystępującego było należyte wykazanie, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych, są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakies określone straty ekonomiczne po jego stronie. Takich jednak okoliczności wykonawca nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy uznk. Ponadto wskazać należy, że o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Przystępujący w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że pozostali wykonawcy mogliby uzyskać bliżej nieokreśloną korzyść gospodarczą. Co istotne w obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny

przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Tymczasem Przystępujący, poza określaniem wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji mianem „istotnej” i akcentowaniem zasadności swojego stanowiska twierdzeniami o wartości organizacyjnej i handlowej zastrzeżonych informacji, w rzeczywistości obiektywnej wartości gospodarczej nie zdołał wykazać (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2021r., sygn. akt KIO 736/21).

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepisy 8 ust. 1 i 3 Pzp, przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień FBSerwis z dnia 1 i 21 kwietnia 2021r. w zakresie rażąco niskiej ceny. Pomimo przyznania, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał ujawnienia wyjaśnień Przystępującego, Izba nie uwzględniła w tym zakresie zarzutu odwołania. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględnia odwołanie, w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13. Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W ocenie Izby ewentualne ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego mogłoby skutkować podniesieniem zarzutu zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny. Podkreślić zaś należy, że taki zarzut został już przez Odwołującego w tym postępowaniu podniesiony. Co więcej Odwołujący zapytany na posiedzeniu czy zarzut rażąco niskiej ceny jest zarzutem ewentualnym, podniesionym z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego nieujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, oświadczył wprost, że zarzut ten jest zarzutem głównym, podlegającym ocenie Izby. Uwzględniając powyższe, wskazać należy, że ponowne więc podniesienie zarzutu na

podstawie danych, które Izba wzięła pod uwagę przy rozpoznaniu zarzutu, nie byłoby skuteczne i nie wpłynęłoby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie zdołał wykazać, że celem utajnienia przez FBService złożonych wyjaśnień było uniemożliwienie innym wykonawcom poznania założeń kalkulacyjnych ceny, a nie jedynie chęć ochrony tych informacji, które w ocenie Przystępującego winny podlegać ochronie. W ocenie Izby niepodważanie przez wykonawcę ciężarowi wykazania przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 uznk nie może automatycznie przesądzać o popełnieniu przez niego czynu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z powodu zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie zaś do brzmienia ust. 3 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 25 marca 2021r. wezwał FBService do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy w dniu 1 kwietnia 2021r., w całości zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający ponownie w dniu 9 kwietnia 2021r. zwrócił się do Przystępującego o dodatkowe wyjaśnienie dotyczące wyliczenia określonych pozycji TER 3 w tym pozycji zakwestionowanych przez Odwołującego tj. poz. nr 5 oraz nr 26 TER 3.

Izba przeanalizowała złożone wyjaśnienia i skonstatowała, że Przystępujący wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia cechują się wysokim stopniem szczegółowości, zostały poparte szczegółowymi wyliczeniami i dowodami. Tym samym podniesiony zarzut należało uznać za bezpodstawny.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie kwestionował możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za łączną cenę wskazaną w ofercie FBService a jedynie zakwestionował cenę dwóch pozycji TER nr 3, tj. poz. 5 oraz 26. W ocenie Izby uwzględniając więc, że powyższe pozycje stanowiły mniej niż 1% wartości ceny, to nie można uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy wystąpiły przesłanki pozwalające na

odrzućcenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp . Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. Natomiast jak wyżej wskazano Odwołujący zakwestionował 2 pozycje z kilkuset innych zawartych w kosztorysie ofertowym pozycji, a pozycje te stanowiły niewielki ułamek procentowy ceny oferty. W związku z tym nie sposób uznać, że te dwa elementy powodują, że cena oferty jest rażąco niska. Co więcej Izba stwierdziła dokonując analizy złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień oraz po wysłuchaniu stanowiska FBSerwis zaprezentowanego na rozprawie, że Przystępujący zdołał wykazać przyczyny i sprzyjające okoliczności, które umożliwiły mu zaoferowanie cen w pozycji nr 5 oraz 26 TER 3 na poziomie wskazanym w kosztorysie. Izba uznała stanowisko Przystępującego za logiczne i wiarygodne. Izba uznała więc, że wszelkie przyjęte założenia wykonawcy związane z kalkulacją kosztów oraz zamierzonym sposobem wykonania zamówienia przekładają się na zaoferowaną cenę.

Ponadto jeszcze raz należy podkreślić, że przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty, a taka w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w odniesieniu do wykonawcy FBSerwis Izba uznała za nieuzasadniony.

Izba za zasadny uznała zarzut odwołania dotyczący oferty wykonawcy Pavimental tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jednak pomimo zasadności zarzutu Izba oddaliła w tym zakresie odwołanie mając na uwadze przywołany wyżej przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp.

Wskazać należy, że uwzględnienie odwołania i nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Pavimental pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem w związku z oddaleniem zarzutów dotyczących wykonawcy FBSerwis oferta tego wykonawcy w dalszym ciągu pozostaje ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Oferta Odwołującego nawet w sytuacji uwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Pavimental nadal byłaby na drugim miejscu w rankingu ofert.

Odnosząc się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 25 marca 2021r. wezwał ww. wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 a Pzp do złożenia wyjaśnień „dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Państwa ceny oraz przedłożenie dowodów (którymi winny być w szczególności: kopie umów przedwstępnych z ewentualnymi

podwykonawcami, kopie zanonimizowanych umów o pracę, kopie ofert dostawców materiałów itp.), że cena ta nie jest rażąco niska oraz wyjaśnienie sposobu jej kalkulacji.

W szczególności, proszę o wyjaśnienie w jaki sposób zostały skalkulowane i jakie składniki zawierają takie elementy ceny, określone w:

Tabeli Elementów Rozliczeniowych nr 8 - KOSZTY NIEKWALIFIKOWANE - ZAMIENNA NR 1, jak:

Lp.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych
1	ROBOTY PRZYGOTOWAWCZE (WYKOPY KONTROLNE, ROBOTY POMIAROWE)
2	ROBOTY ZIEMNE (WYKOPY, NASYPY, HUMUSOWANIE Z OBSIEWEM)
3	BUDOWA GAZOCIĄGU dn300
4	RURA OCHRONNA 500mm
5	OZNAKOWANIE GAZOCIĄGU
6	ROBOTY POMIAROWE - PROBA SZCZELNO I
7	PRACE HERMETYCZNE + BAYPASS
8	ODBIORY, DOKUMENTACJE, SZKOLENIA ITP

Proszę o przedstawienie sposobu obliczenia ceny, który winien obejmować szczegółowe kalkulacje cen dla wszystkich ww. pozycji zgodnie z zapisami i wymaganiami Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w rozbiciu na poszczególne elementy składowe, tj. materiał (uwzględniając koszty transportu), robociznę, cenę pracy sprzętu oraz zysk.

Proszę również o wyjaśnienie:

- a) czy pracownikami fizycznymi oraz personelem kierowniczym dysponują Państwo bezpośrednio (na jakiej podstawie, np. umowa o pracę, umowa zlecenie) oraz
- b) czy koszty pracy pracowników fizycznych oraz personelu kierowniczego, których wartość przyjęli Państwo do ustalenia ceny oferty odpowiada wymogom minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.? (...)

Odpowiadając na powyższe wezwanie Pavingtal złożył wyjaśnienia o następującej treści: „Tabela Elementów Rozliczeniowych nr g — Koszty Niekwalifikowane — Zamienna nr 1 została uzupełniona w oparciu o otrzymaną ofertę od potencjalnego podwykonawcy na tym zadaniu tj. Firmy Budowlanej „R.” s.c. U. R., T. R. z siedzibą w Modlicy, której to kopię załączam do przedmiotowego wyjaśnienia. Wykonawca nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na pytania jakie stawia Zamawiający, a to m.in. dotyczące kosztów pracowników fizycznych, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, jako że cały zakres przebudowy sieci gazowej nisko i wysokoprężnej w całości zamierza zlecić w ramach umowy podwykonawczej firmie będącej specjalistą w tej branży.

Ponadto Wykonawca pragnie zwrócić uwagę na aspekt bardzo istotny, mianowicie Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie przedsięwzięcia w wysokości 17.600.000 zł brutto, zatem sam Zamawiający wycenił prace poniżej oferty Wykonawcy opiewającej na kwotę 18.229.643,16 zł brutto, zmienionej po uwzględnieniu oczywistej omyłki do kwoty 18.237.345,12 zł brutto.

Cena rażąco niska jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, uzyskana np. w skutek oferowania towarów poniżej kosztów zakupu bądź wytworzenia. O cenie rażąco niskiej można mówić, dopiero gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu prawidłowych reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych przytacza dwa warunki kiedy zaoferowana cena może budzić wątpliwości Zamawiającego i mieć znamiona rażąco niskiej ceny. Jeden to odniesienie do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, drugi to średnia arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W przypadku tego zamówienia średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert to 20.083.816,37 zł, a oferta Wykonawcy jest niższa 0 od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zatem mając na uwadze tylko zapisy Art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych oferta Wykonawcy nie ma znamion rażąco niskiej ceny.”

Izba ustaliła także, że Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2021r. skierował do Pavimental wezwanie do „złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia w zakresie następujących pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych nr 8 KOSZTY NIEKWALIFIKOWANE - ZAMIENNA NR 1:

Lp.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych
	ROBOTY PRZYGOTOWAWCZE (WYKOPY KONTROLNE, ROBOTY POMIAROWE)
2	ROBOTY ZIEMNE (WYKOPY, NASYPY, HUMUSOWANIE Z OBSIEWEM)
3	BUDOWA GAZOCIĄGU dn300
4	RURA OCHRONNA 500mm
5	OZNAKOWANIE GAZOCIĄGU
6	ROBOTY POMIAROWE - PROBA SZCZELNO CI
7	PRACE HERMETYCZNE + BAYPASS
8	ODBIORY, DOKUMENTACJE, SZKOLENIA ITP.

Proszę o uzupełnienie wyjaśnień złożonych w ww. piśmie poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji cen dla wszystkich ww. pozycji zgodnie z zapisami i wymaganiami Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w rozbiciu na poszczególne elementy składowe, tj. materiał (uwzględniając koszty transportu), robociznę, cenę pracy sprzętu oraz zysk.

Sygn. akt KIO 1383/21

Proszę również o wyjaśnienie czy koszty pracy pracowników fizycznych oraz personelu kierowniczego, których wartość została przyjęta przez Państwa Podwykonawcę do ustalenia ceny oferty (oferta cenowa z dnia 26.02.2021r.) odpowiada wymogom minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.?

Jednocześnie, biorąc pod uwagę termin ważności przedstawionej oferty Podwykonawcy, proszę o potwierdzenie aktualności złożonej oferty.”

Uwzględniając powyższe ustalenia, w tym przede wszystkim treść wezwania z dnia 25 marca 2021r. oraz udzielonej na powyższe wezwanie odpowiedzi Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym brak było podstaw do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień zakresie rażąco niskiej ceny, w tym w zakresie konkretnych pozycji TER nr 8 koszty niekwalifikowane - zamienna nr 1, a więc w analogicznym zakresie jak pierwsze wezwanie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając wykonawcę Pavimental do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, nie ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, ale wskazał przy tym konkretne obszary, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. Zamawiający bardzo dokładnie wskazał również, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Przystępujący na powyższe wezwanie wprost odpowiedział, że „nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na pytania jakie stawia Zamawiający, a to m.in. dotyczące kosztów pracowników fizycznych, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, jako że cały zakres przebudowy sieci gazowej nisko i wysokoprężnej w całości zamierza zlecić w ramach umowy podwykonawczej firmie będącej specjalistą w tej branży”.

Podkreślić należy, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów na wykazanie Zamawiającemu realności zaoferowanej ceny, w tym w szczególności w zakresie jasno wyartykułowanych przez Zamawiającego wątpliwości. Rolą wykonawcy działającego z należytą starannością jest – w sytuacji jak w rozpoznawanej sprawie, gdy wykonawca będzie realizował część zamówienia przy udziale podwykonawcy – uzyskanie

takich wyjaśnień od tego podmiotu i przedłożenie go Zamawiającemu w terminie przez niego zakreślonym. Z wyjaśnień Pavimental nie wynika natomiast, że wykonawca ten podjął jakąkolwiek próbę pozyskania danych których żądał Zamawiający, co w opinii Izby powodowało, że brak było podstaw do dodatkowego wezwania wykonawcy Pavimental do złożenia ponownych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Powtórne wezwanie – jak już wyżej wskazano - jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u Zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla Zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Brak natomiast rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 Pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty. Umożliwienie Pavimental złożenia kolejnych wyjaśnień postawiłoby tego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, Izba stwierdziła, że jest on niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2021r. skierowanym do wykonawcy Pavimental, poinformował, że „zawiadamiam o poprawieniu w Państwa ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zlokalizowanych w poz. 47 oraz 74 Tabeli Elementów Rozliczeniowych nr 14 (zwanej dalej „TER nr 14”) — Koszty kwalifikowane — zamienna nr 2 — Branża elektroenergetyczna.

Z uwagi na brak ceny jednostkowej i wartości robót w pozycji 47 TER nr 14 oraz pozycji 74 TER nr 14, wskazano cenę jednostkową w tych pozycjach, w wysokości określonej na podstawie cen jednostkowych za roboty podobne, zbliżone do podanych w innych pozycjach TER. Wartość robót obliczono jako iloczyn ceny jednostkowej i założonej do wykonania ilości robót. Rodzaj i zakres stwierdzonych omyłek oraz sposób ich poprawienia został odzwierciedlony w załączonej do niniejszego pisma, skorygowanej TER nr 14. Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 7) ustawy Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy”.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający w punkcie 21.1 Opis sposobu obliczenia ceny oferty ustalił, że cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę na formularzach Tabel Elementów Rozliczeniowych (TER), stanowiących załącznik nr 1 do Rozdziału III niniejszej SIWZ. W punkcie 21.2. SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca określi i

wpisze ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych. Sumy wartości netto (Razem netto) z Tabel Elementów Rozliczeniowych należy przenieść i wpisać do Zbiorczego Zestawienia Tabel Elementów Rozliczeniowych w kolumnie 3 (Wartość netto), na formularzu zgodnym z treścią Załącznika nr 1 do Rozdziału III. W punkcie 21.5 SIWZ Zamawiający wskazał, że cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie nakłady i koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Rozdziale V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Tabelach Elementów Rozliczeniowych nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych i wartościach pozycji opisanych w tych Tabelach.

Izba ustaliła, że Pavimental w pozycji nr 47 i 74 TER nr 14 wpisał kwotę 0 zł. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że dokonał poprawienia tych pozycji, poprzez wpisanie cen jednostkowych za roboty podobne, zbliżone do podanych w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, tj. poz. 47 na podstawie poz. 35 TER nr 15 i poz. 74 na podstawie poz. 22 TER nr 14. Wartość tych robót obliczono jako iloczyn ceny jednostkowej i założonej do wykonania ilości robót. Sposób poprawienia ww. omyłki nie budził wątpliwości Zamawiającego, a jego ustalenie było możliwe na podstawie danych znajdujących się w treści oferty Wykonawcy.

Odnosząc się do przedstawionego powyżej stanu sprawy w pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść przepisu art. 87 ust. 2 Pzp. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09), po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Należy zauważyć, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust. 2 Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych tak, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2 Pzp). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie Zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty

ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby Zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

Tym samym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z omyłką nie mamy jednak do czynienia w przypadku, gdy wykonawca celowo składa w swojej ofercie oświadczenie o określonej treści. Ponadto, należy również wskazać, że aby móc zastosować cytowany przepis niezgodności, z którymi mamy do czynienia, nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty. Podkreśla się, że okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający więc poprawia omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Uwzględniając powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób uprawniony dokonał poprawy pozycji nr 47 i 74 TER nr 14. Po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający wykazał, że w oparciu o złożony przez Pavimental kosztorys ofertowy możliwe było ustalenie prawidłowych wartości tych pozycji, z uwagi na ich analogiczne brzmienie i zbliżony zakres. Ponadto Izba stwierdziła, że zauważona przez Zamawiającego niezgodność ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu, co zostało potwierdzone przez Pavimental w związku z wyrażaniem przez niego

Sygn. akt KIO 1383/21

zgodny na wprowadzenie zaproponowanych przez Zamawiającego poprawek. Zauważyć bowiem należy, że gdyby Pavimental stwierdził, że wpisanie w pozycjach 47 i 74 TER nr 14 jest prawidłowe to takiej zgody by zapewne nie wyraził. Ponadto Izba stwierdziła, że poprawienie przez Zamawiającego niezgodności występujących w ofercie Pavimental nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty, a tym samym uznać należało czynność Zamawiającego za prawidłową, w związku z czym Izba zarzut oddaliła.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp.

Przewodniczący: