

WYROK

Warszawa, dnia 8 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Budosprzęt – Wałbrzych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bolków

przy udziale wykonawcy Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy – uczestnika po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania uznania za bezskutecznie zastrzeżone i ujawnienia załączników do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych przez Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy

2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Zamawiający Gmina Bolków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa nawierzchni dróg w gminie Bolków”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2024/BZP 00574809.

I. W dniu 9 grudnia 2024 r. wykonawca Budosprzęt – Wałbrzych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- 1) dokonanej przez Zamawiającego oceny czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej: „wykonawca SPBDiM”) pismem z dnia 20 listopada 2024 r., mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, i w konsekwencji uznanie, że informacje zawarte w załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mają wartość gospodarczą, co też nie zostało wykazane przez wykonawcę SPBDiM;
- 2) nieudostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień wykonawcy SPBDiM w zakresie rażąco niskiej ceny wraz ze wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień, mimo że wykonawca ten nie wykazał skutecznie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i mają wartość gospodarczą;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SPBDiM w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z postępowania z uwagi na rażąco niską cenę;
- 4) wyboru oferty wykonawcy SPBDiM jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że podlegała ona odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) poprzez uznanie, że:
 - wykonawca SPBDIM wykazał, że informacje ujęte w załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty (cena, wartość) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca ten w ogóle nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a w szczególności że zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;
 - wykonawca SPBDIM dokonał zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa określone informacje;
 - informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób,co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia Odwołującemu przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta wykonawcy SPBDIM nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2)art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawcę SPBDIM informacji, mimo takiego obowiązku (art. 74 ustawy Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., co stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SPBDIM, pomimo nieudowodnienia, że zaoferowana cena lub jej elementy składowe nie jest rażąco niska, a co doprowadziło do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; a w konsekwencji
- 4)art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości
- 5)art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy SPBDIMz naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienia załączników do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SPBDIM w zakresie rażąco niskiej ceny lub odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę już na obecnym etapie z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

II. Pismem wniesionym w dniu 18 grudnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Zamawiający przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 2 stycznia 2024 r. W piśmie tym Zamawiający zawarł oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający poinformował, że udostępnił Odwołującemu pełną treść wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wraz z załącznikami) złożonych przez wykonawcę SPBDIM.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (wykonawca SPBDIM).

Wykonawca SPBDIM nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania (w zakresie wskazanym powyżej).

W zakresie pozostałych zarzutów wykonawca SPBDIM wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 18 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę SPBDIM, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca SPBDIM udzielił pismem z dnia 20 listopada 2024 r. Wraz z ww. pismem wykonawca SPBDIM złożył: zestawienie (rozbięcie) kosztów oraz kosztorysy uproszczone dla poszczególnych lokalizacji, faktury VAT (7 szt.) i jedno pismo zatytułowane „Zamówienie”.

W ww. piśmie wykonawca SPBDIM zamieścił zastrzeżenie o następującej treści: „Jednocześnie wnoszę o zachowanie poufności treści i wyjaśnień ponieważ informacje zawarte w kosztorysie i w załącznikach są tajemnicą moją oraz mojej firmy.” Wykonawca SPBDIM nie przedstawił uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pozostałe ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach stanowiska Izby dotyczącego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów dotyczących zaniechania uznania za bezskutecznie zastrzeżone i zaniechania ujawnienia załączników do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych przez wykonawcę SPBDIM oraz braku sprzeciwu ze strony tego wykonawcy – postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Dokonując oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny należy wziąć pod uwagę treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Należy zauważyć, że wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy SPBDIM miało ogólny charakter. Zamawiający nie wskazał konkretnego zakresu wyjaśnień, a jedynie powołał się na art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Uwzględniwszy powyższe, wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę SPBDIM należy, w ocenie składu orzekającego Izby, uznać za wystarczającą odpowiedź na wezwanie Izby. W związku z zakresem udostępnionych Odwołującemu dokumentów wykonawca ten odniósł się, w złożonym odwołaniu, do wyjaśnień zawartych w piśmie wykonawcy SPBDIM, zawierających głównie tzw. część opisową. Odwołujący stwierdził, że przedstawione przez wykonawcę SPBDIM twierdzenia nie zostały udowodnione. Odnosząc się do tego należy zauważyć, że z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że wszystkie twierdzenia wykonawcy przedstawione w ramach wyjaśnień ceny muszą zostać udowodnione. Obowiązek taki nie wynikał również z treści wezwania Zamawiającego. Oceny wyjaśnień wykonawcy należy dokonywać uwzględniając całą ich treść oraz treść wezwania Zamawiającego, jak również przedmiot zamówienia. W piśmie z dnia 20 listopada 2024 r. wykonawca SPBDIM przedstawił wiele twierdzeń o ogólnym charakterze, jak np. dotyczących posiadania własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, prowadzenia działalności na rynku lokalnym, zatrudniania pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, czy wprowadzenia systemu, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracowników o 10%. W ocenie składu orzekającego tego rodzaju twierdzenia, które nie zawierają informacji w konkretny sposób odnoszących się do kalkulacji danej oferty, nie mają istotnego znaczenia dla oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i w konsekwencji nie ma w tym zakresie istotnego znaczenia również fakt braku dowodów na ich potwierdzenie. Jeśli zaś chodzi o inne twierdzenia zawierające bardziej konkretne informacje, jak dotyczące przyjętej stawki roboczogodziny czy poziomu uzyskanych rabatów, to w tym zakresie należy zauważyć, że wykonawca SPBDIM – celem przedstawienia sposobu kalkulacji ceny – złożył Zamawiającemu kosztorysy uproszczone wraz z dowodami w postaci faktur i jednego zamówienia. Na podstawie tych dokumentów Zamawiający mógł zatem przeanalizować wartości poszczególnych pozycji w kosztorysach i – w przypadku powzięcia wątpliwości co do prawidłowej kalkulacji – skierować do wykonawcy SPBDIM wezwanie do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień. Należy jeszcze raz podkreślić, że wezwanie Zamawiającego miało ogólny charakter. Zamawiający nie wskazał wykonawcy SPBDIM, poza powołaniem się na przepis ustawy Pzp, konkretnego zakresu jak i sposobu przedstawienia mu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W związku z tym zarzut braku szczególności przedstawionych przez wykonawcę SPBDIM wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, Izba uznaje za niezasadny. Odnosząc się do zarzutu w zakresie braku wyjaśnień kosztów osobowych należy również dodać, że wykonawca SPBDIM podał w wyjaśnieniach, że „stawki wynagrodzenia uwzględniają średnie stawki robocizny kosztorysowe w skali województwa dolnośląskiego (III kwartał 2024 r. wg wydawnictwa SECOCENBUD) tj. dla pracownika fizycznego przyjęto 58,66 zł/godz. Brutto a dla kierowników robót – 92,00 zł/godz. brutto. Jak należy stwierdzić na podstawie stanowiska przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie podane przez wykonawcę SPBDIM pozwalały na dokonanie oceny pod kątem obowiązku zapewnienia pracowników minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto, w ocenie składu orzekającego przedstawienie dowodów na potwierdzenie przyjętego do kalkulacji wynagrodzenia pracowników konieczne jest wtedy, gdy wykonawca wskazuje na wynagrodzenie niższe niż rynkowe (np. gdy wykonawca przyjął minimalne wynagrodzenie w odniesieniu do stanowisk eksperckich). Jednakże taki zarzut nie został podniesiony w odwołaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby, na podstawie treści wyjaśnień wykonawcy SPBDIM, a w szczególności ograniczając się wyłącznie do ich części opisowej, nie można wyprowadzić wniosku o zaoferowaniu przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny. Należy przy tym zauważyć, że niedoszacowanie pewnych elementów składowych ceny nie prowadzi automatycznie do uznania, że cena całkowita oferty jest niska w stopniu rażącym. Ewentualne niedoszacowanie niektórych elementów może zostać „zrekompensowane” wyższym poziomem innych elementów, tak że całkowita cena

oferty pozostanie cenę rynkową. Zaoferowaną cenę jak i udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia należy oceniać kompleksowo. Powyższe należy odnieść również do zarzutów Odwołującego w zakresie skalkulowania przez wykonawcę SPBDIM ceny w oparciu o zaniżone parametry dotyczące powierzchni drogi w Kaczorowie oraz powierzchni drogi i zjazdów w Mysłowie. Przy czym, wymaga wyjaśnienia, że w związku z brakiem innych zarzutów, ww. okoliczności mogły być brane pod uwagę wyłącznie w ramach zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Należy również zauważyć, że Odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy SPBDIM do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie miał szansy podniesienia zarzutów w zakresie załączników do wyjaśnień, które pierwotnie nie zostały mu przez Zamawiającego udostępnione, jednakże Izba jest zobowiązana – jak i uprawniona – rozpoznać odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych (art. 555 ustawy Pzp). Pod pojęciem zarzutów rozumie się wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, które w jego ocenie świadczą o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. W związku z tym szereg twierdzeń, stanowiących w istocie nowe zarzuty, które zostały przedstawione przez Odwołującego dopiero na rozprawie – zostały przez Izbę pominięte. Dotyczy to między innymi zarzutu, że załączone do wyjaśnień wykonawcy SPBDIM faktury nie dotyczą najważniejszych kosztów materiałowych dla tego przedmiotu zamówienia. Wymaga wyjaśnienia, że obowiązek pominięcia zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, podyktowany jest tym, że strona przeciwna nie może być takimi zarzutami zaskakiwana na późniejszym etapie postępowania i musi mieć czas na przygotowania swojego stanowiska procesowego.

W odniesieniu do dowodów, które zostały załączone przez Odwołującego do odwołania, należy zauważyć, że nie potwierdzają one przedstawionej tezy dowodowej – tj. jakie są aktualne ceny. Wynika z nich jedynie jakie oferty pozyskał Odwołujący. Ponadto, nie jest wiadome w jaki sposób treść tych dowodów należy odnieść do ceny zaoferowanej przez wykonawcę SPBDIM.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z 9 ust. 3 pkt 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: