

Sygn. akt: KIO 3098/20

WYROK
z dnia 18 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2020 r. przez wykonawcę A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Inżynierii Lądowo - Wodnej „JAZ” A. Z. w Kunicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW Inżynieria J. G. we Wrocławiu oraz Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Inżynierii Lądowo – Wodnej „JAZ” A. Z. w Kunicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

Sygn. akt: KIO 3098/20

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa mostów w ciągu DW 357 w km 35+104 oraz 35+162 wraz z remontem drogi w m. Nowogrodzic w formule zaprojektuj i wybuduj.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 sierpnia 2020 r. pod numerem 579464-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25 listopada 2020 r. wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Inżynierii Lądowo – Wodnej „JAZ” A. Z. w Kunicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBW Inżynieria J. G. oraz Probudowa.com sp. z o.o. („Wykonawca”) pomimo tego, iż oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę oraz zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień Wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z uznaniem przez Zamawiającego, iż Wykonawca skutecznie zastrzegł powyższe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBW Inżynieria J. G. oraz Probudowa.com sp. z o.o. („Wykonawca”), która zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w związku z niezłożeniem przez tego wykonawcę wyjaśnień i niewskazaniem dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBW Inżynieria J. G. oraz Probudowa.com sp. z o.o. („Wykonawca”), która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 listopada 2020 r., dokonania powtórnej oceny ofert oraz odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę na dysproporcję pomiędzy ceną oferty Konsorcjum PBW Inżynieria a wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną wszystkich ofert, która wskazuje, iż cena oferty Odwołującego jest nierealna, nierzeczywista i niepozwalająca na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami PFU (Odwołujący przywołał opis przedmiotu zamówienia). Podkreślił, że wyjaśnienia składane na wezwanie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Ogólne zapewnienia, czy ogólniki dotyczące np. wieloletniego doświadczenia wykonawcy, jeśli w ślad za nimi nie idą wyczerpujące wyjaśnienia, wskazujące na wykorzystanie tych przymiotów dla możliwości obniżenia wynagrodzenia, nie wnoszą do sprawy istotnych treści, bowiem nie wskazują na wymierne efekty ekonomiczne. Wyjaśnienia powinny zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, przy czym powinny to być wszystkie konieczne elementy związane z przedmiotem zamówienia i wynikające z obowiązujących przepisów

prawa. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień zawierających wymienienie wysokości ponoszonych kosztów, bez wykazania prawidłowości ich określenia na takim poziomie. Wyjaśnienia powinny odpowiadać na wezwanie Zamawiającego nie tylko co do formy, ale też co do treści. Odwołujący dodał, że ciężar dowodu w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w całości spoczywa na Wykonawcy. Powyższy ciężar dowodu ciąży na Wykonawcy nawet po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z regulacją art. 190 ust. 1a ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum PBW Inżynieria nie zostały mu udostępnione. Zdaniem Odwołującego uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień ww. wykonawcy jako skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący powołał się na art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz orzecznictwo Sądy Najwyższego dotyczące kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. I CKN 89/01). Odwołujący wskazał, iż zastrzeżenie wyjaśnień Wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny poza ogólnikowymi twierdzeniami, iż zawierają one wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy nie zawierają żadnych dowodów na poparcie tak postawionej tezy. Wykonawca z faktu zaferowania ceny rażąco niskiej wywodzi niczym nie popartą tezę o swojej pozycji konkurencyjnej na rynku, a w dalszej części swoich wywodów stwierdza, iż informacje te są znane tylko nielicznemu kręgowi osób ze względu na podjęcie przez Wykonawcę określonych działań. Wykonawca wskazując, iż posiada ponadprzeciętne rozpoznanie rynku dostawców materiałów, podwykonawców, a także umiejętność właściwej wyceny tego rodzaju kontraktów oraz etapowości poszczególnych prac i robót także pod względem czasowym nie przedstawia żadnych dowodów, iż powyższa „ponadprzeciętność” wynika z przyjętych rozwiązań technologicznych, technicznych, organizacyjnych oraz w czym należy upatrywać jej wartości gospodarczej. Odwołujący podniósł, iż same gołosłowne zapewnienia nie poparte żadnymi dowodami nie mogą zostać uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i mogą być wyłącznie traktowane jako nieuprawnione działania Wykonawcy zmierzające do próby uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Podkreślił, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Zdaniem Odwołującego same zapewnienia nie poparte stosownymi dowodami ze strony Wykonawcy nie mogą zostać uznane jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (Odwołujący przywołał w powyższym zakresie orzecznictwo Izby - wyroki KIO z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt 2667/19, z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2537/19, z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2440/19, z 21 września 2020 r. sygn. akt KIO 2025/20).

Odwołujący nie mogąc na etapie składania odwołania zapoznać się z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 30 października 2020 roku w związku z ich nieudostępnieniem przez Zamawiającego, zwrócił uwagę na fakt, iż w jego ocenie, zaferowanie ceny o 33% niższej niż średnia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (a o 36% niższej niż średnia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu) musi stanowić podstawę do uznania, iż cena Wykonawcy jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających itp.

Odwołujący zauważył także, iż podmiot, na którego zdolnościach polega Wykonawca w zakresie wykonania kluczowego elementu zamówienia jakim jest rozbiórka i budowa obiektów mostowych nad rzeką Kwisa w ciągu DW 357 w km 35+104 i sąsiedniego mostu nad potokiem Młynówka w ciągu DW 357 w km 35+162 A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Probudowa A. D. jest jednocześnie współnikiem posiadającym 30% udziałów w spółce Probudowa.com sp. z o.o. będącej jednym z członków konsorcjum, któremu udzielono zamówienia, który jednocześnie z racji udostępnienia zdolności technicznej w postaci doświadczenia na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu pełnić będzie funkcję podwykonawcy przy realizacji tej kluczowej części zamówienia. Powyższe zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, iż zaferowana przez Pana A. D. cena za realizację tej części zamówienia nie będzie ceną rynkową, realistyczną i występującą na rynku, a tym samym pozwalającą na realizację zamówienia a wyłącznie ceną skonstruowaną na potrzeby uzyskania zamówienia. W ocenie Odwołującego, przy założeniu takiego działania Wykonawcy, jego działania stanowić mogą czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, jednocześnie wskazując w odniesieniu do zarzutu czwartego, iż zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę może być objęte zaskarżeniem w postępowaniu odwoławczym. Zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych o wartości poniżej tzw. progów unijnych podlegają wszystkie czynności zamawiającego w ramach badania i oceny złożonych ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, wyboru najkorzystniejszej oferty (Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2020 roku, sygn. akt KIO 1460/20).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 15 grudnia 2020 r. pismo procesowe w sprawie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PBW Inżynieria J. G. we Wrocławiu oraz Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W treści pisma Przystępujący wskazał m.in. na poglądy doktryny i orzecznictwa odnoszące się do wpływu treści wezwania na udzielone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jakkolwiek obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień rozwiewających wątpliwości zamawiającego co do wiarygodności oferowanej ceny, to obowiązek ten nie obejmuje konieczności sprostania wymogom niewyartykułowanym wprost w treści wezwania. Przystępujący wskazał, iż w treści wyjaśnień udzielił odpowiedzi na wszystkie elementy skierowanego wezwania. Co więcej, złożone przez niego wyjaśnienia były zdecydowanie szersze niż oczekiwał Zamawiający. Przystępujący wskazał, iż przedstawił szczegółowy kosztorys robót, opracowany przez Przystępującego na podstawie przedmiaru robót opracowanego przez biuro projektowe, któremu Przystępujący zamierza zlecić realizację prac projektowych w przypadku zawarcia umowy na

realizację przedmiotowego zamówienia. Przystępujący podniósł, iż przedmiar robót został opracowany w oparciu o koncepcje projektowe obejmujące swym zakresem roboty, które są konieczne do wykonania w ramach zamówienia. W oparciu o opracowane rysunki oraz przedmiar robót, Przystępujący pozyskał od kluczowych podwykonawców oferty cenowe na realizację robót w ramach zamówienia. Oferty tych podwykonawców zostały załączone do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W przypadku prac obejmujących rozbiórkę istniejących i budowę nowych obiektów mostowych Przystępujący przedłożył dwie niezależne oferty, których wartość jest na porównywalnym poziomie. Zakres tych prac stanowi istotny zakres całego zadania. Przystępujący w treści wyjaśnień potwierdził, iż wycenił wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia. Wynagrodzenie za realizację robót objętych zamówieniem zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe. Co więcej Przystępujący wskazał na okoliczności i czynniki, dzięki którym był w stanie zaoferować niższe ceny oraz podał te wartości. Tym samym wyjaśnienia zawierają odpowiedzi na wszystkie postawione w treści wezwania pytania, co więcej, zawierają dowody na poparcie wskazanych w treści wyjaśnień okoliczności.

Przystępujący zwrócił ponadto uwagę na brak prawidłowego sformułowania zarzutów odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Przystępującego brak jest w treści odwołania jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które miałyby potwierdzać prawidłowość zarzutu. Posłużenie się jedynie konstatacją o zaistnieniu różnic cenowych nie może być uznane za wystarczające do uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Dysproporcje cen zaoferowanych przez wykonawcę nie dają jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Przystępujący wskazał także, że podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”, te dwa pojęcia nie są tożsame. W ocenie Przystępującego zarzut ma charakter blankietowy i jako taki nie powinien zostać uwzględniony. Odnosząc się do kwestii dotyczącej podwykonawcy Probudowa A. D., Przystępujący potwierdził, iż oferta tego podwykonawcy stanowiła załącznik do złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednak Przystępujący przewidując, iż może spotkać się tego rodzaju zarzutem, do wyjaśnień z dnia 30 października 2020 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny przedłożył również ofertę innego podwykonawcy na ten sam zakres który ofertował przedsiębiorca Probudowa A. D. . Tym samym twierdzenia Odwołującego jakoby oferta złożona przez Probudowa A. D. nie odzwierciedla cen rynkowych są całkowicie bezprzedmiotowe. Przystępujący wskazał, że oferta podwykonawcy oferującego ten sam zakres robót co Probudowa A. D. jest na zbliżonym poziomie i potwierdza rynkowy charakter wynagrodzenia za wskazany tam zakres robót, a będący częścią zakresu do zrealizowania w ramach postępowania.

Odnośząc się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący podniósł, iż samodzielny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. nie mieści się w zamkniętym katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Przystępującego dla uznania przedmiotowego zarzutu za zasadny z punktu widzenia formalnego, Odwołujący winien powiązać podnoszony zarzut z zarzutem skierowanym przeciwko czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący powinien również choćby w podstawowym zakresie wyjaśnić i uzasadnić dlaczego brak ujawnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego skutkowało wadliwością czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W treści odwołania nie sposób doszukać się takowego powiązania. Wskazywanie przez Odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie pod sygn. akt KIO 1460/20 należy rozpatrywać w kontekście postawionych zarzutów w przywołanym postępowaniu oraz powiązania ich z czynnością wyboru oferty, co odwołujący występujący w tej sprawie uczynił. W postępowaniu tym odwołujący odpowiednio wskazał wpływ zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny na wybór oferty. Tym samym przywoływanie fragmentu stanowiska Izby bez odniesienia tego do wszystkich okoliczności sprawy jest próbą kreowania przez Odwołującego linii orzeczniczej, która w rzeczywistości dotyczy odmiennego stanu faktycznego niż w niniejszej sprawie. Przystępujący wskazał, iż nie dostrzegą w treści odwołania, jaki wpływ na zastrzeżenie tajemnicy miał brak odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych w jej treści informacji.

Z ostrożności, na wypadek rozpoznania przedmiotowego zarzutu, Przystępujący podniósł, iż dokonał zastrzeżenia tych dokumentów w sposób skuteczny wskazał w wyjaśnieniach, co przekłada się na tajny charakter przedkładanych dokumentów. Zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa zostały objęte między innymi oferty podwykonawców złożone na realizację przedmiotowego zamówienia. Oferty te związane są z relacjami biznesowymi oraz technikami negocjacyjnymi stosowanymi przez pracowników Przystępującego. Co więcej w treści tych ofert zostało zastrzeżone, iż są one objęte tajemnicą handlową i nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim bez pisemnej zgody tych podwykonawców. Ujawnienie dokumentów wskazanych w piśmie Przystępującego zagraża interesom gospodarczym PBW Inżynieria. Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Przystępującego. Przystępujący podniósł, że zdolność do zrealizowania przedmiotowego zamówienia w cenie niższej niż deklarowana przez pozostałych wykonawców jest pochodną szeregu czynników, które w znacznej części zostały zaprezentowane przez Przystępującego. Już treść ofert w tym zakresie pozwala na jednoznaczne ustalenie, iż Przystępujący wypracował w tym zakresie przewagę konkurencyjną. Stanowi ona pochodną informacji, które przekazane zostały Zamawiającemu w odrębnym piśmie i załączonych do nich załącznikach. Zestawienie tych elementów powoduje, że po stronie Przystępującego wygenerowana została realna przewaga konkurencyjna, będąca pochodną takich elementów jak przede wszystkim, relacje z podwykonawcami/dostawcami, doświadczenie oraz kadra, którą dysponuje. Ujawnienie tych informacji doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej wykonawcy, w tym w szczególności możliwości zdobywania kolejnych zamówień. Żadne spośród informacji zastrzeżonych w załączonych wyjaśnieniach Przystępującego nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów. Dodatkowo, Przystępujący, w stosunku do informacji i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Dostęp do przywołanych informacji ma ograniczony krąg osób będących pracownikami Przystępującego, którzy zobowiązani są do zachowania tajemnicy służbowej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW Inżynieria J. G. we Wrocławiu oraz Probudowa.com Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba odrzuciła odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 4, tj. naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 u.z.n.k. poprzez zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Jak wynika z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe regulacje Izba wskazuje, iż w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, a takim jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia, uprawnienie do wniesienia odwołania zostało ograniczone do enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności. Na gruncie uchwał Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17 i III CZP 58/17 bezsporne jest, że w ramach dopuszczalnych w postępowaniu poniżej progów unijnych zarzutów dotyczących czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, mieścić się będą także zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy. Zauważyć jednak należy, że zaniechanie podjęcia ww. czynności przez zamawiającego w sposób bezpośredni wpływa na wybór najkorzystniejszej oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc element składowy czynności wyboru oferty, gdyby bowiem działania te zostały przez zamawiającego podjęte, to wynik postępowania kształtowałby się odmiennie (wybrana zostałaby oferta innego wykonawcy, ewentualnie postępowanie zostałoby unieważnione).

Tymczasem zaniechanie udostępnienia wykonawcy oświadczeń czy dokumentów przedstawionych w toku postępowania przez jego konkurenta nie stanowi w ocenie Izby elementu bezpośrednio wpływającego na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (elementu składowego czynności wyboru oferty). Wpływ ten może mieć jedynie charakter pośredni, przekładając się na kwestię sformułowania zarzutów ewentualnego odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co nie jest jednak wystarczające do uznania, że zaniechanie udostępnienia danych oświadczeń czy dokumentów mieścić się będzie w zakresie przedmiotowym art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby skutki zaniechania o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający bowiem bez względu na odwołania składane przez wykonawców i podnoszone przez nich zarzuty, zobowiązany jest prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp (por. m.in. wyroki KIO z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2403/17, z dnia 30 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1338/19, z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 820/20). Ponadto, jak zwraca się uwagę w orzecznictwie, ewentualne przyjęcie dopuszczalności wniesienia odwołania na zaniechanie udostępnienia zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa oświadczeń lub dokumentów złożonych przez innego wykonawcę w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych, oznaczałoby także konieczność przyznania temu wykonawcy, co do którego oferty (oświadczeń czy dokumentów) zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu, prawa do wniesienia odwołania na taką czynność, czego również nie sposób zakwalifikować jako odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, odrzucić odwołanie we wskazanej powyżej części, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji orzeczenia.

W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i skierowała zarzuty te do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący, skarżąc wybór oferty, która została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i mając realną szansę uzyskania zamówienia w przypadku wyeliminowania z postępowania oferty wybranej, do czego zmierzają zarzuty odwołania, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego udzielonych w odpowiedzi na wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokołu postępowania. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 grudnia 2020 roku oraz w pismach procesowych (odwołanie, pismo Przystępującego). Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie tj. przedmiaru robót oraz rysunków koncepcyjnych opracowanych przez PBW Inżynieria Sp. z o.o. dla przedmiotowego zamówienia na potrzeby przygotowania oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest przebudowa mostów w ciągu DW 357 w km 35+104 oraz 35+162 wraz z remontem drogi w m. Nowogrodzic w formule zaprojektuj i wybuduj. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w programie funkcjonalno-użytkowym. Zgodnie z pkt 1.1.1 PFU Tom I, Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Umownej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:

- 1) wykonanie i utrzymanie drogi objazdowej po istniejącym moście kamiennym celem zapewnienia ciągłości ruchu w ciągu drogi wojewódzkiej nr 357 na czas budowy mostu z wykonaniem wycinki drzew i krzewów,
- 2) budowę nowego mostu nad rzeką Kwisa oraz nad potokiem Młynówka wraz z dojazdami i dowiązaniem układu drogowego do istniejącej drogi wojewódzkiej nr 357,
- 3) przebudowę i/lub zabezpieczenie kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych,

- urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych i innych (jeżeli wystąpią),
- 4)urządzenia BRD: oznakowanie dróg, bariery ochronne,
 - 5)wykonanie analizy akustycznej oraz zaprojektowanie i wykonanie elementów ochrony akustycznej (o ile będą wymagane),
 - 6)oczyszczenie i udrożnienie istniejących, w obrębie oddziaływania obiektu i objazdu, urządzeń melioracyjnych i odbiorników dla skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego,
 - 7)po zakończeniu Robót wykonać pełną rekultywację terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, Plac Budowy, drogi tymczasowe – wykonane na potrzeby Wykonawcy i budowy oraz wszelkich innych terenów przekształconych przez Wykonawcę, w tym teren pod objazd – rekultywacja z obsianiem,
 - 8)dokonanie nasadzeń kompensacyjnych na działkach wskazanych przez Zamawiającego z pielęgnacją przez okres trzech sezonów wegetacyjnych, wykonanie napraw w zakresie przywrócenia dróg, nieruchomości użytkowanych przez Wykonawcę, lub budynków uszkodzonych w skutek działań Wykonawcy do stanu technicznego nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy,
 - 9)wytyczenie pasa drogowego,
 - 10)stabilizacja granic pasa drogowego,
 - 11)wykonanie Książki obiektu mostowego oraz Karty Obiektu.

Wartość szacunkową zamówienia określono na kwotę 7 607 915,48 zł (netto) na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający przed otwarciem ofert wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 9 357 736,04 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert, zawierających następujące ceny: oferta nr 1 - 7 994 137,59 zł brutto, oferta nr 2 - 7 806 198,23 zł brutto, oferta nr 3 (Przystępujący) - 5 885 000,57 zł brutto, oferta nr 4 - 13 097 443,72 zł brutto, oferta nr 5 - 7 749 000,00 zł brutto, oferta nr 6 - 9 110 610,00 zł brutto, oferta nr 7 - 10 196 700,00 zł brutto, oferta nr 8 (Odwołujący) - 7 472 250,00 zł brutto.

