Sygn. akt KIO 3670/21

WYROK

z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę AST architekci Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gorzowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gorzowskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez P. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Budowlana KALDO P. J.w Lesznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt

8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz powtórzenie czynności oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gorzowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez AST architekci Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gorzowskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim na rzecz AST architekci Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach kwotę 11.359 zł 20 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 3670/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Gorzowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej w ramach realizacji zadania inwestycyjnego: budowa budynku wielorodzinnego w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Przemysłowej i Prostej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 2021/BZP 00213130/01 6 października 2021 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej

oferty wykonawca AST architekci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach wniósł odwołanie 20 grudnia 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, w zw. z art. 266 Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty P.J.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Budowlana KALDO P. J. w Lesznie, dalej jako „Agencja Budowlana KALDO" albo „wykonawca", w sytuacji gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Agencję Budowlaną KALDO w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 5 listopada 2021 r. nie uzasadniały zaoferowanej ceny, a w konsekwencji nie obalały domniemania rażącej niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Agencji Budowlanej KALDO;

2. art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp i art. 266 Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji skierowanie do Agencji Budowlanej KALDO wezwania z 6 grudnia 2021 r. do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej, w sytuacji gdy już złożone przez Agencję Budowlaną KALDO pismo z 12 listopada 2021 r. mające stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przesądzało o obowiązku odrzucenia oferty Agencji Budowlanej KALDO, a wezwanie zamawiającego z 6 grudnia 2021 r. do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej stanowiło w istocie ponowne wezwanie Agencji Budowlanej KALDO do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, naruszając tym samym zasadę równości wykonawców w postępowaniu;

3. art. 204 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp, w zw. z art. 266 Pzp przez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Agencji Budowlanej KALDO jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Agencji Budowlanej KALDO powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę,

4. art. 18 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 Pzp przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji ograniczenie dostępu do kalkulacji cenowej stanowiącej załącznik do pisma Agencji Budowlanej KALDO z 7 grudnia 2021 r. (utajnienie kalkulacji cenowej), w sytuacji gdy Agencja Budowlana KALDO nie wykazała wraz ze złożeniem zastrzeżenia o objęciu kalkulacji cenowej tajemnicą przedsiębiorstwa, że kalkulacja ta stanowi w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Równocześnie, z daleko posuniętej ostrożności, odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, w zw. z art. 266 Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Wykonawcy KALDO, w sytuacji gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 12 listopada 2021 r. oraz 7 grudnia 2021 r. nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, w szczególności:

• z przedstawionej kalkulacji cenowej nie wynika, w jaki sposób została skalkulowana cena ofertowa obejmująca wynagrodzenie pracowników (współpracowników),

• kalkulacja cenowa nie przedstawia wszystkich elementów cenotwórczych oferty,

• z pisma z 12 listopada 2021 r. oraz kalkulacji cenowej wynika, że elementem cenotwórczym

oferty jest wynagrodzenie podwykonawców, w sytuacji gdy Agencja Budowlana KALDO oświadczyła w ofercie, że wykona przedmiot zamówienia w całości siłami własnymi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odtajnienie kalkulacji cenowej stanowiącej załącznik do pisma Agencji Budowlanej KALDO

z 7 grudnia 2021 r.;

2. unieważnienie czynności wyboru oferty Agencji Budowlanej KALDO, jako oferty najkorzystniejszej;

3. odrzucenie oferty Agencji Budowlanej KALDO jako zawierającą rażąco niską cenę;

4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego.

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie protokołu postępowania oraz informacji o kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia z 21 października 2021 r. Izba ustaliła, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 700.000 zł netto. Wartość podatku VAT (23%) wyniosła 161.000 zł, wartość zamówienia brutto 861.000 zł. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego na rozprawie wartość zamówienia została ustalona jako procent wartości planowanych robót budowlanych, których ma dotyczyć projekt zamawiany w tym postępowaniu.

Zamawiający otworzył oferty 21 października 2021 r. W postępowaniu złożono dwie oferty: odwołujący z ceną brutto 277.980 zł oraz Agencja Budowlana KALDO z ceną brutto 227.550 zł.

3 listopada 2021 r. zamawiający poinformował, że uznał ofertę Agencji Budowlanej KALDO za najkorzystniejszą, w związku z czym odwołujący tego dnia oraz 5 listopada 2021 r. wystąpił do zamawiającego o niezwłoczne przekazanie mu protokołu wyboru najkorzystniejszej oferty z załącznikami oraz wyjaśnień ceny oferty Agencji Budowlanej KALDO z załącznikami.

Pismem z 5 listopada 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pismem z tego samego dnia odmówił odwołującemu udostępnienia dokumentów z powodu braku wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z 5 listopada 2021 r. zamawiający wezwał Agencję Budowlaną KALDO do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W wyjaśnieniach z 12 listopada 2021 r. wezwany wykonawca wskazał, że:

„1. Moja oferta w wysokości 227.550,- zł, została określona z najwyższą starannością, po przeanalizowaniu wszystkich wymagań Zamawiającego wyrażonych w SWZ, z uwzględnieniem wieloletnich doświadczeń wynikających z wcześniej wykonanych dokumentacji projektowych o podobnym charakterze, ale także w wyniku analizy kształtowania się cen rynkowych, które obserwujemy biorąc udział w przetargach o podobnym charakterze w całej Polsce.

2. Oświadczam, że moja oferta obejmuje wykonanie pełnego zakresu prac określonych w SWZ.

Jednocześnie chciałbym wskazać na te cechy charakterystyczne przedmiotu zamówienia, które nie są zauważane przy pobieżnej analizie, a które pozwalają zaoszczędzić czas w procesie projektowania, co ma największy wpływ na koszty projektowania, a więc i na cenę:

- dwa skrzydła budynku na poziomie trzech kondygnacji (pięter) są w znacznym stopniu odbiciem lustrzanym, co upraszcza prace projektowe i pozwala zaoszczędzić czas na projektowanie;

- pierwsze i drugie piętro są takie same co oznacza, że można zaprojektować jedną kondygnację, a druga będzie kopią;

- przy wycenie prac projektowych najczęściej bierze się pod uwagę parametr wielkości powierzchnię lub kubaturę; w tym przypadku ów parametr jest duży, co generuje wysoką cenę (tak zapewne powstała wycena Zamawiającego), ale w praktyce, biorąc pod uwagę wymienione cechy szczególne, można ją znacząco obniżyć;

- budynek ma płaski dach, co jest łatwe do zaprojektowania

- duże znaczenie dla analizy kosztów projektowania ma fakt, że zamierzony obiekt ma szczegółowo opracowaną koncepcję, a dla terenu inwestycji obowiązuje miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego.

3. Zauważam, że nie tylko moja cena ofertowa mocno odbiega od wyceny Zamawiającego. Druga oferta, której wartość jest niewiele wyższa od naszej, została złożona przez firmę, którą spotykamy na przetargach, a więc również znającą realia rynkowe.

4. Moja firma opracowała w bieżącym roku dokumentacje projektową o podobnej skali dla inwestora PTBS w Pleszewie za podobna cenę (a nawet nieco niższą, jeśli uwzględnić dodatkowy

budynek parkingu w tamtym zamówieniu). Usługa została dobrze wykonana, co zamawiający poświadczył w piśmie, które załączyliśmy do naszej oferty.

5. Wyznaczając oferowaną cenę staraliśmy się wziąć pod uwagę także tendencje rynkowe w zakresie kształtowania cen. Poniżej zamieszczam tabelaryczne zestawienie wyników innych przetargów na projekty budynków wielorodzinnych, które odbyty się w bieżącym roku. W każdym przypadku zamawiający wybrał ofertę z podaną w tabeli najniższą ceną". (...)

„Z analizy danych zawartych w tabeli można wyciągnąć kilka wniosków:

Wasza Spółka przeznaczyła wyjątkowo wysoką kwotę na pokrycie kosztów zamówienia, cena projektu jednego mieszkania w podanych przetargach mieściła się w granicach 1-2 tys. zł moja cena dokumentacji jednego mieszkania wynosi ok. 2,5 tys. zł, a wiec mieści się w granicach rynkowych i w żadnej mierze nie jest zaniżona, jest ona efektem kalkulacji wszystkich niezbędnych kosztów, w tym kosztów wynagrodzenia pracowników i podwykonawców, które przewidziałem analizując otrzymaną specyfikację przetargową, a także w oparciu o własne doświadczenia, wynikające z opracowania podobnych obiektów w poprzednich latach."

6 grudnia 2021 r. zamawiający ponownie zwrócił się o wyjaśnienia. Żądał złożenia wyjaśnień, jak kształtują się szczegółowe koszty, które wykonawca uwzględnił w kalkulacji, na którą się powołuje. Prosił również o wyjaśnienie, czy w kalkulacji uwzględnione zostały koszty pracy, czy też koszty nadzoru autorskiego. Zamawiający powołał, że wykonawca składając wyjaśnienia:

1) określił, iż zaoferowana cena określona została z należytą starannością w oparciu o doświadczenie i dokonane wcześniej zamówienia - dokumentacje projektowe o podobnym zakresie;

2) przedstawił cechy charakterystyczne przedmiotu zamówienia - zakres prac umożliwiających zaoszczędzenie czasu w procesie projektowania, a więc wpływających na cenę oferty;

3) na podstawie zestawienia przetargów z bieżącego roku przedstawił tendencje rynkowe w zakresie kształtowania cen wskazując, iż zaoferowana w ofercie cena dokumentacji jednego mieszkania mieści się w granicach cen rynkowych.

Zamawiający wskazując, że wykonawca powołuje się na szczegółową kalkulację niezbędnych kosztów, prosił o wyjaśnienie, jak kształtują się szczegółowe koszty, które wykonawca uwzględnił w kalkulacji. Prosił również o wyjaśnienie, czy w kalkulacji uwzględnione zostały m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie wynagrodzenie z tytułu pełnienia nadzoru autorskiego, który, zgodnie z Załącznikiem nr 5 do umowy, obejmuje m.in. udział w naradach na budowie, w siedzibie zamawiającego oraz wszystkich innych spotkaniach związanych z realizacją inwestycji, na żądanie zamawiającego, czy też udział

w komisjach odbioru technicznego oraz odbiorze inwestycji na żądanie zamawiającego. Zamawiający podniósł, że nie dysponując dowodami, nie jest wstanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące zaoferowanie wskazanej ceny, faktycznie zachodzą.

7 grudnia 2021 r. zamawiający otrzymał odpowiedź. Wykonawca Agencja Budowlana KALDO stwierdziła, że:

„1. Oświadczam, że nasza cena ofertowa obejmuje koszty pracy z uwzględnieniem stawek wynikających z zawartych z pracownikami umów. Stawki te są tajemnicą przedsiębiorstwa. Mogę tylko poinformować, że stawki te są wyższe od stawek minimalnych wynagrodzenia za pracę Określonych w obowiązujących przepisach.

2. Oferowana cena jest wynikiem szczegółowej kalkulacji, którą przedstawiam w załączniku do niniejszego pisma. Informacje zawarte w kalkulacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawnione poza organizacją adresata.

3. Oświadczam, że nasza cena ofertowa zawiera wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego w kwocie 20.000,- zł netto, tj. 24.600,- zł brutto. Zamawiający w specyfikacji przetargowej nie określił precyzyjnie wymaganego zaangażowania projektantów w pełnienie nadzoru autorskiego, w szczególności nie wskazał ilości pobytów na budowie i ilości konsultacji bez konieczności pobytu. Przyjęliśmy wymienioną kwotę na podstawie doświadczenia z pełnienia nadzoru na innych, analogicznych obiektach."

Pismem z 9 grudnia 2021 r. zamawiający powołując się na art. 18 ust. 3 Pzp poinformował Agencję Budowlaną KALDO, że składając dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa

wykonawca powinien jednocześnie przedstawić uzasadnienie zastrzeżenia. W odpowiedzi z tego samego dnia wykonawca stwierdził, że ma świadomość uczestniczenia w procedurze wyboru regulowanej przepisami Pzp. Wyjaśnił, że wraz z pismem z 7 grudnia 2021 r. przesłał informacje, które są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020 poz.1913). Powołał dokonane zastrzeżenie, że nie można wskazanych informacji udostępniać oraz podkreślił, iż wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tak w piśmie, jak i w załączniku do pisma, w którym te informacje zawarto. Podał również, że zastrzeżone informacje stanowią inną informację posiadającą wartość gospodarczą (przynajmniej dla jego przedsiębiorstwa i konkurentów), nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a w firmie podjęto działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Wykonawca podkreślił, że ewentualne dalsze uszczegółowienie i umotywowanie tych przesłanek musiałoby prowadzić do ujawnienia kolejnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie mających żadnego merytorycznego związku z przedmiotem postępowania. Finalnie wskazał, że oczekiwanie jakiegoś ewentualnego dalszego uzasadniania stanowiska wykonawcy w odniesieniu do zastrzeżonych przez niego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie znajduje podstawy prawnej.

13 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty Agencji Budowlanej KALDO jako najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie powołanych pism znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny tej oferty. Brzmienie tego przepisu zawiera doniosłą zmianę w stosunku do swego poprzednika prawnego - art. 90 ust. 3 poprzedniego Pzp, który nakazywał zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 nakazywał zatem zamawiającemu uzyskanie racjonalnego potwierdzenia wskazania w ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę. Pomimo tego, że obowiązek wykazania rzetelności oferty spoczywał formalnie na wykonawcy, to jednak zamawiający musiał mieć mocne podstawy do uznania, że cena oferty istotnie została zaniżona i jest to zaniżenie rażące w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązujący stan prawny akcentuje natomiast obowiązek wyjaśnienia ceny oferty (vide: wyrok z 8 września 2021 r. KIO 2031/21).

Regulacja art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jest spójna z pozostałymi przepisami ustawy dotyczącymi badania ceny oferty. Obowiązująca ustawa wzmocniła zatem obowiązek wykonawcy dotyczący złożenia wyjaśnień. Wykonawca wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny swojej oferty nie może odpowiadać całkowicie dowolnie, nie konkretyzując założeń przyjętych przy obliczaniu ceny oferty, istotnych dla możliwości należytego wykonania umowy za cenę podaną w ofercie. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem złożenie wyjaśnień konkretnych, należycie umotywowanych, przekonujących, że cena jego oferty została obliczona poprawnie i nie jest ceną rażąco niską. Takie oczekiwania dotyczące wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę pozostaje w zgodzie z wynikającym z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązkiem dowodowym spoczywającym na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym w obecnym stanie prawnym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień o charakterze ogólnym lub zaniechanie złożenia dowodów

naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia za niewystarczające dla uzasadnienia ceny.

Należy też zauważyć w tym miejscu, że ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty: formalny i materialny. Aspekt formalny polega na ocenie zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny lub kosztu powinny być adekwatne do treści wezwania. Aspekt materialny natomiast obejmuje badanie treści wyjaśnień i załączonych dowodów w kontekście ich realności, spójności, potwierdzenia prawidłowego obliczenia badanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych.

Należy ponadto mieć na względzie, że ponawianie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty może następować wyłącznie w granicach wyznaczonych pierwotnie udzielonymi wyjaśnieniami. Ponawianie wyjaśnień nie może w szczególności mieć na celu uzyskania od wykonawcy informacji, których nie podał on w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, choć mógł i powinien był to uczynić.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy udzielonymi w piśmie z 12 listopada 2021 r. Izba zgodziła się z oceną odwołującego, że Agencja Budowlana KALDO nie udzieliła zamawiającemu wyjaśnień uzasadniających cenę oferty i w konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do ponawiania tych wyjaśnień. Izba zwróciła uwagę, że zasadnicze wywody wyjaśnień dotyczyły zawyżenia przez zamawiającego wyceny zamówienia. Kwestia ta, jakkolwiek może być podnoszona w wyjaśnieniach, nie zwalnia wykonawcy od podania informacji mających znaczenie dla obliczenia przez niego ceny oferty. Wezwany wykonawca nie podał takich informacji, wskazywał jedynie na rynkowy charakter ceny swojej oferty, możliwości obniżenia ceny wynikające z przedmiotu zamówienia oraz posiadane doświadczenie w wykonywaniu zamówień podobnych. Okoliczności te nie mogą być uznane za wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom wynikającym z ustawy. Są to stwierdzenia o charakterze ogólnym, dotyczące całej branży i mające zastosowanie w odniesieniu do każdego wykonawcy, który chciałby ubiegać się o zamówienie w tym postępowaniu. Jedyna informacja o konkretnym charakterze podana przez odwołującego to ta, że cena dokumentacji jednego mieszkania wynosi ok. 2,5 tys. zł. Brak jest natomiast jakichkolwiek informacji, z których wynikałoby na jakiej podstawie cena ta została obliczona. Odwołujący nie podał żadnych informacji umożlwiających ocenę prawidłowości obliczenia ceny swojej oferty i nie dał zamawiającemu możliwości oceny jej rzetelności i poprawności. W konsekwencji Izba uznała, że Agencja Budowlana KALDO nie wykazała, że cena jej oferty wynika z posiadanych możliwości i oparła się wyłącznie na abstrakcyjnych (nie wykazanych) założeniach. Wobec braku konkretnych informacji i jakichkolwiek dowodów Izba nie miała możliwości uznania, że cena podana przez wykonawcę jest rzetelna. W konsekwencji należało stwierdzić, że wykonawca nie podołał obowiązkowi wykazania realności ceny swojej oferty.

Nie przekonuje argument o podobieństwie ceny Agencji Budowlana KALDO do ceny oferty odwołującego. Przede wszystkim różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego - 277.980 zł oraz Agencji Budowlanej KALDO - 227.550 zł wynosi 50.430 zł. Nie jest to różnica bagatelna, lecz przeciwnie wartość ta w kontekście obu cen ma charakter znaczący. Ponadto należy mieć na uwadze, że uwarunkowania prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców działających na tym samym rynku różnią się. Stąd też wyjaśnienia dotyczące ceny oferty mają doniosłe znaczenie, gdyż umożliwiają zamawiającemu uzyskanie wiedzy dotyczącej konkretnego wykonawcy i właściwych mu indywidualnych właściwości, warunków prowadzenia działalności gospodarczej mających znaczenie dla obliczenia ceny oferty. Agencja Budowlana KALDO nie podała zamawiającemu w pierwszym wezwaniu żadnych informacji dotyczących podstaw obliczenia ceny swojej oferty, a to uchybienie nie mogło zostać naprawione przez ponowne wezwanie. Wezwanie to dokonane przez zamawiającego 7 grudnia 2021 r. w istocie było niezasadnym ponowieniem pierwszego wezwania. Jego rezultatem było bowiem otrzymanie informacji dotyczących założeń przyjętych przy obliczeniu ceny oferty, a te zamawiający powinien otrzymać w odpowiedzi na pierwsze wezwanie.

Ponawianie wezwania do obliczenia ceny oferty, w sytuacji gdy wykonawca w istocie nie odpowiedział nie pierwsze wezwanie tworzy sytuację, w której uznać należy, że wyjaśnienia takie nie zostały złożone w ogóle. Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę, a nie ponawiać wezwanie.

Należy co do zasady zgodzić się z zamawiającym, że w sytuacji zawyżenia wartości zamówienia w indywidulanych okolicznościach danego postępowania wzywanie do wyjaśnienia ceny oferty nie zawsze jest zasadne. Stanowi o tym art. 224 ust. 2 pkt 1 in fine Pzp. Należy jednak zwrócić uwagę, że rozbieżność między ceną oferty, a wartością zamówienia muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Ponadto, powołany przepis dotyczy sytuacji, w której zamawiający jest na etapie ustalania, czy wezwanie jest konieczne. W badanym postępowaniu zamawiający natomiast wezwał już wykonawcę do wyjaśnień.

Agencja Budowlana KALDO w badanym postępowaniu nie dokonała prawidłowego

zastrzeżenia kalkulacji ceny oferty jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa.

Art. 18 ust. 3 Pzp stanowi w zdaniu pierwszym, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z treści wyjaśnień udzielonych przez Agencję Budowlaną KALDO wynika jednoznacznie, że wykonawca jedynie zastrzegł, że kalkulacja cenowa nie może zostać udostępniona. Natomiast całkowicie zaniedbał wykazania, że kalkulacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu stosownych przepisów powołanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 18 ust. 3 Pzp jednoznacznie wskazuje, że spełnianie wymagań, z którymi związana jest możliwość nie udostępniania danych informacji, musi nastąpić wraz z przekazaniem tych informacji. Braki w tym zakresie nie mogą być konwalidowane na późniejszym etapie. Również w tym przypadku, podobnie jak w odniesieniu do udzielania wyjaśnień dotyczących ceny oferty, istotne są dwa aspekty materialny i formalny. Zastrzegane informacje materialnie muszą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca musi dopełnić formalnie obowiązku wykazanie zamawiającemu podstaw zastrzeżenia w terminie wskazanym w ustawie tj. przy przekazywaniu informacji objętych zastrzeżeniem.

Izba uznała zatem, że zamawiający odmawiając przekazania odwołującemu informacji, których Agencja Budowlana KALDO skutecznie nie zastrzegła jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa, naruszył ustawę. Naruszenie to jest tym bardziej widoczne, że zamawiający na fakt niespełnienia wymogów ustawy zwrócił uwagę wykonawcy pismem z 9 grudnia 2021 r.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: .....