

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. z siedzibą w Nowym Sączu;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Sączu;

przy udziale wykonawcy: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Sączu (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont drogi powiatowej nr 1551 K Limanowa - Chelmiec: odcinek I w km od 13+629 do km 16+755 i odcinek II w km od 16+755 do km 17+800 w miejscowościach: Chomranice, Klęczany, Marcinkowice, Powiat Nowosądecki”; znak sprawy zamawiającego:

PZD.ZAM.261.26.2020.WZ (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 084-198097.

W dniu 3 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postępowaniu, zarzucając naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (dalej „PDM Dębica”), pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty PDM Dębica, pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę;
3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty PDM Dębica, pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) poprzez brak odrzucenia oferty PDM Dębica, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a to utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez oferowanie świadczenia usług (robót budowlanych) poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia;
5. art. 8 ust. 3 w zw. ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 in fine ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania i przejrzystości jego prowadzenia i uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa danych, które nie spełniają wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK wymogów tajemnicy przedsiębiorstwa;
6. art. 8 ust. 3 w zw. ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 in fine ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania i przejrzystości jego prowadzenia i uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa danych zawartych w pismach PDM Dębica z 25 czerwca 2020 r. oraz 7 lipca 2020 r., mimo że wykonawca ten nie zastrzegł do upływu terminu składania ofert ich poufności;
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i pozbawienie odwołującego możliwości zapoznania się z pełną treścią wyjaśnień cenowych PDM Dębica, zawartych w pismach z 25 czerwca 2020 r. oraz 7 lipca 2020 r. mimo, że nie zachodziły podstawy do utajnienia zawartych tam treści.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty PDM Dębica jako najkorzystniejszej w postępowaniu; odtajnienia danych zawartych w składanych przez PDM Dębica dokumentach w postaci wyjaśnień z 25 czerwca 2020 r. oraz z 7 lipca 2020 r.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

odrzućenia oferty PDM Dębica; uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą oraz zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych - na wypadek ustanowienia w sprawie pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie PDM Dębica w pierwszej kolejności wskazał, że chociaż ustawa Pzp nie zawiera „zero-jedynkowej” definicji „rażąco niskiej ceny”, to jednak w oparciu o jej przepisy oraz praktykę obrotu zrekonstruować można desygnaty znaczeniowe tego pojęcia. W ślad za stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych można przyjąć, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Co więcej, uwzględniając zarówno treść art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (i zawarty tam obowiązek prawny dotyczący verba legis „wykazania”, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny), jak też art. 190 ust. 1a ustawy Pzp jasnym jest, że w sytuacji, gdy zaoferowana przez danego wykonawcę cena prima facie jawi się jako „rażąco niska”, konieczne jest przedstawienie dowodów (nie zaś wyłącznie gołosłownych i niepopartych dowodami twierdzeń) które wykażą, iż mimo jej niskiej wartości możliwe jest zrealizowanie w tej kwocie zamówienia. Dowody takie winien przedłożyć oferent, gdyż jeśli tego nie zrobi, również zamawiający nie będzie w stanie wykazać prawidłowości danej ceny w sytuacji, w której (w świetle art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp), to na nim ciążyłoby w ramach postępowania odwoławczego taki obowiązek.

Odwołujący, przechodząc do szczegółów wskazywał, że zawarta w „zestawieniu materiałów”, dołączonym do pisma z 25 czerwca 2020 r., cena materiału w postaci pospółki, podana przez PDM Dębica w wysokości 20 zł/m³ (czyli 11,11 zł za 1 tonę) oraz cena piasku w kwocie 25 zł/m³ - jest rażąco niska, gdyż rynkowe ceny tych materiałów wynoszą: cena pospółki: 19,50 zł/t; 21,00 zł/t, cena piasku: 35,00 zł/t; 22,00 zł/t. Jako dowody odwołujący załączył oferty cenowe dostawców pospółki i piasku.

Ponadto, w przedstawionym przez PDM Dębica „zestawieniu materiałów”, dołączonym do pisma z 25 czerwca 2020 r., brak jest w ogóle materiałów dotyczących wykonania wymaganych przez zamawiającego robót, a to: budowy radaru ze znakiem/ tablicą o zmiennej treści (aktywną), informującego o prędkości ruchu pojazdu (km 17+775); jak też budowy kompletnego oznakowania przejścia dla pieszych dwoma pulsatorami, doświetlaniem i oznakowaniem pionowym i poziomym w km 15+842, oczyszczenia i skropienia nawierzchni bitumicznej.

Dokonując wprowadzenia podanych przez PDM Dębica danych w postaci: robocizny, sprzętu oraz realnej ceny rynkowej za pospółkę (R+M+S) dla pozycji nr 3 kosztorysu dołączonego do pisma wykonawcy z 25 czerwca 2020 r., a to: „KNNR 6 0112-01: Warstwa dolna podbudowy z kruszyw naturalnych o grubości po zagęszczeniu 20 cm - gr. 10 cm Krotność 0,5”, wynik daje cenę jednostkową 8,34 zł/m², a nie podane przez PDM Dębica 4,72 zł/m². Chociaż zatem wynik podany przez PDM Dębica nie odpowiada „danym wejściowym”, które PDM Dębica podaje, odstając od nich in minus (tj. skutkując zaniżeniem ceny) aż o ponad 40% oferent w żaden sposób nie wyjaśnił tej rozbieżności. Na dowód tego w załączeniu odwołujący przedstawił wycenę w pozycji 3, dokonaną w programie do kosztorysowania NormaPro.

Odwołujący podnosił również, że w ramach pozycji kosztorysowej nr 1 („KNNR 6 0802-04: Rozebranie nawierzchni z mas mineralno-bitumicznych gr. 4 cm mechanicznie - frezowanie nawierzchni gr 16 cm - szer 6,5m + poszerzenia na łukach oraz zatoki komunikacyjne i postojowe Krotność = 4”) uwzględniona jest sprężarka - która znajduje się również w poz. 8 „zestawienia sprzętu”, załączonego przez PDM Dębica do pisma z 25 czerwca 2020 r. Fakt uwzględnienia do rozebrania nawierzchni (jej frezowania) maszyny w postaci sprężarki sugeruje, przy uwzględnieniu standardowej dla branży budownictwa drogowego wiedzy co do technologii prowadzenia tego rodzaju robót, że będą to prace wykonywane ręcznie (rozbiórka ręczna), co jednak nie jest możliwe za podaną przez PDM

Dębica dla tej pozycji cenę tj. 3,72 zł/1 m² - gdyż nakład (zasochłonność) pracy powoduje, że przy uwzględnieniu obligatoryjnych kosztów pracy (koszty pracy podane przez PDM Dębica wynoszą 20,00 zł/1 godzinę). Średnia zasochłonność rozbiórki 1 m² nawierzchni z mas mineralno-bitumicznych gr. 4 cm wynosi bowiem 1,132 r-g pracy pracownika fizycznego oraz 0,356 m-g pracy sprężarki, co oznacza, że w koscie rozebrania 1 m² takiej nawierzchni należy uwzględnić koszt robocizny równy co najmniej 22,64 zł oraz koszt pracy sprężarki powietrznej

spalinowej równy 7,12 zł. Suma powyższych wartości daje koszt co najmniej 29,76 zł, po doliczeniu kosztów pośrednich (45%) oraz zysku (5%) cena jednostkowa pozycji wynosi 45,31 zł/m².

W dalszej części odwołujący zaznaczył, iż oferta złożona przez PDM Dębica nie odpowiada treści SIWZ. Stosownie bowiem do pkt IV.2. SIWZ „Zakres robót został określony w dokumentacji technicznej (załącznik nr 4 do SIWZ) składającej się z następujących opracowań: 2.1 Dokumentacja projektowa (uwaga - projekt obejmuje szerszy zakres robót - w wycenie należy uwzględnić zakres robót określony w pkt 1); 2.2 Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót; 2.3 Przedmiar robót (stanowiący materiał pomocniczy w wycenie robót- uwzględnia ograniczenie zakresu robót zgodnie z pkt I)”. Lektura zarówno dokumentacji projektowej (na s. 2 Dokumentacji technicznej w części „Opis techniczny”, pkt 1.2. „Przedmiot inwestycji” w firet ostatnim wskazano jednoznacznie, że elementem inwestycji objęte jest: „wykonanie oznakowania pionowego, poziomego oraz urządzeń BRD w obrębie przejść dla pieszych oraz skrzyżowań z drogami publicznymi”), jak też przedmiaru robót (część 3: „Urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego”, pozycje nr 18 i 19) nie pozostawia wątpliwości co do tego, że elementem przedmiotu świadczenia wykonawcy winno być m.in. (a) budowa radaru ze znakiem/ tablicą o zmiennej treści (aktywną), informującego o prędkości ruchu pojazdu (km 17+775); jak też (b) budowa kompletnego oznakowania przejścia dla pieszych dwoma pulsatorami, doświetlaniem i oznakowaniem pionowym i poziomym w km 15+842. Zarówno w ofercie, jak też w kosztorysie dołączonym do pisma z 25 czerwca 2020 r. PDM Dębica zaoferowała wykonanie rzeczonych prac, wszelako w zestawieniu materiałów stanowiącym element kosztorysu z 25 czerwca 2020 r. brak jest elementów niezbędnych do wykonania rzeczonych robót. Oczywistym jest bowiem, że żaden z materiałów zawartych w zestawieniu, dołączonym do pisma PDM Dębica z 25 czerwca 2020 r. (a to: cement portlandzki, deski, gwoździe, miat kamienny, mieszanki betonowe i mineralno-asfaltowe, piasek, pospółka, tłuczeń, czy też woda) nie umożliwia wykonania radaru ze znakiem o zmiennej treści, czy też pulsatorów, doświetlenia i oznakowania znakami drogowymi. W konsekwencji, materiały niezbędne do wykonania tych robót zostały przez PDM Dębica w ogóle pominięte, co sugeruje, że spółka ta nie zaoferowała ich wykonania - mimo zawarcia stosownej deklaracji w ramach swej oferty.

Co więcej, w ramach przedłożonego kosztorysu PDM Dębica pominęła również wykonanie prac związanych z oczyszczaniem i skropieniem warstw konstrukcyjnych (wymaganych zgodnie ze STWiORB, rozdział D-04.03.01). W zestawieniu materiałów i sprzętów nie uwzględniono elementów koniecznych do wykonania oczyszczenia i skropienia. Znamionym jest przy tym, że choć wynagrodzenie wykonawcy w ramach postępowania ma charakter ryczałtowy (pkt XII.2. SIWZ) - wobec czego przedmiar sporządzony przez zamawiającego nie służy do jego obliczenia - to jednak pominięcie określonych robót oraz materiałów, których wykonanie (zastosowanie) jest niezbędne w świetle dokumentacji budowlanej wymienionej w pkt IV.2. SIWZ dowodzi, że prace te miałyby być przez oferenta (PDM Dębica) pominięte. Skoro zaś tak, to zakres robót, których wykonanie oferuje PDM Dębica, jest inny (mniejszy) niż ten, którego wykonanie jest niezbędne w świetle postanowień SIWZ. Jak zaś trafnie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna”. Dokonując zatem takiego porównania wyraźnie uwiadamia się, że w ramach SIWZ zamawiający oczekiwał m.in. radaru drogowego z tablicą świetlną, kompletnego oznakowania i doświetlenia przejścia dla pieszych, czy też oczyszczenia i skropienia nawierzchni przed ułożeniem warstwy wiążącej oraz ścieralnej. PDM Dębica nie wskazała z jakich materiałów chciałaby wykonać rzeczone roboty, co dowodzi, iż nie zostały one uwzględnione w ofercie tej spółki.

Kolejną kwestią, na którą zwrócił uwagę odwołujący była okoliczność, iż cena zaoferowana przez PDM Dębica, sytuowała się poniżej kosztów wykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie. W rezultacie, oferta PDM Dębica winna zostać odrzucona przez zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Jak bowiem stanowi ostatnio powołany przepis: „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”. Fakt, iż podstawa wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK jest odmienna od tej, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dowodzi, że w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK oferta danego wykonawcy może być odrzucona zarówno wtedy, gdy (a) wyłącznie składowe ceny (nie zaś cena en bloc) są skalkulowane poniżej kosztów wytworzenia, jak również wówczas gdy (b) zaoferowana przez wykonawcę cena jest zaniżona w stosunku do realiów rynkowych w stopniu niższym niż zaniżenie „rażące”, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym kontekście należy zaznaczyć, że co wynika z przedstawionych ofert cenowych - zaoferowane przez PDM Dębica ceny jednostkowe na następujące materiały: pospółka i piasek, zostały skalkulowane na poziomie poniżej kosztów ich wytworzenia.

Dodatkowo, mając na uwadze brzmienie art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, odwołujący wyjaśnił, że w niniejszej sprawie spełnione są również pozostałe z przesłanek, o których mowa w tym przepisie. Skalkulowanie cen w ofercie PDM Dębica na poziomie poniżej kosztów ich wytworzenia miało bowiem na celu to, by umożliwić wykazanie zamawiającemu, że ogólna cena ofertowa zaproponowana przez PDM Dębica jest poprawna, a więc by uzyskać zamówienie, którego dotyczy postępowanie z wyeliminowaniem od jego uzyskania innych oferentów (w tym m.in. odwołującego). Co za tym idzie, celem takiego działania PDM Dębica było doprowadzenie do eliminacji pozostałych z oferentów od uzyskania zamówienia, wobec czego spełniony został warunek, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 in fine UZNK.

W dalszej części odwołujący odniósł się do zarzutu dotyczącego naruszenia zasad utajniania danych w ramach postępowania. Na wstępie podkreślił, że jawność jest jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego - co wynika chociażby z tego, że statuujący ją art. 8 ust. 1 ustawy Pzp umieszczony został jako drugi artykuł w ramach rozdziału 2 - „Zasady udzielania zamówień”. Co więcej, argumentum a rubrica: fakt usytuowania przepisu ustanawiającego zasadę jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), jako pierwszej w ramach przepisu art. 8 ustawy Pzp, z jednoczesnym usytuowaniem możliwości utajniania określonych treści jako art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie potwierdza, że pomiędzy zasadą jawności i możliwością utajniania określonych danych zachodzi zależność „reguła” - „wyjątek”, co oznacza, że jako przejaw wyjątku utajnianie winno być stosowane wyłącznie wtedy i jedynie w takim zakresie, w jakim pozwala na to wyraźnie ustawa Pzp, a to zgodnie z paremią *exceptiones non sunt extendendae*. Fakt ten potwierdza wprost brzmienie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność jest oczywista, jeśli zważyć jaką funkcję stanowi w ramach ustawy Pzp zasada jawności tj. funkcję gwarancyjną wobec naczelných zasad udzielania zamówień, a to: wymogu przejrzystości i równego traktowania wykonawców - o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jasnym jest przecież, że wyłącznie wtedy mówić można o przejrzystości postępowania, gdy wszelkie działania zamawiającego oparte są niejawnych i znanych przesłankach. Jednocześnie, jedynie wówczas poszczególni wykonawcy traktowani są równo, gdy mają możliwość zapoznawania się z materiałami dotyczącymi innych wykonawców, a co za tym idzie - poddawania ich weryfikacji. Tajność stanowi przeszkodę zarówno w realizacji zasady przejrzystości, jak też równości traktowania wykonawców, wobec czego musi być w ramach zamówień publicznych czymś wyjątkowym i stosowanym jedynie w ściśle określonych przepisami wypadkach.

W rezultacie, zamawiający jeśli chce dokonać utajnienia określonych danych - winien dokonać bardzo wnikliwej analizy co najmniej dwóch kwestii: aspektu formalnego a więc tego, czy stosowny wniosek został złożony przez wykonawcę w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 in medio ustawy Pzp, a więc: „nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”; aspektu materialnego - a więc tego, czy w konkretnym przypadku spełnione są wszystkie wymogi, które w świetle przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji (tj. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) uprawniają do uznania danej treści (informacji, danych) za tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie ani pierwszy, ani drugi wymóg nie zostały spełnione, co powoduje, iż działanie zamawiającego, który utajnił część danych przedstawionych przez PDM Dębica, było wadliwe. Co więcej, działanie takie spowodowało, że wykonawcy (np. odwołujący) nie mogli się z tymi danymi zapoznać, nie mogąc ich, w konsekwencji, zweryfikować - co w sposób oczywisty przekładało się na ograniczenie skuteczności ich możliwości odwoławczych, godząc tym samym w wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, możliwość utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zachodzi wówczas, gdy wykonawca sformułuje stosowne zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Umożliwiając realizację tego uprawnienia, zamawiający zamieścił w formularzu oferty pkt 7, w którym oferenci mogli zawrzeć stosowne zastrzeżenie. W ofercie PDM Dębica brak jest jednak takiego zastrzeżenia. W rezultacie, PDM Dębica nie dokonało w określonym przepisami terminie skutecznego zgłoszenia zastrzeżenia tajności określonych informacji, wobec czego ich utajnienie na późniejszym etapie - jako naruszające art. 8 ust. 3 in medio ustawy Pzp - nie może być uznane za dopuszczalne.

Uwzględniając fakt, iż w orzecznictwie KIO sygnalizowano, że w wypadku danych ujawnianych w odpowiedzi na pytania zamawiającego, naruszenie terminu z art. 8 ust. 3 in medio ustawy Pzp jest dopuszczalne, odwołujący podkreślił, że podstawowym zarzutem, który formułuje w tym zakresie wobec działania zamawiającego, jest brak zweryfikowania, czy objęte zastrzeżeniem złożonym przez wykonawcę PDM Dębica dane stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnie uwypuklić trzeba zatem, że zarówno wykonawca PDM Dębica, jak też zamawiający, nie dostrzegli w swych działaniach, że definicja „tajemnicy przedsiębiorstwa” uległa zasadniczej zmianie z dniem 4 września 2018 r., gdy weszła w życie nowelizacja UZNK, dokonana z mocy ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2018 r., poz. 1637).

Zmiana ta dokonała całkowitej „przebudowy” art. 1 UZNK, a więc tego przepisu, który normuje właśnie problematykę tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, zmianie uległa zarówno (i) treść definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jak też (ii) jej „lokalizacja” - gdyż zamiast w dotychczasowym art. 11 ust. 4 UZNK obecnie definicja omawianego terminu znajduje się w art. 11 ust. 2 UZNK. Lektura pism PDM Dębica z 25 czerwca 2020 r. oraz 7 lipca 2020 r.

dowodzi (vide ostatnie strony tych pism), że wykonawca ten nadal mechanicznie powołuje się zarówno na dawne brzmienie definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jak też na ulokowanie jej w art. 11 ust. 4 UZNK. Podobnie, sformułowanie skierowanego przez zamawiającego do odwołującego pisma z 30 lipca 2020 r. (vide ostatni akapit) zdaje się potwierdzać, iż również on operuje nadal dotychczasową definicją „tajemnicy przedsiębiorstwa” i jej ulokowaniem w art. 11 ust. 4 UZNK. Opisane działania sugerują, iż zarówno PDM Dębica, jak też zamawiający, potraktowali kwestię rzetelnej oceny i weryfikacji spełnienia wymogów z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK „po macoszemu”, działając mechanicznie i sztampowo i nie zadając sobie nawet tyle trudu, by sprawdzić, jak obecnie brzmią powoływane przez nich przepisy i że od prawie dwóch lat (sic!) cytowana przez PDM Dębica definicja normatywna już nie obowiązuje oraz znajduje się w zupełnie innej, niż powołana przez wykonawcę, jednostce redakcyjnej UZNK. Przypomnieć trzeba zatem, że zgodnie z obecną (tj. obowiązującą tak w dacie składania niniejszego odwołania, jak też w dacie prowadzenia przez zamawiającego postępowania) definicją „tajemnicy przedsiębiorstwa”, zawartą w art. 11 ust. 2 UZNK: „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. W szczególności zatem, de lege lata „tajemnicą przedsiębiorstwa” mogą być wyłącznie takie dane, które: „jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”.

W tym kontekście odwołujący zaważył, że w piśmie z 25 czerwca 2020 r. PDM Dębica w ogóle i w żaden sposób nie wykazał z jakich powodów dane, które chciał objąć poufnością, mają spełniać wskazane wyżej przesłanki. Z kolei w piśmie z 7 lipca 2020 r. wskazał jedynie, że ceny ofertowe mają być - rzekomo - objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dlatego, że są „skierowane wyłącznie do firmy PDM S.A. w Dębicy na potrzeby działalności przedsiębiorstwa”. Okoliczność ta nie stanowi jednak żadnego dowodu na to, że dokładnie tożsame ceny ofertowe nie byłyby kierowane do innych uczestników obrotu, a więc że „nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”. Co za tym idzie, PDM Dębica nie wykazała w żaden sposób, że dane te spełniają wymóg objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego zamawiający, dokonując ich utajnienia - naruszył art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, a przez to również doprowadził do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty i pogarszający sytuację odwołującego (jako że niemożliwe było poznanie wszystkich materiałów złożonych przez PDM Dębica, a przez to niemożliwe jeszcze skuteczniejsze ich podważenie) - co narusza również wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców.

Wykonawca PDM Dębica nie wykazał, z jakich powodów dane takie jak: (i) koszt godzinowy pracy frezarki, (ii) ilość godzin wchodzących w skład dniówki roboczej, (iii) ilość dniówek roboczych niezbędnych do wykonania poszczególnych zakresów robót, (iv) koszt dowozu destruktu, (v) koszt przywozu i dowozu frezarki, (vi) zużycie wody, czy też (vii) koszt dojazdu beczkowozu mają stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa PDM Dębica, w szczególności zaś z jakich powodów dane te: „nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”. Podobnie zatem jak w wypadku cen ofertowych, również w odniesieniu do tych danych PDM Dębica nie wykazała w żaden sposób, że dane te spełniają wymóg objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego zamawiający dokonując ich utajnienia, naruszył art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, a przez to również doprowadził do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty i pogarszający sytuację odwołującego (jako że niemożliwe było poznanie wszystkich materiałów złożonych przez PDM Dębica, a przez to niemożliwe jeszcze skuteczniejsze ich podważenie) - co narusza również wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców.

Co więcej, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 in fine UZNK, za element „tajemnicy przedsiębiorstwa” można uznać wyłącznie takie treści (informacje, dane), co do których - verba legis - „uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Jasnym

jest zaś, że w sytuacji, w której „uprawniony do korzystania z informacji” (PDM Dębica) nie dostrzegł nawet tego, że powołuje się na nieobowiązującą od 2 lat definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa”, lecz zamiast tego w sposób mechaniczny zwyczajnie skopiował klauzulę „zastrzeżenia poufności” z zapewne kiedyś przygotowanego wzoru dokumentu nie sposób uznać, że przejawiał wymagane przez art. 11 ust. 2 in fine UZNK „należyte staranne” działanie w celu zachowania rzeczonych treści w poufności. Zatem również z tego względu, nie sposób uznać przedmiotowe treści za element tajemnicy przedsiębiorstwa, która może być utajniona po myśli art. 8 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 4 sierpnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił 6 sierpnia 2020 r. wykonawca: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, treścią korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a PDM Dębica w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, po zapoznaniu się z odwołaniem, pismem procesowym przystępującego a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Działania zamawiającego, polegające na wyborze oferty PDM Dębica, którego oferta winna zostać odrzucona, pozbawiły odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku odrzucenia oferty przystępującego, druga w kolejności pod względem kryteriów oceny ofert

- jest oferta złożona przez odwołującego. Tym samym mogła by ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a PDM Dębica w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i przystępującego, załączone do odwołania, jak też składane na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale IV SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia jest remont drogi powiatowej nr 1551 K Limanowa - Chelmiec w km od 13+629 do 17+800 obejmujący następujące elementy: 1.1. Remont drogi w km 13+629 - 16+755: a) Roboty Rozbiórkowe, b) Podbudowy, c) Nawierzchnia mineralno - bitumiczna, d) Pobocza; 1.2. Remont drogi w km 16+755 - 17+800: a) Roboty rozbiórkowe, b) Podbudowy, c) Nawierzchnia mineralno

- bitumiczna, d) Pobocza; 1.3. Urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego: a) Budowa radaru ze znakiem/tablicą o zmiennej treści (aktywną), informującego o prędkości ruchu pojazdu (km 14+755), b) Budowa dedykowanego oświetlenia przejścia dla pieszych oraz oznakowania aktywnego na przejściu dla pieszych (km 15+842). Zgodnie z pkt 2 zakres robót został określony w dokumentacji technicznej (załącznik nr 4 do SIWZ) składającej się z następujących opracowań: 2.1. Dokumentacja projektowa (uwaga - projekt obejmuje szerszy zakres robót - w wycenie należy uwzględnić zakres robót określony w pkt 1); 2.2. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót; 2.3. Przedmiar robót (stanowiący materiał pomocniczy w wycenie robót - uwzględnia ograniczenie zakresu robót zgodnie z pkt 1).

Następnie, Izba ustaliła, że w Rozdziale XII SIWZ opisano sposób obliczenia ceny oferty. Zgodnie z zapisem w pkt 1: w druku formularza ofertowego - załącznik nr 1 do specyfikacji należy podać cenę netto, wysokość podatku od towarów i usług VAT oraz cenę

brutto. Cena brutto musi określać całkowitą wycenę przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszelkie koszty wynikające z realizacji zamówienia i ma charakter ryczałtowy. Pkt 2 przewidywał, że wykonawca określi ryczałtową cenę brutto z podatkiem VAT, ściśle według formularza ofertowego i w oparciu o arkusz cenowy stanowiący załącznik nr 1a do niniejszej specyfikacji, uwzględniając wszelkie koszty wynikające z realizacji zamówienia. Ceny określone w arkuszu cenowym winny wynikać z tabeli elementów scalonych kosztorysu ofertowego, o którym mowa w rozdziale XVI pkt 5 i 6 (wykonawca będzie zobowiązany przekazać kosztorys ofertowy przed podpisaniem umowy). W arkuszu cenowym należy wycenić wszystkie elementy robót. Pominięcie jakiegokolwiek elementu spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią niniejszej specyfikacji. Tak ustalona cena stanowić będzie cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia. Dalej zamawiający wskazał, że tak ustalona cena stanowić będzie cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia (pkt 3); forma wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 KC) wymaga od wykonawcy również wyceny ryzyka, bowiem wykonawca nie będzie mógł żądać zmiany wynagrodzenia ryczałtowego dla zakresu robót objętego niniejszym zamówieniem (pkt 4); wszystkie wartości cenowe w formularzu ofertowym, powinny być liczone w walucie polskiej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku, jeżeli ceny zostaną podane z dokładnością do większej liczby miejsc po przecinku, Zamawiający uzna ten fakt za omyłkę i dokona jej poprawy. Zamawiający zaokrągli w/w cenę do pełnych groszy, przy czym końcówkę poniżej 0,5 grosza pominie, a końcówkę 0,5 grosza i wyższą zaokrągli do 1 grosza (pkt 5); Rozliczenia z wybranym wykonawcą dokonywane będą w walucie polskiej (pkt 6); Podstawą do określenia ceny oferty jest zakres robót podany w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 4 do specyfikacji (z uwzględnieniem rozdz. IV pkt 1 i 2 SIWZ) - pkt 7; Cena ofertowa powinna obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki wykonawcy, niezbędne do zrealizowania robót, wynikające z dokumentacji technicznej, sztuki budowlanej, przepisów prawa budowlanego i pozostałych warunków przetargu. Oznacza to, że cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji, jak również nie ujęte w dokumentacji przetargowej, a niezbędne do wykonania zadania, np. wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie terenu budowy, wprowadzenia organizacji ruchu, koszty utrzymania terenu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, ogrodzenie tymczasowe, dozоровanie budowy, itp.), koszty niezbędnych badań i opinii wymaganych podczas odbioru końcowego robót, koszty ubezpieczenia budowy oraz wszelkie inne, niewymienione z nazwy koszty niezbędne do zrealizowania zadania (pkt 8); Cena podana w ofercie będzie niezmienna bez względu na rzeczywisty poziom cen materiałów, najmu sprzętu i stawek robocizny - jakie kształtować się będą w okresie realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 9).

Ponadto Izba ustaliła, że w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert. Przystępujący zaoferował cenę za realizację zamówienia - 4.564.916,56 zł. brutto, z kolei odwołujący (którego oferta znalazła się na drugim miejscu) - 4.883.163,94 zł. brutto. Inni wykonawcy zaproponowali następujące ceny ryczałtowe brutto: Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (trzecie miejsce) - 4.938.904,90 zł.; P.B.U. ZIBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kamienicy (czwarte miejsce) - 5.245.266,58 zł.; Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego Machnik Sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy-Zdroju (z ceną najwyższą) - 7.635.998,98 zł. Szacunkowa wartość zamówienia, ustalona przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosiła netto 8.321.399,33 zł. (informacja w druku ZP-PN, str. 2, pkt 2 pkt 3).

Następnie Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 19 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę PDM Dębica, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej przez niego ceny z uwagi na to, że: cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 (tj. cena oferty wynosi: 4.564.916,56 zł. a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 wynosi: 10.235.321,18 zł, a pomniejszona o 30% wynosi: 7.164.724,83 zł). Z uwagi na to przystępujący został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w trakcie oceny przedstawionych wyjaśnień, dotyczących cenotwórczych elementów oferty (robocizna, materiały, sprzęt) weźmie pod uwagę przedstawione przez wykonawcę dowody na poparcie wyjaśnień. Zamawiający w piśmie kierowanym do przystępującego zobowiązał go również do przedłożenia kosztorysu ofertowego uproszczonego wraz z zestawieniem: robocizny (stawka godzinowa oraz łączna ilość roboczogodzin przypadająca na realizację wszystkich robót); wszystkich materiałów w ujęciu alfabetycznym (ceny jednostkowe materiałów, ilość materiałów, łączna wartość danego materiału oraz łączna wartość wszystkich materiałów); całego sprzętu w ujęciu alfabetycznym (ceny jednostkowe sprzętu, ilość godzin pracy każdego sprzętu, łączna wartość danego sprzętu oraz łączna wartość na cały wymagany sprzęt); oraz narzutów zastosowanych w kosztorysie ofertowym tj. koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca PDM Dębica w piśmie z 25 czerwca 2020 r.

wyjaśnił między innymi, że pierwszorzędne znaczenie dla wartości oferty miała przyjęta cena asfaltu do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych. Dzięki wyjątkowym rabatom od dostawcy asfaltu uzyskał on bardzo niskie koszty wytworzenia mieszanek mineralno-bitumicznych. W załączeniu przedstawił ofertę sprzedaży asfaltów drogowych od podwykonawcy, która posłużyła za podstawę wyceny mieszanek mineralno-asfaltowych. Ponadto, na potwierdzenie powyższego, przedstawił w załączeniu kalkulację robót w formie kosztorysu z zestawieniem robocizny, materiałów i sprzętu, a także tabelą elementów skalonych. Zapewnił ponadto, że zaoferowana przez niego cena w pełni odnosi się do stopnia trudności wykonywanych robót, wybranych rozwiązań technicznych, a także rodzaju i standardów materiałów opisanych w specyfikacjach technicznych. Ponadto podniósł, że przeprowadził wizję lokalną przyszłego placu budowy oraz zapoznał się dokładnie z dokumentacją udostępnioną przez zamawiającego, co pozwoliło na przygotowanie wyceny proporcjonalnej i adekwatnej do rozwiązania technicznego. Dalej powołał się również na swoje kilkudziesięcioletnie doświadczenie w wykonywaniu robót drogowych, fakt osiadania bogatego zaplecza technicznego oraz profesjonalnej kadry technicznej, co gwarantuje rzetelne i terminowe wykonanie zadania. Wyjaśnił również, że przygotowując ofertę przyjęto stawkę roboczogodziny w wysokości 20,00 zł., która jest wyższa od stawki najniższego wynagrodzenia na rok 2020. Z kolei koszty pośrednie oraz zysk zostały skalkulowane według ugruntowanej i wielokrotnie sprawdzonej praktyki wykonawcy w przygotowaniu oraz realizacji robót tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Argumentację swoją poparł stwierdzeniem, że cena zaoferowana przez PDM Dębica nie odbiega znacząco od cen innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy również zadeklarowali chęć realizacji zamówienia za cenę podobną do oferowanej przez przystępującego. W załączeniu do pisma przedłożył ofertę sprzedaży asfaltu, kosztorys ofertowy, zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu, tabelę elementów skalonych. Zaznaczył również, że udzielone zamawiającemu wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie należy udostępniać ich podmiotom trzecim. Powołał się przy tym na okoliczność, że informacja udzielona zamawiającemu w niniejszych wyjaśnieniach wypełnia definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn. zm.).

Następnie, jak ustalono na podstawie akt sprawy, zamawiający pismem z 3 lipca 2020 r. ponownie wezwał wykonawcę PDM Dębica do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: wartości pozycji dot. frezowania - cena jednostkowa, a także ilości pracy sprzętu poz. nr 1 i 11. Zamawiający poprosił o przedstawienie w/w pozycji jako szczegółowych (z nakładami RMS); ceny podbudowy z kruszyw naturalnych w poz. nr 3 a także cenę 1 m³ pospółki w RMS, gdzie wskazano cenę za 1 m³ w kwocie 20,00 zł.; przedstawienie dowodów potwierdzających zaoferowaną cenę (umowę/ ofertę, wskazanie źródła pochodzenia materiału); ceny piasku gdzie przystępujący podał cenę za 1 m³ w wysokości 25,00 zł.; przedstawienie dowodów potwierdzających zaoferowaną cenę (umowę/ ofertę, wskazanie źródła pochodzenia materiału).

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący w piśmie z 7 lipca 2020 r. złożył wyjaśnienia w zakresie wartości frezowania w pozycjach nr 1 i 11 kosztorysu. Przedstawił kalkulację szczegółową wyliczenia ceny, w tym założenia do wyceny przyjmując między innymi, że frezowanie wykonane zostanie własną marką WIRTGEN. Ponadto wyliczył: koszt godzinowy pracy frezarki wraz z operatorem, podał dniówkę roboczą przyjętą do kalkulacji, czas wykonania zakresu opisanego w tej pozycji, koszt odwozu destruktu, koszt przywozu i odwozu frezarki, określił poziom zużycia wody oraz koszt godzinowy pracy beczkowozu. Na tej podstawie wyliczył cenę jednostkową w kwocie 3,72 zł. za 1 m². W zakresie pozycji nr 11 przyjął analogiczne założenia do wyceny oraz wyliczył cenę jednostkową dla tej pozycji na poziomie 4,51 zł/m². Jednocześnie wyjaśnił, że za podstawę przyjęcia ceny pospółki i piasku posłużyły przystępującemu oferty pozyskane od poddostawcy tych surowców, które przedstawił w załączeniu. Poinformował ponadto, że udzielone zamawiającemu wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie należy udostępniać ich podmiotom trzecim. W uzasadnieniu wskazał, że informacja udzielona zamawiającemu w niniejszych wyjaśnieniach wypełnia definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn. zm.), gdyż po pierwsze informacja o cenach materiałów nie jest ujawniana do wiadomości publicznej, gdyż stanowi element dwustronnej umowy pomiędzy przystępującym a dostawcą kruszywa i stanowi decydujący czynnik cenotwórczy dla oferty złożonej w ramach przetargu. Oferta dostawcy została skierowana wyłącznie do jego firmy na potrzeby działalności przedsiębiorstwa i dostęp do tych informacji posiadają jedynie upoważnione osoby przez Zarząd PDM Dębica oraz dostawca, z zastrzeżeniem nieujawniania ich osobom trzecim. Ponadto, z uwagi na długotrwałą współpracę z dostawcami zostały wynegocjowane atrakcyjne ceny, a ich ujawnienie spowodowałoby utratę konkurencyjności poprzez możliwość posłużenia się tymi informacjami przez inne podmioty podczas negocjacji ceny kruszyw, co ma bezpośrednie przełożenie na cenę przetargową, a tym samym może mieć decydujący wpływ na wynik postępowania przetargowego zwłaszcza, gdy głównym kryterium jest cena. Tym samym jest to istotna wartość gospodarcza dla przedsiębiorstwa. Ponadto załączona

do wyjaśnień oferta handlowa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem nastąpiło podjęcie czynności do zachowania poufności informacji. Informacje te są chronione na komputerach przedsiębiorstwa przystępującego, poprzez specjalistyczne oprogramowanie. Ponadto także wersje papierowe ofert dostawców zabezpieczone są przed dostępem osób nieupoważnionych w zamkniętych szafach i chronione przez specjalistyczną firmę ochrony wraz z innymi dokumentami przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający przekazał, na wniosek odwołującego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez PDM Dębica w piśmie z 25 czerwca 2020 r. W zakresie informacji udzielonych pismem z 7 lipca 2020 r. zamawiający odtajnił dane w zakresie wyliczonych cen jednostkowych oraz elementy przyjęte w założeniach do wyceny w tych pozycjach.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania,

iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 89

ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty PDM Dębica,

pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę - zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może zwrócić się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ma to miejsce w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

Tym samym zamawiający, zgodnie z cytowanymi wyżej przepisami ustawy Pzp, wezwał wykonawcę PDM Dębica do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia przez niego ceny oferty. Bez znaczenia dla oceny zarzutów jest w tym przypadku okoliczność, że warunek 30% różnicy nie zaistniał w zakresie przesłanki badania rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Należy przypomnieć, że obydwie przesłanki opisane w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp występują niezależnie od siebie, a zatem okolicznością uprawniającą do wezwania wykonawcy w okolicznościach niniejszej sprawy był fakt, że cena całkowita oferty PDM Dębica była niższa o ponad 30% od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do 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.

W niniejszej sprawie, jak wynika z poczynionych przez Izbę ustaleń, przedmiotem zamówienia było wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie drogi powiatowej nr 1551 K Limanowa - Chełmiec: odcinek I w km od 13+629 do km 16+755 i odcinek II w km od 16+755 do km 17+800 w miejscowościach: Chomranice, Klęczany, Marcinkowice, Powiat Nowosądecki. Zgodnie z Rozdziałem IV - Opis przedmiotu zamówienia zakres robót określony został w dokumentacji technicznej (załącznik nr 4 do SIWZ), składającej się z następujących opracowań: dokumentacji projektowej (przy czym zamawiający zaznaczył, że projekt obejmuje szerszy zakres prac), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (dalej „STWiOR”), przedmiaru robót, który określony został jako materiał pomocniczy w wycenie robót (uwzględniający zakres prac do wykonania w ramach zamówienia).

Dalej, Izba wskazuje, że w Rozdziale XII SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający podał, że cena za realizację zamówienia, określana przez wykonawcę w formularzu oferty ma charakter ryczałtowy. Cena ta powinna zawierać wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją zamówienia i być wyliczona w oparciu o arkusz cenowy,

zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ. Z kolei kosztorys ofertowy miał zostać sporządzony przez wykonawcę i przedłożony zamawiającemu przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zauważyć należy, że ustalone i opisane w powyższy sposób wynagrodzenie ryczałtowe, jakie zostało określone w tym postępowaniu, polega na wyliczeniu wysokości wynagrodzenia w kwocie stałej, ostatecznej, obejmującej całość realizacji prac ujętych przez zamawiającego w SIWZ. Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest zatem niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i ustalone przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97). Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą zatem liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty, związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę.

Okoliczność, że w postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia nie zwalnia wprawdzie zamawiającego z obowiązku badania, czy zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a w konsekwencji również wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i badania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Także bowiem w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie co najmniej założeniami, jeśli nie szczegółowymi kalkulacjami oferowanej ceny, przed złożeniem oferty w postępowaniu. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny kalkulacje to posłużyć mogą w procedurze przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp, co zostanie uwidocznione w postaci szczegółowych, spójnych i rzetelnych wyjaśnień, składanych zamawiającemu w toku postępowania.

Tym samym zamawiający, w razie zaistnienia przesłanek opisanych w ustawie Pzp, ma prawo a w niektórych okolicznościach także obowiązek, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny ryczałtowej i przedstawienia szczegółowych kalkulacji odnoszących się do zaproponowanego w ofercie wynagrodzenia. Zadaniem zamawiającego w niniejszym przypadku, jest dokonanie oceny złożonych wyjaśnień, decydując czy przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia lub sporządzone szczegółowe wyliczenia, budzą jego uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W niniejszej sprawie zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę PDM Dębica do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie dotyczącym wyliczenia ceny. W pierwszym piśmie z 19 czerwca 2020 r. zamawiający określił, że oczekuje od wykonawcy PDM Dębica przedstawienia informacji odnośnie okoliczności określonych z art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp). Ponadto wezwał także przystępującego do przedłożenia kosztorysu ofertowego uproszczonego, wraz z zestawieniem: robocizny (stawka godzinowa oraz łączna ilość roboczogodzin przypadająca na realizację wszystkich robót); wszystkich materiałów (ceny jednostkowe materiałów, ilość materiałów, łączna wartość danego materiału oraz łączna wartość wszystkich materiałów); całego sprzętu. Odpowiadając na wezwanie przystępujący, w ocenie Izby, przede wszystkim wskazał jakie okoliczności miały wpływ na sposób kalkulacji ceny jego oferty. Podniósł między innymi, że na poziom zaoferowanej ceny ma wpływ kluczowy, w jego przypadku element kosztotwórczy, jakim są mieszanki mineralno-bitumiczne. W celu wykazania rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przystępujący załączył ofertę sprzedaży asfaltów drogowych od współpracującego z nim podwykonawcy. Wyjaśnił ponadto, że przeprowadzona na placu budowy wizja lokalna pozwoliła mu na ocenę zakresu prac, które mają zostać wykonane a zapoznanie się z dokumentacją techniczną pozwala na przygotowanie wyceny, która jest proporcjonalna i adekwatna do rozwiązania technicznego. Ponadto, na potwierdzenie, że zaoferowane ceny są cenami realnymi załączył do wyjaśnień kosztorys ofertowy, który potwierdzać miał prawidłowość kalkulacji i spełniał żądania zamawiającego co do szczegółowego wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych w zakresie robocizny, materiałów i sprzętu.

W tym miejscu należy wskazać, że ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. W tym kontekście, czy zamawiający dokonując oceny zaoferowanej przez wykonawcę w ofercie ceny oraz złożonych przez niego wyjaśnień, podjął prawidłową decyzję co do przyjęcia lub też odrzucenia oferty. W niniejszej sprawie, mając na uwadze treść wezwania zamawiającego z 19 czerwca 2020 r., uznać należy, że odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił z czego wynika możliwość wykonania zadania za zaoferowaną cenę a okoliczność tę poparł dowodem. Co kluczowe, załączył także żądane przez zamawiającego kalkulacje, które w przypadku robót budowlanych przedstawiają szczegółowe wyliczenia zaproponowanej w ofercie ceny. Oceniając zatem działania zamawiającego nie sposób dopatrzeć się jakiegokolwiek wadliwości, w stosunku do dokonanej przez zamawiającego oceny w zakresie przedłożonych wyjaśnień, która uprawniałaby

do stwierdzenia, że były one podstawą do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez PDM Dębica.

Następnie zamawiający, pismem z 3 lipca 2020 r. wezwał ponownie przystępującego do wyjaśnienia ceny, tym razem w zakresie wartości pozycji dot. frezowania, ceny podbudowy kruszyw naturalnych (pospółek) oraz ceny piasku. Jak wyjaśnił na rozprawie były to te pozycje kosztorysu, co do których zamawiający powziął wątpliwości w zakresie realności i rynkowości zaproponowanej ceny jednostkowej. W odniesieniu do pospółek i piasku zamawiający zażądał przedłożenia stosownych dowodów (umowy lub oferty podwykonawców). Przystępujący, w odpowiedzi na to wezwanie złożył wyjaśnienia, które należy również uznać za wystarczające, w kontekście zapytania skierowanego przez zamawiającego. Przedstawił bowiem swoje wyliczenia poszczególnych pozycji, podał założenia jakie poczynił przy dokonywaniu wyceny, w tym w przypadku gdy do wyliczenia oferowanej ceny posłużyła mu oferta podwykonawcy, powołał się na pozyskaną ofertę cenową i załączył ją jako dowód. Stąd, w ocenie składu orzekającego, również w przypadku kolejnych wyjaśnień, zamawiający w sposób prawidłowy dokonał ich oceny, a w konsekwencji podjął decyzję o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty PDM Dębica. Przystępujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień i odpowiedział na wszystkie wątpliwości zamawiającego, który co należy nadmienić pomimo, że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy, poprosił najpierw o złożenie kosztorysu uproszczonego, a następnie badał poszczególne elementy składające się na cenę.

Z uwagi na fakt, że odwołujący kwestionował wybrane elementy kalkulacji sporządzonej przez przystępującego, Izba odnie się poniżej do poszczególnych zarzutów, formułowanych wobec wyjaśnień i kalkulacji szczegółowej, przedłożonych przez PDM Dębica.

I tak, odnosząc się do zarzutu dotyczącego sposobu kalkulacji pozycji nr 3 kosztorysu ofertowego - Izba zwróciła uwagę, że cena pospółki, którą przyjął w swoim kosztorysie przystępujący wynosiła 20,00 zł. za 1m^3 a nie jak przyjął odwołujący 54,00 zł/ m^3 , stąd wyliczenia odwołującego, które oparte zostały na przyjętych przez niego założeniach, należy uznać za błędne. Podstawiając do wyliczeń cenę pospółki, wynikającą z oferty uzyskanej przez przystępującego, otrzymuje się cenę 4,72 m^2 , a więc taką, jaka jest ujęta została w ofercie.

Również kalkulacja, którą przedstawił odwołujący na rozprawie jako dowód, opiera się na założeniu, że do ceny pospółki, którą oferują dostawcy należy doliczyć koszty dowozu materiału na plac budowy. Stąd, w przeliczeniu na 1m^3 , różnica pomiędzy wyliczeniami odwołującego a kalkulacją przystępującego wyniosła 39,40 zł. Tymczasem z oferty handlowej, którą załączył do swoich wyjaśnień przystępujący wynika, że cena 20,00 zł. za 1m^3 dotyczy materiału wraz z dostawą. Przystępujący na rozprawie przedstawił szczegółową wycenę tej pozycji kosztorysu (dowód opisany jako P2). Potwierdza on, że w przypadku przyjęcia do kalkulacji ceny jednostkowej materiału, wynikającej z otrzymanej przez PDM Dębica oferty na dostawę pospółki na plac budowy zamawiającego, wyliczenia przystępującego były rzetelne i oparte o prawidłowe dane.

W konsekwencji należy uznać, że wyliczenia które przedstawiał odwołujący, mające wykazać, że przystępujący zaniżył w tej pozycji cenę o 105 821,62 zł., należy uznać za nieprawidłowe.

Nie można w przedmiotowej sprawie opierać się również na wyliczeniach odwołującego, dokonanych na podstawie minimalnych stawek cenowych m-g sprzętu, kosztów pośrednich i zysku z wydawnictwa Sekocenbud za II kwartał 2020 r., które miały być punktem wyjścia do analizy, czy cena zaproponowana przez PDM Dębica jest realna. Ceny te są wprawdzie powszechną podstawą do sporządzania kosztorysów, są dostępne w branży i odzwierciedlają aktualne ceny rynkowe. Wydawnictwo to gromadzi, przetwarza i publikuje informacje o cenach w budownictwie. Jeżeli jednak jest tak, jak w przypadku przystępującego, który posiada jakieś nieuwzględnione w wyżej opisanej publikacji rabaty lub istnieją inne okoliczności wpływające na możliwość osiągnięcia przez niego ceny korzystniejszej, i wykazuje on to w wyjaśnieniach udzielanych zamawiającemu, przedstawiając stosowne oferty poddostawców, nie sposób takich wyjaśnień kwestionować a przedłożonych ofert - podważać. Nie ma również podstaw, aby uznać, że w swojej ofercie przystępujący nie ujął stałych elementów składających się na koszt wydobycia pospółki. Oferta handlowa na sprzedaż tego materiału obejmuje również dostawę loco budowa. Nie sposób również wywieść, że firma zajmująca się wydobyciem pospółki nie skalkulowała w cenie stawki opłaty eksploatacyjnej w kwocie 0,64 zł., wynikającej z obwieszczenia Ministra Środowiska z 17 września 2019 r. w sprawie stawek opłat na rok 2020 (poz. 33 tabeli).

Odnosząc się z kolei do kwestionowanej przez odwołującego ceny piasku, przyjętej przez PDM Dębica w zestawieniu materiałów w kwocie 25,00 zł. za 1m^3 , Izba uznała, że została ona przyjęta na podstawie oferty handlowej, którą pozyskał wykonawca PDM Dębica na ten materiał. Z treści oferty wynika, że dotyczy ona dostawy materiałów loco budowa, w tym konkretnym postępowaniu i datowane jest na maj br.

Wyliczenia odwołującego opierają się z kolei na pozyskanych przez niego ofertach i cennikach, stąd również kalkulacje odwołującego w tej pozycji opierają się na danych, które są jemu właściwe i dedykowane. W konsekwencji za nieprawidłowe należy uznać wyliczenia, zmierzające do wykazania, że PDM Dębica zaniżyło cenę w tej pozycji o 84 997,40 zł. brutto.

Odnosząc się do sposobu kalkulacji w tych pozycjach należy zgodzić się z przystępującym, że odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że ceny jednostkowe za pospółkę i piasek zostały przez niego przyjęte na poziomie, który należy uznać za nierealistyczny i niemożliwy do wykonania za te kwoty oraz, że uzyskanie takich cen na rynku nie jest możliwe. Odwołujący w kwestionowanych pozycjach nie przyjął bowiem do kalkulacji cen za materiały, które podał przystępujący (a były one odwołującemu znane), przedstawił za to swoje wyliczenia i swoje kalkulacje, w oparciu o ceny oferowane odwołującemu. Uznać zatem należy, że o ile wykonawca PDM Dębica sprostął ciężarowi wykazania, że pozycje te zostały skalkulowane w sposób rynkowy i rzetelny, odwołujący nie był w stanie tych kalkulacji podważyć.

Z kolei w zakresie wyceny użycia sprzężarki w pracach przewidzianych do wykonania, w związku z wyceną pozycji nr 1 i 11 kosztorysu, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia przystępującego, złożone w piśmie z 3 lipca 2020 r., w których w założeniach przyjęto wykonanie frezowania za pomocą frezarki, przygotowując kalkulację zakładającą użycie tego sprzętu. Ponadto, jak wynika ze specyfikacji technicznej nr „D05.03.11 Frezowanie nawierzchni asfaltowych na zimno” zamawiający przewidział, że rozbiórki wykonane zostaną przy użyciu frezarki, a nie sprzężarki.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że przyjęty przez zamawiającego w tych pozycjach KNNR 6 0802-04 przewiduje wykonanie tych prac poprzez wykorzystanie sprzężarki (na dowód powyższego przystępujący przedłożył jako dowód szczegółowy kosztorys dla tej pozycji - dowód P3). Jak wyjaśnił przystępujący, w konsekwencji powyższego, w zestawieniu sprzętu wymieniono sprzężarkę. Izba zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, że załączone do pierwszych wyjaśnień zestawienie sprzętu (w którym wymieniono sprzężarkę) wcale nie dowodzi, że do wykonania prac zostanie użyty sprzęt inny, niż przewidział to zamawiający w STWiOR, ale że przystępujący zastosował się do treści narzuconych przez zamawiającego pozycji KNNR w przedmiarach robót. Zamawiający w wezwaniu z 19 czerwca 2020 r. nakazał wykonawcy PDM Dębica przedstawienie kosztorysu. Nie ulega wątpliwości, że podstawę jego sporządzenia stanowiły przedmiary przekazane przez zamawiającego. Chcąc zatem uczynić zadość jego wymaganiom - przystępujący przedłożył stosowną kalkulację, opierając się na wskazanych podstawach (właściwych KNNR).

Nie potwierdziły się również, w ocenie składu orzekającego, zarzuty odwołującego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez PDM Dębica, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W tym kontekście aktualne pozostają wywody dotyczące ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, które przyjął zamawiający w niniejszym postępowaniu. Tym samym zakres prac, których wykonanie zadeklarował wykonawca, wynikał przede wszystkim z arkusza cenowego, stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ. Prace deklarowane w tym dokumencie

- wykonawca zobowiązał się wykonać zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ

Z uwagi na powyższe nie sposób podzielić zastrzeżeń odwołującego, który podnosił niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do prac polegających na budowie radaru oraz kompletnego oznakowania przejścia dla pieszych. Te dwie pozycje wykonawca PDM Dębica wycenił w ofercie, a następnie ich wykonanie zadeklarował również w kosztorysie, załączonym do wyjaśnień z 25 czerwca 2020 r. Potwierdza to, że zakres ten przystępujący ma zamiar zrealizować zgodnie z opisem przyjętym w SIWZ. Jak wynika z treści załącznika nr 1a do SIWZ, składanego wraz z ofertą, jak też kosztorysu, prace te zostały przez przystępującego wycenione odpowiednio na kwotę 25 000,00 zł. oraz 48 300,00 zł.

Odwołujący kwestionował ich wykonanie z tego powodu, że w zestawieniu materiałów brak jest elementów koniecznych do wykonania tych robót. Izba przyjęła w tym zakresie wyjaśnienia PDM Dębica, że brak niektórych elementów w zestawieniu materiałów jest wyłącznie konsekwencją opierania się przy sporządzaniu kosztorysu na przedmiarze zamawiającego, a to nie dowodzi niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do argumentów odwołującego, że żaden z materiałów ujętych w zestawieniu nie służy wykonaniu prac w zakresie radaru ze znakiem/ tablicą o zmiennej treści (aktywną), informującego o prędkości ruchu pojazdu (km 17+775) oraz budowy kompletnego oznakowania przejścia dla pieszych dwoma pulsatorami, doświetleniem i oznakowaniem pionowym i poziomym w km 15+842 dostrzec należy, że w pozycjach 18 i 19,

w których przewidziano ten zakres prac zamawiający przyjął KNNR 6 0702-04. Zgodnie z opisem w pozycji 18 należało wycenić roboty polegające na „Kompleksowym oznakowaniu radarem w km 17+776”, natomiast w pozycji 19 związane z „pionowymi znakami drogowymi

- znakami zakazu, nakazu, ostrzegawczymi i informacyjnymi o powierzchni do 0,3 m”. Z opisu w pozycji 19 (co przedstawił przystępujący przedkładając rozwinięcie tej pozycji - dowód P4) wynika, że nie uwzględni on radarów ze znakami zmiennej treści. Nie przewidziano w niej zatem prac dodatkowych, a w konsekwencji również w zestawieniu materiałów nie uwzględniono wszystkich, potrzebnych do wykonania tych prac. Nie oznacza to jednak, że wykonawca PDM Dębica nie ujął ich i nie wycenił w swojej ofercie. Na potwierdzenie, że elementy te zostały ujęte w wycenie, przystępujący przedłożył dowód w postaci oferty podwykonawcy, z datą: maj 2020 r. na wykonanie tego zakresu prac (dowód opisany jako P5).

Analogiczne wnioski odnieść należy do zarzutu braku uwzględnienia w wycenie elementów koniecznych do wykonania oczyszczenia i skropienia warstw konstrukcyjnych (które były wymagane zgodnie z STWiOR, rozdział D04.03.01). Odwołujący w treści odwołania nie rozwinął przedmiotowego zarzutu i nie wskazał, które elementy wykonawca PDM Dębica pominął w swojej wycenie. Dopiero na rozprawie przedłożył swoje szczegółowe wyliczenia, załączając zarówno kosztorys szczegółowy dla tych pozycji, jak też oferty wytwórców emulsji asfaltowej, która jak podkreślał jest materiałem o krótkim okresie przydatności do stosowania.

Z uwagi na powyższe, Izba zwraca uwagę przede wszystkim na okoliczność, że argumentacja odwołującego i dowody, które prezentował na rozprawie w zakresie tej pozycji kosztorysowej, wykraczają poza opis zarzutu prezentowanego w treści złożonego odwołania. Zmierzają bowiem w istocie do wykazania, że w zakresie tej pozycji cena zaproponowana przez wykonawcę PDM Dębica winna zostać uznana za rażąco niską, nie służą natomiast wykazaniu niezgodności treści złożonej oferty z SIWZ. Należy przypomnieć, że argumentacja, jak też okoliczności podnoszone na rozprawie, nie mogą wykraczać poza opis przedstawiony w treści odwołania. Powoduje to bowiem, że strona przeciwna nie ma możliwości odniesienia się do kwestii, które jako nowe przywoływane są dopiero przed Izbą. Tym samym wywody odwołującego w tym zakresie - Izba uznała za spóźnione.

W odniesieniu do kwestii dotyczącej braku uwzględnienia w zestawieniu materiałów i sprzętu elementów koniecznych do wykonania tych prac - aktualna pozostaje argumentacja Izby, dotycząca kwestii ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy za zrealizowane roboty, jak też opierania się na przedmiarach przygotowanych przez zamawiającego.

Nie potwierdził się również, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy

Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) poprzez brak odrzucenia oferty PDM Dębica, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a to utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez oferowanie świadczenia usług (robót budowlanych) poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Zarzut ten odwołujący formułował podnosząc, że ceny materiałów użytych do wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia, takich jak pospółka i piasek zostały skalkulowane na poziomie poniżej kosztów ich wytworzenia. Zarzut ten był zatem związany z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, który Izba uznała za niezasadny.

Tym samym, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie można mówić o czynach noszących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, polegających na podejmowaniu przez przystępującego działań mających na celu eliminację z rynku innych konkurentów, czy też proponowaniu cen odbiegających od ich realnego poziomu, opartego na rynkowych podstawach.

Okoliczność, że cena ofertowa odwołującego za wykonanie całości, a co za tym idzie w odniesieniu do poszczególnych elementów robót odbiega, i to w sposób nieznaczny, od ceny zaoferowanej przez PDM Dębica nie przesądza o tym, że cena oferty konkurencyjnej jest rażąco niska lub też, że skalkulowana została poniżej kosztów wytworzenia i utrudnia dostęp innym wykonawcom do rynku. Aby ziściła się przesłanka opisana w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest dodatkowo wykazanie, że oferta złożona przez wykonawcę zawiera nie tylko cenę rażąco zaniżoną, ale też taką, że jej przedstawienie w ofercie narusza art. 15 ust. 1 UZNK i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej.

Z sytuacją taką nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Nie potwierdził się zarzut, jakoby ceny jednostkowe, skalkulowane w kosztorysie za pospółkę i piasek były

cenami rażąco niskimi. Nie potwierdził się wobec powyższego, również zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Za zasadny uznać należy natomiast zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust.

3 w zw. ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 in fine ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady jawności przedsiębiorstwa

postępowania	i przejrzystości jego prowadzenia i	uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa
danych, które	nie spełniają wynikających z art.	11 ust. 2 UZNK wymogów tajemnicy

Jak ustalono, na podstawie akt sprawy przekazanych przez zamawiającego, wykonawca PDM Dębica składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zawarte w pismach z 25 czerwca 2020r. oraz 7 lipca 2020 r. zastrzegł, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadniając owo zastrzeżenie, w piśmie z 25 czerwca 2020 r. posłużył się jedynie ogólną formułą stwierdzając, że informacje udzielone zamawiającemu wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei w drugim piśmie z 7 lipca 2020 r. zawarto szersze uzasadnienie objęcia przekazanych informacji tajemnicą.

Jak zauważył odwołujący wykonawca PDM Dębica, uzasadniając dokonane zastrzeżenie, popełnił omyłkę, wskazując inną podstawę prawną tj. art. 11 ust. 4 zamiast art. 11 ust. 2 UZNK. W tym odwołujący upatrywał braku dochowania należytej staranności wykonawcy zastrzegającego informacje. Izba nie podzieliła argumentacji, że sam fakt wskazania błędnego, nie obowiązującego już przepisu, jako podstawy prawnej, przesądza o braku należytej staranności wykonawcy w tym zakresie. Zauważyć należy, że treść przepisu art. 11 ust. 4 UZNK, przed zmianą ustawy była niemalże tożsama do obecnego brzmienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK. Nie wpływa to w żaden sposób na ocenę, czy w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do skutecznego zastrzeżenia danych, przedstawionych w wyjaśnieniach.

Należy jednak nadmienić, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, opisana w art. 8 ustawy Pzp, jest jedną z generalnych zasad, stanowiących gwarancję, że postępowanie prowadzone będzie w sposób przejrzysty, z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym, zasada ta może doznać ograniczeń jedynie w przypadkach opisanych w ustawie. Jednym z nich jest sytuacja opisana w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie ujawnia 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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Użyte przez ustawodawcę sformułowanie w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania", oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie "wykazanie" nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 UZNK. Ponadto stosownie do art. 8 ust.3 ustawy Pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

W konsekwencji rolą zamawiającego, w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązкови sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Nie budzi również wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem niezbędnym w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną

informację wartości gospodarczej. Oznacza to, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub jeszcze innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

W toku prowadzonego postępowania wykonawca PDM Dębica zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, składane na wezwanie zamawiającego, w pismach z 25 czerwca 2020 r. oraz z 7 lipca 2020 r. Przy czym, jak wynika z ustaleń poczynionych na podstawie akt sprawy przesłanych przez zamawiającego, zamawiający przekazał, na wniosek odwołującego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez PDM Dębica w piśmie z 25 czerwca 2020 r. W zakresie informacji udzielonych pismem z 7 lipca 2020 r. zamawiający odtajnił dane w zakresie wyliczonych cen jednostkowych oraz elementy, które zostały przyjęte w założeniach do wyceny w tych pozycjach.

Izba zauważa, że w piśmie z 25 czerwca 2020 r. wykonawca PDM Dębica ograniczył się, przy zastrzeganiu informacji, do przywołania definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i poinformowania, że zaistniały okoliczności wynikające z przepisów UZNK. Takie wyjaśnienie nie mogło zostać uznane przez zamawiającego za wystarczające, stąd wszystkie informacje zawarte w przedmiotowym piśmie podlegały ujawnieniu.

Z kolei w zastrzeżeniu dokonany w piśmie z 7 lipca 2020 r. przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzut w tym zakresie należy uznać za zasadny. Przystępujący powinien bowiem sprecyzować i wykazać zamawiającemu, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostał. Nie może być uznane za wystarczającą argumentację samo twierdzenie wykonawcy, że z uwagi na długotrwałą współpracę z dostawcami zostały wynegocjowane atrakcyjne ceny, a ich ujawnienie spowodowałoby utratę konkurencyjności, poprzez możliwość posłużenia się tymi informacjami przez inne podmioty podczas negocjacji ceny kruszyw, co ma bezpośrednie przełożenie na cenę przetargową, a tym samym może mieć decydujący wpływ na wynik postępowania przetargowego zwłaszcza, gdy głównym kryterium jest cena.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że w niniejszej sprawie przystępujący nie wykazał przesłanki, że zastrzegane przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, a to już samo w sobie stanowić może podstawę dla uznania, że zastrzeżenie przez niego dokonane jest nieskuteczne.

Jednocześnie skład orzekający doszedł do przekonania, że odtajnienie tych informacji na obecnym etapie postępowania - nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku Izba uwzględni odwołanie.

Podkreślić należy, że odwołujący nawet nie znając wyjaśnień złożonych przez przystępującego w pełnym zakresie, dysponował jednak danymi i elementami istotnymi, które pozwalały mu na sformułowanie zarzutów w zakresie odnoszącym się do rażąco niskiej ceny. W szczególności podkreślić należy, że odwołujący dysponował cenami jednostkowymi, pełnymi danymi odnoszącymi się do sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych, a zatem materiałem niezbędnym do postawienia i sformułowania zarzutów w zakresie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba, w granicach odwołania, rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie pozostałych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - nie może przynieść zmiany wyniku postępowania w postaci wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: