

WYROK
z dnia 12 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] INKO CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków [pełnomocnik]** oraz **[2] MP CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] INKO CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków [pełnomocnik] oraz [2] MP CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] INKO CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków [pełnomocnik] oraz [2] MP CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów (dalej zamawiający) wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu” w ramach inwestycji: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław-Belżec w m. Narol wraz z przebudową, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych” w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy Narola w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865”, prowadzonym przez zamawiającego, tj. Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich«.

18.08.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 159-388331.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) zwanej dalej w skrócie Pzp.

10.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o. o., ul. Kościuszki 49, 38-400 Krosno (dalej wykonawca K).

22.12.2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] INKO CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków [pełnomocnik] oraz [2] MP CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu tj. od czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o. o., ul. Kościuszki 49, 38-400 Krosno (dalej wykonawca K), o czym zamawiający poinformował odwołującego 11.12.2020 r. mailem (mail z 10.12.2020 r. bez załącznika), pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu;

- 2) zaniechania czynności, do której podjęcia zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, tj. od zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę K, w szczególności, pomimo że oferta złożona przez wykonawcę K zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca zaś mimo niedopuszczalnych wielokrotnych wezwań nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1-3 Pzp;
- 3) zaniechania czynności, do której podjęcia zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, tj. od zaniechania ujawnienia przez zamawiającego w całości załączników do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, złożonych przez wykonawcę K.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę K wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę K, mimo że oferta złożona przez wykonawcę K zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca K zaś mimo niedopuszczalnych wielokrotnych wezwań nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1-3 Pzp;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez ponowne (dwukrotne) zwrócenie przez zamawiającego się do wykonawcy K o złożenie wyjaśnień, podczas gdy już pierwsze wezwanie ze strony zamawiającego miało charakter szczegółowy, a odpowiedź wykonawcy K na pierwsze wezwanie miała charakter skrajnie ogólnikowy i niepoparty jakimikolwiek dowodami;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm. – dalej: „UZNK”) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia lub wytworzenia;
- 4) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK przez naruszenie podstawowej zasady jawności postępowania i zaniechania ujawnienia przez zamawiającego w całości załączników do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej składanych przez wykonawcę K, mimo że zastrzeżone informacje nie spełniają ustawowych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca K nie wykazał skutecznie zasadności dokonanego zastrzeżenia;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj.

wykonawcy K oraz inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania; odwołujący na rozprawie cofnął częściowo zarzut 5 w zakresie cyt. »oraz inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania«.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia w całości oferty złożonej przez wykonawcę K;
- 4) ujawnienia w całości wszystkich zastrzeżonych Załączników do złożonych przez wykonawcę K wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej w szczególności w zakresie:
 - a) Załącznika nr 1 do wyjaśnień z 5.11.2020 r.
 - b) Załącznika nr 1 do wyjaśnień z 24.11.2020 r.– w zakresie w jakim nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa lub nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę K.

Argumentacja odwołującego

Ad 1 i 2. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp

W sprawie odwołujący wskazują, że oferta złożona przez wykonawcę K zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca ten zaś nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1-3 Pzp.

Podkreślić jednocześnie należy, że odwołującym, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, uniemożliwiono zapoznanie się z pełną treścią wyjaśnień (tj. ich Załączników) złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę K, a zatem uniemożliwiono szczegółowe odniesienie się do treści tychże wyjaśnień i w konsekwencji pełne uzasadnienie zarzutu, co jest z kolei przedmiotem zarzutu nr 4.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazują zatem, że gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała zasadność zarzutu nr 4 w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy K, to w ewentualnym braku uznania przez Izbę ceny zawartej w ofercie wykonawcy K za rażąco niską już w postępowaniu, zasadnym byłoby rozpoznanie kwestii rażąco niskiej ceny, jako obecnie przedwczesnej, po ujawnieniu przez zamawiającego wskazanych Załączników do wyjaśnień (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 6 lutego 2017 r., sygn. KIO 110/17).

Niezależnie od powyższego w ocenie odwołujących cena zaoferowana przez wykonawcę K jest rażąco niska. Ceny nieodrzuconych ofert złożonych w postępowaniu przedstawiają się następująco:

budżet zamawiającego: 619 556,31 zł Brutto

Pozycja cenowa	Oferent	Cena ofertowa Brutto	% w porównaniu do średniej ceny ofert	% w porównaniu do budżetu
1	Promost Consulting Sp. z o. o. Sp. k.	1 085 548,80 zł	164%	175,21%
2	wykonawca K	331 239,00 zł	50,23%	53,46%
3	odwołujący	578 100,00 zł	87,67%	93,31%
4	Prokom Construction Sp. z o. o.	621 400,00 zł	94,24%	100,30%
5	ZDI Sp. z o. o.	680 682, 00 zł	103,23%	109,87%
	Średnia cena ofert:	659 393,96		

Jak widać z powyższego zestawienia oferta wykonawcy K skrajnie odbiega tak od średniej wszystkich nieodrzuconych ofert jak i budżetu zamawiającego i to w każdym przypadku o prawie 50% poniżej tych wartości.

