WYROK

z dnia 27 lipca 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza -

w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 lipca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 roku przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe M.K. z siedzibą w siedzibą w Sieradzu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Wróblew

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego spółka akcyjna z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1314/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe M.K. z siedzibą w siedzibą w Sieradzu i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe M.K. z siedzibą w siedzibą w Sieradzu tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od wykonawcy M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe M.K. z siedzibą w siedzibą w Sieradzu na rzecz Zamawiającego Gminy Wróblew kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Sieradzu.

Przewodniczący: .....

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Gmina Wróblew - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą .: *Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Kościerzyn gmina Wróblew".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 kwietnia 2020 roku pod numerem 534152-N-2020.

15 czerwca 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie przebudowy drogi gminnej w miejscowości Kościerzyn gmina Wróblew polegającej na wyborze oferty

wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego spółka akcyjna z siedzibą w Kaliszu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez dokonanie wybory oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu w sytuacji, gdy oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny i powinna podlegać odrzuceniu;
2) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i powinna ona podlegać odrzuceniu;
3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu w sytuacji, gdy odpierając pytanie o wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny Wykonawca powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 8 ust 3 ustawy oraz w braku wykazania, iż informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza że oferta pozostaje niezgodna z ustawą;
4) naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust 1 ustawy przez brak rzetelnego wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo
Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu oraz brak udostępnienia złożonych wyjaśnień Odwołującemu, co naruszyło zasady uczciwej konkurencyjności i równego traktowania oferentów, prowadząc do wyboru oferty de facto niejawnej, bez wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oraz przyczyn pominięcia przez Wykonawcę norm KNR przy obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 190 ust. 1 i 4 ustawy o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

1) Zaświadczenie z CEIDG indywidualnej działalności gospodarczej prowadzonej pod firmą BUD-TRANS Robot Budowlano Drogowe M.K. oraz Korespondencji wymienianej przez Skarżącą a Zamawiającym tj. (i) pismo Skarżącej z dnia 22 maja 2020 roku, (ii) odpowiedzi Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2020 roku, (iii) pismo Skarżącej z dnia 3 czerwca 2020 roku - na okoliczność ich treści, w szczególności informowania przez Skarżąca Zamawiającego o wadliwości oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu w zakresie zaoferowanej ceny jak i jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji o konieczności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
2) kalkulacji dokonanej przez Odwołującego prawidłowej oferty Wykonawcy wybranego przez Zamawiającego z uwzględnieniem ceny roboczogodziny i narzutów podanych przez firmę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. oraz cenę sprzętu i materiału wycenioną przez Sekocenbud biorąc pod uwagę najniższe ceny - na okoliczność wadliwości obliczenia ceny i w konsekwencji zaniżenia ceny w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. o blisko dot. kanalizacji deszczowej na poziomie ponad 30 %;
3) dopuszczenie dowodów z przesłuchania świadka J.K., doręczenia na adres: 98-200 Sieradz, ul. Uniejowska 170A - na okoliczność wadliwości oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu w zakresie zaoferowanej ceny jak i jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, informowania o powyższym Zamawiającego przez Odwołującego, a w konsekwencji konieczności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności - odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kalisz oraz ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych wykonawców przez wybór oferty Odwołującego (interes prawny),
- rozstrzygnięcie o kosztach postępowania i orzeczenie o obowiązku zwrotu na rzecz Odwołującego uiszczonego wpisu oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów odwołującego związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby i wynagrodzenie pełnomocnika, jeśli taki pojawi się w sprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu otrzymała punktację plasującą Odwołującego na drugim miejscu, zaraz po ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A z/s w Kaliszu. W konsekwencji czego Odwołujący posiada interes w uwzględnieniu odwołania albowiem poniesie szkodę w wypadku nieuwzględnienia odwołania i nieodrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A z/s w Kaliszu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W zakresie zarzutu nr 1 - sposób obliczenia ceny za realizację zamówienia publicznego zastosowany przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z/s w Kaliszu.

Oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A z/s w Kaliszu (dalej: PBD) jest najniższa i jako jedyna spośród wszystkich złożonych ofert ma wartość niższą niż 5.000.000 złotych. Podstawowa weryfikacja kalkulacji sporządzonej przez tego PBD wskazuje jednoznacznie, że zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia jest niezgodna z podstawą jej wyliczenia zawartą w kosztorysie ofertowym przez odniesienie do konkretnych norm KNR. Tym samym, wprowadza ona w błąd i w konsekwencji skutkuje zaburzeniem uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe skutkuje tym, że oferta złożona przez Wykonawcę zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, a co z tym idzie, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 lub/i pkt 3 PZP.

Odwołujący wskazał, że w pkt. XIISWIZ „Opis sposobu obliczania ceny", Zamawiający ustalił, że Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w formularzu kosztorysu ofertowego. Tym samym, kalkulując cenę oferty, wszyscy oferenci wypełniali przygotowany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy wraz z przedmiarem robót, które stanowiły załączniki do SIWZ. W kosztorysie i przedmiarze Zamawiający szczegółowo wpisał zakres robót. Dla każdej pozycji wpisał on konkretny numer KNR, opis robót, jednostkę oraz ilość. Tam, gdzie Zamawiający nie odwoływał się do norm KNR, wpisywał „Kalkulacja własna". Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić kosztorys w ten sposób, że do podanych przez Zamawiającego danych, tj. numeru KNR, opisu robót, jednostki i ilości, wpisać cenę jednostkową swoich prac. W ten sposób, poprzez przemnożenie ceny jednostkowej wpisanej przez wykonawcę oraz ilości danych robót określonej przez zamawiającego na podstawie właściwych norm KNR, uzyskiwało się cenę całkowita za dany rodzaj prac, która stanowiła cześć ceny całkowitej oferty.

Zamawiający w przedmiarze robót i kosztorysie podał konkretne numery KNR wraz z opisem robót. Zarówno opis jak i podany przez niego numer są bardzo istotne dla sprecyzowania zakresu prac, gdyż powołana norma KNR zastępuje wyliczenie danego zakresu prac zawierając w sobie poszczególne wartości składowe niezbędne dla obliczenia ceny łącznej, w tym zwłaszcza konkretne wartości dla kryterium roboczogodziny. Skoro zatem formularz ofertowy stanowi integralny element oferty i poszczególne pozycje oparte są na oznaczonych normach KNR, to treść oferty należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca oferuje wykonanie określonych prac w zakresie narzutu i roboczogodziny odpowiadającym właściwym normom KNR. Już zatem z samej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A wynika pełna akceptacja dla zakresu prac określonego z uwzględnieniem norm KNR. Pierwsza strona kosztorysu ofertowego jednoznacznie wskazuje jakie wartości Wykonawca przyjmuje do wyliczenia poszczególnych pozycji kosztorysu tj.: Stawka roboczogodziny: 30zł/rb; Koszty pośrednie: 75 %; Zysk: 10%.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławcze z dnia 08 czerwca 2009 r. (KIO/UZP/663/09), treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. przedmiary, olany, rysunki, projekty, kosztorysy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 października 2019 r. (KIO 2058/18) wskazała, że prawidłowo wskazany numer KNR również może stanowić odniesienie do zakresu prac koniecznych do wykonania i korekty w danych pozycjach kosztorysu. Zatem przekazanie wykonawcom przedmiarów zawierających odniesienie do symbolu, kodu (numeru) KNR, stanowiących załącznik do SIWZ i przyjęcie oraz zaakceptowanie ich przez wykonawców, nie stwarza podstaw, by na etapie postępowania odwoławczego można było je skutecznie kwestionować. Innymi słowy, jeśli Wykonawca oparł kalkulację na kosztorysie opartym na konkretnych kodach KNR i nie zmienił on opisu określonych

robót, to jest on związany normami KNR, które w tym przypadku kształtują treść jego oferty. Tym samym, jeśli wskutek podstawienia pod daną normę KNR ustalonych przez Wykonawcę współczynników kosztów roboczogodziny (30 zł), kosztów pośrednich (75%) i zysku (10%), otrzymujemy wynik większy niż wartość końcowa określona przez Wykonawcę w poszczególnych pozycjach kosztorysu, to mamy do czynienia z oczywistym naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy, świadczącym o tym, że cena całkowita oferty nie odzwierciedla rzeczywistego nakładu kosztów, wynikającego z tej samej oferty. Wskazując na konkretne wyliczenia, Odwołujący podniósł, że wskazane przez Wykonawcę wartości stałe poszczególnych nakładów, implikują oczywiście wartość kosztorysu za poszczególne prace zważywszy, że należy doliczyć do przedmiotowej wartości również koszty pośrednie przyjęte w wysokości 75% oraz zysk przyjęty w wysokości 10%. Tymczasem w poszczególnych pozycjach kosztorysu wartość ostateczna ceny poszczególnych prac została zaniżona w niedający się wytłumaczyć sposób w odniesieniu do przyjętych wartości wyjściowych.

W kosztorysie szczegółowym każda pozycja opisana jest bowiem przez wyszczególnienie robocizny, materiałów i sprzętu potrzebnego do zrealizowania niniejszej pozycji przedmiarowej. Ilość robocizny, sprzętu i materiałów są znormalizowane przez określenie nakładów, tzn. Ilości roboczogodziny, maszynogodziny lub w przypadku materiałów zużycia tych materiałów wyrażonych w szt., m, m2, m3, tonach i kg., liczonych na wykonanie np. 1 m2,1 m3 itp. Mając na uwadze powyższe informacje, łatwo ustalić zdaniem Odwołującego, że kosztorys ofertowy na kanalizację deszczową Wykonawcy został błędnie policzony, ponieważ w wielu pozycjach kosztorysu Wykonawca podał cenę jednostkową nieuwzględniającą wielu czynników cenotwórczych zawartych w danych pozycjach kosztorysu (vide: kody KNR).

Odwołujący wskazał, że dotyczy to następujących pozycji kosztorysu:

-pozycja nr 6 - Ręczne roboty ziemne z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km (kat. gruntu III).

Wykonawca podał cenę jednostkową w kwocie 79,73 zł/ m3, cena ta według Wykonawcy uwzględnia robociznę + pracę sprzętu wraz z narzutami podanymi powyżej. Z kolei według normy KNR dla tej pozycji kosztorysu, potrzebny jest nakład w wysokości 2,57 roboczogodziny do wykonania 1 m3 tzn. 2,57 r-g/m3 * 30 zł./r-g = 77,10 zł / m3. Doliczając narzuty wg. wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi: (77,10+75%)+10% = 148,42 zł/m3.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że podstawiając zadeklarowaną przez Wykonawcę stawkę dla jednej roboczogodziny pod opis robót zawarty w ofercie Wykonawcy (kod KNR), otrzymujemy kwotę niemal dwukrotnie wyższą, niż podana przez Wykonawcę. Podobnie rzecz ma się z pozostałymi wskazanymi pozycjami kosztorysu.

-pozycja nr 8 - Ażurowe umocnienie ścian wykopów wraz z rozbiórką palami szalunkowymi stalowymi (wypraskami) w gruntach suchych ; wykopów w o szerokości do 1 m i głębokości do 3.0 m; grunt kat. III-IV

Wykonawca podał cenę jednostkową 14,94 zł / m2, cena ta uwzględnia robociznę + materiał wraz z narzutami podanymi powyżej. Cena jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 2,57 roboczogodziny do wykonania 1 m3 tzn. 0,26 r-g/m2 * 30 zł./r-g = 7,80 zł / m3. Doliczając narzuty wg. wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi: (7,80+75%)+10% = 15,02 zł/m3.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

-Pozycja nr 9 - Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm

Wykonawca podał cenę jednostkową 117,93 zł/m3, cena ta uwzględnia według Wykonawcy robociznę + pracę sprzętu + materiał wraz z narzutami podanymi powyżej. Cena jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 1,86 roboczogodziny do wykonania 1 m3 tzn. 1,86 r-g/m3 * 30 zł./r-g = 55,80 zł / m3 Doliczając narzuty wg wytycznych ..... wskazanych na ..... pierwszej ..... stronie ..... kosztorysu ..... ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi (55,80+75%)+10% = 107,42 zł./m3

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Pozostaje zaledwie 10,51 zł na materiał i sprzęt potrzebny do wykonania 1 m3

-pozycja nr 12 - Kanały z rur PVC łączonych na wcisk o śr. zewn. 250 mm - wykopy umocnione

Wykonawca podał cenę jednostkową 66,64 zł/m, cena ta uwzględnia według Wykonawcy robociznę +pracę sprzętu + ... materiał wraz ..... z .. narzutami ..... podanymi ..... powyżej. ..... Cena

jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 1,1136 roboczogodziny do wykonania 1 m tzn. 1,1136 r-g/m * 30 zł./r-g = 33,41 zł/m. Doliczając narzuty wg
wytycznych ..... wskazanych na ..... pierwszej ..... stronie ..... kosztorysu ..... ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi: (33,41+75%)+10% = 64,31 zł./m

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Pozostaje zaledwie 2,33 zł na materiał i sprzęt potrzebny do wykonania 1 m.

-pozycja nr 13 - Kanały z rur PVC łączonych na wcisk o śr. zewn. 200 mm - wykopy umocnione

Wykonawca podał cenę jednostkową 44,33 zł / m, cena ta uwzględnia według Wykonawcy robociznę +pracę sprzętu + ... materiał wraz ..... z .. narzutami ..... podanymi ..... powyżej. ..... Cena
jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 0,965 roboczogodziny do wykonania 1 m tzn. 0,965 r-g/m *30 zł./r-g=28,95zł/m. Doliczając narzuty wg wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi (28,95+75%)+10% = 55, 73 zł./m3

W tym miejscu w odwołaniu tabela

-pozycja nr 14 - Kanały z rur PVC łączonych na wcisk o śr. zewn. 160 mm - wykopy umocnione

Wykonawca podał ceną jednostkową 35,55 zł / m, cena ta uwzględnia robociznę + pracę sprzętu + materiał wraz z narzutami podanymi powyżej. Cena jednostkowa uwzględniająca
samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 0,666 roboczogodziny do wykonania 1 m tzn. 0,666 r-g/m * 30 zł./r-g = 19,98 zł / m. Doliczając narzuty wg wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi (28,95+75%)+10% = 38,45 zł./m3

W tym miejscu w odwołaniu tabela

-pozycja nr 18 - Obsypka rur z materiałów sypkich.

Wykonawca podał cenę jednostkową 117,93 zł / m3, cena ta uwzględnia robociznę + pracę sprzętu + materiał wraz z narzutami podanymi powyżej. Cena jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 1,86 roboczogodziny do wykonania 1 m3 tzn. 1,86 r-g/m3 * 30 zł./r-g = 55,80 zł / m3. Doliczając narzuty wg wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi: (55,80+75%)+10% = 107,42 zł./m3

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Pozostaje zaledwie 10,51 zł na materiał i sprzęt potrzebny do wykonania 1 m3 .

-pozycja nr 19 - Zasypka rur z materiałów sypkich.

Wykonawca podał cenę jednostkową 113,69 zł / m3, cena ta uwzględnia robociznę + pracę sprzętu + materiał wraz z narzutami podanymi powyżej. Cena jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 1,86 roboczogodziny do wykonania 1 m3 tzn.
1.82r-g/m3 * 30 zł./r-g = 54,60 zł/m3. Doliczając narzuty wg wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi: (54,60+75%)+10% = 105,11 zł./m3

W tym miejscu w odwołaniu tabela

-pozycja nr 22 - Zagęszczenie nasypów zagęszczarkami; grunty sypkie kat. I-III - wskaźnik zagęszczenia gruntu Js=1.00

Wykonawca podał cenę jednostkową 3,66 zł / m3, cena ta uwzględnia robociznę + pracę sprzętu wraz z narzutami podanymi powyżej. Cena jednostkowa uwzględniająca samą robociznę wraz z narzutami. Potrzeba 0,189 roboczogodziny do wykonania 1 m3 tzn.
1.82r-g/m3 * 30 zł./r-g = 5,67 zł / m3. Doliczając narzuty wg wytycznych wskazanych na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego - kanalizacja deszczowa wychodzi: (5,67+75%)+10% = 10,96 zł./m3

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Powyższe wyliczenia wskazują zdaniem Odwołującego, że poszczególne składowe ceny oferty (pozycje kosztorysu) nie stanowią prawidłowego iloczynu ceny jednostkowej wpisanej przez wykonawcę (30 zł r-g + nakład 75 % + zysk 10 %) oraz ilości danych robót określonej w ofercie Wykonawcy (kosztorysie) na podstawie okoliczności obiektywnych - właściwych norm KNR. Wartości te są bowiem znacznie zaniżone i większości przypadków nie pokrywają nawet

kosztów roboczogodziny, nie mówiąc już o nakładzie i zysku. Ponowne przeliczenie kosztorysu ofertowego złożonego przez Wykonawcę z uwzględnieniem cen składowych podanych przez Wykonawcę oraz poszczególnych norm KNR z uwzględnieniem ceny roboczogodziny i narzutów podanych przez firmę oraz cenę sprzętu i materiału wycenioną przez Sekocenbud biorąc pod uwagę najniższe ceny wskazanych w ofercie powinna wynosić 624.600,74 zł brutto. Powyższe oznacza, że wskutek nieprawidłowych obliczeń arytmetycznych, łączna cena oferty została zaniżona o 215.314,23 zł czyli o ponad 30 %. Co więcej, powyższe stanowi wyliczenie w wariancie możliwie najkorzystniejszym dla Wykonawcy. Do obliczenia wskazanej ceny każda pozycja kosztorysowa została ustalona w następujący sposób: roboty prowadzone na zamkniętym odcinku, użycie największego dostępnego sprzętu co znacząco przyspieszy pracę, zaznaczenie, że roboty będą przeprowadzone w wykopach nie umocnionych, praca w suchym podłożu.

W związku z błędami w obliczeniach ujawnionymi w ofercie Wykonawcy, ustawodawca wprost przewidział jedną konsekwencję jaką jest odrzucenie oferty takiego wykonawcy. Wynika to z przepisu z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, zgodnie bowiem z tym przepisem Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazuje M. Jaworska (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 2020) „Ustalając wystąpienie tej przesłanki zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu, w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia.” Dalej Autorka zauważa, że „Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno - lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji." Zatem obowiązkiem zamawiającego jest zweryfikowanie czy zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Dotyczy to nie tylko zatem przyjętej i stosowanej przez wykonawcę PBD, roboczogodziny, ale i innych elementów jak chociażby koszty materiałów, sprzętu. Tymczasem w złożonej przez PBD nie tylko nie ujęto w prawidłowy sposób stawki przyjętej przez tegoż Wykonawcę roboczogodziny, ale również często pominięto w ogóle koszty związane z materiałem, sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, że w omawianej sytuacji nie można traktować jako omyłki arytmetycznej w obliczeniu ceny lub kosztów, które mogą być poprawione na podstawie art 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Omyłkę rachunkową stanowi omyłka w dokonywanych rachunkach prowadzących do wyliczenia ceny lub kosztu. Poprawieniu podlega jednak jedynie oczywista omyłka rachunkowa, za którą uznaje się w szczególności omyłkę polegającą na błędnym wykonaniu w ofercie działań arytmetycznych, polegających np. na błędnym przemnożeniu określonych ilości przez cenę jednostkową lub błędnym zsumowaniu poszczególnych pozycji w kosztorysie. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, albowiem błędy w zakresie ceny, kosztów nie wynikają z błędów obrachunkowych dających się usunąć, a stanowią efekt skosztorysowania poszczególnych pozycji w oderwaniu od ustalonego opisu robót.

Uzasadnienie w zakresie zarzutów 2- 4

Odwołujący wskazał, że wobec zasygnalizowanych wątpliwości wobec kalkulacji ceny oferty, Odwołujący w drodze pisma z dnia 02 i 03 czerwca 2020 r. zwrócił się o ujawnienie i udostępnienie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę. Niestety, jedyną odpowiedzią Zamawiającego było poinformowanie Odwołującego, że Wykonawca powołał się w tym zakresie na tajemnicę przedsiębiorstwa. W kontekście powyższego, zachowanie Zamawiającego pozostaje bezprawne i prowadzi do akceptacji stanu rzeczy, w którym Wykonawca narusza przepisy ustawy, a mimo to, jego oferta zostaje wybrana jako najkorzystniejsza. W uzasadnieniu powyższego podniósł Odwołujący, że wyjaśnienia ofert stanowią w istocie treść oferty i podlegają ujawnieniu po otwarciu ofert. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2015 r. (sygn. akt: KIO 257/15), „wyjaśnienia i uzupełnienia ofert (...) są de facto treścią ofert (sensu largo), do których zamawiający i wykonawcy winni mieć dostęp bezpośrednio po otwarciu ofert." Ponadto, w innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 258/15 i KIO 308/15) wskazywano, że udostępnianie uzupełnień i wyjaśnień ofert po otwarciu ofert jest konieczne dla zagwarantowania wykonawcom skutecznej (wniesienia odwołania w terminie) ochrony ich interesu w uzyskaniu zamówienia, przez składanie odwołań wobec dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy winni zostać wykluczeni lub których oferty winny zostać odrzucone.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Wykonawca nie może dowolnie powoływać się tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż po pierwsze musi zastrzec taką możliwość nie później niż w terminie składania ofert, a po drugie musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że powyższe przesłanki w niniejszej sprawie nie zachodzą, a co za tym idzie Zamawiający jest zobowiązany udostępnić innym wykonawcom wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Wybór oferty w warunkach tak istotnego naruszenia zasady transparentności, stanowi naruszenie rażące, które powinno skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty. Ponadto, brak wymuszenia na PBD udostępnienia danych pozwalających na weryfikację oświadczeń zawartych w ofercie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego obowiązku sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań. W sytuacji zatem bezprawnego powołania się na tajemnicę przedsiębiorstwa (vide: art. 8 ust. 3 ustawy) w celu zatajenia rzeczywistych czynników cenotwórczych i możliwości ich weryfikacji - tak przez Zamawiającego jak i przez pozostałych oferentów - dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, co samo w sobie winno skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 3 ustawy.
W konsekwencji powyższego niniejsze odwołanie okazało się konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 czerwca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje

stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.
Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12:*Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r, sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 22 lipca 2020 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" - Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postepowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniała stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w piśmie z dnia 20 lipca 2020 roku „Zgłoszenie pełnomocnika skarżącego" oraz dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do ww. pisma. Izba dopuściła dowody załączone do odwołania.

V.
Izba ustaliła:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w Instrukcji dla Wykonawcy Zamawiający w rozdziale XII Opis sposobu obliczenia oferty wskazał między innymi: *„I.Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w formularzu kosztorysu ofertowego.*
2.Pozycje, dla których nie zostaną wstawione przez Wykonawcę ceny składowe, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu i uważać się będzie, że zostały ujęte w cenach wymienionych w kosztorysie ofertowym. ”

W rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający podał, żeszczegółowo przedmiot zamówienia określony został w dokumentacji technicznej, przedmiarze robót i specyfikacji (dokumentacji) technicznej, które są załącznikami do SIWZ.