Przystępujący w ofercie wskazał jako podwykonawcę części zamówienia w zakresie wykonania robót rozbiórkowych, żelbetowych i wykończeniowych podmiot udostępniający zasoby - Probudowa A. D. . Ponadto, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z SIWZ, Przystępujący do oferty załączył zestawienie cenowe sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, w którym wskazano:

- wartość wynagrodzenia za prace projektowe – 473 670,78 zł netto;
- wartość wynagrodzenia za roboty drogowe: tymczasowa organizacja ruchu: budowa obiektów tymczasowych/wdrożenie organizacji ruchu – 440 178,90 zł netto;
- wartość wynagrodzenia za roboty drogowe: tymczasowa organizacja ruchu: utrzymanie objazdu – 358 841,50 zł netto;
- wartość wynagrodzenia za roboty drogowe: tymczasowa organizacja ruchu: rozbiórka obiektów tymczasowych i dojazdów/przywrócenie terenu do stanu – 90 906,51 zł netto;
- wartość wynagrodzenia za roboty drogowe: dojazdy do obiektów: 717 683,00 zł netto;
- wartość wynagrodzenia za roboty mostowe: roboty budowlane wykonywane w zakresie obiektów mostowych: 2 703 272,62 zł netto.

Ogółem netto: 4 784 553,31 zł; ogółem brutto: 5 885 000,57 zł.

Zamawiający w dniu 23 października 2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia czy złożona przez Przystępującego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający poinformował, iż w przypadku nie złożenia wystarczająco szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu w terminie określonym niniejszym pismem lub złożenie wyjaśnień, które będą potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty Przystępującego w prowadzonym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w powiązaniu z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień Przystępujący załączył kosztorys ofertowy oraz sześć ofert podwykonawców dotyczących realizacji poszczególnych zakresów robót objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut nr 1) oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut nr 2 odwołania) dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oraz z uwagi na niezłożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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. Zgodnie zaś z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli

zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i kwestii szczegółowości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, należy zwrócić uwagę, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny został ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, a brak ich złożenia, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, niepopartych dowodami skutkować winny odrzuceniem oferty. Dokonując oceny treści wyjaśnień wykonawcy pod kątem ich kompletności nie bez znaczenia pozostaje treść wezwania wystosowanego do niego przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, treść wyjaśnień musi bowiem korespondować z treścią wezwania, także pod względem szczegółowości. Wyjaśnienia powinny obejmować wszystkie objęte treścią wezwania zagadnienia i pozwalać zamawiającemu na dokonanie pełnej i pozytywnej weryfikacji czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska i została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych założeń. Izba podkreśla, iż efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. To wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, a nie własnej wiedzy, zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu, dlatego też tak ważne jest, aby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były ogólne, a także by zostały one poparte dowodami.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż uzasadnienie faktyczne przedmiotowego zarzutu zostało ograniczone wyłącznie do tezy zawartej w *petitum* odwołania, iż Przystępujący nie złożył wyjaśnień i nie wskazał dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny. W uzasadnieniu odwołania nie przedstawiono żadnej dalszej argumentacji, która odnosiłaby się do naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei teza przyjęta w *petitum* odwołania nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący złożył wyjaśnienia w określonym przez Zamawiającego terminie (przedłużonym na wniosek Przystępującego), a treść tych wyjaśnień w ocenie Izby była dostatecznie szczegółowa w relacji do wystosowanego przez Zamawiającego wezwania, które miało charakter ogólny i ograniczało się do przytoczenia brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz pouczenia, że w przypadku niezłożenia wystarczająco szczegółowych wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) nie sprowadzały się jedynie do ogólnych twierdzeń, lecz stanowiły skonkretyzowany wywód opisujący w jaki sposób Przystępujący dokonał wyceny, w tym m.in. założenia na jakich się opierał, sposób kalkulacji, wysokość przyjętego zysku. Przystępujący omówił ponadto w treści wyjaśnień pewne zindywidualizowane okoliczności mające wpływ na powstanie oszczędności, przy czym informacje te nie stanowiły gołosłownych twierdzeń, lecz były poparte wskazaniem konkretnych wartości kwotowych. Przystępujący załączył także szczegółową kalkulację (w formie kosztorysu), a nadto dowody w postaci sześciu ofert podwykonawców na poszczególne zakresy robót składające się na przedmiot zamówienia. W ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego były klarowne i czyniły zadość wezwaniu Zamawiającego, pozwalając mu na dokonanie weryfikacji, czy cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska, czy Przystępujący uwzględnił w ramach wyliczeń niezbędne elementy i czy za zaoferowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie. Tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp opartego na tezie o niezłożeniu przez Przystępującego wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę.

Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie, że Odwołujący nie znał treści wyjaśnień Przystępującego wobec odmowy ich udostępniania przez Zamawiającego z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co niewątpliwie utrudniało podniesienie w odwołaniu argumentacji referującej *stricto* do treści wyjaśnień. Natomiast Izba miała także na uwadze okoliczność, że Odwołujący znał cenę oferty swojego konkurenta, w tym także ceny wskazane w jawnym zestawieniu cenowym załączonym do oferty Przystępującego, w którym wyodrębniono ceny poszczególnych zakresów robót ze szczegółowym rozbiem na prace projektowe, roboty drogowe czy roboty mostowe. Mając tę wiedzę Odwołujący nie zdecydował się przedstawić jakiegokolwiek argumentacji podważającej realność, rynkowość czy adekwatność do przedmiotu zamówienia cen przedstawionych w zestawieniu cenowym, która to argumentacja mogłaby stać się punktem odniesienia dla dokonywanej przez Izbę weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego. Faktem jest, iż zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, niemniej nie można tracić z oczu okoliczności, że postępowanie odwoławcze ma ściśle określone granice, wyznaczane przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów. W sytuacji, gdy Odwołujący - mając możliwość przedstawienia szczegółowych twierdzeń i dowodów w oparciu o ceny określone w zestawieniu cenowym - nie podejmuje żadnych działań zmierzających do zakwestionowania realności ceny swojego konkurenta, to pomimo odroczonego ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny, to Odwołujący poniesie negatywne konsekwencje procesowe tych zaniechań.

Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na Przystępującego. Tymczasem z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie rozpoznawanej sprawy - Odwołujący poprzestał na argumentacji, iż „zaoferowanie ceny o 33% niższej od średniej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu musi stanowić podstawę do uznania, iż cena Przystępującego jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu kosztów prac, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów” i pomimo, że znał ceny zaoferowane przez Przystępującego za wykonanie prac projektowych i poszczególnych zakresów robót (drogowych - z rozbiem na kilka pozycji, mostowych), nie przedstawił jakiegokolwiek wywodów mających potwierdzać powyższą tezę. Podkreślić należy, iż sam fakt, że cena oferty odbiega od wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej wszystkich ofert o co najmniej 30%, obligując Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnień ceny oferty, nie jest równoznaczny z tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a co najwyżej rodzi

może takie podejrzenie.

W ocenie Izby Odwołujący, pomimo, że nie znał treści wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na ich utajnienie, to jednak w oparciu o zestawienie cenowe załączone do oferty Przystępującego miał możliwość przynajmniej na tyle skonkretyzować zarzuty odwołania, aby poddać w wątpliwość realność i rynkowość cen przyjętych przez Przystępującego dla poszczególnych zakresów robót. Odwołujący, znając zestawienie cen, powinien był przynajmniej przedstawić analizę, wskazującą dlaczego ceny podane przez Przystępującego należy uznać za nierealistyczne czy nieadekwatne do zakresu robót, których dotyczą, którą Izba mogłaby skonfrontować z treścią wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Odwołujący jako profesjonalista i podmiot, który sam składał ofertę w przedmiotowym postępowaniu, niewątpliwie posiada wiedzę co do istotnych czynników cenotwórczych związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia i był w stanie przedstawić argumentację wskazującą dlaczego (przykładowo) cena za kluczowy zdaniem Odwołującego element zamówienia, tj. roboty budowlane wykonywane w zakresie obiektów mostowych, przyjęta przez Przystępującego na poziomie 2 703 272,62 zł netto, stanowi cenę rażąco niską, niespotykaną na rynku, za którą niemożliwe jest zrealizowanie tych robót w zakresie, w jakim wymaga tego przedmiot zamówienia. Odwołujący nie kwestionował także od strony merytorycznej przedstawionych przez Przystępującego na rozprawie jako dowód dokumentów, tj. przedmiaru oraz rysunków koncepcyjnych sporządzonych na potrzeby kalkulacji ceny oferty, jedynie lakonicznie wskazując, że nie została w nich przyjęta żadna nadzwyczajna technologia wyjaśniająca rozbieżność pomiędzy ceną Przystępującego a pozostałych wykonawców. Powyższe nie może być uznane za wystarczające, skoro, Odwołujący nie przedstawił żadnej kontrargumentacji w postaci danych, kalkulacji czy dowodów, które pozwalałyby poddać w wątpliwość realność przyjętej przez Przystępującego ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Nie stanowi w ocenie Izby także argumentu wskazującego na rażąco niską cenę oferty Przystępującego fakt, że Przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego (Probudowa A. D.), który posiada udziały w spółce partnera Konsorcjum Przystępującego – Probudowa.com Sp. z o.o. Działania takie co do zasady są dopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów, wykonawcy mogą wskazać jako podwykonawców, czy też powołać się na zasoby także tych podmiotów, z którymi są powiązani czy z którymi łączą je inne relacje handlowe. Wywodzenie wyłącznie na podstawie tej okoliczności tezy, że oferta ww. podmiotu na realizację robót mostowych nie będzie zawierać ceny rynkowej stanowi tylko przypuszczenie, które nie zostało przez Odwołującego niczym poparte. Co istotne, Odwołujący miał świadomość, że Przystępujący określił cenę za roboty mostowe na kwotę 2 703 272,62 zł netto (a jak podnosił na rozprawie – podejrzewał także, że kwota wskazana w ofercie podwykonawcy Probudowa A. D. oscyluje w granicach kwoty podanej w ofercie na tę część zamówienia), a mimo tego nie wskazał żadnej argumentacji mającej uprawdopodobnić, że realizacją robót mostowych objętych przedmiotem zamówienia za tę cenę nie jest możliwa. Z jednej strony Odwołujący wywodził zatem, że fakt istniejących powiązań może świadczyć o nierynkowości oferowanej za ten zakres robót ceny, a z drugiej strony tezy tej nie poparł żadnymi szczegółowymi twierdzeniami czy dowodami, które na taką nierynkowość by wskazywały, pomimo iż znał wartość robót mostowych wskazaną w zestawieniu cenowym przez Przystępującego. Izba potwierdziła ponadto w dokumentach zamówienia prawdziwość twierdzeń Przystępującego, iż w zakresie robót mostowych Przystępujący do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny załączył oferty dwóch podmiotów, których wartość przedstawiała się na zbliżonym poziomie.

W konsekwencji nie sposób uznać także za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut nr 3 odwołania), zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten Odwołujący opierał wyłącznie na okoliczności, że oferta firmy Probudowa A. D. na realizację zakresu zamówienia obejmującego roboty mostowe nie miała ceny występującej na rynku, która to okoliczność nie została przez Odwołującego w żaden sposób uwiarygodniona, co omówiono powyżej. Uzupełniająco zauważyć należy, iż do stwierdzenia, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest wykazanie, że dane zachowanie należy zakwalifikować jako konkretny delikt ujęty w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo delikt nieujęty w tym rozdziale, lecz odpowiadający hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na art. 15 ust. 1 u.z.n.k., niemniej nie rozwinął swojej wypowiedzi pod kątem wykazania przesłanek, o którym mowa w tym przepisie, a które muszą zaistnieć kumulatywnie. Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu niezbędne jest dokonanie sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to musi mieć za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Odwołujący do ww. przesłanek nie odniósł się w żaden sposób, przy czym ciężar wykazania, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, spoczywał na Odwołującym, zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie w zakresie skierowanym do rozpoznania podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący.....