Obowiązek wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, a zatem wystąpienie domniemania występowania ceny rażąco niskiej, aktualizuje się już w sytuacji gdy cena całkowita oferty jest o 30% niższa od wartości zamówienia. Podkreślić należy, że postępowanie zgodnie z pkt 2.1 SIWZ prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 214.000 Euro.

Na wykonawcy K ciążył zatem obowiązek złożenia wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp, w szczególności wykazujących (wraz z przedstawieniem stosownych dowodów), że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach i kosztach, które należy ponieść celem wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami określonymi przez zamawiającego, oraz że zachodzą po stronie tego wykonawcy konkretne obiektywne, wykazane czynniki, które umożliwiają tak znaczne (o ok. 50%) obniżenie oferowanych cen poniżej poziomu cen rynkowych.

Zamawiający wezwał wykonawcę K, pismem z 5.10.2020 r. do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ze wskazaniem w szczególności obszarów tych wyjaśnień.

Sam zamawiający podkreślił w wezwaniu, że obowiązek wykazania (ciężar dowodu), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, zaznaczając ponadto:

„Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie”.

Tymczasem wykonawca K złożył pismem z 12.10.2020 r. właśnie takie „lakoniczne i ogólnikowe” wyjaśnienia, w których ograniczył do „oświadczeń” co do sposobu wykonania zamówienia, których nie poparł (wbrew wezwaniu) żadnymi dowodami.

Oczywistym jest, że w świetle samej treści wezwania i wyjaśnień wykonawcy K, ich prawidłowa ocena przez zamawiającego już na tym etapie musiała prowadzić do uznania, że wykonawca K nie obalił w żadnym zakresie domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona.

W tym stanie faktycznym naruszeniem art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp było ponowne (dwukrotne) zwrócenie przez zamawiającego się do wykonawcy K o złożenie wyjaśnień, podczas gdy już pierwsze wezwanie ze strony zamawiającego miało charakter szczegółowy wraz z wezwaniem do przedłożenia dowodów, a odpowiedź wykonawcy K na pierwsze wezwanie miała charakter skrajnie ogólnikowy i niepoparty jakimikolwiek dowodami.

W realiach sprawy wykonawca K nie złożył pierwszych wyjaśnień rzetelnie, a również kolejne wyjaśnienia miały zresztą charakter wyrywkowy i ogólnikowy.

Zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Prowadzi to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

W treści pierwszego wezwania do wyjaśnień wykonawcy K sam zamawiający podkreślił, że „Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie”, a takie właśnie pierwsze wyjaśnienia złożył wykonawca K. Również przy tym kolejne (niedopuszczalne wyjaśnienia uznać należy za ogólnikowe i niewystarczające).

Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący przedstawiają przy tym analizę wykazującą całkowitą nierynkowość ceny zaoferowanej przez wykonawcę K (a jednocześnie pokazującą jak ogólnikowe i powierzchowne są wyjaśnienia wykonawcy K).

a) Koszty w zakresie wynagrodzenia

1.1 Obowiązujące przepisy

Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. poz. 1778)

§ 1 – Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2600 zł.

§ 2 – Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17,00 zł.

§ 3 – Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2020 r.

1.2 W zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę

Zgodnie z wyliczeniami dla minimalnego wynagrodzenia przewidzianego w 2020 r. koszt samej pensji po stronie pracodawcy wynosi 3 132,48 zł / mc.

Poniżej zestawiono wyliczenia kosztów pracodawcy zgodnie z obowiązującymi stawkami dla ubezpieczeń (<https://wynagrodzenia.pl/kalkulator-wynagrodzen/wyniki>):

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 2 600,00 PLN brutto	
kwota brutto	2 600,00 zł
ubezpieczenie emerytalne (9,76%)	253,76 zł
ubezpieczenie rentowe (6,50%)	169,00 zł
ubezpieczenie wypadkowe (1,67%)	43,42 zł
Fundusz Pracy (2,45%)	63,70 zł
FGŚP (0,10%)	2,60 zł
koszty pracodawcy	3 132,48 zł

Ponadto zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawcy w swojej ofercie powinni ująć wszelkie koszty dla każdej wycenianej pozycji.

W przypadku przewidzianych etatów dla pracowników biurowych, którzy mają zgodnie z przepisami OPZ zapewnić funkcjonowanie biura inżyniera w godzinach 8:00 do 16:00 oraz Specjalisty ds. rozliczeń należy ująć w cenie pozycji koszty zastępstw na czas urlopów oraz koszty zastępstw na czas choroby (nieplanowane nieobecności), a także koszty wszelkich wymaganych szkoleń (np. BHP), badań okresowych oraz inne koszty wymagane zgodnie z obowiązującymi przepisami (np. składka PFRON).

Koszty absencji chorobowej należy przyjąć w oparciu o dane własne lub w oparciu o ogólnodostępne dane opracowane przez ZUS (<https://www.zus.pl/baza-wiedzy/statystyka/opracowania-tematyczne/absencja-chorobowa>). Z danych tych wynika, że przeciętna absencja chorobowa w ciągu r. wynosi 12 dni. W przypadku takiej nieobecności należy zapewnić zastępstwo.

Kwota PLN	Element kosztowy
3 132,48 zł	– koszt pensji minimalnej w r. 2020 uwzględniające koszty pracodawcy = wynagrodzenie pracownika 2 600,00 zł brutto + składki ZUS i US ponoszone przez pracodawcę (ubezpieczenie wypadkowe 1,67%)

261,04 zł	– zastępstwo na czas urlopu = 3 373,44 zł / 12 m-cy
149,17 zł	– zastępstwo w czasie choroby = (3 373,44 zł / 21 dni roboczych) * 12 dni / 12 m-cy
11,11 zł	– koszty obowiązkowych badań lekarskich = (200,00 zł * 2 badania) / 36 m-cy
6,25 zł	– koszty obowiązkowych szkoleń BHP = (150,00 zł * 1,5 badania) / 36 m-cy
120,00 zł	– składka na PFRON
3 680,05 zł	– RAZEM Całkowite koszty do uwzględnienia w ofercie

Powyższe oznacza, że wykonawcy w swoich ofertach w pozycjach odpowiadających Personelowi biurowemu i Specjaliście ds. rozliczeń powinni przyjąć kwotę minimum 3 680,05 zł.

1.3 W zakresie minimalnej stawki godzinowej

Zgodnie z Rozporządzeniem minimalna stawka godzinowa wynosi 17,00 zł/h. W 2020 r. wymiar czasu pracy w sumie wynosi 2016 godzin, czyli 253 dni roboczych, co daje średnio 21 dni na każdy miesiąc.

Z powyższego wynika, że w 2020 r. koszty zatrudnienia na podstawie umowy zlecenie wynoszą brutto 2 856,00 zł/mc [21 dni x 8 godzin x 17,00 zł/godzinę].

Poniżej zestawiono wyliczenia kosztów pracodawcy zgodnie z obowiązującymi stawkami dla ubezpieczeń (<https://wynagrodzenia.pl/kalkulator-wynagrodzen/wyniki>):

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 2 856,00 PLN brutto na podstawie umowy zlecenie	
kwota brutto	2 856,00 zł
ubezpieczenie emerytalne (9,76%)	278,75 zł
ubezpieczenie rentowe (6,50%)	185,64 zł
ubezpieczenie wypadkowe (1,67%)	47,70 zł
Fundusz Pracy (2,45%)	69,97 zł
FGŚP (0,10%)	2,86 zł
koszty pracodawcy – miesiąc	3 440,91 zł
koszty pracodawcy – dniówka	163,85 zł

Powyższa stawka za dniówkę nie uwzględnia żadnych dodatkowych kosztów – szkolenia, badania, zastępstwo.

Oznacza to, że wykonawcy w swoich ofertach w pozycjach odpowiadających pozostałemu personelowi powinni przyjąć kwotę minimum 163,85 zł netto.

b) Analiza oferty wykonawcy K w etapie FAZA PRAC PROJEKTOWYCH

Wykonawca K w swojej ofercie koszty pełnienia funkcji „Inżyniera Kontraktu” w etapie FAZA PRAC PROJEKTOWYCH wyceniło na kwotę brutto 32 964,00 zł, co daje kwotę netto 26 800,00 zł.

Już samo porównanie tej kwoty z kosztami zatrudnienia personelu biurowego na podstawie minimalne wynagrodzenie za pracę wskazuje ewidentne niedoszacowanie tego etapu.

Przyjmując, że okres projektowania wraz z zatwierdzeniem dokumentacji przez Inżyniera i zamawiającego będzie trwał 6 miesięcy (w odniesieniu do analogicznych kontraktów) otrzymujemy, że wynagrodzenie Personelu biurowego wynosi 22 080,30 zł netto [6 m-cy x 3 680,05 zł].

Oznacza to, że na wszystkie elementy wymagane zgodnie z SIWZ wykonawca K przyjął 4 719,70 zł netto.

Te wymagane koszty to:

- a) Zapewnienie biura inżyniera (w tym sala konferencyjna min. 20m²) o powierzchni adekwatnej do dla składu Zespołu Inżyniera tj. nieutrudniającej równoczesnej pracy wszystkich członków Zespołu. Wykonawca ma zapewnić obsługę biura w godzinach 8:00 do 16:00. Biuro ma być prowadzone przez Inżyniera na etapie prac projektowych oraz robót budowlanych i być zlokalizowane w odległości pozwalającej na dojazd do placu budowy w czasie do 30 minut,
- b) Koszty wyposażenia, meble, sprzęt komputerowy,
- c) Koszty opłaty za media (prąd, woda, ogrzewanie),
- d) Koszty zapewnienia łącza internetowego oraz telefonicznego,
- e) Koszty materiałów eksploatacyjnych,
- f) Pozostałe koszty utrzymania biura w tym ewentualnej ochrony, ubezpieczenia, sprzątnia, wywozu śmieci,
- g) Koszty ubezpieczenia, wymagane ubezpieczenie OC na sumę 2 000 000,00 zł,
- h) Koszty gwarancji należytego wykonania w wysokości 5% wynagrodzenia,
- i) Koszt wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu,
- j) Koszt wynagrodzenia Weryfikatora branży drogowej,
- k) Koszt wynagrodzenia Weryfikatora branży mostowej,

- l) Koszt zapewnienia Weryfikatorów pozostałych branż w tym elektroenergetycznej, teletechnicznej, sanitarnej,
- m) Koszt zatrudnienia na umowę o pracę Specjalisty ds. rozliczeń (w części odpowiadającej zaangażowaniu na danym etapie realizacji inwestycji),
- n) Koszt zapewnienia Geodety,
- o) Koszt zapewnienia specjalisty ds. Środowiska,
- p) Koszt zapewnienia środków transportu dla personelu Inżyniera,
- q) Koszt zapewnienia środków łączności dla personelu Inżyniera.

Zgodnie z zestawieniem kosztów przedstawionym w Załączniku nr 1 minimalny koszt przyjęty w ofercie i uwzględniający wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ wynosi brutto 107 785,23 zł.

Oznacza to, że oferta wykonawcy K dla tej fazy jest niedoszacowana w kwocie wynoszącej brutto 74 821,23 zł.

c) Analiza oferty wykonawcy K w etapie FAZA ROBÓT BUDOWLANYCH

Wykonawca K w swojej ofercie koszty pełnienia funkcji „Inżyniera Kontraktu” w etapie FAZA ROBÓT BUDOWLANYCH wycenił na kwotę brutto 298 275,00 zł, co daje kwotę netto 242 500,00 zł.

Okres realizacji robót budowlanych wraz czasem przewidzianym na rozliczenie finansowe będzie trwał 17 miesięcy (15 +2).

Te wymagane w SIWZ koszty to:

- a) Zapewnienie biura inżyniera (w tym sala konferencyjna min. 20m²) o powierzchni adekwatnej do dla składu Zespołu Inżyniera tj. nie utrudniającej równoczesnej pracy wszystkich członków Zespołu. Wykonawca ma zapewnić obsługę biura w godzinach 8:00 do 16:00. Biuro ma być prowadzone przez Inżyniera na etapie prac projektowych oraz robót budowlanych i być zlokalizowane w odległości pozwalającej na dojazd do placu budowy w czasie do 30 minut.
- b) Koszty wyposażenia, meble, sprzęt komputerowy.
- c) Koszty opłaty za media (prąd, woda, ogrzewanie).
- d) Koszty zapewnienia łącza internetowego oraz telefonicznego.
- e) Koszty materiałów eksploatacyjnych.
- f) Pozostałe koszty utrzymania biura w tym ewentualnej ochrony, ubezpieczenia, sprzątnięcia, wywozu śmieci.
- g) Koszty ubezpieczenia, wymagane ubezpieczenie OC na sumę 2 000 000,00 zł.
- h) Koszty gwarancji należytego wykonania w wysokości 5% wynagrodzenia.

- i) Koszt wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu.
- j) Koszt wynagrodzenia Inspektora branży drogowej.
- k) Koszt wynagrodzenia Inspektora branży mostowej.
- l) Koszt zatrudnienia na umowę o pracę Specjalisty ds. rozliczeń (w części odpowiadającej zaangażowaniu na danym etapie realizacji inwestycji)
- m) Koszt zapewnienia Geodety.
- n) Koszt zapewnienia specjalisty ds. Środowiska.
- o) Koszt zapewnienia Technologa.
- p) Koszt zapewnienia Inspektorów pozostałych branż w tym elektroenergetycznej, teletechnicznej, sanitarnej.
- q) Koszt zapewnienia innych specjalistów wg potrzeb, w tym m.in.:
 - Nadzór archeologiczny;
 - Nadzór geologiczny i geotechniczny;
 - Spec. ds. organizacji ruchu;
 - Specjaliści w zakresie środowiska;
 - Prawnik;
 - Zespół weryfikatorów – dla opiniowania potencjalnych zmian.
- r) Koszt zapewnienia środków transportu dla personelu Inżyniera
- s) Koszt zapewnienia środków łączności dla personelu Inżyniera.
- t) Koszt działań promocyjnych i informacyjnych, w tym m.in.:
 - Wykonanie zdjęć prowadzonych robót z opracowaniem;
 - Wykonanie raz na kwartał oraz po zakończeniu robót budowlanych zdjęć lotniczych prowadzonych robót z opracowaniem;
 - Opracowanie danych w zakresie działań promocyjnych i informacyjnych oraz finansowania;
 - Spec. ds. organizacji ruchu.
- u) Koszt przeglądów gwarancyjnych wykonywanych w okresie 7 lat.
- v) Koszt badań laboratoryjnych, w tym m.in.:
 - Przeprowadzenie badań kontrolnych (pkt 2.3.1.21 OPZ);
 - Przeprowadzenie badań sprawdzających (pkt 2.3.1.23 OPZ).

Zgodnie z zestawieniem kosztów przedstawionym w Załączniku nr 1 minimalny koszt przyjęty w ofercie i uwzględniający wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ wynosi brutto 393 187,36 zł.

Oznacza to, że oferta wykonawcy K dla tej fazy jest niedoszacowana w kwocie wynoszącej brutto 94 912,36 zł.

d) Analiza oferty wykonawcy K dla całego kontraktu

Zgodnie z zestawieniem kosztów przedstawionym w Załączniku nr 1 minimalny koszt pełnienia funkcji „Inżyniera Kontraktu” przyjęty w ofercie i uwzględniający wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ wynosi brutto 500 972,59 zł.

Oznacza to, że oferta wykonawcy K złożona w przedmiotowym postępowaniu jest niedoszacowana na poziomie 51,2%, tj. w kwocie wynoszącej brutto 169 733,59 zł.

Odwołujący przeprowadzając analizę kosztów przyjął dla wszystkich osób z wymaganego personelu stawki minimalne oraz dla większości z nich minimalne ilości dniówek pobytu na budowie, wynikające chociażby z potencjalnego obowiązku uczestniczenia w comiesięcznych radach budowy.

Koszty zapewnienia biura Inżyniera przyjęto w oparciu o analizę ofert z rynku lokalnego, z założeniem wymaganej SIWZ odległości pomiędzy biurem a budową.

ZAŁĄCZNIK NR 1

ZESTAWIENIE KOSZTÓW					
Nazwa zadania: Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu” w ramach inwestycji: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław – Bełzec w m. Narol wraz z przebudową, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych” w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy Narola w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865”					
L.p.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jedn. czasu/rozliczenia	Liczba jednostek	Cena jednostkowa netto [PLN]	Wartość netto [PLN] (4*5)
[1]	[2]	[3]	[4]	[5]	[6]
1	FAZA PRAC PROJEKTOWYCH				
1.1	Koszt utrzymania biura				
1.1.1	Biuro inżyniera kontraktu	miesiąc	6	2 930,43	17 582,61
	– Zapewnienie biura – powierzchnia 80m2 (w tym sala konf. min. 20m2) wraz z miejscami parkingowymi – pkt 4.2 OPZ, przyjęto stawkę 25zł/m2	miesiąc		2 000,00	
	– Koszty wyposażenia, meble, sprzęt komputerowy (transport	miesiąc		130,43	

	sprzętu do biura i z biura) przyjęto (1 500,00zł *2/23mce)				
	– Koszty ubezpieczenia lokalu	miesiąc		50,00	
	– Koszty eksploatacyjne (prąd, woda, ogrzewanie)	miesiąc		200,00	
	– Abonament za podłączenie sieci internetowej	miesiąc		100,00	
	– Abonament telefoniczny dla biura	miesiąc		50,00	
	– Materiały eksploatacyjne	miesiąc		200,00	
	– Koszty sprzętania	miesiąc		100,00	
	– Koszty wywozu śmieci	miesiąc		50,00	
	– Koszty ochrony	miesiąc		50,00	
1.2	Koszt ubezpieczenia				
1.2.1	Koszt ubezpieczenia (OC na sumę 2 000 000,00 zł) – par. 4 UMOWY	miesiąc	6	100,00	600,00
1.2.2	Koszt gwarancji należytego wykonania (5% wynagrodzenia) – art. 13 OWU	miesiąc	6	150,00	900,00
1.3	Usługi nadzoru				
	Personel podstawowy				
1.3.1	Personel biurowy (zapewnienie obsługi biura w godzinach 8:00 – 16:00)	miesiąc	6	3 680,05	22 080,30
1.3.2	Inżynier Kontraktu	miesiąc	6	3 680,05	22 080,30
1.3.3	Weryfikator branży drogowej	ryczałt	1	6 000,00	6 000,00
1.3.4	Weryfikator branży mostowej	ryczałt	1	3 000,00	3 000,00
1.3.5	Specjalista ds. rozliczeń – zaangażowanie 1/5 etatu (Umowa o pracę)	miesiąc	6	736,01	4 416,06
1.3.6	Geodeta	ryczałt	1	2 000,00	2 000,00
1.3.7	Środowiskowiec	ryczałt	1	1 000,00	1 000,00
	Personel dodatkowy				

1.3.3	Weryfikator branży elektroenergetycznej	ryczałt	1	1 500,00	1 500,00
1.3.4	Weryfikator branży teletechnicznej	ryczałt	1	1 500,00	1 500,00
1.3.4	Weryfikator branży sanitarnej	ryczałt	1	1 500,00	1 500,00
	Środki transportu i łączności				
1.3.4	Środki transportu	miesiąc	6	528,50	3 171,00
	– koszt miesięczny ubezpieczenia (koszt roczny 1200,00zł)			100,00	
	– koszt miesięczny wymiany opon (koszt roczny 120 zł – 2 wymiany opon)			10,00	
	– koszt miesięczny przeglądu technicznego (koszt roczny 126,00zł)			10,50	
	– koszt miesięczny płynów eksploatacyjnych			60,00	
	– koszt miesięczny serwisu auta, bieżące naprawy (koszt roczny 300zł)			25,00	
	– koszt miesięczny myjni (przyjęto min. 2 mycia)			50,00	
	– koszt paliwa (7litrów/100km*3,90zł/litr*1000km)			273,00	
1.3.4	Środki łączności (min. opłaty za telefon Inżyniera)	miesiąc	6	50,00	300,00
FAZA PRAC PROJEKTOWYCH RAZEM NETTO =					87630,27
Podatek VAT =					20154,96
FAZA PRAC PROJEKTOWYCH RAZEM BRUTTO =					107 785,23
2 FAZA ROBÓT BUDOWLANYCH					
2.1	Koszt utrzymania biura				
2.1.1	Biuro inżyniera kontraktu	miesiąc	17	3 030,43	51 517,39

	– Zapewnienie biura – powierzchnia 80m ² (w tym sala konf. min. 20m ²) wraz z miejscami parkingowymi – pkt 4.2 OPZ, przyjęto stawkę 25zł/m ²	miesiąc		2 000,00	
	– Koszty wyposażenia, meble, sprzęt komputerowy (transport sprzętu do biura i z biura) przyjęto (1 500,00zł *2/23mce)	miesiąc		130,43	
	– Koszty ubezpieczenia lokalu	miesiąc		50,00	
	– Koszty eksploatacyjne (prąd, woda, ogrzewanie)	miesiąc		200,00	
	– Abonament za podłączenie sieci internetowej	miesiąc		100,00	
	– Abonament telefoniczny dla biura	miesiąc		50,00	
	– Materiały eksploatacyjne	miesiąc		300,00	
	– Koszty sprzątnia	miesiąc		100,00	
	– Koszty wywozu śmieci	miesiąc		50,00	
	– Koszty ochrony	miesiąc		50,00	
2.2	Koszt ubezpieczenia				
2.2.1	Koszt ubezpieczenia (OC na sumę 2 000 000,00zł) – par. 4 UMOWY	miesiąc	17	100,00	1 700,00
2.2.2	Koszt gwarancji należytego wykonania (5% wynagrodzenia) – art. 13 OWU	miesiąc	17	150,00	2 550,00
2.3	Usługi nadzoru				
	Personel podstawowy				
2.3.1	Personel biurowy (zapewnienie obsługi biura w godzinach 8:00 – 16:00)	miesiąc	17	3 680,05	62 560,85
2.3.2	Inżynier Kontraktu	miesiąc	17	3 680,05	62 560,85
2.3.3	Inspektor branży drogowej	ryczałt	1	22 300,00	22 300,00

2.3.4	Inspektor branży mostowej	ryczałt	1	6 000,00	6 000,00
2.3.5	Specjalista ds. rozliczeń – zaangażowanie 1/2 etatu (Umowa o pracę)	miesiąc	17	1 840,03	31 280,43
2.3.6	Geodeta	miesiąc	17	1 400,00	23 800,00
2.3.7	Środowiskowiec	ryczałt	1	2 800,00	2 800,00
	Personel dodatkowy				
2.3.8	Technolog	ryczałt	1	2 800,00	2 800,00
2.3.9	Inspektor branży elektroenergetycznej	ryczałt	1	2 800,00	2 800,00
2.3.10	Inspektor branży teletechnicznej	ryczałt	1	2 800,00	2 800,00
2.3.11	Inspektor branży sanitarnej	ryczałt	1	2 800,00	2 800,00
2.3.12	Inni specjaliści wg potrzeb: – Nadzór archeologiczny – Nadzór geologiczny i geotechniczny – Spec. ds. organizacji ruchu – Specjaliści w zakresie środowiska – Prawnik – Zespół weryfikatorów – dla opiniowania potencjalnych zmian	ryczałt	1	4 000,00	4 000,00
	Środki transportu i łączności				
2.3.13	Środki transportu	miesiąc	17	665,00	11 305,00
	– koszt miesięczny ubezpieczenia (koszt roczny 1200,00zł)			100,00	
	– koszt miesięczny wymiany opon (koszt roczny 120 zł – 2 wymiany opon)			10,00	
	– koszt miesięczny przeglądu technicznego (koszt roczny 126,00zł)			10,50	
	– koszt miesięczny płynów eksploatacyjnych			60,00	
	– koszt miesięczny serwisu auta,			25,00	

	<i>bieżące naprawy (koszt roczny 300)</i>				
	<i>– koszt miesięczny myjni (przyjęto min. 2 mycia)</i>			50,00	
	<i>– koszt paliwa (7litrów/100km*3,90zł/litr*1500km)</i>			409,50	
2.3.14	Środki łączności (min. opłaty za telefon Inżyniera)	miesiąc	17	50,00	850,00
	Koszty pozostałe				
2.3.15	Wykonanie zdjęć prowadzonych robót z opracowaniem	miesiąc	17	30,00	510,00
2.3.16	Wykonanie raz na kwartał oraz po zakończeniu robót budowlanych zdjęć lotniczych prowadzonych robót z opracowaniem – przyjęto 150 zł za pojedyncze zlecenie	kwartał	6	150,00	900,00
2.3.17	Opracowanie danych w zakresie działań promocyjnych i informacyjnych oraz finansowania	miesiąc	17	30,00	510,00
2.3.18	Przeglądy gwarancyjne	lata	7	1 200,00	8 400,00
2.4	Badania laboratoryjne				
2.4.1	Laboratorium – badania kontrolne	ryczałt	1	30 000,00	30 000,00
2.4.2	Laboratorium – rezerwa na badania sprawdzające	ryczałt	1	5 000,00	5 000,00
FAZA ROBÓT BUDOWLANYCH RAZEM NETTO =					339 744,52
Podatek VAT =					78 141,24
FAZA ROBÓT BUDOWLANYCH RAZEM BRUTTO =					417 885,76
CENA OFERTY NETTO =					427 374,79
Podatek VAT =					98 296,20
CENA OFERTY BRUTTO =					525 670,99

ad 3) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 UZNK

Zamawiający dopuścił się także naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia lub wytworzenia.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Powyższe potwierdza m.in. orzecznictwo, w tym: wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3740/05.

Jak wskazali odwołujący, w uzasadnieniu zarzutu nr 1 i 2, wykonawca K zaoferował ceny w szczególności poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z możliwości wykonania zamówienia w jakiegokolwiek części, co uzasadnia podniesienie przedmiotowego zarzutu.

ad 4) Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK

Zamawiający w postępowaniu dopuścił się naruszenia podstawowej zasady jawności postępowania i zaniechania ujawnienia przez zamawiającego w całości Załączników do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej złożonych przez wykonawcę K, mimo że zastrzeżone informacje nie spełniają ustawowych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wskazani wykonawcy nie wykazali skutecznie zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Zastrzeżenie jawności informacji w oparciu o tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania.

Zastrzeżenia sformułowane przez wykonawcę K w odniesieniu do:

- Załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 05.11.2020 r.
- Załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 24.11.2020 r.

są skrajnie ogólnikowe i zmierzają do uniemożliwienia weryfikacji tych ogólnikowych wyjaśnień przez innych uczestników postępowania. Brak jest w tych wyjaśnieniach wykazania przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

ad 5) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. wykonawcy K.

Wskazane naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, w szczególności prowadząc do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. wykonawcy K.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.12.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.12.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

23.12.2020 r. wykonawca Prokom Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30, 41-200 Sosnowiec [dalej wykonawca P] złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego. Przystępujący przekazał kopię przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Jednak Izba postanowiła na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, że wykonawca P nie mógł się stać uczestnikiem postępowania, gdyż w zgłoszeniu do przystąpienia wykonawca P wskazał tylko stronę, do której przystępuje, a wykonawca P nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca P zgłosił przystąpienie, przez co wykonawca P nie wypełnił dyspozycji art. 185 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie«.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 7.01.2021 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego pytanie o RNC pismo zamawiającego z 05.10.2020 r. do wykonawcy K.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę K wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę K, mimo że oferta złożona przez wykonawcę K zawiera rażąco niską cenę [dalej RNC] w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawca K zaś mimo niedopuszczalnych wielokrotnych wezwań nie złożył wyjaśnień czyniących zadość wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1-3 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wykonawca K zaoferował cenę niższą o ok. 50% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT i ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z tym zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zwrócił się 5.10.2020 r. do wykonawcy K o udzielenie wyjaśnień. Art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp brzmi »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 zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«.

Wykonawca K udzielił we wskazanym przez zamawiającego terminie wyjaśnień, które jednak nie w pełni rozwiały wątpliwości zamawiającego co do wysokości ceny i w związku z tym zamawiający jeszcze dwukrotnie występował o doprecyzowanie wyjaśnień, co nie kłóci się z żadnymi przepisami i jest często stosowane przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia, chyba że wystąpi sytuacja określona w art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »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«. Jednak w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym sytuacja taka nie wystąpiła, a również odwołujący nie dowiódł jej zaistnienia, szczególnie że odwołujący nie miał wglądu do pełnych wyjaśnień wykonawcy K wraz z załącznikami, które zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »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«. Po analizie wyjaśnień, zamawiający nie uznał, że zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, do czego – zdaniem Izby – zamawiający miał prawo, bo wyjaśnienia wykonawcy K były wystarczające i dowiedzione szczególnie załącznikami objętymi klauzulą tajności, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp.

W szczególności zamawiający nie odrzucając oferty wykonawcy K wziął pod uwagę wykazane przez wykonawcę K:

- 1) koszty pracownicze – niepełnoetatowe zatrudnienie, miejsce zamieszkania pracowników, koszty dojazdów i delegacji;
- 2) koszty wynajmu biura i jego lokalizacji;
- 3) koszty badań laboratoryjnych, które nie odbiegają od cen badań laboratoryjnych w innych zadaniach;
- 4) koszty właściwych i niezbędnych ubezpieczeń;
- 5) spadek wartości cen ofert w postępowaniach w ostatnim czasie, co jest związane m.in. z pandemią.