W załączonym do dokumentacji postępowania (załącznik B) wzorze „Kosztorysu ofertowego” dla „Kosztorys ofertowy - kanalizacja deszczowa” oraz w „Przedmiar robót - kanalizacja deszczowa” Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „*Klauzula o uzgodnieniu kosztorysu. Podstawy nakładów podano jako rozszerzenie opisu robót w poszczególnych pozycjach, nie narzucają one technologii wykonania robót. ”*
Izba ustaliła również, że w załączniku „Kosztorys ofertowy - kanalizacja deszczowa” w kolumnie 2 „podstawy wyceny” wskazano w poszczególnych wierszach numery KNR, a w kolumnie 3 „opis” wskazał Zamawiający opis każdej pozycji.
W Przedmiar robót - kanalizacja deszczowa” w kolumnie 2 „podstawa” wskazano w poszczególnych wierszach numery KNR, a w kolumnie 3 „opis i wyliczenia” wskazał Zamawiający opis każdej pozycji.

W wyniku wyjaśnień SIWZ Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2020 roku poinformował, że*do oferty należy załączyć kosztorys sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej* (odp.
pyt. 1).

W ofercie złożony został przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego spółka akcyjna z siedzibą w Kaliszu (dalej: PBD lub uczestnik postępowania odwoławczego) Kosztorys ofertowy - kanalizacja deszczowa, w treści którego wykonawca ten zawarł klauzulę: „*Klauzula o uzgodnieniu kosztorysu. Podstawy nakładów podano jako rozszerzenie opisu robót w poszczególnych pozycjach, nie narzucają one technologii wykonania robót. ”*

W zakresie zarzutów odwołania Izba stwierdziła:

W zakresie zarzutu nr 1 odnoszącego się do sposób obliczenia ceny za realizację zamówienia publicznego zastosowany przez PBD - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy do odrzucenia oferty jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Izba zaznacza w tym miejscu, że błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, który stanowi obligatoryjną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego jest błąd w rachunku matematycznym, którego nie można poprawić z uwagi na to, że nie wiadomo, który składnik działania matematycznego jest prawidłowy i nie wiadomym jest jak ten błąd poprawić. Błędem w obliczeniu ceny lub kosztu również będzie wynikał z błędnego ustalenia stanu faktycznego przez wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu, a polegający np.: na nieuwzględnieniu w cenie oferty wszystkich elementów, dokonaniu wyliczenia ceny oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Odwołujący oparł argumentację na tym, że kosztorys ofertowy na kanalizację deszczową został błędnie wyliczony, bowiem w wielu pozycjach tego kosztorysu PBD podał cenę jednostkową nieuwzględniającą wielu czynników cenotwórczych zawartych w danych pozycjach kosztorysu przez odniesienie do konkretnych norm KNR. Stanowisko to również podtrzymał Odwołujący w złożonym piśmie procesowym wskazując miedzy innymi, że określone normy KNR zastępują wyliczenia danego zakresu prac zawierając w sobie poszczególne wartości składowe niezbędne do obliczenia ceny łącznej, w tym

zwłaszcza konkretne wartości dla kryterium roboczogodziny, a więc określają również przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby argumentacja i stanowisko Odwołującego są niezasadne i nie mogły zostać uwzględnione. Izba podkreśla, że Odwołujący swoje stanowisko oparł na niekompletnym stanie faktycznym. Odwołujący nie odniósł się do wszystkich okoliczności jakie zostały ukształtowane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, a tym samym stanowisko jakie prezentuje nie może zostać uznane za zasadne.
Wymaga podkreślenia, że Odwołujący opierając zarzut na stwierdzeniu, że to normy KNR stanowią podstawę wyliczenia ceny jednostkowej pominął w argumentacji okoliczność wskazaną przez Zamawiającego, a mianowicie, że *podstawy nakładów podano jako rozszerzenie opisu robót w poszczególnych pozycjach, nie narzucają one technologii wykonania robót.* Odwołujący pominął również w prezentowanym stanowisku fakt, że Zamawiający jednoznacznie w SIWZ podał, że *pozycje, dla których nie zostaną wstawione przez Wykonawcę ceny składowe, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu i uważać się będzie, że zostały ujęte w cenach wymienionych w kosztorysie ofertowym* (rozdział XII pkt 2). Wskazane powyżej regulacje z dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jednoznacznie potwierdzają, że normy KNR nie stanowiły podstawy wyceny oraz że wykonawcy składający oferty w postępowaniu byli tymi normami związani.
W ocenie Izby przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu, oraz podtrzymany w piśmie procesowym, sposób wyliczenia ceny oferty jest intencjonalny i nie znajduje uzasadnienia jak również potwierdzenia w postanowieniach SIWZ. Odwołujący wydaje się celowo pomija treść ww. rozdziału XII punkt 2, bowiem dostrzegł w swoim stanowisku brzmienie punktu 1 tego rozdziału. Przy czym z treści punktu 1 rozdziału XII SIWZ wynika, że wykonawcy określić mają ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w formularzu kosztorysu ofertowego. To w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że kalkulacja ceny oferty ma uwzględniać wszystkie elementy wymienione w formularzu, jednakże z treści tego postanowienia nie wynika w żadnej mierze, że wykonawcy mają skalkulować ceny ofert, ceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego obligatoryjnie uwzględniając podstawy nakładów określone we wskazanych normach KNR. Niespornym było miedzy stronami postępowania, że wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, które będzie rozliczane w oparciu o jednostki miary podane w kosztorysie ofertowym wykonawcy. W tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział również, że gdy nie zostaną wstawione (podane) w kosztorysie ofertowym określone ceny składowe, to nie będą one osobno płacone po wykonaniu robót bo przyjęto w tym postępowaniu, że zostały one ujęte w cenach wymienionych w kosztorysie ofertowym. Budując argumentację Odwołujący pominął fakt tego, że Zamawiający dopuścił sytuację, w której w ogóle nie doszło do wyceny danej pozycji kosztorysowej i nie podano ceny za dane roboty.

Kluczem do rozstrzygnięcie zarzutu odwołania jest rozstrzygniecie czy wykonawca miał obowiązek stosowania nakładów określonych w KNR przy wycenie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. W ocenie Izby odpowiedź na to pytanie jest negatywna, tzn. wykonawca wyceniając poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego nie był związany w tych pozycjach nakładami jakie określają normy KNR, co jednoznacznie wynikało z załączników do SIWZ. Wymaga odnotowania w tym miejscu również, że z treści SIWZ również nie wynika, Odwołujący nie wskazał takiej okoliczności, że podstawą wyceny poszczególnych pozycji były normy KNR. Katalogi Nakładów Rzeczowych nie są dokumentami powszechnie obowiązującymi stanowiącymi obligatoryjną podstawę kalkulacji ceny roboty budowlanej. Tym samym skoro Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania, że stanowią one podstawę wyceny robót to nie można przypisać im takiego znaczenia. W rozpoznawanym przypadku jest wręcz przeciwnie, Zamawiający jednoznacznie podał, że podstawy nakładów podano jako rozszerzenie opisu i nie narzucają one technologii wykonania robót. Odnosząc się do treści Kosztorysu ofertowego oraz Przedmiaru robót dla kanalizacji deszczowej w obu przypadkach w kolumnie 3 Zamawiający zawarł opis poszczególnych pozycji (wierszy kosztorysu), które to w kontekście poszczególnych wycen dla danych pozycji wskazanych w odwołaniu nie były kwestionowane. Tym samym skoro Zamawiający zawarł opis robót w poszczególnych pozycjach, a podstawy nakładów stanowiły jego rozszerzenie jednocześnie nienarzucające technologii wykonania robót to jednoznacznie wynika z regulacji zawartych w dokumentacji postępowania, że wykonawca nie był związany normami KNR i nakładami jakie one określają. Co więcej, wykonawca mógł zastosować technologię, której one nie określają bowiem Zamawiający jednoznacznie podał, że nie narzucają one technologii wykonania robót.
W ocenie Izby nie znajduje również uzasadnienia argumentacja podana przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania,

że skoro wykonawca oparł kalkulację na kosztorysie opartym na konkretnych kodach KNR i nie zmienił on opisu określonych robót, to jest on związany normami KNR, które w tym przypadku kształtują treść jego oferty. Izba wskazuje, że Odwołujący w zupełności pomija klauzulę zawartą na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego PBD, choć dostrzega inne elementy z pierwszej strony kosztorysu ofertowego, co w ocenie Izby stanowi działanie celowe. Wykonawca PBD zawarł na pierwszej stronie kosztorysu klauzulę dotyczącą tego, że podstawy nakładów podano jedynie jako rozszerzenie opisu robót w poszczególnych pozycjach, nie narzucają one technologii wykonania robót. Klauzula ta jest zgodna z treścią załącznika B do SIWZ. Wymaga również odnotowania, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego stanowi odpowiedź na publiczne zaproszenie do złożenia ofert, a samo złożenie oferty wymaga dochowania określonych wymagań Zamawiającego. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego wykonawca miałby dokonywać zmian w zakresie norm KNR określonych robót w formularzu ofertowym oraz w oparciu o jakie regulacje byłby wykonawca uprawniony do dokonywania zmian w formularzu ofertowym. Oświadczenie jakie wykonawca zawarł na pierwszej stronie kosztorysu zostało przez niego złożone, zaakceptowane. Jednocześnie podstawą określenia przedmiotu zamówienia pozostaje nadal opis zawartych w dokumentacji, w formularzu ofertowym, a w konsekwencji to on stanowi podstawę do wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, z uwzględnieniem zastrzeżeń poczynionych przez Zamawiającego (rozdział XII pkt 2 SIWZ).

Dokonane w uzasadnieniu odwołania przeliczenia poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego PBD, w których to zdaniem Odwołującego nie zostały uwzględnione nakłady zgodnie z normą KNR nie mają żadnego znaczenia, ponieważ jak wykazano wyżej wykonawca nie musiał stosować nakładów określonych poszczególnymi normami KNR do dokonania wyceny poszczególnej pozycji kosztorysu ofertowego. Wymaga wskazania, że podane w Kosztorysie ofertowym oraz w Przedmiarze robót dla kanalizacji deszczowej określonych norm KNR stanowiło jedynie rozszerzenie opisu, które mogło posłużyć do identyfikacji rodzaju oraz zakresu robót, natomiast - jak słusznie wskazał Zamawiający - nie wiązało się z obowiązkiem stosowania określonych tam nakładów. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17za argumentował: "Wskazać trzeba, że w nauce prawa, a także w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko zgodnie z którym zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (zob. A. Bazan Prawo zamówień publicznych Komentarz, komentarzdo art, 89, LEX 2015). Odrzucenie oferty - a w ocenie Sądu także wykluczenie wykonawcy skutkujące uznaniem takiej oferty za odrzuconą - może zatem nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność z treścią SIWZ będzie niewątpliwa. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu (S. Babiarz Prawo zamówień publicznych Komentarz, komentarzdo art. 89, LEX2015 Prawo zamówień publicznych Komentarz, wyd. III komentarzdo art. 89, LexisNexis 2013; zob. także m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2016 r., KIO 600/16, LEX nr 2048459).

W ocenie Izby dowody załączone do odwołania czy złożone przy piśmie procesowym Odwołującego pozostają bez znaczenia dla rozpoznania tej sprawy. Skoro bowiem każdy wykonawca mógł dokonać wyceny oferty w kosztorysie ofertowym w poszczególnych jego pozycjach bez stosowania nakładów określonych poszczególnymi normami KNR, to dowody odnoszące się do obliczenia wartości oferty PBD w zakresie kosztorysu - kanalizacja deszczowa sprowadzające się do obliczenia wartości przy stosowaniu nakładów określonych normami KNR nie mają żadnego znaczenia, nie wykazują one żadnego błędu w kalkulacji ceny oferty, a dowodzi jedynie tego, że tak tą cenę skalkulował Odwołujący, a nie wykonawca PBD. Pozostałe dokumenty jak kopia oferty, projekt umowy, kosztorys odwołującego stanowią element dokumentacji postępowania odwoławczego (akta sprawy). Dowody w postaci oświadczeń, jakie załączył Odwołujący do pisma procesowego również zostały oparte na błędnym założeniu wynikającym z błędnie ustalonego stanu faktycznego konieczności dokonania kalkulacji cen poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego w oparciu o nakłady wynikające z norm KNR - tym samym również i te dowody nie przedstawiają żadnej wartości w kontekście oceny zarzutu odwołania.

Izba nie dopuściła również dowodu z opinii biegłego, jaki został wskazany w piśmie procesowym Odwołującego mając na uwadze, że wniosek ten został wskazany warunkowo tzn. wedle uznania Izby. Taka konstrukcja wniosku dowodowego nie pozwala na jego uwzględnienie. Jednocześnie Izba wskazuje, że brak ukształtowania w dokumentacji postępowania o

udzielnie zamówienia publicznego (rozdział XII SIWZ) obowiązku wyliczenia ceny oferty, cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu w oparciu o nakłady określone w normach KNR powoduje bezzasadność wniosku o powołanie biegłego. Jedynie na marginesie wymaga również odnotowania, że brak precyzyjnego wskazania zakresu ustanowienia biegłego oraz skonkretyzowania pytań jakie Izba, dopuszczając dowód z opinii biegłego, byłaby obowiązana zawrzeć w postanowieniu stanowi o nieprzydatności takiego wniosku dowodowego.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty wykonawcy PBD, który skalkulował ofertę zgodnie z postanowieniem dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, która to dokumentacja nigdzie nie zawiera obowiązku kalkulacji ceny oferty w poszczególnych pozycjach kosztorysu na kanalizację deszczową w oparciu o normy KNR.
Jednocześnie Izba zaznacza, że odniesienie do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jakie poczynił Odwołujący pojawia się dopiero na etapie pisma procesowego z dnia 20 lipca 2020 roku. W odwołaniu brak było zarzutu naruszenia ww. przepisu i jednocześnie brak było argumentacji w uzasadnieniu odwołania pozwalającej na dokonanie subsumpcji określonego w uzasadnieniu faktycznym stanu do określonej wyżej normy prawnej wskazującej na podniesienie zarzutu wyboru przez Zamawiającego oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podnoszona porozpierawszy na tym etapie argumentacja jest spóźniona, ponieważ podnoszona jest po upływie terminu na wniesienie odwołania.

W zakresie zarzutu nr 2 - 4 odnoszących się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 się przez dokonanie wyboru oferty PBD w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty PBD w sytuacji, gdy odpierając pytanie o wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny Wykonawca powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 8 ust 3 ustawy oraz w braku wykazania, iż informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza że oferta pozostaje niezgodna z ustawą, oraz naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust 1 ustawy przez brak rzetelnego wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty złożonej przez PBD oraz brak udostępnienia złożonych wyjaśnień Odwołującemu, co naruszyło zasady uczciwej konkurencyjności i równego traktowania oferentów, prowadząc do wyboru oferty de facto niejawnej, bez wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oraz przyczyn pominięcia przez Wykonawcę norm KNR przy obliczeniu ceny -Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12: „(...) zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia." Z powyższego wynika zatem, że odwołanie nie może mieć charakteru

ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe Izba rozpoznaje odwołanie jedynie w zakresie argumentacji podniesionej w jego treści w uzasadnieniu faktycznym w odniesieniu do podniesionego w petitum odwołania zarzutu. W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 się przez dokonanie wyboru oferty PBD w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący nie przedstawił w uzasadnieniu żadnej argumentacji faktycznej, która odnosiłaby się do naruszenia ww. przepisu ustawy. W szczególności Odwołujący nie podniósł jakiego czynu nieuczciwej konkurencji dotyczyć miałoby działanie Zamawiającego oraz argumentacji faktycznej w tym zakresie. Nie jest rolą Izby poszukiwanie argumentacji w zakresie wskazanego naruszenia danego przepisu, to wykonawca kwestionujący czynności Zamawiającego lub jego zaniechania powinien wykazać dlaczego tak twierdzi. W tym przypadku Odwołujący nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego jak również nie sprecyzował jakiego czynu nieuczciwej konkurencji dopatruje się w wyniku złożenia oferty przez PBD oraz dlaczego Zamawiający w sposób nieprawidłowo zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy PBD. Jednocześnie za spóźnione postawienie zarzutu, o ile za takie można byłoby je uznać, należy uznać stanowisko zaprezentowane w piśmie z dnia 20 lipca 2020 roku, gdzie Odwołujący powiązał naruszenie ww. przepisu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a odnosząc je do zaoferowania w postepowaniu przez wykonawcę PBD cen poniżej zakupu, czyli stosowanie cen dumpingowych, a także manipulowanie poszczególnymi częściami składowymi ceny.

Izba w zakresie zarzucanego przez Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty PBD w sytuacji, gdy odpierając pytanie o wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny Wykonawca powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 8 ust 3 ustawy oraz w braku wykazania, iż informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza że oferta pozostaje niezgodna z ustawą - stwierdziła brak zasadności takiego zarzutu.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego Izba zaznacza, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w odniesieniu do braku uzasadnienia przez wykonawcę PBD podstawy zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawionych za pismem z dnia 1 czerwca 2020 roku informacji. Więcej, Odwołujący nawet nie wskazał w uzasadnieniu odwołania o jakie wyjaśnienia mu chodzi, natomiast sam fakt odwołania do załączonych pism nie może stanowić uzasadnienia podniesionego zarzutu jak również kreowania jakichkolwiek zarzutów. Izba zaznacza w tym miejscu, że pisma z dnia 22 maja oraz 3 czerwca 2020 roku stanowią akta sprawy odwoławczej. Podnosząc zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Odwołujący obowiązany jest do przedstawienia takiej argumentacji, a samo wskazanie w odwołaniu, że *przesłanki w niniejszej sprawie nie zachodzą* nie może być uznane za uzasadnienie. Zupełnie niezrozumiałym, w kontekście regulacji Prawa zamówień publicznych, jest podniesiony w argumentacji przez Odwołującego *brak wymuszenia na PBD udostępnienia danych pozwalających na weryfikację oświadczeń zawartych w ofercie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego obowiązku sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań.* Wymaga zaznaczenia, że Zamawiający niczego nie „wymusza" na wykonawcach, Zamawiający dokonuje oceny złożonych dokumentów oraz zawartej w nich argumentacji i ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

0zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wyjaśnia, bowiem wydaje się być to niezrozumiałe dla Odwołującego mając na uwadze treść postawionego zarzutu, że wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu i zastrzegając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie *odpiera pytania o wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny Wykonawca powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa z uchybieniem terminu.* Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma chronić podane informacje przed ujawnieniem ich innym wykonawcom, lecz Zamawiającemu wyjaśnienia są znane. Zamawiający otrzymuje informacje o jakie zwracał się do wykonawcy

1te informacje podlegają ocenie Zamawiającego, jak również ocenie Zamawiającego podlega skuteczność zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z obowiązującym art. 8 ust. 3 ustawy - 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. Przepis ten został znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o ziemnie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232). Wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia w stosunku do wcześniej obowiązujących regulacji. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utrzymane zostało w znowelizowanym przepisie odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 ustawy o z zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dlatego też kwestionując dane czynności na etapie odwołania Odwołujący musi odnieść się również do katalogu przesłanek stanowiących o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w poczynionym uzasadnieniu zastrzeżenia przez konkurenta i na tej podstawie budować uzasadnienie zarzutu odwołania. W odwołaniu brak jest w zasadzie zarzutu odnoszącego się do tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nastąpiło niezgodnie z przesłankami określającymi to zastrzeżenie. Brak również jest zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2020 roku Odwołującemu i skorelowanego z zarzutem żądania udostępnienia wyjaśnień. Natomiast fakt objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych informacji nie stanowi o niezgodności treści oferty z ustawą. Ponieważ nie został postawiony zarzut nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do złożonych przez wykonawcę PBD wyjaśnień Izba nie będzie dokonywać oceny wypełnienia przesłanek, ale wymaga podniesienia w tym miejscu, że fakt zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie powoduje niezgodności oferty z ustawą. Ustawodawca przewidział okoliczność odstępstwa od zasady jawności postępowania w okolicznościach określonych przepisami i wykazanymi przesłankami zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi, że nie ujawnia się takich informacji o ile zostało wykazane, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie może być niezgodności z ustawą jeżeli Zamawiający uzna zastrzeżenie za właściwe. To wykonawca musi wykazać nieskuteczność poczynionego zastrzeżenia i nieprawidłowość dokonania oceny tych zastrzeżeń przez Zamawiającego. W obecnym stanie prawnym, mając na uwadze również orzecznictwo w przedmiocie jednoznacznie należy podkreślić, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest dopuszczalne i nie stanowi podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Dodać należy również, że dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nastąpić musi łącznie z wykonaniem danej czynności, czyli nie później niż określona czynność - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Nie sposób uznać, że wyjaśnienia jakie poczynił wykonawca PBD w dniu 1 czerwca 2020 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 maja 2020 roku musiały zostać zastrzeżone w dniu składania ofert. W dniu składania ofert wykonawca nie miał bowiem żadnej wiedzy o tym, że do złożenia wyjaśnień będzie wzywany jak również nie miał wiedzy jaki będzie zakres wyjaśnień składanych przez wykonawcę. W orzecznictwie Izby jednoznacznie okoliczności te są przesądzone.

W odniesieniu do naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust 1 ustawy przez brak rzetelnego wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty złożonej przez PBD oraz brak udostępnienia złożonych wyjaśnień Odwołującemu, co naruszyło zasady uczciwej konkurencyjności i równego traktowania oferentów, prowadząc do wyboru oferty de facto niejawnej, bez wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oraz przyczyn pominięcia przez Wykonawcę norm KNR przy obliczeniu ceny Izba nie stwierdziła podstawy do uwzględnienia zarzutu odwołania. W tym miejscu ponownie mając na uwadze poczynione, na wstępie rozpoznania w uzasadnieniu wyroku zarzutów 2 - 4 , uwagi ogólne Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej w odniesieniu do zarzucanego braku rzetelności Zamawiającego w wyjaśnieniu wątpliwości co do treści oferty. Odwołujący nie wykazał w żadnej mirze jakie to elementy treści oferty nie zostały wyjaśnione przez Zamawiającego, nie podniósł o które elementy treści oferty chodzi. Ocenia zarzutów odwołania nie może polegać na domyślaniu się argumentacji podnoszonej przez Odwołującego oraz ocenie

uzasadnienia faktycznego, którego nie ma. Izba nie poszukuje za wykonawcę uzasadnienia zarzutu odwołania wskazanego w petitum odwołania, a jedynie ocenia ten zarzut w kontekście czynności lub zaniechań Zamawiającego. Izba również nie może dokonywać przenoszenia argumentacji pomiędzy zarzutami odwołania.
W odniesieniu do braku udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2020 roku Izba wskazuje, że w ramach tego zarzutu nie doszło do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych. Wykonawca PBD miał prawo objąć tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poczynione wyjaśnienia, Zamawiający dokonał oceny tych dokumentów, a Odwołujący nie kwestionował nieprawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (o czym mowa wyżej). Tym samym nieudostępnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy jednoczesnym braku kwestionowania skuteczności poczynionych zastrzeżeń przez Odwołującego nie stanowi naruszenia zasad prawa zamówień publicznych. Izba podkreśla, że Odwołujący w ramach tego zrzutu jedynie podnosi, że nie udostępniono mu wyjaśnień ale samego ich zastrzeżenia i objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie kwestionował.

Izba wskazuje również, odnosząc się do podniesionych zarzutów odwołania (art. 7 ust. 1 ustawy), że na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku jednego wykonawcy jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych - w tym wypadku uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców oraz z uwzględnieniem argumentacji faktycznej podniesionej w ramach kwestionowanego naruszenia danych przepisów prawa. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu
0udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający nie naruszył zasad uczciwej konkurencji
1równego traktowania wykonawców przez dokonanie oceny i wyboru oferty wykonawcy PBD oraz podejmowane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego czynności.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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* (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: .....