

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2019r. przez wykonawcę **BUD-BAU OPOLE Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole** postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, ul. Oleska 127, 45-231 Opole** przy udziale wykonawcy „**REMOST**” **Z. M., H. M., K. M. Sp. j., ul. Wielkie Przedmieście 26, 46-300 Olesno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża BUD-BAU OPOLE Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BUD-BAU OPOLE Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od BUD-BAU OPOLE Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opole rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, ul. Oleska 127, 45-231 Opole** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 463 na odcinku od km 10+300 do km 10+550 wraz z przebudową mostów w miejscowości Dylaki w km 10±369 i km 10±497. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15.02.2019r. pod nr 513451-N-2018. W dniu 27.03.2019r. Odwołujący - Bud - Bau Opole Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „REMOST” Z. M. H. M., K. M. Spółka Jawna, pomimo, że oferta ta posiada rażąco niską cenę,
2. zaniechania należytego zbadania czy zastrzeżone przez wykonawcę „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna informacje wynikające z pisma z dnia 13.03.2019 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. zaniechanie odtajnienia złożonych wyjaśnień przez „REMOST” Z. M. H. M., K. M. Spółka Jawna będących następstwem wezwania przez Zamawiającego z dnia 08.03.2019 r.
4. zaniechania odrzucenia złożonej przez „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i średniej ceny złożonych ofert,
5. zaniechania odrzucenia złożonej przez „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna oferty, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i średniej ceny złożonych ofert.

Odwołujący wskazał na następujące naruszenia:

1. art. 91 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 1 ust. 3 PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna pomimo, że oferta ta posiada rażąco niską cenę,
2. art. 8 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie należytego sprawdzenia czy wykonawca wykazał że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia złożonych wyjaśnień przez „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna będących następstwem wezwania przez Zamawiającego z dnia 08.03.2019r., pomimo, iż utajnione przez wykonawcę informacje z mocy prawa są jawne, gdyż nie wykazał on iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. art. 89 ust. 3 PZP w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - oferta posiada rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i innych cen wykonawców biorących udział w tym postępowaniu,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 - zwanej dalej: uznk) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna ze względu iż posiada ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i cen ofert wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jaką złożył wykonawca „REMOST” Z. M., H. M., K. M. Spółka Jawna,
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych przez „REMOST” Z. M. H. M., K. M. Spółka Jawna wyjaśnień dotyczących zaistnienia rażąco niskiej ceny,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy „REMOST” Z. M. H. M., K. M. Spółka Jawna gdyż jej

złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ze względu iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i średniej cen ofertowych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu,

5.zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Odwołujący wskazał, że informacje z pisma z dnia 13.03.2019r. są bardzo ogólnikowe, nieprecyzyjne i należy je uznać za niewystarczające. W jego ocenie wykonawca nie odniósł się do elementów wyróżniających jego ofertę na tle innych wykonawców, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie ogólnych stwierdzeń, który pozwoliłyby na wnikliwą ocenę zaferowanej ceny. Nie przedstawił jak wymienione w wyjaśnieniu czynniki oddziaływały na zaferowaną cenę (brak wskazania oszczędności). Odwołujący wskazał, że ogóle argumenty bez przedstawienia jakiegokolwiek dowodu są działaniem świadomego upozorowania, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską, chyba, że z utajnionych informacji wynika coś odmiennego. Odwołujący poddał pod wątpliwość prawidłowość dokonania wyceny wszystkich pozycji wynikających z załącznika nr 1, poz. 1 w Załączniku nr 1, która dot. pozycji kosztorysowej 20 wykonawca jako wartość kalkulowaną przyjął 0,00zł a wartość ofertową 4 152,52zł. W pozostałych pozycjach kosztorysowych wykonawca zastosował podobną zasadę tzn. wartość kalkulowana mniejsza a wartość ofertowa większa jednak nie wiadomo na jakiej podstawie odbyło się to zwiększenie i dlaczego dla poszczególnych pozycji jest procentowo różne. Odwołujący wskazał, że ceny poszczególnych pozycji wskazanych w wezwaniu z dnia 8.03.2019r. rażąco odbiegają od cen wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Np. w poz. 87 dotyczącej ścianek szczelnych cena została skalkulowana na poziomie 800zł, natomiast pozostali wykonawcy wycenili tę pozycję na poziomie 5 400 zł., 6 500zł, 7 975,35 zł, co pokazuje, że cena 800zł jest ceną nierealną gdyż nie pokrywa kosztów materiałów, w poz. 90 – deskowanie tradycyjne Remost przyjął jako wartość kalkulowaną 4,94zł a wartość ofertową 25zł, natomiast inni wykonawcy wycenili tę pozycję na poziomie 150zł, 220 zł, 417,71zł. Poz. 97 – betonowanie konstrukcji płaszcza Remost wycenił wartość kalkulowaną na poziomie 199,72zł natomiast cenę ofertową – 480zł, inni wykonawcy wycenili tę pozycję na poziomie 900zł, 950zł o 1026zł, co pokazuje dużą różnicę cenową przy kluczowym elemencie konstrukcyjnym obiektów mostowych. Poz. 97 obejmuje koszty zakupu, dostawy mieszanki betonowej, koszty jej wbudowania, koszt pielęgnacji oraz laboratoryjne badania materiałowe. Koszt rynkowy zakupu 1m3 mieszanki betonowej C30/37 to 260-290zł/m3. Poz. 111 i 112 oporniki betonowe z betonu C25/30 Remost wycenił na poziomie 45zł i 50 zł/m3 a inne firmy wyceniły tę pozycję na poziomie 550zł, 950zł, 1613,51zł. Odwołujący poddał także pod wątpliwość stawkę 12zł podana w poz. 39 dotyczącą ręcznych robót ziemnych z transportem urobku samochodami oraz z kosztami składowania, gdyż w jego ocenie stawka ta nie zapewnia minimalnego wynagrodzenia pracownika fizycznego. Odwołujący zastrzegł, że pozostałe pozycje szczegółowe nie omówione w odwołaniu a wynikające z załącznika nr 1 są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia i odniesie się do nich na posiedzeniu KIO.

W konsekwencji Odwołujący podniósł że Remost w części udostępnionej wyjaśnień nie wykazał, że zaferowana cena nie jest ceną rażąco niską, zatem Zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną przez niego ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący stwierdził także, iż utajnienie części wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokonane przez Remost nie jest skuteczne i odbyło się z naruszeniem art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie dokonał z należytą starannością oceny czy wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał poglądy orzecznictwa w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, i stwierdził, że Remost nie wykazał, iż utajnione informacje stanowią taką tajemnicę i tym samym powinny one być odtajnione, a Zamawiający nie czyniąc tego narusza art. 8 ust. 3 Pzp.

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 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.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 521 178,33 zł. W postępowaniu wpłynęły 4 oferty z następującymi cenami:

- 1.Nowak Mosty sp. z o.o. z ceną 7 241 653,02 zł,
- 2.Remost Z. M., H. M., K. M. Sp.j. (dalej Remost) z ceną 2 488 310,44zł,
- 3.Detal Mosty s.c. P.W., K. G. z ceną 4 551 000 zł
- 4.Bud- Bau z ceną 3 919 178,33zł.

W dniu 8.03.2019r. Zamawiający, działając w oparciu o art. 90 ust. 1 a także art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Remost do udzielenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w załączonym do wezwania zestawieniu pozycji kosztorysowych i specyfikacji technicznych materiałów, które wykonawca zamierza użyć do ich wykonania, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia cen poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego wraz z przedłożeniem szczegółowego kosztorysu dotyczącego tych pozycji – zgodnie z pkt. 12.4 SIWZ. Zamawiający wymagał przedstawienia danych liczbowych stanowiących podstawę wykonanych przez wykonawcę obliczeń cen dla robocizny, sprzętu i materiałów i przedstawienia kalkulacji określającej godzinowe stawki robocizny kosztorysowej, ceny jednostkowe materiałów, ceny jednostkowe maszynogodziny pracy sprzętu i środków transportu przyjętych wydajności i niezbędnych nakładów czasu dla wskazanych w pozycji. W ramach dowodów Zamawiający wymagał przedłożenia: ofert dostawców materiałów lub usług, dowodów zakupów materiałów poświadczających że wykonawca dysponuje materiałami budowlanymi spełniającymi wymagania specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz dokumentacji projektowej przy czym w dokumentach tych winny znajdować się informacje o charakterystycznych cechach materiałów budowlanych, danych technicznych (np. aprobaty techniczne lub deklaracje) umożliwiające stwierdzenie ich zgodności z wymaganiami specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz projektu.

W dniu 14.03.2019r. Remost złożył wyjaśnienia, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- załącznik nr 2 dotyczący szczegółowych wyjaśnień poszczególnych cen jednostkowych,
- oferty handlowe materiałów, oferty usługodawców, dowody zakupów materiałów.

Remost wskazał, że oferty kontrahentów, z którymi współpracuje od wielu lat są wycenami i ofertami indywidualnymi pod konkretnego klienta, są wyceną indywidualną i są cenami zastrzeżonymi dla innych firm konkurencyjnych. Wykonawca wskazał także, że elementy stanowiące rozwinięcie ceny wykonania zamówienia – sposób kalkulacji ceny oferty, w tym wysokość kosztów/marży/zysku stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Informacje mają wartość gospodarczą

, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, a wykonawca podjął starania w celu zachowania poufności (czego wyrazem jest m.in. zastrzeżenie treści wyjaśnień oraz składanych załączników oraz klauzula poufności na składanych dokumentach). Ponadto wszelkie umowy z pracownikami zawierają postanowienia o obowiązku zachowaniu poufności. Wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ich ujawnienie może narazić wykonawcę na straty np. w wyniku uzyskania przez konkurencję informacji o sposobie wyliczania ceny ofertowej.

Do pisma z dnia 14.03.2019r. Remost załączył:

- zestawienie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego- załącznik nr 1,
- szczegółowe przedstawienie wyliczenia zestawienia z przeprowadzonej analizy dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego – załącznik nr 2, stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 4.04.2019r. w odpowiedzi na odwołanie, uwzględnił w części zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp i podał, iż dokonuje odtajnienia części informacji wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 13.03.2019r. w zakresie w którym podane tam informacje są jawne. Zamawiający odtajnił fragmenty załącznika nr 2, za wyjątkiem informacji dotyczących szczegółowego opisu powodów przyjęcia stawek kosztorysowych oraz za wyjątkiem ofert dostawców, usługodawców i dowodów zakupu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

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.

Zwrócić należy uwagę, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega. Istotne jest także to, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Z tych też względów, Izba oceniając skuteczność poczynionego zastrzeżenia bierze pod uwagę przedstawioną treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji.

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. 2018r, poz. 419 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. II SA/Op 4/18 „na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione”.

Informacja organizacyjna to taka, która ma pewną wartość ekonomiczną, dotyczy organizacji przedsiębiorstwa i jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę może prowadzić do poniesienia strat lub zwiększenia zysków.

Zdaniem Izby, w złożonych Zamawiającemu wraz z ofertą wyjaśnieniach, uzasadniających poczynione zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak skutecznego wykazania, że dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zawarte w załączniku nr 2 i dotyczące szczegółowej kalkulacji pozycji kosztorysowych oraz załączone oferty cenowe, dowody zakupów materiałów do dostawców i wykonawców, stanowią taką tajemnicę. W przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu wykonawca oprócz zacytowania fragmentów orzeczeń KIO wskazał jedynie w sposób ogólny, że zastrzega ceny jednostkowe oraz oferty handlowe i dowody zakupów, bowiem są to oferty kontrahentów z którymi współpracuje od wielu lat i są to wyceny indywidualne pod konkretnego klienta. Nie podał przy tym, żadnych bliższych konkretnych powodów poczynionego zastrzeżenia czy też ewentualnych negatywnych skutków, jakie mógłby ponieść wykonawca na skutek ujawnienia tych informacji. Brak także wskazania konkretnych działań, jakie podjął wykonawca w celu zachowania tych danych w poufności. Sama informacja o klauzulach zachowania poufności zawarta w umowach z pracownikami jest, zdaniem Izby, niewystarczającym środkiem jaki podjął wykonawca celem zachowania w poufności tych danych. Okoliczności te sprawiają, że uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne i nie wykazano, że przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk zostały spełnione.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie złożone przez Remost wyjaśnienia z dnia 5.02.2019r. dotyczące postępowania o zamówienie publiczne na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 462 w miejscowości Janów. Wynika z nich, że wykonawca w innym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, podając informacje o tym samym charakterze dotyczące wyliczenia cen jednostkowych oraz posiadanych ofert handlowych i dowodów zakupów, nawet od tych samych dostawców i usługodawców, które przedłożył w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie zastrzegł ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Świadczy to o tym, że działanie wykonawcy w tym postępowaniu o zamówienie publiczne polegające na zastrzeżeniu informacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zastosowane w tym przypadku jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców a nie jako prawo wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk.

Podsumowując, Izba uznała, że wykonawca, na którym spoczywa ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji nie wykazał w złożonym uzasadnieniu, iż informacje objęte tajemnicą zasługują na taką ochronę. Skutkiem tego uznania jest zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia/odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uznanie za zasadny zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp nie skutkuje jednak uwzględnieniem odwołania, z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzutu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące elementów, składających się na cenę oferty zostały złożone w sposób rzetelny, są poparte dowodami w postaci ofert dostawców, wykonawców i każda z kwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysowych została przez wykonawcę wyjaśniona, podane zostały czynniki które mają wpływ na obniżenie poszczególnych cen jednostkowych i w efekcie ceny całej oferty. Sam Odwołujący, kwestionując przyjęte przez wykonawcę Remost stawki odwołuje się w swej argumentacji jedynie do porównania cen innych ofert, złożonych w tym postępowaniu o zamówienie publiczne i nie przedstawia żadnych innych wiarygodnych dowodów, które popierałyby tezę o rażąco niskiej cenie oferty. Przedstawione przez Odwołującego w toku rozprawy oferty: Zakładu Robót Inżynieryjnych H. C., H. C. sp. j., W.Wsp. j., Górażdże Beton czy Soprema Polska sp. z o.o. i podane w nich ceny nie mogą być adekwatne dla oceny rzetelności kalkulacji przyjętej przez Remost, bowiem pochodzą od dostawców dostępnych Odwołującemu i zostały przedstawione temu wykonawcy, a zatem mogą nie uwzględniać korzystnych rabatów, zniżek, które są dostępne wykonawcy Remost.

Odnosząc się szczegółowo do kwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysowych wskazać należy:

- poz. 20 - wywiezienie frezowiny na bazę ZDW w m. Olesno- wykonawca wyjaśnił, że do wykonania prac użyje 3 wywrotki o ładowności 8m3, które po drodze z budowy będą zabierać zmagazynowane frezowiny z placu budowy na bazę w Oleśnie.

- poz. 87 - wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodzic G-62 wibromłotem – wykonawca wyjaśnił, że planuje użyć na budowie w Dylakach ścianek szczelnych, które zakupił w 2013r. Z uwagi na to, że ścianki były przez 5 lat używane na innych kontraktach realizowanych przez firmę wykonawca przyjął wartość ścianek na poziomie 20%. Na dowód Remost załączył dowód zakupu ścianek z 2013 r. Ponadto na możliwość zmniejszenia kosztów realizacji tej pozycji kosztorysowej wpływ na także to, że firma posiada własne ciągniki siodłowe z naczepami i wozi kamień na inne budowy, które zlokalizowane są po drodze przez miejscowość Dylaki.

- poz. 90 – deskowanie tradycyjne- wykonawca wyjaśnił, że wpływ na obniżenie ceny ma to, że posiada deski do wykonania deskowania, które są materiałem możliwym do ponownego użytku. Przeciwnie twierdzenie Odwołującego w tym zakresie, pozostaje bez dowodu.

- poz. 97 – betonowanie konstrukcji płaszcza wzmacniającego – beton C30/37 – wykonawca przedłożył ofertę cenową zakupu betonu C30/37 z firmy Włodar – cena zakupu wynosi 197,50zł/m3 , do kosztorysu przyjęto wartość 480zł.

- poz. 111 i 112 – oporniki betonowe pod umocnienie skarp – na obniżenie ceny tej pozycji kosztorysowej miały wpływ: wykonanie oporników wraz z innymi pracami na budowie – mieszanka zostanie wykonana w mieszarce stacjonarnej na budowie, która jest w posiadaniu firmy, własne koszty transportu, posiadanie przez firmę dużej ilości cementu workowanego z poprzednich kontraktów. Załączył na poparcie ofertę cenową zakupu piasku i żwiru.

- poz. 29 – ręczne roboty ziemne z transportem urobku samochodami samowyładowczymi (...) - wykonawca przyjął stawkę r-g 14 zł, a nie jak podał Odwołujący – 12 zł./r-g. Przedstawiona kalkulacja obejmuje koszty robocizny i sprzętu. Brak ze strony Odwołującego jakichkolwiek dowodów na to, że stawka jest zaniżona.

Z tych względów Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Remost ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się. W konsekwencji także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 polegający na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Remost nie znajduje uzasadnienia.

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 pkt 1 uznk polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Remost z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie podjął nawet próby udowodnienia, że działanie polegające na rzekomym zaniżeniu ceny ofertowej, było działaniem celowym, nastawionym na eliminację innych przedsiębiorców z rynku.

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:.....