

Sygn. akt: KIO 1453/20

**WYROK**  
**z dnia 27 sierpnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2020 r. przez **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A.**, w imieniu których działają **Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o.**

przy udziale:

- A. **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. **PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Wspólnego Zamawiającego: Gmina Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A.** kwotę 4 036 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści sześć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600zł, zwrotu kosztów dojazdu w kwocie 227 zł oraz noclegu w kwocie 209zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę wydzielonej trasy autobusowo-tramwajowej łączącej osiedle Nowy Dwór z Centrum Wrocławia - odcinek od Parku Biznesu do ul. Rogowskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 listopada 2019r. pod nr 2019/ S 213-521578.

W dniu 29.06.2020r. Odwołujący - Budimex S.A.- wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Pro Tra Building, zaniechaniu odrzucenia oferty Pro Tra Building ze względu na istniejące podstawy odrzucenia tej oferty, zaniechaniu odtajnienia dokumentów i nieskutecznie zastrzeżonych przez Pro Tra Building jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro Tra Building, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro - Tra Building pomimo, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „ustawa uznk”) w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro - Tra Building pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez Pro Tra Building jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, iż wykonawca nie wykazał wypełnienia przesłanek warunkujących możliwość utajnienia przedkładanych przez Niego informacji, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Pro Tra Building jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Pro Tra Building ze względu na wszystkie istniejące podstawy odrzucenia tej oferty, wyszczególnione w uzasadnieniu odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach przedkładanych w ramach pism z dnia 12 i 22 maja 2020 r.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że jego oferta uzyskała 97,35pkt w została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Pro Tra Building, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący podał, że wyjaśnienia ceny, złożone przez Pro Tra Building w pismach z dnia 12 i 22 maja 2020r. nie zostały Odwołującemu udostępnione jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec czego Odwołujący nie ma możliwości precyzyjnego odniesienia się do ich treści. Niemniej bazując już tylko na jawnej części składanych przez Pro Tra Building deklaracji i wyjaśnień, Odwołujący podniósł, że Pro Tra Building nie wykazał realności zaoferowanej przez siebie ceny, zwłaszcza w odniesieniu do pozycji 6 zestawienia kosztów zadania.

Wskazał, że Zamawiający żądał wykazania i przedstawienia dowodów konkretnie odnoszących się do ceny zaoferowanej w pozycji 6 Zestawienia kosztów zadania, opiewającej za ten zakres na kwotę 100.000,00 zł netto (przy wartościach od 1.367.058,13 zł do 2.650.283,03 zł oferowanych za ten zakres przez konkurencję). Tym samym, Pro Tra Building obowiązany był do przedstawienia szczególnych okoliczności, odróżniających go od innych wykonawców, które pozwoliły mu na kalkulację tego zakresu umowy na poziomie 100.000,00 zł, a swoje twierdzenia zobowiązany był udowodnić poprzez przedstawienie szczegółowych kalkulacji czy ofert podwykonawców, które wyczerpywałyby wymagany dla tej pozycji zakres prac. Aspekt dowodowy w przypadku tak znacznych różnic w wycenie przedmiotowego zakresu od wyceny dokonanej przez innych wykonawców był w przedmiotowym przypadku szczególnie istotny, a zdaniem Odwołującego obowiązkiem w tym zakresie, Pro Tra Building nie sprostał.

Odwołujący zakłada, że Pro Tra Building próbując wykazać realność ceny zaoferowanej za wykonanie Technicznej pętli tramwajowej (pozycja 6 Zestawienia kosztów) posługiwał się argumentacją o ujęciu pewnych kosztów dotyczących wykonania tego zakresu w innych pozycjach Zestawienia kosztów złożonych wraz z ofertą i ewentualne wyliczenia, które przedstawione byłyby w części tajnej składanych wyjaśnień, na takim błędnym założeniu były oparte, nie stanowiąc tym samym dowodu wykazującego prawidłowość zaoferowanej ceny. Tego typu argumentacja wynika już ze wstępnej (jawnej) części składanych przez Pro Tra

Building wyjaśnień, gdzie wykonawca ten wyraża pogląd o możliwości swobodnego przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu/ formularza cenowego w postępowaniach, w których cena ma charakter ryczałtowy. Takie podejście Pro Tra Building nie może zostać jednak zaaprobowane w warunkach niniejszego postępowania. Przedmiotowe postępowanie jest bowiem o tyle specyficzne, że Zamawiający w kilku miejscach dokumentacji postępowania zaznaczył, że przewiduje możliwość wyłączenia z zakresu zamówienia pewnych elementów prac, akcentując taką możliwość zwłaszcza w przypadku Technicznej pętli tramwajowej wraz z infrastrukturą. Odwołujący przywołał treść pkt 4.7 OPZ, pkt 21.13 SIWZ, Załącznika nr 1A IDW.

Zdaniem Odwołującego, przedkładane wraz z ofertą Zestawienie Kosztów Zadania (Załącznik nr 1a) nie pełniło w przedmiotowym postępowaniu waloru wyłącznie informacyjnego, stanowiąc istotną część składową oświadczenia wykonawcy w przedmiocie ceny. Każda z pozycji w ramach przedłożonego Zestawienia Kosztów Zadania winna referować konkretnie do zakresu prac do wykonania w tym elemencie, wynikającego z Opisu Przedmiotu Zamówienia. Konieczność zachowania takich zasad kalkulacji (a więc przypisywania do danej pozycji Zestawienia Kosztów Zadania wszelkich kosztów z tą pozycją związanych), wynika bezpośrednio już z samych postanowień zasadniczej części SIWZ, pkt 21.5 SIWZ, pkt 21.8 SIWZ, pkt 21.9 SIWZ, pkt 21.19 SIWZ, 17.5.1.2 SIWZ.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wyszczególnione w przedstawianych kalkulacjach pozycje powinny bronić się w ramach kosztów tam wskazanych, bez ich przerzucania na inne elementy.

Odwołujący zakłada, że Pro Tra Building w wyjaśnieniach z dnia 22 maja 2020 r. zaprzeczył, aby zaoferowana cena za wykonanie pozycji 6 Zestawienia kosztów zadania była rażąco niską, jednakże nie sprostął on swojemu obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wszelkie kalkulacje czy założenia powinny udowodnić Zamawiającemu, że bez przerzucania kosztów na inne pozycje, komplet czynności niezbędnych do wykonania Technicznej pętli tramwajowej Pro Tra Building ma możliwość wykonać za sumaryczną kwotę 100.000,00 zł netto

Zdaniem Odwołującego absolutnie minimalną wartością za wykonanie zakresu z pozycji 6 Zestawienia Kosztów Zadania jest zaoferowana przez Budimex S.A. kwota około 1,3 mln złotych netto. Wartość tej pozycji Odwołujący skalkulował po wszechstronnym rozpoznaniu rynku i dostępnych ofert podwykonawców, a rynkowość tej wartości potwierdzają również oferty złożone przez pozostałych konkurentów w ramach postępowania. Ze wszechstronnego zbadania rynku dostawców materiału, wynika, że zaoferowana przez Pro Tra Building kwota za wykonanie technicznej pętli tramwajowej wraz z infrastrukturą nie pokrywa nawet kosztów materiału za jeden z najistotniejszych pod względem rzeczowym element prac dotyczący tego zakresu (budowa nawierzchni toru o konstrukcji tradycyjnej,

który wymagałby wykorzystania następującego asortymentu:

- Szyny typu 49E1 w gat. R260 dł. 18m - ilość 46,229Mg x ok. 3.240,00 PLN netto= 148.781,96 PLN netto;
- Podkłady strunobetonowe PT-99/SB/Ri60 - ilość 687szt x ok. 211,00 PLN netto= 144.957,00 PLN netto;
- Przytwierdzenia szyn do podkładów typu SB4 z wkładką WIW49 - ilość 2.746szt x ok. 8,87 PLN netto = 24.357,02 PLN netto.

Co za tym idzie, koszt samego materiału za jeden z elementów prac do wykonania w zakresie technicznej pętli tramwajowej wraz z infrastrukturą ponad trzykrotnie przewyższa wartość, którą za wykonanie tego elementu przewidział Pro Tra Buildina. co unaocznia całkowitą nierealność kwot zaoferowanych przez tego wykonawcę za ten zakres prac. Do kosztów materiału tego zakresu należałoby dodatkowo doliczyć koszty robót towarzyszących (odwodnienia, elektryki, sygnalizacji, korekty układu drogowego dla pętli) oraz mocno wartościowego zakresu jakim jest budowa trakcji tramwajowej i innych niezbędnych materiałów, co wg oferty Budimex S.A. daje łączną kwotę wykonania pętli technicznej 1.367.058,13 PLN netto i jest to wartość niemożliwa do dalszych optymalizacji.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Pro Tra Building za wykonanie technicznej pętli tramwajowej zaoferowało cenę nierealistyczną, całkowicie oderwaną od realiów rynkowych, a jej realności nie wykazało w ramach przedkładanych przez siebie wyjaśnień.

Odwołujący, uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Pro Tra Building jako niezgodnej z treścią SIWZ, wskazał, że poz. 6 zawiera tak nierealistyczną cenę, że niemożliwym jest aby za kwotę 100 000zł wykonano zakres prac przypisany do tej pozycji, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w treści SIWZ. Odwołujący zakłada, iż z wyjaśnień przedłożonych przez Pro Tra Building wynikać mogą elementy wskazujące na ich niezgodność z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Pro Tra Building jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podniósł że praktyka polegająca na przerzuceniu części kosztów do innych pozycji rozliczeniowych gwarantuje temu wykonawcy osiągnięcie wyższego wynagrodzenia w sposób nieuzasadniony, narażając Skarb Państwa na nieracjonalność wydatkowania środków publicznych. Zdaniem Odwołującego, Pro Tra Building założył w sposób nieuprawniony (wbrew wymaganiom Zamawiającego) już na etapie przetargu, że ten zakres robót nie będzie realizowany, stąd spodziewając się jego wyłączenia, koszty z nim związane ujął w innych „bezpieczniejszych” pozycjach rozliczeniowych. Porównując ceny za inne pozycje rozliczeniowe zawarte w Zestawieniu

Kosztów Zadania, należy przyjąć, że te koszty rozłożone zostały na pozostałe pozycje z Zestawienia, w tym przykładowo na pozycję 1 Zestawienia, gdzie cena oferowana przez Pro Tra Building znacznie przewyższa ceny zaoferowane przez konkurencję, przewyższając standardy rynkowe dotyczące wykonania takiego zakresu prac. Takie działanie Pro Tra Building prowadzi do sytuacji, w której w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z zastrzeżenia poczynionego w dokumentacji przetargowej i odstąpienia od wykonania technicznej pętli tramwajowej wraz z infrastrukturą, Zamawiający i tak zapłaci za wykonanie tej pętli tramwajowej, która *de facto* nie zostanie wykonana, co będzie stanowić brak oszczędności dla gminy i nieuzasadniony koszt, a dla oferenta dodatkowy (nieuzasadniony) zysk. W takiej sytuacji pomimo wyłączenia zakresu związanego z wykonaniem pętli tramwajowej, w związku z tym, że koszty z nią związane znajdują się w innych pozycjach rozliczeniowych oferty Pro Tra Building, Zamawiający i tak poniósłby bowiem koszt elementów związanych z tym zakresem.

Jednym z najczęściej ujawnianych czynów nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest manipulowanie ceną lub jej częściami. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być uznane takie działanie, które polega na manipulowaniu ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. W przedmiotowym przypadku taka manipulacja, której dopuścił się Pro Tra Building godzi tak w interesy innych wykonawców, kalkulujących poszczególne pozycje rozliczeniowe zgodnie z zasadami wynikającymi z wytycznych Zamawiającego, a nade wszystko w interesy klienta (Zamawiającego), który nie miałby możliwości realizacji zastrzeżonych przez siebie uprawnień (wyłączenia niektórych zakresów rzeczowych) bez uszczerbku dla swojego budżetu (zmuszony zostałby bowiem do ponoszenia kosztów prac, których nie wykonano).

Pro Tra Building, oferując wykonanie pętli tramwajowej na tak niskim poziomie cenowym działała w sposób świadomy w celu „zabezpieczenia” możliwie jak największej kwoty rozliczanej z tytułu przedmiotowej umowy. Takie działanie Wykonawcy należy uznać za podjęte na szkodę Zamawiającego, który bez względu na zakres wyłączenia, obowiązany byłby do ponoszenia niewspółmiernych kosztów realizacyjnych. Wyjaśnienia ceny Pro Tra Building mogą wskazywać, że koszty wykonania technicznej pętli tramwajowej wraz z infrastrukturą zostały ulokowane w innej pozycji, a zatem Pro Tra Building mogła dokonać tzw. „przerzucenia” kosztów do innych pozycji cenowych.

Odwołujący wskazał, że manipulowanie cenami, polegające m.in. na zaniżaniu ceny częściowej, czy też „przerzucanie” kosztów w ramach pozycji w wycenach stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia odrzucenie oferty Pro Tra Building na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień Pro Tra Building w zakresie ceny, Odwołujący podnosi, że w jego ocenie, Pro Tra Building ograniczył się jedynie do poinformowania, że wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bez wykazania, że tak rzeczywiście jest. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje fakt, że w zakresie wyjaśnień złożonych przez Pro Tra Building w ramach pisma z dnia 22 maja 2020 r., wykonawca ten odwołał się jedynie do zastrzeżenia dokonanego w ramach pisma z dnia 12 maja 2020 r., nie indywidualizując w żadnej mierze i nie wykazując, z jakich względów te konkretne informacje, które przedstawione zostały w piśmie z dnia 22 maja 2020 r. (odmienne przecież od informacji przedstawianych w ramach pisma z dnia 12 maja 2020 r.) zasługują na ochronę jako objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uznając poczynione zastrzeżenie wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez tego Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Pro Tra Building nie wykazał przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżonych informacji. Niezależnie od tego, Odwołujący podniósł, że uzasadnienie dokonanych zastrzeżeń jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem Odwołującego dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym Postępowaniu. Odwołujący zarzuca, że ogólnie sformułowanie uzasadnienie jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie weryfikacji oferty i wyjaśnień tego wykonawcy przez konkurencyjnych wykonawców ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie. Zapewne, zdaniem Odwołującego, Pro Tra Building przedstawił ogólną jedynie kalkulację ceny, bez odniesienia się do specyficznych uwarunkowań, dostępnych wyłącznie dla tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty zapewne zostały przedstawione (być może poza nielicznymi wyjątkami) w sposób ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji, co także powinno mieć znaczenie dla uznania zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa za bezpodstawne. Zastrzeżone informacje nie miały wartości gospodarczej, a ich utajnienie miało służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Pro Tra Building, która w świetle okoliczności przedstawionych powyżej



obarczona jest szeregiem wad.

W konsekwencji, Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający nie odtajnił informacji zastrzeżonych przez Pro Tra Building, to wykonawcy nie mogą zgłosić adekwatnej argumentacji, ani powołać dowodów, które wykazywałyby twierdzenia przeciwne do zawartych w wyjaśnieniach. Ciężar dowodowy przechodzi więc na Zamawiającego.

Zamawiający i Przystępujący po jego stronie wykonawca Pro Tra Building wnieśli o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęły oferty 4 wykonawców, z następującymi cenami:

1. Pro Tra Building sp. z o.o.– 81 228 093zł
2. Budimex S.A. – 84 977 053,30 zł
3. Skanska S.A. – 88 517 049,41 zł
4. Strabag S.A.– 94 613 976,80zł

Zamawiający podał, że kwota, jaką przeznaczył na realizację zadania została ustalona na poziomie 119 550 680, 20 zł

W poz. 6 Zestawienia kosztów zadania - wykonanie technicznej pętli tramwajowej wraz infrastrukturą Pro Tra Building podał kwotę 100 000zł netto, Budimex - 1 367 058,13zł, Skanska - 2 650 283,03zł, Strabag - 2 398 682,27zł,

Pkt 21.5. SIWZ: Cena oferty wymieniona w Formularzu Oferty powinna wynikać z Załącznika nr 1a do IDW Zestawienia kosztów zadania,

Pkt 21.8 SIWZ: Wartości wymienione w poszczególnych pozycjach Zestawienia kosztów zadania są kwotami ryczałtowymi i obejmują wszelkie koszty i wydatki poniesione celem wykonania umowy,

Pkt 21.9. SIWZ: Zapłata nastąpi za faktycznie wykonane prace projektowe i wykonane roboty budowlane,

Pkt 21.19. SIWZ: Przyjmuje się, że koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach Zestawienia kosztów zadania, Wykonawca powinien ująć w poszczególnych cenach jednostkowych.

Pkt 17.5.1.2. SIWZ: Kompletna oferta musi zostać sporządzona w postaci elektronicznej i zawierać zestawienie kosztów zadania sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do IDW opatrzone kwalifikowanym podpisem złożonym przez właściwe podmioty.

Izba ustaliła, że pkt 4.7 OPZ „Budowa TAT wraz z Infrastrukturą oraz przebudową kolidujących sieci na odcinku od km 2+950 do ul. Rogowskiej” tiret 4 Zakres zamówienia obejmuje również budowę technicznej pętli tramwajowej w rejonie skrzyżowania ul. Strzegomskiej i ul. Rogowskiej oraz przebudowę wlotu ul. Rogowskiej w granicach zakresu ZRID.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z budowy pętli technicznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą (w tym: odwodnienie, oświetlenie, trakcja) w przypadku jednoczesnego lub wcześniejszego zakończenia budowy odcinka TAT w ul. Rogowskiej wraz z pętlą „Nowy Dwór”, realizowanej w ramach odrębnego zamówienia. W przypadku rezygnacji, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o wartość tego zakresu robót, określony w ofercie.

W pkt 21.13 SIWZ Zamawiający zastrzegł możliwość odstąpienia od realizacji niektórych pozycji Zestawienia Kosztów Zadania Załącznik nr 1a, w szczególności z poz. 6.

ID W Załącznik nr 1a Zestawienie kosztów zadania poz. 6 techniczna pętla tramwajowa wraz z infrastrukturą: Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od realizacji zakresu robót.

Zamawiający w dniu 29.04.2020r. wezwał w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a Pzp Pro Tra Building do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi, pismem z dnia 12.05.2020r., wykonawca złożył wyjaśnienia, w których m.in., wskazał na ryczałtowy charakter zamówienia, to że jest firmą lokalną, posiada niskie koszty ogólne działalności, bo nie ma rozbudowanej organizacji wewnętrznej, która generuje wysokie koszty. Wskazał także, że posiada dobrą znajomość rynku lokalnego, opiera się do lokalnych dostawców i podwykonawców, a wieloletnia współpraca pozwala mu na uzyskanie wysokich rabatów. Podał, że zrealizował szereg inwestycji drogowych na terenie Wrocławia a także aktualnie realizuje w ramach tej samej inwestycji wcześniejsze odcinki zadań objęte odrębnymi umowami. Wykonawca nawiązał już współpracę z dostawcami i może przyjąć do realizacji kolejny odcinek inwestycji po mniejszych kosztach ogólnych. Wykonawca planuje główną część robót – branżę drogową i sanitarną wykonać bez udziału podwykonawców. Posiada własny personel i park maszynowy. Wraz z wyjaśnieniami wykonawca przedstawił, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa: Załącznik nr 1, dowody: kalkulacje kosztów wykonania zadania oraz oferty podwykonawców a także politykę systemu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W pkt 1 pisma przedstawił uzasadnienie objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu wskazał m.in., że zastrzegane informacje mają charakter informacji organizacyjnych i posiadają wartość gospodarczą. Wyjaśnienia wraz z obliczeniami prezentują w jaki sposób wykonawca organizuje proces budowlany oraz na jakiej podstawie był w stanie zaoferować taką cenę. Ujawnienie sposobu wyceny określonych zakresów robót przez podwykonawców, przy znanych założeniach projektowych, może utrudnić konkurowanie w przyszłych postępowaniach i doprowadzić do szkody po stronie wykonawcy. Wykonawca zaznaczył także, że poza dwoma podwykonawcami wskazanymi w ofercie jako tzw. znani podwykonawcy lub podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby, pozostali podwykonawcy, usługodawcy nie byli wskazywani w ofercie i nie są znani jako podmioty współpracujące z wykonawcą. Jest to element przewagi konkurencyjnej, wszystkie podmioty, z którymi współpracuje to podmioty z rynku lokalnego, niekonieczne znane innym wykonawcom. W wyjaśnieniach zawarta jest gotowa baza danych podwykonawców z Wrocławia i okolic, wyspecjalizowanych w wykonywaniu określonego zakresu robót budowlanych. Stworzenie takiej bazy zajęło wykonawcy dużo czasu, wiązało się z kosztami a zatem baza ta ma wymierną wartość gospodarczą. Z kolei kalkulacja załączona do wyjaśnień jest wynikiem wieloletnich doświadczeń w realizacji różnych zadań inwestycyjnych. Uzyskane ceny z ofert podwykonawców, jak i zakładane nadwyżki finansowe dla poszczególnych pozycji są więc efektem wieloletniego doświadczenia oraz dobrych praktyk stosowanych u wykonawcy, dzięki którym możliwe jest zaoferowanie

konkurencyjnej ceny. Wykonawca wskazał, że strategia budowania ceny oraz minimalizacja kosztów własnych i wycena wysokości marży, dają przewagę konkurencyjną i posiadają wartość gospodarczą.

Pismem z dnia 18.05.2020r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp Pro Tra Building do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w odniesieniu do poz. 6 zestawienia kosztów zadania Techniczna pętla tramwajowa wraz z infrastrukturą, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia w tym zakresie i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, na którą to okoliczność powołuje się wykonawca w swoich wyjaśnieniach. Zamawiający podał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczyły całkowitej ceny oferty i nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego co do właściwego skalkulowania ceny w zakresie poz. 6 zestawienia kosztów zadania. Zamawiający wskazał, że sposób kalkulacji ceny za poszczególne pozycje, mimo ryczałtowego charakteru na dla niego istotne znaczenie, z uwagi na zastrzeżenie co do możliwości odstąpienia od realizacji niektórych pozycji Zestawienia kosztów zadania, w szczególności z poz. 6.

W odpowiedzi z dnia 22.05.2020r., wykonawca Pro Tra Building powołując się na uzasadnienie przedstawione przy piśmie z dnia 12.05.2020r. zastrzegł treść załącznika do pisma wraz z dodatkowymi dokumentami, obrazującymi sposób wyceny przez wykonawcę poz. 6, stosowane mechanizmy ustalania kosztów, w tym ich minimalizowania i przypisywania kosztów do poszczególnych grup robót.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wymagał obliczenia ceny ofertowej w oparciu o Załącznik nr 1a do IDW Zestawienie kosztów zadania. Wartości wymienione w poszczególnych pozycjach Zestawienia kosztów zadania, jak i całkowite wynagrodzenie mają charakter ryczałtowy i obejmują wszelkie koszty niezbędne do realizacji zadania.

Porównując wartość szacunkową zamówienia z cenami ofert, zauważyć trzeba, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona na kwotę ponad 121 mln zł została zawyżona względem cen ofert, które były na poziomie od ponad 81mln do ponad 88 mln, a najdroższa z ceną ponad 94 mln zł. Z tych względów wartość szacunkowa, odbiegająca od cen rynkowych ofert, nie mogła być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert. Podkreślenia wymaga, że wszystkie złożone w tym postępowaniu oferty były zbliżone pod względem ceny, a cena oferty Pro Tra Building jest jedynie o 4,5% niższa od ceny oferty Odwołującego. Już samo stwierdzenie tego faktu nie pozwala uznać,

że cena oferty Pro Tra Building jest ceną odbiegająca od realiów rynkowych, za którą nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący kwestionował jedną z pozycji Zestawienia kosztów zadania, odnoszącą się do wykonania technicznej pętli tramwajowej wraz infrastrukturą Pro Tra Building, którą wykonawca wycenił na kwotę 100 000zł netto, podczas gdy cena oferty Odwołującego w tej pozycji przekraczała kwotę 1,3 mln zł. Podnosił, że cena tej pozycji jest nierealna i odbiega od realiów rynkowych.

W tym postępowaniu o zamówienie publiczne pomimo ustalenia ryczałtowego charakteru zamówienia, Zamawiający wymagał wyodrębnienia cen ryczałtowych za wskazane w Zestawieniu kosztów pozycje. Z uwagi na wyodrębnienie elementów składających się na cenę ryczałtową, należy uznać, że co do zasady pozycje ujęte w Zestawieniu kosztów mogą być przedmiotem badania pod kątem rzetelności ich wyceny. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp dopuszcza badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zauważyć jednak trzeba, że aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty. Zdaniem Izby, w tym postępowaniu udział procentowy wartości poz. 6 w odniesieniu do całkowitych cen ofert wynosi ok. 2 %. Oznacza to, że poz. 6 nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej a zatem jej ewentualne zniżenie nie może skutkować odrzuceniem oferty. Wykonanie tymczasowej pętli tramwajowej, objętej poz. 6 jest jedynie jednym z elementów całego zamówienia, którego wartość ryczałtowa wynosi ponad 81mln zł. Nawet gdyby przyjąć - jak twierdzi Odwołujący - że cena oferty Pro Tra Building jest zniżona w poz. 6 o ok. 1,3 mln zł, to uwzględniając w cenie oferty tego wykonawcy te brakujące koszty całkowita cena oferty i tak byłaby najniższa.

Niezależnie od powyższych ustaleń, Izba oceniła złożone przez Pro Tra Building wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny, złożone dnia 12 i 22 maja 2020r. i uznała, że są one wystarczające, spójne i logiczne i potwierdzają możliwość obniżenia ceny za poz. 6 zamówienia. Ze złożonych przez Pro Tra wyjaśnień wynika, że wykonawca posiada szczególnie sprzyjające okoliczności, które umożliwiają mu obniżenie ceny tj. posiada znaczną, kosztowną część materiału koniecznego do wykonania zakresu zamówienia z

poz.6: szyny, rozjazdy, krawężniki, które zakupił po korzystnych cenach. Istotne z punktu widzenia oszczędności jest także to, że Pro Tra Building jest firmą lokalną i aktualnie realizuje w ramach tej samej inwestycji większość odcinków trasy autobusowo – tramwajowej we Wrocławiu, co pozwala na dodatkowe obniżenie i optymalizację kosztów realizacji tej części zadania. Zdaniem Izby złożone przez Pro Tra Building wraz z wyjaśnieniami kalkulacje oraz dowody w postaci ofert podwykonawców, dostawców w sposób szczegółowy wskazują na możliwość obniżenia ceny w poz. 6. Trzeba mieć na uwadze, że Zamawiający ustalił, że każda z pozycji Zestawienia kosztów ma charakter ryczałtowy, a zatem wszelkie dodatkowe, szczegółowe kalkulacje składane przez wykonawcę są nadmiarowe i mają jedynie charakter poglądowy.

Z tych względów Izba uznała, że oferta Pro Tra Building nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie zachodzi przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba oddaliła zarzut zaniechania odrzucenia oferty Pro Tra Building z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, wskazując, że Odwołujący zarówno w treści odwołania jak i w toku rozprawy nie wykazał, aby zachodziła jakakolwiek niezgodność z wymaganiami Zamawiającego.

Niezasadnym jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Pro Tra Building jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na tzw. przerzucenie kosztów z pozycji 6, która może nie być realizowana w toku zamówienia do innych pozycji Zestawienia kosztów. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że do takiego działania ze strony Pro Tra Building doszło, nie wykazał, że koszty innych pozycji, które na pewno będą realizowane zostały w sposób nieuzasadniony zawyżone. Zdaniem Izby, w oparciu o udzielone przez Pro Tra Building wyjaśnienia w zakresie poz. 6, w których wykonawca wymienił czynniki wpływające na możliwość obniżenia ceny, uznać należy, że nie doszło do manipulowania cenami poszczególnych pozycji a koszty poz. 6 nie zostały przerzucone do innych pozycji wyceny.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień Pro Tra Building w zakresie ceny. Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, 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 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym 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

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2019, poz. 1010 ze zm.) tj.: informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba, oceniając poczynione przez Pro Tra Building zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników i szczegółowych wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny, uznała, że nieskutecznym jest zastrzeżenie następujących dokumentów:

- Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 12.05.2020r. – wyjaśnienia szczegółowe ,
- Załącznik nr 2 do wyjaśnień - Kalkulacja kosztów wykonania zadania, za wyjątkiem ofert podwykonawców i dostawców w zakresie w jakim ujawniają informacje o ich nazwach,
- Załącznik do wyjaśnień z dnia 22.05.2020r. – wyjaśnienia szczegółowe,
- Kosztorys ofertowy, załączony do wyjaśnień z dnia 22.05.2020r.
- Zestawienie materiałów niezbędnych do realizacji tymczasowej pętli tramwajowej, za wyjątkiem ofert podwykonawców i dostawców oraz faktur w zakresie w jakim ujawniają informacje o ich nazwach,

Po przeanalizowaniu wyjaśnień przedstawionych w tych dokumentach, Izba doszła do przekonania, że nie zawierają one żadnych informacji, które mogłyby podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa a ich ujawnienie w żaden sposób nie naruszy interesu wykonawcy czy jego przewagi konkurencyjnej. Wskazane wyżej dokumenty ujawniają przede wszystkim informacje dotyczące składników ceny oferty, która co do zasady ma charakter jawny, podają czynniki wpływające na obniżenie ceny.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp nie skutkuje jednak uwzględnieniem odwołania, bowiem z uwagi na oddalenie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Pro Tra Building jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....