Ponad nieuwzględnienie przez zamawiającego wystąpienia okoliczności określonych w art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający – zdaniem Izby – zasadnie uznał, że nie może zastosować się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż po analizie wyjaśnień wykonawcy K zamawiający stwierdził, że w postępowaniu nie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Jednocześnie Izba nie może przyjąć jako miarodajnych wyliczeń odwołującego dotyczących kosztów wykonania zamówienia, gdyż zostały one wyliczone na założeniach odwołującego, a odwołujący nie wykazał, że te założenia muszą być stosowane przez wszystkich wykonawców.

Wobec powyższych argumentów, w ocenie Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez ponowne (dwukrotne) zwrócenie przez zamawiającego się do wykonawcy K o złożenie wyjaśnień, podczas gdy już pierwsze wezwanie ze strony zamawiającego miało charakter szczegółowy, a odpowiedź wykonawcy K na pierwsze wezwanie miała charakter skrajnie ogólnikowy i nieoparty jakimikolwiek dowodami – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że już pierwsze wyjaśnienia wykonawcy K kwestii zastosowania RNC z 12.10.2020 r. były na odpowiednim poziomie szczegółowości i były opatrzone dowodami zawartymi w załączniku objętym klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego odwołujący nie miał dostępu do tego dokumentu. Wyjaśnienia te odnosiły się do wątpliwości dotyczących zaoferowanej ceny wyrażonych w piśmie zamawiającego z 5.10.2020 r. Jednak zamawiający nie do końca miał pewność, czyli miał wątpliwości, które rozwiewał jeszcze dodatkowymi dwoma wyjaśnieniami. Izba zauważa, że w przepisach Pzp nie ma limitu zadawania pytań dotyczących RNC, a wprost przepis zacytowany wcześniej art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli ocena wyjaśnień potwierdzi, że oferta zawiera RNC, a taki przypadek nie zaistniał w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym. W takim przypadku – zdaniem Izby – był wprost zobowiązany do dodatkowego wyjaśniania oferty, a wykonawca K wypełnił właściwie swoje zobowiązanie wyjaśnienia kwestii zaoferowanej wysokości ceny ofertowej.

W związku z powyższymi argumentami – w ocenie Izby – zarzut drugi – naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi i towarów poniżej kosztów ich świadczenia lub wytworzenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że samo wskazanie przez odwołującego wystąpienia RNC nie może być uznane za dowód, a różnice cen ofert – nawet w stosunku do wartości szacunkowej

zamawiającego są normalnym zjawiskiem występującym na rynku, czego potwierdzeniem jest art. 90 Pzp, nakazujący przeprowadzić zamawiającemu badanie oferty z niską ceną. Odwołujący nie wykazał nigdzie, że zaoferowana przez wykonawcę K cena jest przejawem czynu nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym w ocenie Izby zarzut trzeci – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.) – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut czwarty – naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK przez naruszenie podstawowej zasady jawności postępowania i zaniechania ujawnienia przez zamawiającego w całości załączników do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej składanych przez wykonawcę K, mimo że zastrzeżone informacje nie spełniają ustawowych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca K nie wykazał skutecznie zasadności dokonanego zastrzeżenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawca K właściwie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa i również dokonała tego we właściwym terminie w stosunku do załączników do wyjaśnień. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, co wynika z art. 8 ust. 1 Pzp, który brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne«. Jednak zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji w przypadkach ustawowo określonych, co wynika z art. 8 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie«. Ponadto w postępowaniu zamawiający nie określił w SIWZ żadnych wymogów zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy, co jest możliwe na podstawie przywołanego przez odwołującego art. 8 ust. 2a Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania«. Ponadto Izba stwierdza, że wykonawca K właściwie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do załączników stanowiących dowody na brak RNC w ofercie wykonawcy K. Również wykonawca K nie zastrzegł w swojej ofercie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, który brzmi »Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach«. wynika z tego, że zamawiający nie naruszył art. 8 ust. 3 Pzp, który brzmi »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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu». Izba podkreśla, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca nie może zastrzec tylko informacji, o których mowa w przytoczonym art. 86 ust. 4 Pzp, a więc wszelkie inne informacje mogą stanowić przedmiot zastrzeżenia, jeżeli spełniają warunki określone w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, oczywiście z zastrzeżeniem, że w stosunku do informacji udzielanych po upływie terminu składania ofert informacje muszą być zastrzeżone nie później niż w terminie składania tych informacji. W postępowaniu wykonawca K zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w pismach dotyczących wyjaśnień, a więc również we właściwym terminie wykonawca K zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu – zdaniem Izby – zamawiający zasadnie odmówił odwołującemu odtajnienia kwestionowanych informacji.

W związku z tą argumentacją, w ocenie Izby zarzut czwarty – naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut piąty – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. wykonawcy K – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby nie potwierdziły się zarzuty od pierwszego do czwartego, a odwołujący tylko na tym oparł zarzut piąty, dlatego zarzut piąty nie może również zostać uwzględniony przez Izbę.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: