Sygn. akt: KIO 4357/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Członkowie: Monika Banaszkiewicz

Marek Bienias

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2024 r. przez **wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach jako tajemnica przedsiębiorstwa – załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny oferty: szczegółowe rozbicie ceny jednostkowej pozycji 2.3.25 wraz z ofertą na utylizację destruktu.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górzew części 1/2 oraz odwołującego Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 1/2 i**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

3.2. zasądza od zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze na rzecz wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 5000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 4357/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„rozbudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku od km 7+969 do km 10+769 w m. Pniów", Znak postępowania: O/ZG.D-3.2411.5.2024.*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 sierpnia 2024 r., za numerem 2024/BZP 00440280.

W dniu 20 listopada 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) czynności badania i oceny ofert w tym oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A. – dalej Przystępujący lub Eurovia,

2) zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Eurovia Polska S.A. złożonych w postępowaniu w zakresie oferty podwykonawczej na utylizację destruktu oraz szczegółowego rozbicia ceny ofertowej,

3) czynności badania i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Eurovia Polska S.A.,

4) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A. z uwagi na rażąco niską cenę lub ponownego wezwania Eurovia Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie udowodnienia, iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej,

5) zaniechania wyboru oferty Strabag sp. z o.o. pomimo, iż realnie jest ona najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp przez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności całości informacji i dokumentów, dokonanego przez Eurovia Polska S.A. i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż:

a. Eurovia Polska S.A. nie wykazała zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym nie uzasadniło utajnienia przedstawianych kalkulacji oraz ofert;

b. informacje zastrzeżone przez Eurovia Polska S.A.., w tym całe dokumenty przygotowane na potrzeby niniejszego konkretnego postępowania, nie stanowią obiektywnie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mają wartości gospodarczej, nie stwarzają po stronie Eurovia Polska S.A. ryzyka szkody;

c. Eurovia Polska S.A. nie udowodniła i nie wykazała, iż realnie zabezpiecza ona zastrzegane dowody bowiem nie przedstawiła jakichkolwiek dowodów na ww. okoliczność i poprzestała na ogólnikowych i niemożliwych do weryfikacji w ramach postępowania zapewnieniach.

2. art. 224 ust. 1, 5, 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp przez dokonanie błędnej dowolnej i arbitralnej oceny wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S.A. w ramach której to Zamawiający:

a. uznał za wystarczające wyjaśnienia Eurovia Polska S.A. pomimo, iż wykonawca oparł całość wyjaśnień na porównaniu swojej oferty do odrzuconej oferty firmy Kontrakt, z uwagi na nieudowodnienie braku rażąco niskiej ceny, jak również ofercie podwykonawczej która jest około 10 razy niższa niż wartość przyjmowana w kosztorysie Zamawiającego, jest kilkukrotnie niższa niż oferty zawierającej cenę rynkową, nie wystarcza na pokrycie kosztów, to jest oferty która sama zawiera cenę rażąco niską;

b. zaniechał odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A. pomimo tego, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Eurovia nie wywiązała się ze spoczywającego na niej ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

c. w razie uznania zarzutu b. za przedwczesny zaniechanie wezwania Eurovia do przedstawienia wyjaśnień zaniechanie ponownego wezwania Eurovii do wyjaśnień z żądaniem wyjaśnień w zakresie udowodnienia, iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym zaproponowana cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

2) ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez oferty Eurovia Polska S.A jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz – w sytuacji, w której odrzucenie oferty Eurovia byłoby przedwczesne - unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej

3) odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A wobec zaoferowania ceny rażąco niskiej lub w razie uznania, iż byłoby to przedwczesne wezwania Eurovia Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie udowodnienia, iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym zaproponowana cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy.

4) powtórzenia badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Eurovia

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał ujawnienia treści informacji zastrzeżonych przez Eurovia w ramach wyjaśnień w zakresie przedłożonej przez Eurovia kalkulacji oraz oferty podwykonawczej na utylizację destruktu. Wbrew zaleceniom Zamawiającego z pkt 16.9. SWZ - zastrzeżone zostały całe dokumenty w tym oferta i kalkulacje. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 10/24 i wskazał, że ww. fakt winien prowadzić Zamawiającego – niezależnie od odtajnienia innych informacji - do odtajnienia dokumentów w pozostałym zakresie. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3248/23 podnosząc, że Eurovia poprzestała wyłącznie na ogólnym i gołosłownym podkreśleniu potrzeby zastrzeżenia wskazanych informacji bez: realnego udowodnienia ich wartości ogółem, wykazania wartości gospodarczej poszczególnych informacji, przedstawienia dowodów. Odnosząc się do udowodnienia zasadności zastrzeżenia ofert

podwykonawczych na wstępie, niezależnie od faktu, iż Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią oferty podwykonawczej, z uwagi na utajnienie ich przez Zamawiającego w całości, Odwołujący podał w wątpliwość czy utajniona oferta podwykonawcza realnie zawiera zastrzeżenia poufności podmiotów je składających. Powołał się na wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 735/22 oraz z dnia 1 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 404/23. W ocenie Odwołującego również podmioty mające działać jako podwykonawcy prac objętych zamówieniem publicznym powinni liczyć się z ujawnieniem przedłożonych przez nich ofert. Wskazane przez Eurovia okoliczności w sposób oczywisty dowodzą braku zasadności utajnienia ww. informacji. Eurovia podnosi, m. in. iż „Oferta skierowana została wyłącznie do Eurovia i nie stanowi oferty powszechnie dostępnej, jak również zaprezentowane w ramach oferty ceny jednostkowe mogą zostać pozyskane przez Eurovia tylko na skutek indywidualnego podejścia do swoich kontrahentów; jak również oferta podwykonawcza wskazuje warunki cenowe zaoferowane w kontaktach indywidualnych." W kontekście powyższego Odwołujący podniósł, iż skoro ww. oferta dedykowana jest wyłącznie Eurovii z uwagi na jej wyjątkowe cechy to proponowany pułap cenowy nie jest osiągalny dla innych podwykonawców, a więc nie ma on realnie wartości gospodarczej. Analogicznie podnosi, m. in. iż „dane wkładowe dla pozycji kosztorysowych, mają bezpośredni wpływ na wynik finansowy określonego zamówienia" podczas gdy w ramach tego samego pisma, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny na s. 4. Pisma podnosi, iż wskazana pozycja nie stanowi istotnej części oferty ani głównego elementu przedmiotu zamówienia na potwierdzenie czego wskazuje, iż jej wartość plasować się ma na poziomie 0,84% ceny ofertowej. Skoro w ocenie Wykonawcy wyjaśniana przez niego pozycja nie ma istotnego znaczenia i ma pomijalną wartość w stosunku do ceny ofertowej to nie sposób uznać, iż informacja ta ma realnie wartość gospodarczą. Kalkulacje poczynione przez Eurovię w ramach wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, jak również oferty ew. podwykonawców – dotyczą konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3533/22. Eurovia nie wykazała również faktu realnego podjęcia przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności. Pomimo zapewnień Eurovia w zakresie podejmowania środków w celu utrzymania informacji w poufności, Eurovia w ramach zastrzeżenia tajemnicy nie przedstawiła jakichkolwiek dowodów pozwalających na weryfikację spełnienia działań w celu utrzymania informacji w poufności. W tym m.in. brak jest dowodów na zawieranie z pracownikami umów dot. zachowania poufności, brak dowodów na stosowanie zabezpieczeń cyfrowych oraz fizycznych, brak jest dowodów na jakiekolwiek ograniczenie kręgu osób mających dostęp do ww. informacji. Powoła się na wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 80/22. Eurovia nie sprostała ciążącemu na niej obowiązkowi wykazania zasadności zastrzeżenia przedstawionych informacji i dokumentów a Zamawiający winien był odtajnić ww. wyjaśnienia w całości. Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 404/23 oraz z dnia 31 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 101/24. Nieprawidłowe utajnienie przez Zamawiającego informacji i dokumentów Eurovia pozbawiło Odwołującego możliwości miarodajnej weryfikacji oferty konkurenta, w tym szczególności możliwości realnej: weryfikacji ceny ofertowej, weryfikacji podwykonawcy w zakresie zdolności do realizacji ww. inwestycji (posiadanie wymaganych pozwoleń na utylizację, w tym wpisu do BDO oraz zgodności z przepisami Ustawy o odpadach), weryfikacji pozwoleń podwykonawcy w zakresie realnego przetworzenia ilości odpadów pochodzącej z ww. kontraktu zgodnie z przepisami prawa, w tym uzyskanymi decyzjami administracyjnymi, co stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie zasad jawności ale również zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Powołał się na wyrok KIO z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 679/23. W kontekście powyższego odnosząc się do wniosku Odwołującego o odtajnienie informacji oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19. Odwołujący oraz – w sytuacji w której brak odrzucenie oferty Eurovia byłoby przedwczesne - niezależnie od odtajnienia wyjaśnień wskazuje na konieczność unieważnienia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, skoro już po dokonaniu wyboru Zamawiający realnie powrócił do czynności badania i oceny ofert ponownie oceniając skuteczność zastrzeżenia przez Eurovia wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

II.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego wybór oferty Eurovia S.A. pomimo, iż oferta zawiera cenę rażąco niską

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 778/23 i wskazał, że za irrelewantne uznać należy w całości fragmenty wyjaśnień Eurovii zestawiające ofertę Eurovii z ofertą Kontrakt, albowiem oferta Kontrakt odrzucona została za rażąco niską cenę (wykonawca nie wyjaśnił w terminie m.in. pozycji 2.3.25.), a więc wszelkie porównania do ww. oferty mogą świadczyć jedynie na niekorzyść oferty Eurovia. Odnosząc się do przedłożonej oferty podwykonawczej powołał się na wyrok KIO z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2488/20 i zaznaczył, że Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień Eurovia, które opierają się w całości na ofercie podwykonawczej która sama w sobie jest rażąco niska. Powołał się na wyrok KIO z dnia 9 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 266/23 i wskazał, że sporna pozycja 2.3.25 kosztorysu ofertowego netto przez samego Zamawiającego wyceniona została na kwotę 950,00 zł/t netto. Cena Eurovia: 112,80 zł stanowi 11,87% ceny pozycji Zamawiającego jak również jest ona o 88,13% niższa od ceny tej pozycji Zamawiającego. Pozycja 2.3.25 ma w przypadku kosztorysu Zamawiającego wartość 1 645 500,00 zł

netto, gdy: wartość całego kosztorysu to 23 119 517,20 netto – w konsekwencji czego pozycja 2.3.25. stanowi 7,117% kosztorysu Zamawiającego; wartość kosztorysu branży drogowej Zamawiającego to 20 049 919,00 zł netto – w konsekwencji czego pozycja 2.3.25. stanowi 8,197% kosztorysu Zamawiającego. Co kluczowe wartość pozycji 2.3.25 Zamawiającego jest najwyższą pozycja kosztorysową w Kosztorysie Branży Drogowej Zamawiającego; jak również w ramach całości Kosztorysu Zamawiającego. Rażąco niski charakter oferty Eurovia w ww. zakresie potwierdza również w ocenie Odwołującego treść ofert pozyskanych przez Odwołującego, które potwierdzają, iż zagospodarowanie destruktu ze smołą jako odpadu niebezpiecznego w warunkach rynkowych kosztuje około 700- 800 zł lub więcej w zależności od tego czy następować ma z transportem czy też nie. W ww. postępowaniu niezbędne była wedle SST D.01.02.04, utylizacja odpadów wraz z transportem. W ocenie Odwołującego już powyższe okoliczności dowodzą rażąco niskiego charakteru oferty Eurovia. Zamawiający bezpodstawnie zaakceptował ww. wyjaśnienia w sytuacji, w której miał on wątpliwości co do realności ceny Eurovia dla ww. pozycji, Eurovia zaś de facto zasłoniła się jedynie faktem zaoferowania przez inny podmiot równie niskiej – a przez to równie wątpliwej ceny za wykonanie czynności polegających na utylizacji destruktu po frezowaniu. Powołał się na wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3216/21. W ocenie Odwołującego Eurovia mając świadomość wątpliwości Zamawiającego dot. pojedynczej ceny oraz przedkładając w ramach wyjaśnień jeszcze niższą ofertę jako profesjonalny wykonawca winna była przedłożyć bez osobnego wezwania kalkulację rozbicia kosztów również podwykonawcy, nie zaś polegać wyłącznie na zasłonięciu się ofertą podwykonawczą, powyższe winno prowadzić do odrzucenia oferty Eurovia jako zawierającej cenę rażąco niską. Ewentualnie, nawet w razie uznania, iż odrzucenie oferty Eurovia byłoby przedwczesne Zamawiający winien był w ww. sytuacji co najmniej ponownie wezwać Eurovię do wyjaśnień żądając wyjaśnień w zakresie udowodnienia, iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym zaproponowana cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy. Powołał się na wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 778/23. Ostatecznie z daleko idącej ostrożności podkreślił, iż opisana powyżej pozycja sporna2.3.25 ma istotne znaczenie dla kwestii oceny ceny rażąco niskiej, ponieważ wartość pozycji 2.3.25 Zamawiającego jest najwyższą pozycja kosztorysową w Kosztorysie Branży Drogowej Zamawiającego; jak również w ramach całości Kosztorysu Zamawiającego. O istotnym znaczeniu ww. pozycji świadczy również fakt, iż Zamawiający wezwał Eurovię do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w tym istotnej części składowej właśnie w zakresie ww. pozycji; Eurovia zaś nie kwestionowała ww. wezwania w ramach środków ochrony prawnej co potwierdza, iż sporna pozycja stanowi istotną część składową ceny.

W dniu 3 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 3 grudnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację uzasadniającą swoje stanowisko.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

- „6. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA 6.1. Przedmiotem zamówienia jest: Rozbudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku od k 7+969 do km 10+769 w m. Pniów. Przedmiotem inwestycji jest rozbudowa drogi krajowej nr 92 klasy GP na odcinku 2,8 km, w miejscowości Pniów, gmina Torzym. Przedmiotowa inwestycja zwiększy bezpieczeństwo podróżujących i płynność ruchu na przedmiotowym odcinku drogi. Zakres zamówienia obejmuje, w szczególności: - wzmocnienie istniejącej nawierzchni z dostosowaniem jej konstrukcji do przenoszenia obciążeń 11,5 t/oś (rozbiórka konstrukcji istniejącej i wykonanie nowej), - spowolnienie ruchu na wlotach do miejscowości (zawężenie przekroju drogi i lokalizacja wysp), - przebudowę zatoki autobusowej (strona prawa), - zmianę lokalizacji zatoki autobusowej (strona lewa), - przebudowę istniejących skrzyżowań z drogami gminnymi, - likwidację skrzyżowania z drogą gminną nr 006221F, - budowę nowych chodników, - remont i poszerzenie istniejących chodników, - odtworzenie pobocza i rowów drogowych w zakresie terenu niezabudowanego (humusowanie z obsianiem), - odtworzenie istniejących zjazdów (nowa nawierzchnia), - poprawę odwodnienia drogi, - przebudowę istniejącego i budowę nowego oświetlenia drogowego, - budowę wzbudzanej sygnalizacji świetlnej dla pieszych, - doświetlenie przejścia dla pieszych, - budowę kanału technologicznego, - usunięcie kolizji z istniejącą infrastrukturą nad i podziemną, - rozbiórkę przepustu rurowego betonowego pod zjazdem, - wycinkę drzew i krzewów, - wykonanie oznakowania poziomego i pionowego, - montaż urządzeń bezpieczeństwa ruchu (balustrady ochronne dla pieszych, znaki aktywne)."

- „16.9. Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy wykonawca zastrzeże w ofercie informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp lub odrębnych przepisów, informacje te będą podlegały odtajnieniu i będą udostępniane na takich samych zasadach, jak pozostałe niezastrzeżone informacje. Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca pragnie zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, winny być załączone na Platformie w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa". Zaleca się, aby plik w nazwie zawierał informację, że zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, a także aby nie zawierał w swojej treści informacji jawnych, które nie muszą być w tym pliku ujęte, np. uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa."

- „17. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę podstawie KOSZTORYSÓW OFERTOWYCH (nr 1÷7) w Rozdziale IV. 17.2. KOSZTORYSY OFERTOWE, o któr mowa w pkt 17.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych we wzorze. Wykonawca określi ceny jednostkowe oraz obliczy wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Formularzach. 17.3. Wykonawca w każdym kosztorysie zsumuje wartości netto poszczególnych pozycji i otrzymaną wartość wpisze do formularza - Zbiorcze zestawienie kosztów. 17.4. Wykonawca w formularzu Zbiorcze zestawienie kosztów zsumuje wartości netto wynikające z kosztorysów, wyliczy wartość podatku VAT i wyliczy cenę brutto. Cenę oferty brutto Wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu oferty w pkt. 3. 17.5. Wykonawca powinien wyliczyć cenę oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo. 17.6. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia. 17.7. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Kosztorysie ofertowym. (…) 17.10. Ceny określone przez Wykonawcę w Kosztorysie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia, z wyjątkiem sytuacji określonej w PPU, Tom II SWZ."

Zgodnie z par. 10 wzoru umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe ustalone na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym.

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim Zamawiający w poz. 2.3.25 kosztorysu: Utylizacja destrukt po frezowaniu z dodatkiem smoły wskazał: 1 730 ton, 950,00 zł netto za tonę, łącznie: 1 643 500,00 zł netto.

W postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców: Odwołujący z ceną ofertową: 30 551 420,99 zł, Przystępujący: 28 285 345,20 zł i Wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWE „KONTRAKT" Sp. z o.o.: 29 712 223,82 zł. Śred cena zgodnie z badaniem ceny przeprowadzonym przez Zamawiającego wynosiła: 29 516 330,00 zł. Szacowana wartość zamówienia powiększona o VAT: 28 437 006,16 zł.

Wycena pozycji 2.3.25 kosztorysu: Przystępujący: cena jednostkowa: 112,80 zł netto, wartość netto: 195 144,00 zł, Odwołujący: 850,92 zł netto, wartość netto: 1.472.091,60 zł, PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWE „KONTRAKT" Sp o.o.: 100,00 zł netto, wartość netto: 173 000,00 zł.

W dniu 14 października 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wskazując: *„Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy (…) zwracam się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, istotnych części składowych ceny. 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. Cena oferty, co prawda, jest zbliżona zarówno do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, jak i średniej ceny ofert, w ofercie występuje jednak pozycja, której cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wzywa więc Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie ceny jednostkowej netto wyszczególnionej poniżej pozycji. Zamawiający wzywa do przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej netto dla niżej wymienionej pozycji kosztorysowej: Kosztorys Ofertowy, Branża Drogowa poz. 2.3.25 „Utylizacja destruktu po frezowaniu z dodatkiem smoły". W w/w pozycji Wykonawca zaproponował cenę jednostkową netto 112,80 zł, w związku z czym wartość tej pozycji to 195 144,00 zł netto. Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, Tom I Instrukcja dla Wykonawców:*

- pkt 17.1: „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie KOSZTORYSÓW OFERTOWYCH (nr 1÷ w Rozdziale IV.";

- pkt 17.7: „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Kosztorysie ofertowym."

Zgodnie z dokumentami zamówienia, wyjaśnieniami zamawiającego, przepisami prawa:

- Wykonawcy zobligowani byli do ujęcia w ofercie kosztu utylizacji destruktu po frezowaniu z dodatkiem smoły z odcinka długości 900 m i średniej grubości 8-12 cm (średnio 10 cm) z dolnych warstw bitumicznych.

- Ilość materiału pochodzącego z frezowania z dodatkiem smoły została określona w kosztorysie ofertowym - 1 730,00 ton.

- Materiał pochodzący z rozbiórki, tj. materiał z frezowania zanieczyszczony lepiszczem smołowym należy do Wykonawcy, który jest ich wytwórcą, i należy go zutylizować zgodnie z Ustawą z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późń. zm.).

- Destrukt asfaltowy zawierający lepiszcze smołowe stanowi odpad niebezpieczny. Wobec powyższego, cena zagospodarowania tony destruktu po frezowaniu z dodatkiem smoły zaproponowana przez Wykonawcę – 112,80 zł, budzi wątpliwości zamawiającego.

Prosimy o informację na temat uwzględnienia wszystkich czynników jw. mających wpływ na wartość pozycji nr 2.3.25. Kosztorysu Ofertowego. W przypadku wskazanej powyżej pozycji kosztorysowej szczegółowa kalkulacja ceny jednostkowej netto winna być sporządzona z uwzględnieniem rozbicia cen minimum na składowe: - robocizna, - sprzęt, - materiał, z uwzględnieniem wszelkich wymagań określonych w OPZ oraz Specyfikacjach Technicznych, narzutów, zysków a także inne, istotne w Państwa ocenie, czynniki mające wpływ na poziom oferowanej ceny (zgodnie z założeniami OPZ). Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki. Wyjaśnienia mają dotyczyć w szczególności:

1) zgodności 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Informujemy, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z ust. 5 ustawy Pzp w/w artykułu, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Oznacza to, że Wykonawca, jeżeli nie zamierza narazić się na ryzyko odrzucenia oferty, nie może ograniczyć się w swoich wyjaśnieniach do ogólnikowych stwierdzeń o uwzględnieniu w wycenie wszystkich elementów oraz dochowaniu należytej staranności podczas ustalania kosztu realizacji zadania. Tak

sformułowane wyjaśnienia, zgodnie z licznymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, będą w konsekwencji prowadzić do odrzucenia oferty."

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień także wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWE „KONTRAKT" S o.o. Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie, a oferta Wykonawcy została odrzucona.

Przystępujący złożył wyjaśnienia ceny w dniu 21 października 2024 r. zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa ofertę podwykonawczą oraz kalkulację dotyczącą poz. 2.3.25 kosztorysu branży drogowej załączone do wyjaśnień. Wykonawca przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dowody Odwołującego:

a. Oferta firmy CDSR Recycling z dnia 06.08.2024 r.: 740,00 zł wraz z transportem,

b. Oferta firmy Recykler Szczecin z dnia 09.08.2024 r.: 950,00 zł netto wraz z transportem,

c. Oferta firmy ALBA Group z dnia 11.07.2024 r.: 573,00 zł netto, 1795,00 zł netto za kurs (transport),

d. Oferta firmy ALBA Group z dnia 28.06.2023 r.: 542,50 zł netto, 2195,00 zł netto za kurs (transport),

e. Kosztorys inwestorski Zamawiającego- GDDKiA, stanowiący załącznik nr 1 do Protokołu z postępowania.

Dowody Przystępującego:

- oferta Babra-Pol Kenig Jarosław z siedzibą w Radzyminie:*„(…) dla Eurovia Polska S.A. (…) Dotyczy: Oferta na utylizację destruktu 170301* w ramach zadania: „Rozbudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku od km 7+969 do km 10+769 w m. Pniów" Szanowni Państwo, W odpowiedzi na Państwa zapytanie z dnia 27 listopada 2024 r. dotyczące utylizacji destruktu frezowanego (kod odpadu 170301*) wraz z transportem, przedstawiamy poniższą ofertę: Zakres oferty: Utylizacja destruktu 170301* - frezowany destrukt bezpośrednio ładowany z frezarki. Transport — odbiór destruktu z miejsca realizacji inwestycji w miejscowości Pniów (woja Lubuskie). Cena za 1 Mg: Cena netto: 110,00 zł/Mg Cena brutto (23% VAT): 135,30 zł/Mg Warunki realizacji: Miejsce odbioru odpadów: Pniów, woj, Lubuskie, Zakres usługi: Cena obejmuje kompleksową obsługę, w tym transport oraz utylizację destruktu. Termin realizacji: Zgodnie z harmonogramem inwestycji. Płatność: Termin płatności do uzgodnienia. Dodatkowe informacje: Nasza firma dysponuje odpowiednim zapleczem technicznym oraz uprawnieniami do transportu i pośrednictwa utylizacji odpadów. Przestrzegamy najwyższych standardów zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa dotyczącymi ochrony środowiska. W przypadku pytań lub potrzeby doprecyzowania szczegółów oferty, pozostajemy do dyspozycji."*

Przedmiot sporu w zakresie zarzutu 1 odwołania sprowadzał się do oceny zasadności zachowania w tajemnicy przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Eurovia Polska S.A. złożonych w postępowaniu w zakresie oferty podwykonawczej na utylizację destruktu oraz szczegółowego rozbicia ceny ofertowej i uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca w sposób pełny wykazał wraz z wyjaśnieniami wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, co jest warunkiem koniecznym, aby zastrzegane informacje nie zostały ujawnione. Zdaniem Izby Zamawiający niezasadnie uznał skuteczność zastrzeżenia w świetle uzasadnienia, które Przystępujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami, w konsekwencji zarzut postawiony przez Odwołującego zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że w świetle art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, żenie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania

zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: *„Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa."* Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. *Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością* (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: *„jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał"* oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający bądź nie dokonanego przez siebie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że Odwołujący kwestionował uznanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne w zakresie przesłanki wykazania wartości gospodarczej oraz podjęcia działań utrzymujących zastrzegane informacje w poufności. Zarzuty postawione w odwołaniu potwierdziły się.

Na wstępie podkreślić należy, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie argumentacji dotyczącej niezasadnego zastrzeżenia przez Przystępującego całych dokumentów, taki zakaz nie wynika zresztą z pkt 16.9 SWZ, na który powoływał się Odwołujący. Izba za Przystępującym zauważa, że nie została zastrzeżona treść całych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale wyłącznie ten fragment, który Przystępujący uzasadniał jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z tego uzasadnienia istotnym dla Przystępującego było zastrzeżenie danych podwykonawcy oferującego wykonanie utylizacji destruktu oraz sposobu wyliczenia ceny, który pozostaje w bezpośrednim powiązaniu z zaoferowaną przez podwykonawcę ceną, a w której Przystępujący upatrywał swojej przewagi konkurencyjnej. Mając na względzie treść zastrzeżonych dokumentów (oferta podwykonawcza i sposób wyliczenia poz. 2.3.25 kosztorysu) Izba zauważa, że informacji, które Przystępujący objął tajemnicą nie można byłoby właściwie wyodrębnić bez ryzyka ujawnienia zastrzeżonych treści.

Izba podzieliła jednak stanowisko Odwołującego w pozostałym zakresie, a mianowicie, że Przystępujący nie wykazał przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, jak również przesłanki podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wykazania wartości gospodarczej to Przystępujący co prawda poświęca część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tej przesłance, jednak przedstawiona argumentacja sprowadza się właściwie do stwierdzenia, że ujawnienie ceny i danych podwykonawcy na utylizację destruktu pozwoli wykonawcom konkurencyjnym na wykorzystanie tych informacji przy wycenie w kolejnych postępowaniach co pogorszy pozycję rynkową Przystępującego i jego wiarygodność negocjacyjną u kontrahentów. Przystępujący przy uzasadnieniu tej przesłanki, również w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wielokrotnie sobie zaprzecza, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący. Izba uznała przy tym za wiarygodne w kontekście specyfiki przedmiotowego zamówienia oraz charakteru zastrzeganych informacji, że Przystępujący będzie mógł korzystać z nich także w kolejnych postępowaniach przetargowych, a więc, że zastrzeżenie tajemnicą nie jest tymczasowe. Zastrzeżenie dotyczy bowiem wykonania dodatkowej usługi w ramach robót budowlanych na rozbudowę drogi, która w podobnych zamówieniach również będzie konieczna do wykonania, a której wykonawcy z branży budowlanej specjalizujący się w rozbudowie drogi co do zasady nie realizują samodzielnie a właśnie przy udziale podwykonawców posiadających stosowne uprawnienia do utylizacji destruktu. Niemniej jednak, Przystępujący nie wykazał, że tego rodzaju informacja realnie posiada wartość gospodarczą, że jej ujawnienie faktycznie wpłynie na pozycję konkurencyjną Wykonawcy i powstanie po jego stronie szkody. Jak wskazuje się w orzecznictwie informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej (tak KIO w wyroku z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2331/20). Takie informacje powinny być dla wykonawcy przynajmniej potencjalnie źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 9/20). Izba zauważa za Odwołującym, że Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny podkreśla pomijalną wartość tej pozycji kosztorysowej w kontekście głównego przedmiotu zamówienia i jej nieistotny charakter. Przyjąć należy za argumentacją Przystępującego, że także w kolejnych postępowaniach, w których Wykonawca bierze udział, a dotyczących robót budowlanych rozbudowy dróg, usługa utylizacji destruktu będzie miała wyłącznie poboczny charakter, a tym samym nie wpływający w sposób znaczący na cenę całej oferty i jej konkurencyjność. Dodatkowo, Izba zauważa, że Przystępujący nie był jedynym Wykonawcą w postępowaniu, który zaoferował cenę w poz. 2.3.25 kosztorysu oscylującą w granicach 100,00 zł za tonę i mając na względzie, że oferty złożyło trzech wykonawców, z czego dwóch zaoferowało zbliżoną cenę to argumentacja o atrakcyjności uzyskanej oferty podwykonawczej i z tego powodu konieczności jej utajnienia traci na wiarygodności.

Przystępujący zaznacza wielokrotnie w uzasadnieniu zastrzeżenia, że otrzymana oferta na utylizację destruktu jest wynikiem negocjacji i długotrwałej współpracy z podwykonawcą, jednak nie załącza do uzasadnienia dowodów, że faktycznie takie negocjacje miały miejsce (a nie wynika to z treści zastrzeżonych informacji) oraz że oba podmioty łączą długotrwałe relacje biznesowe, co miałoby przemawiać za wyjątkowością i niedostępnością tak atrakcyjnej wyceny. Niemniej jednak, uznanie tej argumentacji za wiarygodną prowadzi do wniosku, który podnosił Odwołujący, że ujawnienie tych informacji nie spowoduje ryzyka utraty pozycji konkurencyjnej przez Przystępującego, gdyż pozostali wykonawcy, nie pozostający w takich relacjach biznesowych z podwykonawcą, nie otrzymają tak korzystnej oferty. Izba zwraca uwagę, że Przystępujący podkreśla wartość gospodarczą także w kontekście możliwości pogorszenia pozycji negocjacyjnej Wykonawcy, ale z uzasadnienia i zastrzeganych informacji nie wynika, że podwykonawca również traktuje ofertę jako poufną i dostępną wyłącznie Przystępującemu, co więcej, jak już wskazano, że stanowi ona wynik negocjacji.

Dlatego Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji i już z tych powodów należało je ujawnić. Zasadność podniesionej wyżej argumentacji dodatkowo potwierdza oferta na utylizację destruktu złożona jak dowód przez Przystępującego na rozprawie. Wycena w niej przedstawiona oscyluje w granicach ceny za tonę w kosztorysie Przystępującego i Wykonawcy Kontrakt i jak podnosił Przystępujący na rozprawie, jej uzyskanie nie było utrudnione i nie stanowiło wyniku długotrwałych negocjacji czy pozostawania w relacjach biznesowych z podmiotem składającym ofertę. Różnice cenowe w tych ofertach są zdaniem Izby pomijalne. Powyższe potwierdza brak wyjątkowości oferty podwykonawczej i sposobu wyliczenia ceny za utylizację destruktu przez Przystępującego, a tym samym brak wartości gospodarczej tych informacji, skoro zbliżoną cenę może bez trudu uzyskać każdy zainteresowany wykonawca. Dodatkowo, jak sam Przystępujący wskazuje w piśmie procesowym, w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny, kosztorys ofertowy zawierał setki pozycji, a: *„różnice w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu, a także przez samego Zamawiającego, są naturalnym elementem rywalizacji ofertowej i nie świadczą o naruszeniu przepisów PZP. Rozbieżności w wycenie – sięgające niekiedy kilkuset krotności – wynikają z indywidualnych kalkulacji każdego z wykonawców. (…) każdy wykonawca dokonuje odmiennych założeń przy tworzeniu kosztorysu, co mieści się w granicach dopuszczalnej swobody ofertowej."* Zaoferowanie przez

Odwołującego wyższej ceny w poz. 2.3.25 kosztorysu nie oznacza więc automatycznie, że niższa cenowo oferta podwykonawca była dla niego niedostępna, a jedynie wskazuje, że takie założenia Odwołujący przyjął przy kalkulacji tego zamówienia.

Izba uznała również, że Przystępujący nie wykazał podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności. Przystępujący co prawda opisał środki zabezpieczające stosowane przez Wykonawcę: fizyczne i prawne i wskazał na obowiązujące procedury bezpieczeństwa jednak nie przedstawił żadnych dowodów, że są one faktycznie stosowane i przede wszystkim odnoszą się do rodzaju informacji, które Wykonawca zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący zaznacza w uzasadnieniu, że z podmiotami, z którymi Wykonawca współpracuje są podpisywane umowy o zachowaniu w poufności czy też zawierają one klauzule poufności. Brak dowodów w tym zakresie ma zdaniem Izby istotne znaczenie w kontekście zastrzeżonej oferty podwykonawcy, z której nie wynika, że podmiot ten został zobowiązany do nieujawniania treści objętej ofertą. Tym samym trudno uznać, aby Przystępujący faktycznie zastosował wszystkie środki zabezpieczające przed ujawnieniem zastrzeganych informacji, skoro podwykonawca może nimi swobodnie dysponować, a okoliczność przeciwna nie została w uzasadnieniu wykazana.

Konkludując uznać należało, że Przystępujący nie wykazał łącznie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa Z powyższych względów Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach jako tajemnica przedsiębiorstwa – załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny oferty: szczegółowe rozbicie ceny jednostkowej pozycji 2.3.25 wraz z ofertą na utylizację destruktu. Izba uznała w ślad za stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO 807/21, żewobec przepisów regulujących wnoszenie środków ochrony prawnej, dla skuteczności orzeczenia i sanacji działania Zamawiającego, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący postawił co prawda zarzut niezasadnego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne obok zarzutu rażąco niskiej ceny poz. 2.3.25 kosztorysu, której zastrzeżenie dotyczy, a Izba ten zarzut rozpoznała. Mając jednak na względzie brak wcześniejszego udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych dokumentów, które powinny zostać ujawnione, argumentację odwołania, że: *„Nieprawidłowe utajnienie przez Zamawiającego informacji i dokumentów Eurovia pozbawiło Odwołującego możliwości miarodajnej weryfikacji oferty konkurenta, w tym szczególności możliwości realnej: (…) weryfikacji podwykonawcy w zakresie zdolności do realizacji ww. inwestycji (posiadanie wymaganych pozwoleń na utylizację, w tym wpisu do BDO oraz zgodności z przepisami Ustawy o odpadach), weryfikacji pozwoleń podwykonawcy w zakresie realnego przetworzenia ilości odpadów pochodzącej z ww. kontraktu zgodnie z przepisami prawa, w tym uzyskanymi decyzjami administracyjnymi."* a więc, że w konsekwencji ujawnienie informacji może doprowadzić do weryfikacji oferty Przystępującego w innym zakresie, Izba stwierdziła, że powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem spełniła się przesłanka art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Przechodząc do zarzutu 2 odwołania to spór sprowadzał się do kwestii prawidłowości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego i uznania jej za realną. W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący akcentował wartość pozycji 2.3.25 kosztorysu wyjaśnianej przez Wykonawcę oraz podnosił, że wyjaśnienia tej pozycji opierają się w całości na ofercie podwykonawczej która sama w sobie jest rażąco niska, na dowód czego Odwołujący przedstawił oferty na utylizację destruktu. Ewentualnie, Odwołujący wskazywał, że Przystępujący powinien zostać ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień celem wykazania, że przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym, że cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego i w świetle zgromadzonego materiału dowodowego uznała, że Przystępujący w sposób rzetelny i pełny wyjaśnił zaoferowaną cenę w poz. 2.3.25 kosztorysu, w konsekwencji czego oddaliła podniesiony zarzut.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 224 ustawy pzp: *„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 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; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych*

oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 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. (…)"

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowi: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia."*

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: *„Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. (…) wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji."*

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszerne wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: *„(…) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. (…) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."*

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zwraca w pierwszej kolejności uwagę na treść wezwania Zamawiającego. Niewątpliwie, Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, że całkowita cena oferty Przystępującego jest zbliżona do średniej arytmetycznej złożonych ofert i wartości zamówienia, niemniej jednak jedna pozycja kosztorysowa wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości jej wykonania zgodnie z wymaganiami. W tym kontekście Odwołujący podnosił, że brak zakwestionowania przez Przystępującego wezwania oznacza, że zaakceptował on stanowisko Zamawiającego o istotności tej części składowej ceny. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. Zdaniem Izby, przeczy temu treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, w których Wykonawca podkreśla, że pozycja ta stanowi niewielki procent ceny całkowitej oferty i nie jest na tyle niska, aby potencjalnie mogła wpłynąć na należyte wykonanie zamówienia. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że również Zamawiający uznał za zasadne wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie. Podkreślenia wymaga, że brak zaskarżenia wezwania do wyjaśnień, nie stanowi przyznania przez wykonawcę, że takie wezwanie było uzasadnione, a ma wyłącznie taki skutek, że wykonawca jest zobowiązany na wezwanie odpowiedzieć i wykazać, że cena przez niego zaoferowana jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Zdaniem Izby, takie wyjaśnienia Przystępujący złożył i zostały one właściwie ocenione przez Zamawiającego. Przystępujący przedstawił własne założenia w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, załączył ofertę podwykonawcy uwiarygadniającą przyjętą wycenę w poz. 2.3.25 kosztorysu oraz wyjaśnił sposób wyliczenia tej pozycji w swojej ofercie. Wyjaśnienia są pełne i rzetelne, a przede wszystkim nie pozostawiają wątpliwości, że zaoferowana cena jednostkowa jest realna. Izba zauważa ponadto, że dwóch na trzech Wykonawców zaoferowało w poz. 2.3.25 kosztorysu zbliżone ceny, a jedynie Odwołujący odmienne wycenił tą pozycję, ale niżej niż Zamawiający w kosztorysie inwestorskim. Ceny zaoferowane przez Wykonawców przedstawiają stawki rynkowe, które często, z uwagi na walkę konkurencyjną są niższe niż zakładane przez Zamawiającego. Izba za Zamawiającym wskazuje, że oferta Wykonawcy Kontrakt została odrzucona, ponieważ Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie do wyjaśnienia ceny, co nie oznacza, że cena z poz. 2.3.25 w kosztorysie tego Wykonawcy nie była ceną realną, gdyż przyczyny braku odpowiedzi ze strony Wykonawcy mogą dotyczyć aspektów biznesowych a nie merytorycznych. Co więcej, Odwołujący przedstawił oferty do odwołania ukazujące stawki za utylizację destruktu, które były dla niego dostępne, co nie świadczy również o nierealności wyceny Przystępującego. Jak przedstawił Przystępujący na str. 8 pisma procesowe, ceny jednostkowe kosztorysów ofertowych wykonawców zawierających setki pozycji różniły się nawet w istotnym stopniu, co nie świadczy jeszcze o rażącym zaniżeniu ceny całej oferty któregoś z wykonawców. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że: *„3.16. Wskazane okoliczności dowodzą, że różnice w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu, a także przez samego Zamawiającego, są naturalnym elementem rywalizacji ofertowej i nie świadczą o naruszeniu przepisów PZP. Rozbieżności w wycenie – sięgające niekiedy kilkuset krotności – wynikają z indywidualnych kalkulacji każdego z wykonawców."* Jak słusznie wskazał Zamawiający i co zostało przywołane w wezwaniu do wyjaśnienia ceny, wykonawca w wyniku realizacji zamówienia staje się właścicielem odpadu, który jest zobowiązany zutylizować zgodnie z ustawą o odpadach: *„Materiał pochodzący z rozbiórki, tj. materiał z frezowania zanieczyszczony lepiszczem smołowym należy do Wykonawcy, który jest ich wytwórcą, i należy go zutylizować zgodnie z Ustawą z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późń. zm.)."* Zamawiający nie stawiał w tym zakresie żadnych dodatkowych wymogów i pozostawił swobodę wykonawcom co do wyboru sposobu zagospodarowania odpadów, co zdaniem Izby mogło również znaleźć odzwierciedlenie w wycenach tej pozycji w kosztorysach ofertowych. Wykonawcy przyjmowali więc odmienne założenia przy wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych, ale całkowite ceny ofert są ostatecznie bardzo zbliżone. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że cena z poz. 2.3.25 kosztorysu Przystępującego jest tak niska, że może negatywnie wpłynąć na należytą realizację zamówienia jako całości, a tylko taka sytuacja mogłaby prowadzić do wniosku o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, co skutkowałoby odrzuceniem oferty. Ponadto, Przystępujący na rozprawie przedstawił kolejną ofertę na utylizację destruktu, której cena jest zbliżona do ceny jednostkowej z poz. 2.3.25 kosztorysu Przystępującego i wyłącznie dodatkowo potwierdza realność wyceny.

Izba uznała za niezasadne również twierdzenia Odwołującego, że Wykonawca wyjaśniając sporną pozycję powołał się w całości na ofertę podwykonawcy i tym samym nie złożył wyjaśnień co do poszczególnych kosztów poz. 2.3.25. Zauważyć należy, że wezwanie do wyjaśnień nie dotyczyło całkowitej ceny oferty, a jednej z setek pozycji kosztorysu. Nie jest więc tak, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia ceny oferty przedstawia tylko ofertę podwykonawczą na realizację znacznej części przedmiotu zamówienia niejako uchylając się od przedstawienia kosztów wykonania inwestycji. Jak słusznie podnosił w piśmie procesowym Przystępujący: *„3.31 (…) w przypadku podwykonawstwa na utylizację odpadów oferujące je podmioty przedstawiają cennik, który wskazuje kwotę za zagospodarowanie 1 tony danego odpadu (niekiedy w przypadku mniejszych firm jest to 1 kilogram). 3.32. W takim wypadku bowiem ciężko wyliczyć dokładny koszt (i) robocizny, (ii) sprzętu, (iii) materiału jaki ma być przeznaczony na tę czynność. Nie da się bowiem dokładnie wskazać przykładowo kosztu składowania 1 kg odpadu w ogromnych silosach bądź dokładnego ułamka kwoty potrzebnej na*

budowę technologii, w której utylizuje się odpady przez większą część doby w okresie wielu lat. Ciężko też wskazać, ile dokładnie czasu zajmie pracownikom takiego podwykonawcy przykładowo załadunek 1 tony tego typu odpadu do danego urządzenia. 3.33. Z tych powodów, podwykonawcy oferujący utylizację, czy szerzej, zagospodarowanie odpadów korzystają z cenników, które zawierają ceny jednostkowe ich zagospodarowania. Usługi w tym zakresie nie są zatem wyceniane na podstawie ich kosztu, a raczej uśrednionej stawki, którą w zależności od okoliczności można podwyższyć (przykładowo w przypadku małej ilości odpadów, bądź nowego kontrahenta), bądź obniżyć (w przypadku większej ilości odpadów, bądź kontrahenta, z którym pozostaje się w długoletnich relacjach)." Izba tą argumentację w całości podziela uznając ją za wiarygodną, logiczną i spójną. Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym jakie rozbicie kosztowe powinno zostać ujęte w ofercie podwykonawczej na utylizację destruktu, a złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają wyłącznie powyżej cytowane stanowisko Przystępującego, gdyż oferty zawierają tylko koszt zagospodarowania za tonę, ewentualnie cenę transportu. Niewątpliwie więc nakazanie wyszczególnienia kosztów wykonania tej usługi stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu nieuzasadnionego praktyką rynkową. Dlatego też Izba uznała za niezasadny zarzut ewentualny ponownego wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie kosztów ponoszonych przez podwykonawcę za utylizację destruktu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odpowiednio w kwocie 3600,00 zł (łącznie 17.200,00 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 8600,00 zł (17.200,00 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5000,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……