

WYROK

Warszawa, dnia 4.12.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Andrzej Niwicki

Mateusz Paczkowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez wykonawcę Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), pn.: „*Opracowanie Studium techniczno – ekonomiczno – środowiskowego z elementami koncepcji programowej wraz z kompletnymi materiałami do wydania Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach dla zadania pn.: „Budowa obwodnicy Słubic (nowy przebieg w ciągu DK31), proces przygotowawczy*”, numer referencyjny postępowania: O/ZG.D-3.2411.4.2024.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2.05.2024 r., numer wydania Dz.U. S: 86/2024, numer publikacji ogłoszenia: 259286-2024.

W dniu 12.11.2024 r. wykonawca Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań czynności przez zamawiającego w postaci:

- 1) zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu przez zamawiającego całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. o.o. (dalej również jako: „Wykonawca”) w wyniku nieprawidłowego uznania przez zamawiającego, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. z dnia 27.08.2024 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) nieprawidłowej oceny i badania ofert przez zamawiającego polegającej na błędnej ocenie oferty oraz wyjaśnień z art. 224 ustawy Pzp, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnoszących się do wyliczenia ceny oferty złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. w dniu 27.08.2024 r., podczas gdy wykonawca Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym zamawiający zobowiązany był do udostępnienia całości wyjaśnień odwołującemu;

oraz z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne:

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej;

3) naruszenie art. 239 ustawy Pzp przez uznanie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert i ujawnienie odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. z dnia 27.08.2024 r.;

2) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedłożonych na rozprawie rachunków;

oraz z ostrożności procesowej jako wnioski ewentualne, na wypadek braku uwzględnienia zarzutu naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz pozytywnego rozpoznania wniosków odwołującego wskazanych w pkt 1) i 2) powyżej:

3) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

4) dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę;

5) dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

6) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że brak udostępnienia przez zamawiającego pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uniemożliwia odwołującemu kontrolę legalności działania zamawiającego oraz ogranicza jego prawo do wniesienia odwołania. Odwołujący podkreślił, że kluczowym dla jego interesu jest w pierwszej kolejności dokonanie weryfikacji czy zaniechanie udostępnienia odwołującemu żądanych dokumentów było zgodne z przepisami ustawy Pzp. Jednocześnie dodał, że działając z ostrożności procesowej, celem ochrony swojego interesu, zmuszony był również do przedstawienia zarzutów ewentualnych oraz wniosków ewentualnych.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że podstawową zasadą obowiązującą w systemie zamówień publicznych, określoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada jawności postępowania, a za konkretyzację tej zasady należy uznać wynikający z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp obowiązek udostępnienia przez zamawiającego określonych dokumentów związanych

z prowadzonym postępowaniem.

Odwolujący podnosił, że problematyka zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została uregulowana w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Skorzystanie z możliwości zastrzeżenia - na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp - tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji brak udostępnienia dokumentów przez zamawiającego, stanowi wyjątek od reguły jawności postępowania i wymaga ścisłej interpretacji oraz wykazania przez wykonawcę, iż zastrzegane przez niego informacje taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią.

Dalej wskazywał, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: ZNKU). Z przepisu tego wynika, że aby dana informacja została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie trzy warunki:

- 1) musi być informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się danym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwolujący wywodził, że w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dokonanie samego zastrzeżenia, ale niezbędne jest również wykazanie przez wykonawcę spełniania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU oraz konieczność ochrony wykonawcy przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji.

W ocenie odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. nie może zostać uznane za skuteczne, co najmniej z następujących powodów:

- 1) przedłożone przez wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne i ogólnikowe, nie określa jakie konkretne informacje wykonawca zastrzega i nie odnosi się w swojej treści do konkretnych dokumentów,
- 2) wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub są innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą
- 3) wykonawca nie przedstawił adekwatnych dowodów potwierdzających podjęcie stosownych działań celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wykazał podjęcia stosownych działań w celu utrzymania informacji w poufności,
- 4) wykonawca dokonał zastrzeżenia całych dokumentów bez określenia jakie konkretnie informacje wykonawca zastrzega jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co świadczy o braku należytej staranności po stronie wykonawcy.

Według odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o., nie odwołuje się do konkretnych elementów zawartych w wyjaśnieniach ceny ofertowej oraz dokumentów. Jest ono enigmatyczne i nie zawiera odniesień do poszczególnych kategorii informacji przedstawianych w samych wyjaśnieniach. Zdaniem odwołującego, ogólne twierdzenia przywołane w uzasadnieniu mogłyby być zastosowane praktycznie w odniesieniu do każdego postępowania i wielu aspektów ofert, przez dowolnego wykonawcę.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślał, że lakoniczne i ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej nie wykazały, by zastrzegane przez wykonawcę informacje miały charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa. Jednocześnie, wykonawca nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, aby informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny posiadały obiektywną wartość gospodarczą, która miałaby podlegać ochronie. W opinii odwołującego z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, jaką konkretną wartość mają zastrzegane informacje. Nie wiadomo, jakie korzyści osiąga wykonawca w związku z pozostawieniem tych informacji w poufności lub jakie szkody by poniósł, gdyby te informacje zostały ujawnione. Wykonawca nie konkretyzuje i nie wykazuje wartości gospodarczej w stosunku do jakiegokolwiek z zastrzeżonych przez siebie informacji. Ponadto, odwołujący zauważył, że samo dokonanie kalkulacji cenowej w oparciu o oferty podwykonawców oraz ustalone warunki handlowe nie przesądza o wartości gospodarczej tych informacji i zagrożeniu interesów wykonawcy. Wykonawca nie wykazał również jakiegokolwiek związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z określoną i wymierną korzyścią lub szkodą po jego stronie.

Odwolujący podnosił także, że wykonawca nie wykazał, aby podjął on przy zachowaniu należytej staranności, działania

mające na celu utrzymanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności. Wykonawca ograniczył się jedynie do wskazania, że dostęp do informacji związanych z przygotowaniem i wyceną oferty ma ograniczony krąg osób i na uprawdopodobnienie powyższego przedstawił wyłącznie zobowiązania do zachowania poufności podpisane przez Prezesa Zarządu oraz pracownika administracyjnego i projektanta. Zdaniem odwołującego, sam fakt zobowiązania określonego kręgu osób do zachowania informacji w poufności nie przesądza o tym, że określone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dostęp do nich mają wyłącznie wskazane osoby. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających w jaki sposób prowadzi w firmie politykę zachowania danych w poufności.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być wyłącznie konkretne informacje, nie zaś całe dokumenty.

Reasumując odwołujący stwierdził, że należy stwierdzić, że wykonawca Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób odnosi się on do konkretnych informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie wskazuje na wypełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU. Tym samym – w ocenie odwołującego - zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za nieskuteczne.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący wskazywał co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, że ww. zarzut podnosi jako zarzut ewentualny, na wypadek niekorzystnego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie konieczności udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o.

Odwołujący wyjaśnił też, że zamawiający pismem z dnia 12.08.2024 r. wezwał wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wycenienia ceny oraz jej istotnych części składowych z uwagi na to, że zaoferowana przez wykonawcę cena ofert była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Zastosowanie przez zamawiającego procedury z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a co za tym idzie dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. W konsekwencji wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena i koszt nie zawierają rażąco niskiej ceny. Wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody.

W ocenie odwołującego, dokonując analizy oferty oraz treści wyjaśnień wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. nie sposób uznać by zaoferowana przez wykonawcę cena nie była ceną rażąco niską. Według odwołującego cena oferty oraz jej elementy składowe w znacznym stopniu odbiegają od warunków rynkowych i są nierealne, co z kolei czyni niemożliwym rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazane przez wykonawcę wartości.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. jest niższa od przyjętej wartości szacunkowej zamówienia o ponad 32% oraz cena oferty tego wykonawcy jest niższa od średniej pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu o ponad 39%. Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. przyjmuje w swoich kalkulacjach koszty skrajnie inne (wielokrotnie niższe) od kosztów przyjętych przez innych wykonawców za ten sam element. Zdaniem odwołującego, podane przez wykonawcę kwoty, w tym w zakresie poszczególnych pozycji są skrajnie zaniżone i nieadekwatne do pozostałych pozyskanych ofert. Zauważył też, że na tak wysoce konkurencyjnym rynku jak rynek projektowania, tak dalece idące różnice cenowe są praktycznie niemożliwe.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący zwrócił uwagę na poszczególne kwestie dotyczące nieprawidłowego skalkulowania ceny przez wykonawcę, tj.:

1) TABELA A: Tabela Elementów Rozliczeniowych dla poz. 1 z Tabeli nr 1 (TER) Pozycja 1: Studium geologiczno-inżynierskie, Dokumentacja hydrogeologiczna A – dla tej pozycji oferta wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. wynosi 312 500,00 zł netto, podczas gdy średnia z ofert przetargowych to 478 630,00 zł netto.

Odwołujący dodał, że przygotowanie dokumentacji wymienionej w tabeli A wymaga znaczącej wiedzy i doświadczenia w zakresie geotechniki i geologii. Przygotowanie opracowań wymaga przeprowadzenia szeregu analiz, interpretacji i weryfikacji, a także opracowania części opisowej. Przygotowanie w/w opracowań jest bardzo czasochłonne a tym samym kosztowne. Odwołujący zwrócił uwagę na rażąco niskie wyceny w zakresie prac przygotowawczych i dokumentacyjnych tj.

- 1.1.1 Program badań geotechnicznych (PBG) i Program badań geofizycznych (PBGf)
- 1.1.2 Projekt robót geologicznych dla potrzeb sporządzenia dokumentacji hydrogeologicznej (PRG)
- 1.3.1 Studium geologiczno-inżynierskie
- 1.3.2 Dokumentacja hydrogeologiczna
- 1.3.3 Ocena zanieczyszczeń powierzchni ziemi - część I.

Jednocześnie odwołujący zauważył, że wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. wskazał, że opracuje pozycję 1.1.1 Program badań geotechnicznych (PBG) i Program badań geofizycznych (PBGf) w ciągu 15 h pracy. Tymczasem na podstawie doświadczenia przy realizacji tego zakresu prac oraz konsultacji powyższego z profesjonalnymi podmiotami zajmującymi się wyceną i realizacją przedmiotowych zakresów prac odwołujący wskazywał, iż opracowanie tych dokumentów przez osoby o dużym doświadczeniu wymaga minimum 40 h pracy, ponieważ składa się na nie zarówno analiza i pozyskanie wszystkich archiwalnych materiałów geologicznych, jak również zaprojektowanie i napisanie tych opracowań zgodnie z wytycznymi zamawiającego. Ponadto, opracowania te są weryfikowane przez zamawiającego na 2-3 poziomach i tym samym wymagane jest opracowanie kilku rewizji danych dokumentów, które dopiero uzyskują zatwierdzenie zamawiającego. Do czasu realizacji ww. dokumentacji należy wliczyć również konieczność wprowadzania korekt w siatce projektowanych badań wynikające ze zmian projektowanych powstających wraz z korektami rozwiązań projektowych na kolejnych etapach inwestycji. Do czasu potrzebnego na wykonanie PBG i PBGf należy doliczyć również wizję lokalną terenu, którą należy zgodnie z wytycznymi zamawiającego wykonać przed zaprojektowaniem badań, a która może potrwać do dwóch dni. Zdaniem odwołującego, nie sposób przyjąć, by wykonawca Biuro Projektów TRASA spz o.o. był w stanie zrealizować powyższe prace w szacowanym przez niego czasie. Założenie to jest nierealne.

2) TABELA B: Tabela Elementów Rozliczeniowych dla poz. 4 z Tabeli nr 1 (TER) Pozycja 4: Dokumentacja geologiczno-inżynierska, Dodatek do Dokumentacji hydrogeologicznej - zgodnie z Tab. 4. – dla tej pozycji oferta wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. wynosi 1 228 200,00 zł netto, podczas gdy średnia z ofert przetargowych to 1 624 325,00 zł netto.

Odwołujący zwrócił uwagę na rażąco niskie wyceny w zakresie prac dokumentacyjnych tj.:

- 4.1.4 Projekt, wdrożenie i utrzymanie czasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia badań-OPCJA
- 4.3.2 Laboratoryjne badania próbek gruntów
- 4.4.1 Dokumentacja badań geofizycznych (DBGf)
- 4.4.2 Dokumentacja geologiczno-inżynierska (DGI)
- 4.4.3 Dodatek do Dokumentacji hydrogeologicznej (dDH)- OPCJA
- 4.4.4 Ocena zanieczyszczeń powierzchni ziemi - część II OPCJA.

Odwołujący podkreślił, że opracowanie ww. dokumentów wymaga znaczącej wiedzy i doświadczenia w zakresie geotechniki i geologii. Odwołujący dodał też, że przygotowanie opracowań wymaga przeprowadzenia szeregu analiz, interpretacji a także części opisowej. Dokumentacja ta ze względu na to, że każda inwestycja budowlana jest inna (przebieg trasy, lokalizacja i ilość wiaduktów) i położona jest w odmiennych lokalizacjach wymaga indywidualnego podejścia do przedmiotu analizy. Odwołujący w szczególności zwrócił uwagę na pozycję 4.3.2. wskazując, że analizując przedmiot zamówienia należy uwzględnić około minimum 300 próbek do badań w zakresie badań podstawowych a także po około minimum 45 próbek w zakresie badań wytrzymałościowych takich jak edometry (pierwotny-wtórny), jednoosiowe ścislenie lub penetrometr czy współczynniki filtracji w edometrze. Dodatkowo należy przyjąć około minimum sztuk badań ciśnienie pęcznienia i wskaźnik pęcznienia. Zdaniem odwołującego, powyższy zakres prac przy cenach rynkowych generuje koszt na poziomie minimum 100 000,00 zł.

Odwołujący podnosił, że wykonawca wskazał, że opracuje ta pozycję w ciągu 32 h pracy. Według odwołującego, opracowanie tych dokumentacji przez osoby z dużym doświadczeniu wymaga minimum dwukrotnie większego czasu realizacji, ponieważ należy tu uwzględnić m.in.: opracowanie wyników pomiarów geofizycznych, ich analizę pod kątem przedstawionej w SGI budowy geologicznej oraz dostosowanie opracowania do wymagań zamawiającego, który może zażądać aktualizacji DBGf po wykonaniu robót geologicznych zawartych w DGI. Dodał, że także należy liczyć się z kilkoma rewizjami opracowań i kilkukrotnymi zmianami, co również powinno być uwzględnione przy szacowaniu ceny.

3) Opracowanie zasadniczej część dokumentacji projektowej – odwołujący wskazywał, że na podstawie analizy Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) dokonał wydzielenia „zasadniczej część

dokumentacji projektowej” (ZCDP), którą należy rozumieć jako część dokumentacji, która musi być wykonana bezpośrednio w oparciu o inżyniersko-projektowy potencjał kadrowy. Wykonawca Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. oszacował koszt wykonania tej części zamówienia na kwotę

1 998 000,00 zł netto. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że kwotę tą wyliczono odejmując od całkowitej oferty pozycję 1, 2a, 3.1, 4 (a także 5). Pozycje te są związane bezpośrednio z pracami wykonywanymi zgodnie z OPZ przez taką kadrę jak geotechnicy/geolodzy (poz. 1, 4), geodeci (poz. 3.1) czy przyrodnicy (poz. 2a).

Dalej odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami OPZ, a także doświadczeniem projektowym na analogicznych zadaniach oszacował tzw. minimalne koszty nieosobowe w tym zakresie, które należało wkalkulować w ww. kwotę i przedstawił ich tabelaryczne zestawienie (koszty wizyt u zamawiającego i pozostałych wyjazdów, koszty powieleń i opracowania dokumentacji, koszty uzgodnień, warunków technicznych, prace nieprzewidziane, koszty ubezpieczenia OC, gwarancji, koszty Zabezpieczenia Należytego Wykonania, przeprowadzenie konsultacji społecznych wraz ze stroną internetową, pozostałe koszty ogólne na potrzeby 15 osobowego zespołu projektowego) na łączną kwotę 216 000,00 zł.

Odwołujący wyjaśnił, że uwzględniając te wyliczenia na prace projektowe na zasadniczą część projektu (ZCDP) pozostała kwota 1 782 000 zł netto (1 998 000,00 – 216 000,00), co wskazuje na znaczne niedoszacowanie.

Następnie odwołujący zwrócił uwagę na minimalne wymagania zamawiającego w zakresie personelu inżyniersko-projektowego. Odwołujący wskazywał, że dzieląc wyliczoną wcześniej kwotę 1 782 000,00 zł (kwota na prace projektowe na zasadniczą część projektu (ZCDP)) przez wymaganą minimalną ilość osób zaangażowanych w prace projektowe (15) oraz liczbę miesięcy trwania projektu (48 miesięcy) uzyskuje się średnio w budżecie wykonawcy Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. kwotę 2 475 zł na osobę na miesiąc. Natomiast, uwzględniając koszty pracodawcy (brutto-brutto, brutto) daje to kwotę niespełna 1 450 zł netto miesięcznie.

Odwołujący dodał też, że na podstawie analizy wynagrodzeń inżynierów budownictwa na koniec roku 2023 (załączonej do odwołania) założono, że rynkowo należy przyjąć średnią wysokość miesięcznego wynagrodzenia na poziomie minimum 7 500 zł netto za osobę miesięcznie (tabela 18 w/w opracowania dla m. Poznania podaje średnio 8 331,81 – przyjęto 90%). Z powyższego odwołujący wywodził, że kwota wynagrodzenia miesięcznego wyliczona na podstawie oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. stanowi jedynie 19,3 % średniego wynagrodzenia inżyniera budownictwa (1450/7500). Analogicznie uznał, że w ofercie wykonawcy Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. ujęto zaangażowanie zespołu w wysokości 19,3% miesięcznie. Zdaniem odwołującego, przyjmując nawet, że całość zespołu projektowego nie jest wymagana w zaangażowaniu 100% przez cały okres realizacji zadania, to jednak zaangażowanie to powinno być zwiększone o przynajmniej 60% w stosunku do wyliczeń dokonanych na podstawie oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o.

Zdaniem odwołującego, w związku z powyższym można przyjąć, że oferta wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. w części dotyczącej zasadniczych prac projektowych jest niedoszacowana o około 1,069 mln złotych (60% z 1 782 000), co w sposób jednoznaczny pokazuje, że kwota przeznaczona przez tego wykonawcę na zasadnicze prace projektowe została niedoszacowana w znacznym stopniu, jest rażąco niska i nie odzwierciedla realiów rynku.

W ocenie odwołującego, przedstawiona przez niego analiza pokazuje, że oferta wykonawcy Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. została niedoszacowana łącznie na kwotę minimum: 166 130,00 (pkt I) + 396 125,00 (pkt II) + 1 069 000,00 (pkt III) = 1 631 255,00 zł (netto), co stanowi ponad 40% budżetu całościowego oferty wykonawcy i wskazuje na nierynkowość oferty.

Reasumując odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. cena nosi znamiona ceny rażąco niską, za którą nie będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia, a zatem oferta ta powinna podlegać odrzuceniu. Brak odrzucenia oferty przez zamawiającego - w opinii odwołującego - stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zgodnie z punktem 6.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Tom I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) przedmiotem zamówienia jest: opracowanie dokumentacji projektowej w ramach Studium techniczno – ekonomiczno – środowiskowego z elementami koncepcji programowej (STEŚ-R) wraz z kompletnymi materiałami do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia: Budowa obwodnicy Słubic (nowy przebieg DK nr 31). Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa etapy:

a) w zakresie podstawowym:

Opracowanie Studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego (STeŚ) z elementami koncepcji programowej wraz z kompletnymi materiałami do wniosku o wydanie Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach (DŚU), dla zadania „Budowa obwodnicy Słubic (nowy przebieg w ciągu DK31), proces przygotowawczy”, zgodnie z postanowieniami Umowy i jej integralnymi częściami.

b) w zakresie opcjonalnym (prawo opcji):

Udzielanie odpowiedzi na etapie procedury przetargowej i przygotowywanie ewentualnych modyfikacji opracowanej przez Wykonawcę Dokumentacji wynikających z tych pytań i udzielanych odpowiedzi, tj. - Elementy TER 5.

Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 7 146 000,00 zł brutto.

Wartość szacunkowa zadania powiększona o wartość podatku VAT to 7 146 000,00 zł brutto. Wartość szacunkowa zamówienia wraz z udzielaniem zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynosi 14 292 000,00 zł brutto. Łączna wartość szacunkowa zamówienia wraz z udzielaniem zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz prawem opcji wynosi 14 434 920,00 zł brutto.

W postępowaniu zostało złożonych 10 ofert, w tym:

- oferta wykonawcy Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na kwotę: 4 853 211,00 zł (zamówienie podstawowe), 49 200,00 zł (opcja); zamówienie podstawowe z opcją – 4 902 411,00 zł;
- oferta odwołującego – wykonawcy Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na kwotę: 7 537 021,80 zł (zamówienie podstawowe), 36 900,00 zł (opcja), zamówienie podstawowe z opcją – 7 573 921,80 zł.

Pismem z 12.08.2024 r. zamawiający – działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - wezwał wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, istotnych części składowych ceny. Zamawiający w wezwaniu wskazał:

„Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena, istotne części składowe ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

1) Cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Cena Państwa oferty wynosi: 4 902 411,00 zł

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 7 288 920,00 zł

Jak wynika z powyższego cena Państwa oferty jest niższa o ponad 32 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

2) Ponadto cena oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1. pkt 1) i 10).

Wartość średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 wynosi: 8 037 864,01 zł.

Jak wynika z powyższego cena Państwa oferty jest niższa o ponad 39% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10).

Zamawiający wzywa więc Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie ceny netto formularza cenowego – TABELA A: Tabela Elementów Rozliczeniowych dla poz. 1 z Tabeli nr 1 (TER) oraz TABELA B: Tabela Elementów Rozliczeniowych dla poz. 4 z Tabeli nr 1 (TER)

Przedłożyć należy szczegółową kalkulację ceny netto następującej pozycji:

1) TABELA A: Tabela Elementów Rozliczeniowych dla poz. 1 z Tabeli nr 1 (TER)

- poz. 1.1.1 Program badań geotechnicznych (PBG) i Program badań geofizycznych (PBGf)

- poz. 1.2.4 Badania składu chemicznego próbek wody podziemnej (komplet oznaczeń)

2) TABELA B: Tabela Elementów Rozliczeniowych dla poz. 4 z Tabeli nr 1 (TER)

- poz. 4.1.4 Projekt, wdrożenie i utrzymanie czasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia badań - OPCJA

- poz. 4.2.2.2 Wiercenia w nawierzchni z rozpoznaniem warstw konstrukcyjnych

- poz. 4.4.1 Dokumentacja badań geofizycznych (DBGf)

W związku z powyższym Zamawiający prosi o złożenie wyjaśnień w zakresie wymienionych pozycji wraz z przedłożeniem dowodów w zakresie wskazanym poniżej:

1) Zamawiający prosi o przedstawienie założeń, w tym szczegółowej kalkulacji cenowej oferty przedstawiającej sposób wyliczenia kosztów uwzględniający jednocześnie zakładany poziom zysku na podstawie których ustalona została cena oferty. Szczegółowa kalkulacja powinna uwzględniać m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty (np. paliwo, transport, ubezpieczenia, szkolenia BHP, zakwaterowanie).

2) Jakie elementy (czynniki) dostępne Wykonawcy miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty?

3) Czy i w jakim zakresie na wyliczenie ceny oferty miały wpływ aspekty w zakresie wskazanym w art. 224 ust 3 ustawy Pzp, w szczególności:

- zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Kalkulacja musi potwierdzić, że wykonanie każdej pozycji uwzględnia wymagania określone w OPZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wzywa do złożenia informacji w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które Wykonawca uważa za istotne.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki.”

Pismem z 27.08.2024 roku wykonawca Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożył stosowne wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając ich zasadniczą część oraz załączniki do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający odtajnił dwa załączniki do wyjaśnień, tj. protokół przekazania opracowań projektowych, sporządzony w ramach umowy realizowanej na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie oraz referencje wystawione przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie.

W dniu 9.09.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty, wskazując, że:

„1. W wyjaśnieniach przesłanych w dniu 27.08.2024r. Wykonawca powołuje się na wyceny, które otrzymał na etapie przygotowywania oferty. Jest to m.in. oferta na wykonanie prac geotechnicznych, w której przedłożono wycenę w postaci Tabeli A oraz Tabeli B. Ceny pozycji w przedstawionej ofercie odpowiadają cenom w Państwa Formularzu cenowym (TER), są identyczne. Natomiast w samych wyjaśnieniach przedstawicie Państwo wyliczenia, w których zakładacie zysk w stosunku do tych pozycji. Proszę o wyjaśnienie tej rozbieżności.

2. Wykonawca wykazał również odnośnie pozycji:

- 1.1.1 Program badań geotechnicznych (PBG) i Program badań geofizycznych (PBGF), że przewiduje wykonanie dokumentacji w ciągu 15 godzin pracy.

W opracowaniach PBG i PBGF należy uwzględnić m.in. badania wykonane w poprzednich etapach, charakterystykę techniczną drogi i obiektów w zakresie wielkości, obciążeń, poziomu posadowienia i innych rozwiązań projektowych, techniczne możliwości wykonania (kolizje z infrastrukturą podziemną i naziemną, przestarzałe potrzebne do pracy operacyjnej sprzętu), opis sposobu transportowania i magazynowania próbek, wykonanie opisu metodyki wykonywania badań polowych i laboratoryjnych, wymagania dotyczące projektowania badań podłoża budowlanego, harmonogram prac inwestora, wykonawcy badań podłoża budowlanych oraz inne określone w Zarządzeniu nr 22 Generalnego Dyrektora (Wytyczne wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego).

- 4.4.1 Dokumentacja badań geofizycznych (DBGf) - Wykonawca przewidział wykonanie dokumentacji w ciągu 32 godzin pracy. Dla tego opracowania dokumentacji określono wymagania m.in. Zarządzenie nr 22 Generalnego Dyrektora (Wytyczne wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego) załącznik 8.7.

Proszę o potwierdzenie że Wykonawca w przyjętym czasie 15 i 32 godzin wypełni wszystkie wymagania określone w OPZ m.in. w Zarządzeniu 22, niezbędne do sporządzenia kompletnej dokumentacji dla ww. pozycji.”

Pismem z 11.09.2024 r. wykonawca udzielił odpowiedzi na dodatkowe wezwanie.

W dniu 30.10.2024 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

Czynność tą zakwestionował odwołujący wniesionym przez siebie odwołaniem w dniu 12.11.2024 roku.

W dniu 18.11.2024 roku wykonawca Biuro Projektów TRASA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako: „Biuro Projektów TRASA” lub „uczestnik postępowania odwoławczego”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 27.11.2024 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości

jako niezasadnego oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie należało oddalić.

Tytułem wstępu należy przywołać brzmienie przepisów prawa, stanowiących podstawę prawną zarzutów podnoszonych przez odwołującego.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

(...)

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.

Z kolei przepis art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, ze zm.) – dalej jako: „UZNK” – stanowi, iż:

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.

Natomiast stosownie do art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 5 i 6 ustawy Pzp:

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

(...)

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów

oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

I.

Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie ulega wątpliwości – co zostało podkreślone przez odwołującego, że - podstawową zasadą obowiązującą w systemie zamówień publicznych, określoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada jawności postępowania. Ograniczenie zasady jawności stanowi wyjątek w zakresie dostępu do informacji związanych z postępowaniem i może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą.

Takim wyjątkiem, wynikającym z przepisów ustawy są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa danego przedsiębiorcy. Podkreślić należy, że zasada jawności postępowania nie stoi w sprzeczności z ustawowo chronioną tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie ustawodawca na gruncie prawa zamówień publicznych nałożył na wykonawców, którzy w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, chcą chronić określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązek zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępniane oraz obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, które to obowiązki aktualizują się jednocześnie wraz z przekazaniem takich informacji. Przy spełnieniu tych warunków, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za skuteczne.

W ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca Biuro Projektów TRASA składając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wykazał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach oraz w załącznikach (poza dokumentami odtajnionymi przez zamawiającego) stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Na gruncie powołanego uprzednio przepisu w art. 11 ust. 2 UZNK, aby uznać informacje za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, należałoby wykazać, że spełnione zostały łącznie następujące przesłanki:

- są to informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inne informacje i posiadają one wartość gospodarczą,
- informacje te 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,
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

W ocenie Izby wykonawca Biuro Projektów TRASA w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał ziszczenie się przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Przede wszystkim wykonawca ten wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, handlowy i mają dla niego istotną wartość gospodarczą.

Informacje te w głównej mierze dotyczą zbudowanej przez wykonawcę sieci kontaktów handlowych, kontrahentów i odnoszą się do wynegocjowanych zasad współpracy i cen. Dodać należy, że zawarta w wyjaśnieniach kalkulacja ceny oferty w zasadniczej mierze opiera się na ofertach podwykonawców. Wykonawca objął ochroną dane kontrahentów, warunki współpracy z nimi, a także szczegółowe kalkulacje kosztów swojej ceny dokonane z uwzględnieniem tych ofert oraz własnych zasobów kadrowych i sprzętowych. Przyjęta metodyka wyceny również posiada wartość gospodarczą, wpływającą na konkurencyjność wykonawcy. Słusznie wskazywał zamawiający, że ujawnienie podmiotom konkurencyjnym względem przystępującego informacji na temat warunków jego współpracy z innymi podmiotami i sposobów kalkulowania własnej ceny uderzy w jego pozycję rynkową. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na znaczną rozpiętość cen w tym postępowaniu, przy znaczącej liczbie ofert (tj. 10) - od 4 902 411,00 zł brutto do 10 686 170,20 zł za zamówienie podstawowe z opcją. Oferta odwołującego z ceną 7 573 921,80 zł brutto, znalazła się na 4 pozycji. Wskazuje to na znaczące różnice w założeniach poszczególnych wykonawców, przy opracowaniu własnej strategii cenowej, jak i w zakresie ich możliwości i uwarunkowań.

Ponadto, wykonawca Biuro Projektów TRASA wykazał, że przedsięwziął skuteczne środki mające na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności. Wskazał na ograniczony krąg osób, mających dostęp do tych informacji. Jednocześnie wykonawca do wyjaśnień załączył zobowiązania do zachowania poufności. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Przekazane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle

zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Tym samym – zdaniem Izby - zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca wykazał, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki warunkujące możliwość skutecznego powołania się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny oferty i zasadnie odmówił ich udostępnienia odwołującemu.

II.

W ocenie Izby także – podnoszony przez odwołującego jako zarzut ewentualny - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA zaniechanie odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA, jako oferty najkorzystniejszej, należało oddalić.

Izba ustaliła, że złożone przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA wyjaśnienia wraz z dowodami – w szczególności w postaci ofert podwykonawców, potwierdzają, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena oferty ma charakter realny i rynkowy.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w sposób szczegółowy wyjaśnił sposób kalkulacji ceny, a także przedstawił sposób kalkulacji poszczególnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) w zakresie których był wzywany do wyjaśnień. Przedstawione wyjaśnienia wskazują na założenia przyjęte przez wykonawcę w ramach kalkulacji.

Zauważyć należy, że odwołujący swój zarzut opierał w istocie na odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia oraz cen ofert pozostałych wykonawców oferowanych w tym postępowaniu. Takie odniesienie nie może w sposób skuteczny zakwestionować wiarygodności i rzetelności złożonych wyjaśnień. Stosunek wartości oferowanej ceny przez danego wykonawcę do wartości szacunkowej zamówienia czy do cen innych ofert złożonych w tym postępowaniu, może stanowić i stanowił w tym przypadku podstawę do wystosowania wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Natomiast jak zasadnie wskazywał zamawiający - nie można przyjąć, że cena jest ceną rażąco niską na podstawie samego faktu różnic w cenach oferowanych przez wykonawców. Indywidualną kwestią każdego z wykonawców jest bowiem sposób kalkulacji ceny, każde przedsiębiorstwo czy przedsiębiorca posiada własną specyfikę działalności i określony potencjał będący wynikiem zdobytych doświadczeń. Zatem prezentowanie zestawień cen całkowitych ofert czy jednostkowych, odnoszących się do poszczególnych pozycji TER – samo przez się w żaden sposób nie wykazuje, że cena oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA jest rażąco niska i nie podważa wiarygodności i rzetelności wyjaśnień ceny oferty, złożonych przez tego wykonawcę.

Ponadto, odwołujący kwestionował m.in. przyjęte przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA założenia co do czasochłonności (a które wywiódł z treści wezwań samego zamawiającego), ale jednocześnie nie wykazał, ani tym bardziej nie przedstawił dowodów, poza własnymi twierdzeniami, że te założenia oparte są na błędzie. Dodać należy, że przy wycenie prac projektowych każdy z wykonawców kieruje się własnymi założeniami i doświadczeniem. Wobec braku dowodów czy rzeczowej argumentacji, popartej wiarygodnymi wyliczeniami, nie sposób stwierdzić, że dla prac z danej pozycji TER należałoby przyjąć jako minimalny poziom liczby godzin pracy, poziom wskazywany przez odwołującego. W konsekwencji Izba uznała argumentację odwołującego w tym zakresie za nieuzasadnioną.

Dalej odwołujący wskazywał na minimalne koszty nieosobowe, które należało wkalkulować w cenę, jednak w większości – jak wynika z zestawienia tabelarycznego zawartego w odwołaniu – to kalkulacja własna odwołującego, oparta na jego własnych założeniach i doświadczeniu. Odwołujący w tym zakresie wprawdzie odnosił się do wymagań zawartych w dokumentacji postępowania, ale koszty kalkulował w oparciu o własne założenia. Brak jakichkolwiek dowodów, poza twierdzeniami odwołującego, na taki a nie inny poziom minimalny tych kosztów.

Odnosząc się do kwestii wynagrodzeń personelu inżynieryjno-projektowego, to stwierdzić należy, że odwołujący wskazał na średnią kwotę wynikającą z oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA - 1 450 zł netto miesięcznie - która jest przeznaczona na te wynagrodzenia i jednocześnie wskazał na analizę wynagrodzeń inżynierów budownictwa na koniec roku 2023 (stanowiącą załącznik do odwołania), z której to wynika, że rynkowo należy przyjąć średnią wysokość miesięcznego wynagrodzenia na poziomie minimum 7 500 zł netto za osobę miesięcznie. Jednakże już ten sam odwołujący zauważył, że całość zespołu projektowego nie jest wymagana w zaangażowaniu 100% przez cały okres realizacji zadania (48 miesięcy). Tym samym nie jest miarodajne takie proste przełożenie średniej kwoty wynagrodzenia wynikającego z opracowania (które również nie musi się przekładać na koszty wynagrodzenia u danego wykonawcy) w zakresie w jakim odnosi się ono do każdego z członków zespołu i przy założeniu zaangażowania na pełen etat przez cały okres realizacji zadania. Nawet jeśli odwołujący próbuje na tej podstawie wnioskować o minimalnym poziomie

zaangażowania wskazując, iż: „Niemniej jednak powyżej wskazane zaangażowanie (19,3%) jest niewystarczające do prawidłowej realizacji zadania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zaangażowanie to powinno być zwiększone o przynajmniej 60% w stosunku do wyliczeń dokonanych na podstawie oferty Wykonawcy Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o.”. Są to tylko gołosłowne twierdzenia odwołującego, nie mające poparcia w jakichkolwiek rzeczowych dowodach, czy rzeczowej i wyczerpującej argumentacji.

Co do twierdzeń odwołującego, iż „bez zapoznania się z pełną treścią wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Biuro Projektów TRASASp. z o.o. Odwołujący nie ma możliwości sprecyzowania zarzutów na okoliczność odrzucenia oferty Wykonawcy Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o.”, to stwierdzić należy, iż zasadnie wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego w piśmie, zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, że globalna wycena ofertowa ani też elementy składowe wyceny nie były objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i odwołujący był w stanie, dysponując tymi danymi, kwestionować skutecznie możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za podaną kwotę (z oferty wykonawcy wynikała bowiem nie tylko cena całkowita oferty, ale też ceny jednostkowe odnoszące się do poszczególnych pozycji TER.).

W konsekwencji, Izba uwzględniając wyjaśnienia ceny oferty złożone przez wykonawcę Biuro Projektów TRASA w dniu 27.08.2024 r., jak również dodatkowe wyjaśnienia z dnia 11.09.2024 r., uznała, że wykonawca ten w sposób rzeczowy i wyczerpujący przedstawił założenia w zakresie kalkulacji ceny oferty, a także przedstawił w sposób szczegółowy wyliczenia przede wszystkim w zakresie w jakim był o to wzywany przez zamawiającego. Wyjaśnienia te zostały poparte dowodami w postaci ofert podwykonawców, referencji oraz protokołu przekazania opracowań projektowych. Kalkulacja oferty w zasadniczej części opiera się na ofertach podwykonawców. Wiarygodność tych dowodów nie budziła wątpliwości Izby.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty i zasadnie uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Projektów TRASA jako zawierającej cenę rażąco niską.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także kwoty po 3600 zł poniesione odpowiednio przez odwołującego i zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....