Sygn. akt: KIO 1360/21

WYROK

z dnia 5 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Beata Konik

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 30 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 maja 2021 roku przez **Tree Capital spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Baniosze** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie Państwowy Instytut Badawczyz siedzibą w Warszawie** przy udziale **Erbud Operations spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk, w zakresie, w jakim odnosi się on do następujących fragmentów pisma Przystępującego zawierającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 8 kwietnia 2021 r. str. 1-3 (do przedostatniego akapitu na str. 3); str. 4 (od drugiego akapitu) – str. 5 do akapitu rozpoczynającego się od słowa „Przyczyny" bez tego akapitu, str. 7 (od ostatniego akapitu) – str. 10 (bez ostatniego zdania), str. 11 od pkt II, str. 12 (od drugiego akapitu do końca pisma), wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego.
2. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wobec oświadczenia Odwołującego o ich wycofaniu.
3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 8 kwietnia 2021 r. w pozostałym zakresie, nieobjętym oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu ww. zarzutu, wraz z załącznikami nr 1, 2, 3, ponowne badanie i ocenę ofert.
4. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
5. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w ½ i:
5.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

5.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **11 800 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1360/21

UZASADNIENIE

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie Państwowy Instytut Badawczyz siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi, na podstawie art. 359 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) – dalej: „ustawa Pzp", pn. „Rozbiórka 5-ciu budynków wraz z instalacjami i sieciami uzbrojenia podziemnego wchodzących w skład Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie" (znak postępowania: PN-20/21/ZS).Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 lutego 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 026-063158.

W postępowaniu tym wykonawca Tree Capital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Baniosze (dalej: „Odwołujący") 7 maja 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze oferty wykonawcy Erbud Operations spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce (dalej: „Wykonawca Erbud") oraz zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 18 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) (dalej: uznk) przez zaniechanie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę Erbud jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami), pomimo, iż Wykonawca Erbud w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa
2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Erbud mimo, że nie podołał on obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów i mimo, iż zaoferował rażąco niską cenę w Postępowaniu,
3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Erbud, mimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

4)ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Erbud do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych mających potwierdzać posiadanie przez niego zdolności technicznej lub zawodowej lub wezwanie do uzupełnienia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu,

5)oraz w konsekwencji, art. 16 i 17 Ustawy przez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz z naruszeniem równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1)odtajnienie wyjaśnień Wykonawcy Erbud w zakresie rażąco niskiej ceny jako nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz weryfikacji podmiotowej Wykonawcy Erbud,

4)odrzucenie oferty Wykonawcy Erbud,

5)wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem ww. przepisów doprowadziły do wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Erbud, która powinna zostać odrzucona z przyczyn wskazanych w odwołaniu. Tymczasem oferta Odwołującego, pod względem punktacji, znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert i jest to oferta prawidłowa, ważna, zaś Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Zatem gdyby nie zaniechania oraz czynności Zamawiającego, podjęte w toku postępowania, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ zaoferował on najkorzystniejszą ofertę, niepodlegającą odrzuceniu i potwierdził spełnienie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w ramach niniejszego postępowania zostały złożone dwie oferty:

Wykonawca Erbud – cena: 6 349 922,17 zł

Odwołujący – cena: 10 896 380,58 zł.

Jak wskazał Odwołujący, budżet Zamawiającego wynosi: 13 257 562,04 zł, zatem cena oferty Wykonawcy Erbud jest o 41% niższa od ceny oferty Odwołującego, a ponadto cena oferty Wykonawcy Erbud jest o 52 % niższa od budżetu Zamawiającego.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w 26 marca 2021 r. wezwał Wykonawcę Erbud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, początkowo wskazując, że wezwanie zostało skierowane ze względu na różnicę ceny oferty w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu. Odwołujący wskazał, że po zgłoszeniu uwag od Wykonawcy Erbud, Zamawiający sprostował podstawę wezwania, wskazując na art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca Erbud odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w przedłużonym terminie. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały jednak zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wskazał Odwołujący, 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy Erbud jako najkorzystniejszej.

Tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niezasadnie uznał, iż doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 18 ustawy Pzp. Jak wskazał następnie Odwołujący, zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantowaną art. 61 Konstytucji RP, jakiekolwiek jej ograniczenie możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w którym ustawodawca umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca takie informacje wyraźnie zastrzeże w momencie składania oraz wykaże, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie ustawa Pzp odsyła do uznk, zgodnie z której art. 11 ust. 2 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. Aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk, tj. wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności, muszą być spełnione łącznie.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na to, że wyłączenie jawności powinno mieć miejsce w wyjątkowych przypadkach, zatem każdy z elementów (przesłanek), jakie składają się na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu również powinno być traktowane ściśle i interpretowane zawężająco. W tym zakresie Odwołujący odwołał się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Izby, powołując się na następujące orzecznictwo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2021 r., KIO 720/21,wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2021 r., KIO 20/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2021 r., KIO 720/21.

W ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienia Wykonawcy Erbud w żaden sposób nie wykazują, iż zastrzeżone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z treści pisma z 8 kwietnia 2021 r. Odwołujący wywodzi, co następuje:

- Wykonawca Erbud zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załączniki Nr 1 i Nr 2, Nr 3 oraz wyjaśnienia zawarte w dalszej części pisma z dn. 8.04.2021 r. (pkt I oraz pkt II), obejmujące w szczególności oferty cenowe i wynikające z nich kalkulacje uwzględniające narzuty kosztów i zysku, jakie są przyjmowane do kalkulacji cen ofertowych, a także firmy i dane kontrahentów, natomiast z treści wyjaśnień nie wynika, aby Wykonawca Erbud zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jakiekolwiek dowody potwierdzające stosowaną przez niego politykę poufności, w związku z tym, Odwołujący domniemywa, iż takich dowodów Wykonawca Erbud nie złożył. Odwołujący zauważył, że Wykonawca Erbud nieprecyzyjnie określił, co składa się na poszczególne załączniki do wyjaśnień, co w dużym stopniu uniemożliwia Odwołującemu ustalenie jakie konkretnie dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednocześnie świadczy o dużym stopniu ogólności tychże wyjaśnień;
- Wykonawca Erbud wskazał, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy handlowej, a ich ujawnienie spowodowałyby utratę jego przewagi cenowej i podkupienie kontrahenta, jednocześnie stanowią jego know- how,

a ujawnienie tych informacji spowodowałoby zmniejszenie jego konkurencyjności na rynku budowlanym i skutkowałoby utratą zakładanych zysków - w tym zakresie, należy Odwołujący wskazał, że Wykonawca Erbud dla uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa posłużył się typowymi ogólnymi stwierdzeniami, jakich powszechnie używa się w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W żaden jednak sposób nie wskazał na obiektywną możliwość wystąpienia szkody w związku z ujawnieniem zastrzeżonych informacji - sugerowana przez niego możliwość podkupienia kontrahentów, czy utrata przewagi cenowej Wykonawcy Erbud jest niczym innym jak jedynie subiektywnym odczuciem, które nie może uzasadniać ograniczenia jawności postępowania. W szczególności, zdaniem Odwołującego Wykonawca Erbud nie wykazał, aby taka praktyka kiedykolwiek go dotknęła, ani nie podał konkretnych przykładów takich sytuacji występujących w ramach prowadzonej przez niego działalności;

- Wykonawca Erbud wskazał, iż nie posiada zgody podmiotów współpracujących, tj. podwykonawców oraz dostawców na przekazywanie treści złożonych przez nich ofert firmom konkurencyjnym - w tym zakresie Odwołujący podniósł, iż Wykonawca Erbud w żaden sposób twierdzenia tego nie udowodnił (z treści wyjaśnień z dn. 8.04.2021 r. nie wynika, aby dołączono do niego jakiekolwiek dowody). W ocenie Odwołującego aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca Erbud powinien przedłożyć choćby oświadczenia podmiotów współpracujących z nim, iż nie wyrażają zgody na udostępnienie treści ich ofert podmiotom trzecim. Natomiast samo stwierdzenie Wykonawcy Erbud zawarte w piśmie z 8 kwietnia 2021 r. należy, zdaniem Odwołującego, potraktować jako gołosłowne, niepoparte jakimkolwiek wiarygodnym dowodem. Tym bardziej dziwi brak jakiegokolwiek dowodu, iż pozyskanie takich oświadczeń od podmiotów współpracujących z pewnością nie byłoby trudne, skoro ich wolą (rzekomo) było nieudostępnianie treści ofert handlowych. W tym zakresie, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Erbud wykazał się niedbałością w przygotowaniu wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2021 r., KIO 720/21.
- Wykonawca Erbud wskazał, iż dostęp do zastrzeżonych informacji mają jedynie wybrani pracownicy Wykonawcy, zaś warunek zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa został zawarty w ich umowach o pracę - podobnie jak w tiret powyżej, również w tym zakresie Wykonawca Erbud nie przedłożył żadnego dowodu i tak samo, należy potraktować to jako wyraz rażącej niedbałości. Przedłożenie przykładowych umów o pracę zawierających odpowiednie klauzule o poufności nie powinno stanowić dla Wykonawcy Erbud większego problemu. Natomiast brak takich dowodów, świadczy o tym, iż nie wykazano przesłanki niezbędnej do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. iż podjęto działania w celu utrzymania ich w poufności. W tym zakresie Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2021 r., KIO 3483/20.
- Wykonawca Erbud wskazał, iż zastrzeżone dokumenty obejmują informacje o charakterze gospodarczym i handlowym, albowiem dotyczą m.in. metod i sposobu kalkulacji i liczenia ceny i jako takie kwalifikują się do objęcia ich zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa - w tym zakresie Odwołujący argumentował, że aby dane informacje uznać za posiadające wartość gospodarczą, konieczne jest przynajmniej określenie, na czym ta wartość polega.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są bardzo ogólne, zawierają wyłącznie stwierdzenia, które standardowo zamieszczane są przez wykonawców, natomiast nie znajdują one odzwierciedlenia w konkretnych przykładach, wartościach lub dowodach. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby dotyczyć każdego innego dokumentu, nie tylko wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że miał możliwość zapoznania się wyłącznie z pismem przewodnim do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny 8 kwietnia 2021 r., wątpliwości jego wzbudził fakt, iż nie został odtajniony jakikolwiek fragment tychże wyjaśnień. Odwołujący powołując się na swoje doświadczenie wskazał, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są dokumentem o zróżnicowanym poziomie szczegółowości i często zdarza się, że wiele informacji w nim zawartych ma charakter ogólny, bądź są one sformułowane w taki sposób, iż nie wskazują na konkretne know - how wykonawcy. Wobec tego dziwi Odwołującego, że nie został ujawniony jakikolwiek fragment tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający badając skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien odtajnić te informacje, wobec których nie zostały wykazane przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk, nawet, jeżeli wiązałoby się to z częściowym odtajnieniem dokumentu. W ocenie Odwołującego, dokonanej na podstawie analizy uzasadnienia Wykonawcy Erbud 8 kwietnia 2021 r., odtajniona powinna zostać całość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z racji zbyt ogólnikowej argumentacji przedstawionej przez Wykonawcę Erbud w uzasadnieniu. Jeżeli natomiast zostały złożone jakieś dowody potwierdzające wystąpienie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (o których Odwołujący nie wie, ponieważ poza krótkim i ogólnym uzasadnieniem Wykonawcy Erbud nie zostało mu udostępnione nic z korespondencji dotyczącej wyjaśniania rażąco niskiej ceny), to powinny zostać one odtajnione, ponieważ ich zachowanie w poufności uniemożliwiło Odwołującemu właściwą ocenę stanu faktycznego sprawy. Odwołujący stoi na stanowisku, że nawet przyjmując, że część informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę Erbud stanowi *de facto* tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zmienia to faktu konieczności ich odtajnienia przez Zamawiającego, z racji braku wystarczającego uzasadnienia dla zachowania ich w poufności. Jak wynika z przytoczonego przez Odwołującego w treści odwołania jednolitego orzecznictwa KIO, ogólnikowe, pozbawione konkretów oraz dowodów uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, świadczy o rezygnacji wykonawcy z uprawnień w zakresie ochrony poufności zastrzeganych informacji. W związku z powyższym, Zamawiający postąpił wbrew obowiązującym przepisom Ustawy, zatem wniosek Odwołującego o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę Erbud jako tajemnica przedsiębiorstwa należy uznać za uzasadniony.

Rażąco niska cena.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niesłusznie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Erbud, mimo, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, z racji braku możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Wykonawcy Erbud w zakresie rażąco niskiej ceny (spowodowanej nieskutecznym ich zastrzeżeniem oraz niesłusznym zachowaniu ich w poufności przez Zamawiającego), Odwołujący wskazał, iż nie mógł ocenić ich treści. Natomiast niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, ceny skalkulowanej przez Wykonawcę Erbud nie można racjonalnie wyjaśnić. Odwołujący zastrzegł możliwość kwestionowania ceny Wykonawcy Erbud na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, na wypadek, gdyby okazało się, iż Zamawiający zmieni zdanie i odtajni wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że w tym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Zgodnie natomiast z rodzajem tego wynagrodzenia, pozycje kosztorysowe stanowią samodzielne ceny rozliczane z Zamawiającym na

podstawie ilości wykonanych prac. W związku z powyższym, zaoferowanie w ramach tych pozycji cen niższych od kosztów, oznacza, że Wykonawca Erbud nie otrzyma wynagrodzenia za zrealizowane prace, a to stanowi o rażącym zaniżeniu ceny. W szczególności, w odniesieniu do pozycji rozliczanych kosztorysowo nie będzie np. możliwe „przerzucanie" kosztów i zysków pomiędzy pozycjami. Jak wskazuje się powszechnie w orzecznictwie, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, kluczowe jest prawidłowe skalkulowanie cen jednostkowych. Inaczej bowiem niż przy wynagrodzeniu ryczałtowy, ceny jednostkowe w kosztorysie nie są jedynie składnikiem ceny łącznej, lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu, o które naliczane jest wynagrodzenie. Tym samym, prawidłowe skalkulowanie cen jednostkowych rzutuje na ocenę całości oferty wykonawcy, jako obarczonej zarzutem rażąco niskiej ceny. Każdorazowe zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysu powoduje, iż wykonawca nie będzie mógł otrzymać wynagrodzenia zgodnie z rynkową wartością materiałów, ale będzie musiał zadowolić się wynagrodzeniem znacząco poniżej poniesionych kosztów. Taka kalkulacja ceny wskazuje na jej rażące zaniżenie, w tym zakresie Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2020 r., KIO 1279/20.
Mając na uwadze charakter wynagrodzenia, Odwołujący zwrócił uwagę na następujące projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik do SWZ, z których wynika, że:

- wynagrodzenie wykonawcy jest kosztorysowe i zostanie ustalone na podstawie kosztorysu powykonawczego (§11 ust. 1),
- ustalono maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, którego nie można przekroczyć w toku realizacji umowy (§11 ust. 2),
- dane zawarte w kosztorysie ofertowym wykonawcy będą podstawą do rozliczania wszystkich robót zamiennych i zaniechanych, dodatkowych robót budowlanych, zamówień udzielanych na zasadach określonych w art. 305 w związku z art.214 ust. 1 pkt 7 Ustawy na podstawie odrębnej umowy (jeśli były przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego) (§11 ust 5),
- wartość wykonanych robót będzie obliczana na podstawie cen jednostkowych robót przyjmowanych z kosztorysu ofertowego (wypełnionego przez wykonawcę przedmiaru robót), a ilości wykonanych w tym okresie robót - z książki obmiaru (§ 12 ust. 1),
- w przypadku, gdy w zakresie przedmiotu umowy wystąpią roboty innego rodzaju niż określone w przedmiarze robót, a konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, roboty te będą rozliczane na podstawie cen jednostkowych przygotowanych przez wykonawcę, a zatwierdzonych przez inspektora nadzoru i Zamawiającego. W takim przypadku ceny jednostkowe będą opracowywane w oparciu o następujące założenia: w przypadku możliwości zastosowania analogii do pozycji występującej w kosztorysie ofertowym, przyjmując odpowiednio wartość ceny jednostkowej tej pozycji lub proporcjonalnie obniżonej/podwyższonej wartości ceny jednostkowej, a jeżeli nie będzie możliwe zastosowanie kosztorysu ofertowego, to na podstawie kosztorysu szczegółowego przygotowanego przez wykonawcę (§12 ust. 2).

W ocenie Odwołującego kosztorys ofertowy stanowi podstawowy dokument rozliczeniowy między wykonawcą a zamawiającym, na podstawie którego mają być zasadniczo rozliczane wszystkie wykonane roboty, w tym roboty zamienne i zaniechane, dodatkowe oraz zlecane na podstawie odrębnej umowy. Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 20 listopada 2020 r., KIO 2789/20, z którego wywodzi w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, z jakim mamy do czynienia w Postępowaniu, badanie ceny nie ogranicza się wyłącznie do całościowej ceny ofertowej (aczkolwiek w tym przypadków jej wysokość również sugeruje znaczące zaniżenie kosztów), ale wymagane jest szczegółowe zweryfikowanie poszczególnych pozycji kosztorysowych. Dodatkowo warto wskazać, że niniejsze Postępowanie zostało przeprowadzone w reżimie nowej Ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązującej od 1.01.2021 r., w której jedną ze zmian było właśnie zmodyfikowanie zasad badania rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy badaniu podlega nie tylko zaoferowana cena lub koszt, ale także ich istotne części składowe, jeżeli wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Natomiast z analizy kosztorysów ofertowych Wykonawcy Erbud Odwołujący wywodzi, że:

1)koszty rozbiórki wszystkich budynków zostały zaniżone:

a)Dwa budynki (Kuchnia ob. nr 3 i Pralnia ob. nr 2) zawierają materiały niebezpieczne - płyty elewacyjne azbestowo-cementowe, które wymagają specjalistycznego demontażu i osobnej utylizacji. Koszt demontażu i utylizacji materiałów azbestowych wynosi ok. 40,00 zł netto/m2, co dla budynku kuchni daje dodatkową kwotę rzędu 38 998,40 zł netto, dla budynku pralni dodatkowe koszty rzędu 24 250,80 zł netto. Wykonawca Erbud nie uwzględnił tego w wycenie;

b)Większość budynków jest głęboko posadowiona - do dwóch kondygnacji podziemnych, wobec czego wymagane są dodatkowe roboty ziemne na potrzeby rozbiórki części podziemnych. Czynności te muszą zostać uwzględnione w pozycjach rozbiórkowych, gdyż są niezbędne do wykonania prac w sposób prawidłowy. Dodatkowe koszty na ten zakres prac, nie uwzględnione przez Wykonawcę Erbud to: budynek anatomii patologicznej 8.500 zł netto, budynek pralni 17.000 zł netto, rampa rozładunkowa 5.500 zł netto, tunel techniczny ob. 9 - 500 zł netto, tunel techniczny ob. 11 - 200 zł netto. Wykonawca Erbud nie uwzględnił tego w wycenie;

c)Budynek agregatów obsypany jest nasypem ziemnym, który trzeba rozebrać przed wykonaniem rozbiórki budynku i czynność tą należy uwzględnić w pozycji rozbiórkowej, gdyż jest niezbędna do prawidłowego wykonania robót. Koszty usunięcia nasypu to ok. 40.000 zł netto. Wykonawca Erbud nie uwzględnił tego w wycenie;

d)W budynku agregatów, zgodnie z inwentaryzacją fotograficzną urządzeń do przeniesienia, znajdują się urządzenia które należy zdemontować i przenieść w miejsce wskazane przez Zamawiającego. W przypadku budynków kuchni, pralni i anatomii zakres ten został ujęty w osobnych pozycjach kosztorysowych. W przypadku budynku agregatów nie ma osobnej pozycji i zakres ten musi zostać ujęty w pozycji rozbiórkowej. Koszt demontażu i usunięcia wskazanych w inwentaryzacji urządzeń to 6.000 zł netto, nie został ujęty przez Wykonawcę Erbud w wycenie;

e)Zaniżone są koszty utylizacji materiałów porozbiórkowych - uwzględniając szacunkowe ilości odpadów podane przez Zamawiającego oraz ceny rynkowe ich utylizacji, ceny podane przez Wykonawcę Erbud są znacznie zaniżone. Koszt utylizacji materiałów izolacyjnych oraz materiałów zmieszanych (śmieci) to 100,00 zł netto/m3, koszt Utylizacji papy to 800 zł netto/tona. Wykonawca Erbud nie wykazał się decyzją na przetwarzanie gruzu, wobec czego koszt utylizacji gruzu powinien przyjąć również zgodnie z ceną rynkową 100 zł netto/m^3;

f)Nie uwzględniono kosztów prac rozbiórkowych, uśredniony koszt dla konstrukcji murowych/żelbetowych/innych można przyjąć na poziomie 45 zł/m^3.

W ocenie Odwołującego minimalne koszty powinny kształtować się następująco:

		KUBATURA [m3]	CJ minimalna netto	Wartość minimalna netto
1	Budynek Anatomii	4 095,10	31,04 zł	127 108,00 zł
2	Budynek Pralni	8 650,36	30,93 zł	267 529,95 zł
3	Budynek Kuchni	20 098,38	27,07 zł	544 080,70 zł
4	Rampa rozładunkowa	8 199,38	36,94 zł	302 876,10 zł
5	Tunel techniczny co i wody	141,98	96,57 zł	13 711,00 zł
6	Tunel techniczny ob. Nr 9	174,36	61,33 zł	10 693,50 zł
7	Budynek agregatów	1 757,49	87,01 zł	152 919,50 zł
8	Budynek tlenowni	193,64	108,89 zł	21 085,50 zł
9	Tunel techniczny ob. Nr 11	18,23	98,46 zł	1 795,00 zł
				1 441 799,25 zł

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Erbud nie uwzględnił w cenie oferty kosztów w wysokości 1 099 934,07 zł netto. Z kosztorysów Wykonawcy Erbud wynika, iż zastosował tę samą stawkę jednostkową dla wszystkich budynków. W ocenie Odwołującego, przyjęty sposób kalkulacji jest nieprawidłowy - nie ma bowiem możliwości zastosowania tej samej stawki jednostkowej dla wszystkich budynków, które w tak znaczny sposób różnią się od siebie konstrukcją, posadowieniem, kubaturą, wyposażeniem, zawartością materiałów niebezpiecznych. Ujednolicenie stawek w tym zakresie świadczy o nieprofesjonalnej i nierzetelnej wycenie. Bez wątpienia mamy zatem do czynienia z zaniżeniem poszczególnych cen kosztorysowych, nie uwzględniających pełnego zakresu niezbędnych prac do wykonania.

2)nierealne koszty dla pozycji: „Usunięcie elementów zużytych (odpadów, w tym również materiałów archiwalnych) oraz przeniesienie wyposażenia (zgodnie z Inwentaryzacją fotograficzną urządzeń w likwidowanych budynkach) i materiałów pozostających do zachowania w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie NIO - PIB lub do parku kontenerowego" - pozycja wyszczególniona dla trzech budynków (anatomii, kuchni, pralni), zakres zgodnie z Inwentaryzacją Fotograficzną Urządzeń:

a)Budynek anatomii patologicznej, w zakresie do przeniesienia m.in. winda, chłodnie, szafy elektryczne, których koszt przeniesienia to 31.000 zł netto. Do tego do przeniesienia duża ilość wyposażenia, preparatów, innych urządzeń - nie uwzględnione w kosztach przez Wykonawcę Erbud;

b)Budynek pralni, w zakresie do przeniesienia m. in. dwie windy, klimatyzatory, wentylatornia, których koszt przeniesienia to 29.600 zł netto- nie uwzględnione przez Wykonawcę Erbud. Ponadto do przeniesienia duża ilość mebli, wyposażenia, urządzeń do prasowania, prania, itp.

c)Budynek kuchni, w zakresie do przeniesienia m. in. dwie windy, chłodnie, węzeł cieplny, rozdzielnie, wentylatornia, których koszt przeniesienia to 81.300 zł netto. Ponadto do przeniesienia duża ilość pozostałego wyposażenia, urządzeń, mebli, archiwum o powierzchni ponad. 500 m^2, nie uwzględniono w ofercie Wykonawcy Erbud.

Jednocześnie potwierdzeniem wskazanych wyżej kosztów są dowody w postaci: oferty cenowej nr 667/21 z dn. 11.03.2021 r., oferta Tronix z dn. 15.03.2021.

Odwołujący podkreślił, że prace kalkulowane w tej pozycji są bardzo czasochłonne, wymagające dużego zaangażowania osobowego i logistycznego. Do demontażu niektórych urządzeń, takich jak windy, urządzenia sanitarne, urządzenia elektryczne, należy skorzystać z pomocy wyspecjalizowanych firm, aby uniknąć dewastacji urządzeń. Nieujęcie dużej części kosztów i w konsekwencji skalkulowanie opisywanej pozycji kosztorysowej na tak niskim poziomie, świadczy o nieprawidłowej wycenie i zupełnie nierzetelnym podejściu Wykonawcy Erbud do obliczenia wynagrodzenia.

3)zaniżone stawki na wykonanie wykopów ręcznych - koszt wskazany w kosztorysie Wykonawcy Erbud to 5,64 zł/m^3. Potwierdzeniem zaniżenia tej pozycji jest wydruk z KNR wskazujący koszty na poziomie 143,34 zł/m^3 oraz wyciągi z umów realizowanych przez Odwołującego (wykopy wraz z utylizacją materiału wykonywane metodą mechaniczną przy użyciu sprzętów to koszty rzędu ok. 20 zł/m^3). Wykonawca Erbud znacznie zaniżył stawkę.

W związku z powyższymi wyliczeniami w ocenie Odwołującego Wykonawca Erbud zaniżył cenę jednostkową 25-krotnie.

4)zaniżenie pozycji zakupu kontenerów - cena kontenera po odjęciu zysku i kosztu zakupu to 15 941,81 zł (cena zawiera montaż, transport, uruchomienie, dokumentację etc.) Cena zawarta w kosztorysie Wykonawcy Erbud jest znacząco niższa w porównaniu do otrzymanych przez Odwołującego ofert cenowych oraz wydaje się być poniżej znanych cen rynkowych. Dla kontenerów typu A, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 15 z 23 lutego 2021 r. „parametry zostały obniżone, lecz dla kontenerów z grupy B i C pozostały niezmienione. Zakup kontenerów o obniżonych dokumentację etc.), a tym bardziej kontenerów z grupy B lub C, które mają wyższe parametry i co za tym idzie, są również droższe. W wycenie kontenerów Wykonawcy Erbud będzie brakować: spełnienia wymogów ocieplenia dla grupy kontenerów B i C oraz wentylacji grawitacyjnej.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca Erbud nie uwzględnił w cenie oferty szeregu kosztów, które są niezbędne do poniesienia, aby prawidłowo wykonać prace wchodzące w zakres zamówienia. Jak wykazano powyżej, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, nieujęcie koniecznych kosztów w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, świadczy o nieprawidłowym skalkulowaniu ceny oferty, powodującym jej rażące zaniżenie. Z powyższych powodów,

należy uznać, iż oferta Wykonawcy Erbud, jako nieobejmująca dużej części kosztów, zawiera cenę rażąco niską, co uzasadnia bezwzględny obowiązek jej odrzucenia.
Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
Odwołujący podkreślił, że nie miał szansy zapoznać się z wyjaśnieniami Wykonawcy Erbud w zakresie rażąco niskiej ceny z racji niesłusznego zaniechania ich odtajnienia. Mimo to w zakresie wyjaśnień, Odwołujący wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, do którego takie wezwanie skierowano („Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy"). Na gruncie art. 224 ustawy Pzp (dawnego art. 90 ust. 2) wykształciło się w orzecznictwie KIO przekonanie, że skierowanie przez zamawiającego wezwanie do wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp statuuje domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny w badanej ofercie. To zaś wiąże się z koniecznością podjęcia przez wykonawcę działania w celu wzruszenia tego domniemania, jeżeli wykonawca nie chce, aby jego oferta została odrzucona. Wykonawca może tego dokonać jedynie poprzez przedstawienie odpowiednich wyjaśnień i dowodów potwierdzających, iż zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący w tym zakresie przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., KIO 1856/20. W związku z istnieniem domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, ciążący na wykonawcy obowiązek jego wzruszenia, implikuje konieczność złożenia wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, potwierdzonych dowodami, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena jest prawidłowo skalkulowana, rynkowa oraz umożliwia zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca nie może złożyć wyjaśnień jakichkolwiek, tj. ogólnych, nieodnoszących się do konkretnie wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu okoliczności - takie wyjaśnienia, jako nieodpowiadające obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust 5 ustawy Pzp, nie mogą skutecznie obalić domniemania rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2020 r., KIO 1446/20 oraz wyroku z dnia 4 lutego 2020 r., KIO 110/20. Jak wskazał Odwołujący wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny służy nie tylko umożliwieniu wykonawcy wykazania, iż jego oferta nie podlega odrzuceniu, ale jednocześnie ustanawia swoistą prekluzję dowodową. Odwołujący wskazał, że konsekwencją zaniechania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, bądź udzielenia niewystarczających wyjaśnień jest pozbawienie wykonawcy możliwości powoływania nowych dowodów na dalszym etapie postępowania (np. przed Krajową Izbą Odwoławczą). Podstawą oceny zarzutu odrzucenia oferty ze względu na wystąpienie rażąco niskiej ceny są bowiem jedynie wyjaśnienia przedłożone przez wykonawcę w terminie wskazanym w wezwaniu przez zamawiającego. Zatem na etapie postępowania odwoławczego, którego przedmiotem jest zarzut występowania rażąco niskiej ceny w ofercie, badana jest poprawność działań zamawiającego w oparciu o stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego określonych czynności. Jeżeli więc w postępowaniu odwoławczym zostaną przedstawione nieujawnione wcześniej zamawiającemu wyjaśnienia lub dowody, wówczas muszą one zostać uznane za spóźnione i w konsekwencji muszą być pominięte przez skład orzekający. Powyższe w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że aby skutecznie wzruszyć domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny w swojej ofercie, wykonawca musi przedstawić swoje szczegółowe wyjaśnienia, ze wskazaniem wszystkich czynników obniżających cenę oraz podaniem dowodów w terminie wskazanym w wezwaniu przez zamawiającego - jakiekolwiek uzupełnianie tych wyjaśnień na późniejszym etapie, o nowe dowody i nowe okoliczności, zawsze należy uznać za spóźnione i nie mające znaczenia dla ponownej oceny jego oferty. W ocenie Odwołującego w szczególności, do czynników, które nie uzasadniają skalkulowania ceny na określonym poziome, należą:

a) doświadczenie wykonawcy - okoliczność posiadania doświadczenia po pierwsze, nie ma większego znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca zaoferował cenę realistyczną i rynkową, a po drugie, nie jest również okolicznością wyjątkową, właściwą wyłącznie dla tego wykonawcy, pozwalającą mu na obniżenie ceny (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r., KIO 13/18);
b) dysponowanie sprzętem - samo posiadanie sprzętu do wykonywania prac objętych zamówieniem nie jest niczym szczególnym a wręcz wymaganym. Taka okoliczność nie stanowi wyjątkowego, tylko dla danego wykonawcy, czynnika mającego wpływać na obniżenie ceny. Bez wskazania określonej kwoty oszczędności wywołanej posiadaniem sprzętu, nie można powoływać się na ten czynnik jako usprawiedliwiający skalkulowanie ceny na określonym poziomie.

Jak wskazał Odwołujący złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych, bądź nie odnoszących się do wskazanych w wezwaniu elementów, jak również nie popartych dowodami uznaje się za niezłożenie wyjaśnień.

Ponadto Odwołujący podniósł, że nawet jeśli Wykonawca Erbud w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień złożył szczegółowe kalkulacje cen oraz dowody potwierdzające zastosowanie niektórych stawek cenowych, nie musi to świadczyć automatycznie o tym, iż dopełnił obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Fakt złożenia szczegółowej kalkulacji w ocenie Odwołującego o niczym nie świadczy, potwierdza jedynie przyjęty sposób wyliczenia niektórych cen kosztorysowych, natomiast niekoniecznie musi potwierdzać ich realność oraz rynkowość. Analiza kalkulacji stawek w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego jest szczególnie wymagana, dlatego, w ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę wymienione w pkt 2 uzasadnienia odwołania zastrzeżenia do kosztorysu ofertowego Wykonawcy Erbud, Zamawiający zaniechał wnikliwego przebadania metody obliczenia ceny przyjętej przez Wykonawcę Erbud.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, przedstawienie wyłącznie częściowych dowodów potwierdzających zastosowanie określonych stawek w szczegółowych kalkulacjach cen również nie świadczy o wypełnieniu obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 Ustawy.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż zaoferowanej przez Wykonawcę Erbud ceny nie można w sposób racjonalny wyjaśnić, a zwłaszcza, nie można wyjaśnić braku uwzględnienia kosztów, o których Odwołujący wspomniał w pkt 2 uzasadnienia odwołania. Jakiekolwiek wyjaśnienia w tym zakresie należy uznać za gołosłowne, w tym przypadku nie znajduje racjonalnego uzasadnienia:

- zastosowanie jednolitych stawek kosztów rozbiórki dla wszystkich budynków - taka kalkulacja nie może być uzasadniona względami technicznymi lub technologicznymi, z racji kompletnie odmiennych uwarunkowań obiektów objętych kalkulacją,
- zaniżenie pozycji kosztorysowych w zakresie usunięcia wyposażenia w budynkach - prace ujęte w tej pozycji kosztorysowej są skomplikowane, czasochłonne i kosztochłonne, podane przez Wykonawcę Erbud koszty i zastosowane stawki nie są stosowane na rynku,
- zaniżenie stawki na wykonanie wykopów ręcznych - zastosowana stawka jest co najmniej kilkukrotnie niższa niż wynika z dowodów przedstawionych przez Odwołującego, nieznana jest Odwołującemu przyczyna podania tak niskiej stawki przez Wykonawcę Erbud, natomiast jego zdaniem, nie jest możliwe jej uzasadnienie względami technicznymi, technologicznymi lub organizacyjnymi,

–zaniżenie pozycji zakupu kontenerów - wskazana cena świadczyć może jedynie o zaoferowaniu rozwiązań niezgodnych z SWZ, Odwołującemu nie są bowiem znane takie ceny zakupu, nawet przyjmując możliwe upusty.

W ocenie Odwołującego, nawet mimo złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę Erbud, zaoferowana przez niego cena nie obejmuje wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a zwłaszcza w zakresie wymienionych w pkt 2 uzasadnienia odwołania pozycji kosztorysowych. Pozycje te należy uznać za skalkulowane nierzetelnie i w związku z powyższym, należy uznać, iż oferta Wykonawcy Erbud powinna podlegać odrzuceniu ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Brak wykazania zdolności technicznej lub zawodowej

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 3 lit. a) SWZ wykonawca może wziąć udział w Postępowaniu, jeżeli „wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące wykonanie robót budowlanych rozbiórkowych o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto każda oraz wykonaniu dwóch robót instalacyjnych w zakresie budowy sieci ciepłowniczych o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł brutto każda".

Jak wskazał Odwołujący, Wykonawca Erbud w JEDZ zadeklarował doświadczenie wyłącznie w zakresie dwóch robót instalacyjnych, nie wskazując na doświadczenie w wykonaniu dwóch robót rozbiórkowych. Jednak w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy, Wykonawca Erbud przedstawił wykaz robót, z którego wynikało, iż oprócz dwóch robót instalacyjnych wykonał dwie roboty rozbiórkowe, w tym na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Z wykazu robót wynika, iż w ramach kontraktu zrealizowano budowę Zespołu Poradni Specjalistycznych i Serwerowni w budynku A2 Centrum Kliniczno Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251 w ramach II etapu budowy CKD, w tym m.in. wykonanie przez EOP robót rozbiórkowych. Wartość robót rozbiórkowych: powyżej 1 mln netto. Na potwierdzenie wykonania wskazanych robót Wykonawca Erbud przedstawił protokół odbioru końcowego. Z protokołu odbioru wynika, że:

–roboty były wykonywane przez konsorcjum firm, w skład którego wchodził Wykonawca Erbud oraz firma Fast Group Sp. z o.o.,

–z protokołu wynika, iż wykonawcy usunęli stwierdzone usterki, natomiast nie potwierdza jakości wykonanych robót oraz odbioru robót bez uwag (s. 3 protokołu) w ramach czynności odbiorowych dokonano odbioru etapu obejmującego usunięcie stwierdzonych usterek, zrealizowanie dostaw, przekazanie obiektu do użytkowania oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej - natomiast nie wynika, aby dokonano odbioru robót rozbiórkowych.

Odwołujący wskazał, że ww. protokół nie może być zatem podstawą potwierdzenia należytego wykonania robót rozbiórkowych przez Wykonawcę Erbud, ponieważ w żadnym miejscu nie potwierdza, aby w ramach wskazanego kontraktu (*nota bene* protokół nie wskazuje na umowę zawartą między wykonawcą a zamawiającym, a wyłącznie na porozumienie oraz aneksy) realizowano roboty rozbiórkowe, a tym bardziej nie wynika z niego potwierdzenie należytego ich wykonania. Tym samym, protokół ten nie może być uznany za podmiotowy środek dowodowy składany na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący następnie argumentował, że rola podmiotowych środków dowodowych jakimi są protokoły odbioru lub referencje jest znana - jak wskazuje się powszechnie w orzecznictwie, dokumenty te służą potwierdzeniu, że dana usługa/robota budowlana/dostawa została zrealizowana należycie. Natomiast, z treści przedłożonego przez Wykonawcę Erbud protokołu, nie wynika, aby wskazywana w wykazie robót budowa, w tym prace rozbiórkowe, została prawidłowo wykonana. Protokół potwierdza jedynie usunięcie stwierdzonych uprzednio usterek. Jednocześnie, wątpliwości Odwołującego budzi fakt, że wskazane w protokole prace realizowane były przez konsorcjum firm. Jak wynika z §9 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz robót budowlanych dotyczy tych robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Podobne zastrzeżenie znalazło się w samym wzorze wykazu robót budowlanych będącym załącznikiem nr 8 do SWZ: „Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami w/w wykaz winien dotyczyć robót budowlanych, w których wykonywaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczy. Natomiast, niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego fakt, iż dany kontrakt był realizowany przez Wykonawcę Erbud w ramach konsorcjum firm, powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, który powinien się upewnić, czy Wykonawca Erbud wykonał prace w takim zakresie, w jakim wskazał to w wykazie robót budowlanych. Według wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśniał z Wykonawcą Erbud ani zakresu wykonanych przez niego prac w ramach wskazanego kontraktu z Uniwersytetem Medycznym w Łodzi, jak również nie wyjaśniał innych wątpliwych kwestii dotyczących protokołu odbioru wymienionych powyżej. Wykonawca Erbud nie był również wzywany do uzupełnienia innego podmiotowego środka dowodowego, z którego wynikałoby jednoznacznie, iż roboty rozbiórkowe zostały wykonane należycie. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył w tym względzie przepisy Ustawy. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Erbud nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, toteż zasadne będzie odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

13 maja 2021 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca Erbud Operations spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce (dalej: Przystępujący).

Pismem z 29 czerwca 2021 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając o częściowym uwzględnieniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 2 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim dotyczy on pisma Przystępującego z dnia 08 kwietnia 2021 roku, natomiast w pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zamawiający wskazał, że oświadczenie o uwzględnieniu w części wskazanego wyżej zarzutu dotyczy pisma przystępującego z dnia 08 kwietnia 2021 roku, stanowiącego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Analizując przedmiotowe pismo ponownie zamawiający doszedł do wniosku, iż następujące jego części (fragmenty) oraz załączniki nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem powinny zostać udostępnione zainteresowanym wykonawcom:

1) str. 1-3 (do przedostatniego akapitu na str. 3);
2) str. 4 (od drugiego akapitu) – str. 5 do akapitu rozpoczynającego się od słowa „Przyczyny” bez tego akapitu;
3) str. 7 (od ostatniego akapitu) – str. 10 (bez ostatniego zdania);
4) str. 11 od pkt II;
5) str. 12 (od drugiego akapitu do końca pisma);
6) załącznik nr 3 do pisma.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp".

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Podczas posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Przystępującego, Zamawiający sprostował oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk. Mianowicie Zamawiający oświadczył, że omyłkowo uwzględnił zarzut w zakresie załącznika nr 3 do pisma Przystępującego z 8 kwietnia 2021 r., Natomiast w pozostałym zakresie, tj. odnoszącym się do następujących fragmentów pisma Przystępującego z 8 kwietnia 2021 r.:

1) str. 1-3 (do przedostatniego akapitu na str. 3);
2) str. 4 (od drugiego akapitu) – str. 5 do akapitu rozpoczynającego się od słowa „Przyczyny" bez tego akapitu;
3) str. 7 (od ostatniego akapitu) – str. 10 (bez ostatniego zdania);
4) str. 11 od pkt II;
5) str. 12 (od drugiego akapitu do końca pisma);

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko o uwzględnieniu zarzutu w części. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia omawianego zarzutu w powyższym zakresie. Wobec uwzględnienia odwołania w części zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk, przy jednoczesnym braku sprzeciwu ze strony Przystępującego Izba w tym zakresie postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Następnie odnotować należy, że podczas posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Przystępującego, Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty:

- zarzut 3 tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz
- zarzut nr 4 dot. naruszenia art. 128 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych mających potwierdzić posiadanie przez niego zdolności technicznej lub zawodowej lub wezwania do uzupełnienia prawidłowych podmiotów i środków dowodowych.

Wobec oświadczenia Odwołującego o wycofaniu zarzutów nr 3 i 4 opisanych powyżej, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawę.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego następujące dowody złożone podczas rozprawy przez:

1)Odwołującego:

Dowód nr 1 - Zał. nr 1 – wykaz cen jednostkowych zaoferowanych przez przystępującego w zestawieniu z minimalnymi cenami rynkowymi, na okoliczność wykazania, które ceny jednostkowe zostały przez przystępującego niedoszacowane.
Dowód nr 2 - Zał. nr 2a i 2b – zawierający zakres robót ziemnych nieuwzględnionych przez przystępującego w ofercie, na okoliczność nieuwzględnienia w jednostkowych cenach robót rozbiórkowych tego zakresu.
Dowód nr 3 - Zał. nr 3 – zakres rozbiórki nasypu nieuwzględniony przez przystępującego w cenie oferty.
Dowód nr 4 - Zał. nr 4 – zawierający 3 oferty, na okoliczność zaniżenia przez przystępującego kosztów utylizacji materiałów rozbiórkowych. Odpisy przekazuje Zamawiającemu i przystępującemu.

2)Zmawiającego:

Dowód nr 1 - pismo z 26 maja 2021 r. pochodzące od Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, na okoliczność nienależytego wykonania robót przedstawionych przez przystępującego w wykazie przedstawionym Zamawiającemu (dowód dotyczący zarzutów wycofanych przez Odwołującego).

3)Przystępującego:

Dowód 1 - oferta Eurometal, który jest podwykonawcą na zasoby którego przystępujący się powołuje w tym postępowaniu, na okoliczność skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Dowód nr 2 - oferta wykonawcy, którego nazwa objętą jest tajemnicą przedsiębiorstwa ale w pełnym zakresie została załączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
Dowód nr 3 - wyciąg z umowy o pracę z 31 stycznia 2020 r. wraz z par. 7 dot. tajemnicy przedsiębiorstwa, na okoliczność zobowiązywania pracowników do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa oświadcza, iż jest to standardowo stosowany przez przystępującego wzór umowy.
Dowód nr 4 - zaświadczenie dot. ukończenia kursu w zakresie usuwania odpadów azbestowych, na okoliczność wykazania, że wykonawca posiada własne zasoby, w tym przeszkoloną odpowiednio kadrę do wykonywania tego rodzaju prac.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z treści SWZ, rozdział IV „Opis przedmiotu zamówienia, informacja o podziale zamówienia na części", wraz z ofertą wykonawcy mieli złożyć wypełnione przedmiary robót/kosztorysy ofertowe wykonane metodą uproszczoną z podaniem składników cenotwórczych, tj. roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich. Cenę oferty należało wyliczyć i podać w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone przez wykonawcę na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik nr 3 do SWZ. Kosztorysy ofertowe należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót, określając ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach. Przedmiar robót powinien być odczytywany z powiązaniu z umową, specyfikacjami technicznym. Ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych, niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych

robót z wymaganiami podanymi w specyfikacjach technicznych, a także wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz operacyjnych powinny być przez Wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach przedmiaru. Wykonawcy nie zezwala się bez zgody Zamawiającego na dodawanie nowych pozycji w którejkolwiek części przedmiaru robót. Jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych uwidocznionych w dokumentacji udostępnionej wykonawcom to koszty tych robót powinny być przez wykonawców uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach przedmiaru. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy.
26 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 w szczególności pkt 4 i 6 ustawy Pzp, wskazując że przepis ten zawiera katalog otwarty i nie ogranicza wykonawcy w powoływaniu się na okoliczności uzasadniające zaoferowanie wskazanej w ofercie ceny. Pismem z 6 kwietnia 2021 r., odpowiadając na wątpliwość zgłoszoną przez Przystępującego, Zamawiający wskazał, że podstawą wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest zarówno przepis art. 224 ust 1 jak i art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że w treści ww. wezwania Zamawiający nie skierował do Przystępującego pytań, ani nie opisał konkretnych wątpliwości powołując się na poszczególne pozycje załączonego do oferty kosztorysu.
Pismem z 8 kwietnia 2021 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień wraz z dowodami, które w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
Pismem z 13 kwietnia 2021 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.
Na powyższe, Przystępujący odpowiedział pismem z 23 kwietnia 2021 r.
Następnie oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.
art. 18 ust. 2 ustawy Pzp
Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
art. 18 ust. 3 ustawy Pzp
Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
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.
art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.
Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
art. 224 ust. 6 ustawy Pzp
Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołanie podlegało częściowemu uwzględnieniu.
Ad. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk przez zaniechanie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę Erbud jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami), pomimo, iż Wykonawca Erbud w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Izba wskazuje, że zarzut potwierdził się, dlatego w tym zakresie odwołanie zostało uwzględnione.

W treści uzasadnienia ww. zrzutu Odwołujący podjął polemikę z treścią uzasadnienia z 8 kwietnia 2021 r. co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych odrębnym pismem z 8 kwietnia 2021 r., wraz z załącznikami. Odwołujący argumentował, że:

- z treści wyjaśnień Przystępującego nie wynika, aby zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jakiekolwiek dowody potwierdzające stosowaną przez niego politykę poufności, w związku z tym Odwołujący domniemywa, że takich dowód Przystępujący nie złożył;
- w zakresie powołania się przez Przystępującego na tajemnicę handlową wyrażającą się w utracie przez Przystępującego przewagi cenowej i ryzyka podkupienia kontrahenta oraz na know-how – co mogłoby zagrozić przewadze konkurencyjnej i utratą zakładanych zysków, w ocenie Odwołującego są to typowe ogólne stwierdzenia, jakich powszechnie używa się w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, natomiast Przystępujący nie wskazuje na obiektywną możliwość wystąpienia szkody w związku z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Ponadto Odwołujący dostrzegł, że w uzasadnieniu Przystępujący nie wykazał aby taka praktyka go kiedykolwiek dotknęła, w tym nie powołał się na konkretne przykłady;
- Odwołujący odnosząc się do twierdzenia Przystępującego o braku zgody podwykonawców oraz dostawców na przekazywanie treści ofert firmom konkurencyjnym, podniósł że twierdzenie to nie zostało udowodnione, ponieważ z treści uzasadnienia to nie wynika. Przystępujący powinien był złożyć chociażby oświadczenia podmiotów współpracujących z nim, że nie wyrażają takiej zgody;
- w zakresie twierdzenia Przystępującego o tym, że dostęp do informacji mają jedynie wybrani pracownicy, którzy do zachowania tajemnicy zostali zobowiązani w umowach o pracę, Odwołujący zauważył, że do uzasadnienia nie został załączony żaden dowód na tę okoliczność;
- odnosząc się do twierdzenia Przystępującego o charakterze gospodarczym i handlowym zastrzeżonych informacji, Odwołujący wskazał, że nie zostało przez Przystępującego wskazane na czym wartość handlowa i gospodarcza polega. Przystępujący nie odniósł się do obiektywnych, mierzalnych wartości;
- Odwołujący argumentował, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne i zawiera stwierdzenia standardowo zamieszczane przez wykonawców lecz nie znajdują odzwierciedlenia w konkretnych przykładach, wartościach lub dowodach;

–Odwołujący podkreślił, że miał dostęp jedynie do uzasadnienia przekazanego pismem z 8 kwietnia 2021 r.

Mając na uwadze treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz z załącznikami, Izba uznała, że Odwołujący słusznie argumentował iż mają one ogólny charakter i mogłyby zostać załączone do jakichkolwiek wyjaśnień. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby w celu skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych treści (dotyczy to wszelkich treści, wobec których wykonawca ma taki zamiar), konieczne jest wykazanie w uzasadnieniu przesłanek o których mowa w treści przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Wykonawca, w tym przypadku Przystępujący, powinien zatem w uzasadnieniu w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że:

a)powołuje się na informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

b)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,

c)oraz że wykonawca taki podjął, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Innymi słowy, każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chcący skutecznie zastrzec dane informacje, przywoływane w treści oferty, czy to w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać spełnienie wszystkich powyższych przesłanek łącznie. Izba stwierdza, że Przystępujący w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie sprostał temu wymogowi.

Przechodząc do treści uzasadnienia Izba wskazuje, że w istocie zawiera ono jedynie ogólne sformułowania. Odnosząc się do stwierdzenia argumentu o ryzyku „podkupienia" kontrahenta Izba wskazuje, że Odwołujący słusznie zwrócił uwagę, że Przystępujący nie wskazał na żaden tego typu przypadek, aby w ten sposób utracił partnera handlowego. Argumentacja dotycząca doświadczenia Przystępującego, jego know-how oraz aspektów współpracy z podwykonawcami jest lakoniczna oraz gołosłowna. W przedmiocie zarówno wykazania swojego know-how jak i braku zgody podmiotów współpracujących Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów np. w postaci umów, w treści których tego rodzaju postanowienia byłyby zawarte. Ponadto w tym miejscu Izba wskazuje, że należy odróżnić sytuację objęcia tajemnicą jedynie treści danej oferty od objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa faktu samej współpracy. Izba stwierdza, że do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została załączona żadna umowa regulująca warunki współpracy z danymi podmiotami, w tym kwestie poufności nie tylko w zakresie samego faktu współpracy, co również w zakresie jej warunków, w tym posługiwania się ofertami. Natomiast posługując się ofertami na potrzeby procedury o udzielenie zamówienia publicznego oczywistym jest, z uwagi na zasadę jawności postępowania, że obie strony liczyć muszą się, co do zasady, nie tylko z koniecznością ujawnienia samego faktu współpracy, co z koniecznością ujawnienia treści złożonych na potrzeby danego postępowania ofert. Odnosząc się natomiast do twierdzenia o dostępności informacji zastrzeżonych tylko dla ograniczonego kręgu pracowników, Izba wskazuje, że w tym zakresie Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem nie przedstawił żadnych dowodów, choć ta okoliczność wydaje się najmniej problematyczną w wykazaniu.

W tym miejscu Izba stanowczo wskazuje i podkreśla, że rolą wykonawcy jest wraz z uzasadnieniem przedłożyć stosowne dowody, aby wykazać podjęcie środków w celu utrzymania informacji i treści na które się powołuje w poufności. Nie jest rolą Zamawiającego takich dowodów poszukiwać ani wyręczać w tym zakresie wykonawcę. Jest okolicznością bezsporną, że do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zarówno treści wyjaśnień jak i załączników do nich dołączonych, Przystępujący nie dołączył żadnych dowodów.

Próżno również doszukać się argumentacji dotyczącej wykazania wartości gospodarczej. W tym miejscu Izba wskazuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że nie musi to być wartość wyrażona w konkretnej kwocie. Jednak samo powołanie się podczas rozprawy na wskazanie w treści pisma z 8 kwietnia 2021 r. dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny na metody oszczędności po pierwsze uznać należy za spóźnione, po drugie jest to niewystarczające wobec braku wykazania wartości gospodarczej tych informacji. Wartość taka może wyrażać się na różny sposób, może to być przykładowo taka umiejętność prowadzenia działalności, która daje wykonawcy przewagę w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego np. ze wskazaniem przykładów postępowań, albo tego konkretnego postępowania, czego Przystępujący zaniechał. Chcąc wskazać na wartość kwotową takich informacji, można to zrobić np. przez zobrazowanie różnicy w kosztach wykonania zamówienia bez zastosowania danej metody oszczędności oraz z jej zastosowaniem. W ocenie Izby istnieje kilka możliwości w zakresie pokazania i uzasadnienia w sposób niewątpliwy wartości gospodarczej danej informacji i świadomy wartości danej informacji przedsiębiorca nie powinien mieć z tym większego problemu.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Przystępującego zaprezentowanego w czasie rozprawy, zgodnie z którym odnośnie klauzul i umów wskazał on, że zostały one powołane w treści wyjaśnień w celu wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania aby zachować informacje poufności, Izba wskazuje, że powołanie się w treści uzasadnienia zastrzeżenia na istnienie klauzul i umów jest twierdzeniem gołosłownym jeśli nie towarzyszy temu chociażby wskazanie z kim są one zawarte i jaką mają treść, a przynajmniej bez załączenia wyciągów z tego rodzaju umów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Przystępujący nie podołał obowiązkowi wykazania przesłanek, o których mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Z tego powodu Izba nakazała Zmawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych pismem z dnia 8 kwietnia 2021 r. w pełnym zakresie wraz z załącznikami 1, 2, 3 do tych wyjaśnień, tj.:

–Załącznik Nr 1 – Tabela Elementów Scalonych wraz z ofertami podwykonawców

–Załącznik Nr 2 – Porównawcze zestawienie wszystkich kosztorysów wg układu przetargowego uwzględniające ceny jednostkowe i wartości ofert Podwykonawców ERBUD do cen przyjętych w ofercie ERBUD oraz cen kosztorysów Zamawiającego;

–Załącznik Nr 3 – zestawienie 9 pozycji kosztorysowych kosztorysu ROZBIÓRKA 5-ciu BUDYNKÓW WCHODZĄCYCH W SKŁAD CENTRUM ONKOLOGII INSTYTUTU IM. MARII SKŁODOWSKIEJCURIE INSTALACJAMI I SIECIAMI UZBROJENIA PODZIEMNEGO, Etap I, [1.] [1.1] poz 7 d.1.1, [1.2] poz 9 d.1.2, [1.3 11 d.1.3, [1.4] poz 12 d.1.4, [1.6] poz 30 d.1.6, [1.9] poz 60 d.1.9, oraz Etap II I, [1.] [1.1] poz 1 d.1.1, [1.2] poz 2 d.1.2, [1.3] poz 3 d.1.3.

Ad. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Erbud mimo, że nie podołał on obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów i mimo, iż zaoferował rażąco niską cenę w Postępowaniu.

Zarzut podlegał oddaleniu jako nieudowodniony. Przede wszystkim Izba zauważa, że Odwołujący zdecydował się sfomułować przedmiotowy zarzut i podtrzymać go w czasie rozprawy, mimo braku dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba dostrzega trudności w trafnym formułowaniu tego zarzutu,

w szczególności w sytuacji braku możliwości podjęcia polemiki z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny, jednak z uwagi na brzmienie art. 555 ustawy Pzp Izba zobowiązania była zarzut ten rozpoznać.
Następnie Izba wskazuje, że wszystkie dowody przedstawione na potwierdzenie tego zarzutu przez odwołującego odnoszą się do jego sytuacji, tj. do jego możliwości w zakresie pozyskiwania ofert, również przedstawione wyliczenia nie odnoszą się do sytuacji Przystępującego.

Nie bez znaczenia dla oceny zarzutu była również skierowana do Przystępującego treść wezwania, które w ocenie Izby miało charakter ogólny, mając na uwadze, że w tym postępowaniu wynagrodzenie jest kosztorysowe. Zamawiający jedynie sprecyzował swoje oczekiwania co do złożenia wyjaśnień w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 w szczególności pkt 4 i 6 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że tego rodzaju wezwanie, tj. nie dotyczące poszczególnych pozycji cenowych, może być, jeśli nie ma innej możliwości, wystosowane w przypadku, gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy. Jednak w sytuacji, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem o charakterze kosztorysowym, Zamawiający mając na uwadze po pierwsze, okoliczność, że co do zasady wezwanie powinno być skierowane do wykonawcy jednokrotne, po drugie względy ekonomiki i szybkości postępowania, Zamawiający kierując do wykonawcy pierwsze wezwanie, powinien je sformułować w sposób konkretny, żądając wyjaśnienia wskazanych pozycji budzących jego wątpliwości. W tej sprawie Przystępujący sam musiał zdecydować które pozycje kosztorysowe i w jakim zakresie wyjaśni.
Odwołujący w treści odwołania kwestionował koszty rozbiórki wszystkich budynków w zakresie zaniechania uwzględnienia przez Przystępującego w wycenie prac w budynkach Kuchnia ob. Nr 3 i Pralnia ob. Nr 2 wymagania specjalistycznego demontażu i osobnej utylizacji płyt elewacyjnych azbestowo – cementowych; zaniechania uwzględnienia dodatkowych robót ziemnych, zaniechania uwzględnienia kosztów usunięcia nasypu, kosztów związanych z demontażem i przeniesieniem urządzeń w budynkach agregatów, Odwołujący kwestionował też wysokość kosztów utylizacji materiałów porozbiórkowych. Ponadto Odwołujący zarzucił stosowanie zaniżonych stawek na wykonanie wykopów ręcznych i zaniżenie pozycji zakupu kontenerów. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów, powołując się jedynie na pozyskane przez siebie oferty i swoją sytuację. Podane przez Odwołującego kwoty niedoszacowania oferty Przystępującego również nie mogły przesądzić o uwzględnieniu zarzutu, ponieważ nie odnoszą się do sposobu kalkulacji ceny oferty Przystępującego, ani nie odnoszą się do jego sytuacji. Ponadto Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z 8 kwietnia 2021 r. Przystępujący wyjaśnił w ocenie Izby w sposób spójny i rzeczowy podniesione przez Odwołującego wątpliwości oraz przedstawił dowody, a Odwołujący nie podważył tych wyjaśnień. Wskazać należy, że wysokość stawki 7,89 zł została przez Przystępującego wyjaśniona w piśmie z 8 kwietnia 2021 r. na str. 6 dodatkowo wyjaśnienia te zostały poparte dowodami. W odniesieniu do robót ziemnych Przystępujący wskazał, że wycenił je w innych pozycjach etapu I tj. w poz. 1.22 i 1.12 oraz w poz. 2.3 etap II, ponadto część kosztu tych robót została skalkulowana w stawce 7,89 zł. Przystępujący wskazał również, gdzie mógł zaoszczędzić powołując się w tym zakresie na możliwość wykorzystania personelu obecnego na terenie Zamawiającego w związku z realizacją innego zamówienia. W zakresie utylizacji odpadów kwestia ta została przez Przystępującego wyjaśniona na str. 6 pisma i w tabeli znajdującej się na końcu tej strony. W zakresie kontenerów Przestępujący złożył ofertę, która znajduje się w pliku ze słowami „park kontenerowy" w nazwie (folder „załącznik nr 2", plik nr 6). Wobec braku przedstawienia dowodów przeciwnych Izba nie miała podstaw aby stwierdzić, że Przystępujący w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.
Wobec powyższego, zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:…….