Sygn. akt: KIO 2408/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Adriana Urbanik

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach, Sandfield sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy E.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.E. Zakład Transportowy
i Ogólnobudowlany z siedzibą w Lubsku

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w części, co do zarzutu w pkt 1 w zakresie zaniechania odpowiednio odtajnienia i udostępnienia dokumentów: wykazu pojazdów i zdjęć zmagazynowanego materiału, oraz w pkt 6, i nakazuje zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy E.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.E. z siedzibą w Lubsku,

b)powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku uznania za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu wykonawcy E.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.E. z siedzibą w Lubsku: wykazu pojazdów,

c)udostępnienie odwołującemu dokumentów: wykazu pojazdów i zdjęć zmagazynowanego materiału;

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie odwołania, a więc co do zarzutu w pkt 1
w zakresie zaniechania odtajnienia i udostępnienia pozostałych dokumentów wykonawcy E.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.E. z siedzibą w Lubsku, w pkt 2, 3, 4 i 5;

3.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych
i Autostrad Oddział w Zielonej Górze w części 2/6 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach, Sandfield sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie w części 4/6, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach,

Sandfield sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach, Sandfield sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.zasądza od zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra), na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. (ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice), Sandfield sp. z o.o. (ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa) kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) obejmującą 2/6 kwoty uiszczonego przez odwołującego wpisu

od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. (ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice), Sandfield sp. z o.o. (ul. Puławska 111A lok. 86,

02-707 Warszawa) na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra) kwotę 2 400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych 00 groszy) stanowiącą 4/6 kwoty uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem 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.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 2408/24

Uzasadnienie

Zamawiający – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Oddział w Zielonej Górze** (ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra), dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości wyższej niż progi unijne o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", pn. „CAŁOROCZNE (BIEŻĄCE I ZIMOWE) UTRZYMANIE DROGI KRAJOWEJ A18 OD KM 0+000 DO KM 5 ZARZĄDZANEJ PRZEZ GDDKIA ODDZIAŁ W ZIELONEJ GÓRZE, REJON W ŻARACH", numer referencyjny: O/ZG.D3.2421.3.2024, dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2024 r. pod numerem Dz. U. S: 28/2024 - 83273.

W dniu 8 lipca 2024 r. **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.** (ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice), **Sandfield sp. z o.o.** (ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa), dalej „Odwołujący", wnieśli odwołanie, wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

1)wyborze oferty wykonawcy Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E.K.,
ul. Przemysłowa 62, 68-300 Lubsko (dalej „K.") jako oferty najkorzystniejszej
w postępowaniu;

2)zaniechaniu odtajnienia (udostępnienia) Odwołującemu dokumentów wykonawcy K. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

3)zaniechaniu odrzucenia oferty K.;

4)zaniechaniu wezwania K. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów
w zakresie wyliczenia ceny (istotnych części składowych).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów K. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. w szczególności pełnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym powołane: kalkulacje cen jednostkowych dotyczących pozycji wskazanych w wezwaniu, załącznik do kalkulacji szczegółowych, faktury zakupu towarów/usług, oferty dostawców/producentów – podstawa kalkulacji, faktury, oferty, umowy dostawców innych materiałów, urządzeń, usług, zdjęcia zmagazynowanych materiałów, wykaz pojazdów K. - pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;
2)art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny;
3)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym jej istotnych części składowych, a zarazem złożone przezeń wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
4)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5)art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania K. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny następujących elementów zamówienia:

a. GRUPA PRAC NR 1 Nawierzchnia - poz. 19.1 Uzupełnienie ubytków betonem cementowym w konstrukcjach betonowych,
b. GRUPA PRAC NR 4 Odwodnienie - poz. 15.3 Wykonanie ławy betonowej pod ściek przykrawężnikowy,
c. GRUPA PRAC NR 7 Urządzenia BRD - poz. 9.2 Wymiana / zamontowanie osłony zabezbieczającej w postac monobloku (typu U-15a) - osłona typu Safe End,
d. GRUPA PRAC NR 9 Urządzenia wspomagające - poz. 1.4 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi - siatka dla herpetofauny,
e. GRUPA PRAC NR 10c Zimowe utrzymanie dróg - poz. 1.2 Chodniki odsunięte od jezdni – usuwanie śliskości;

6) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności wyboru oferty K. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

II. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku:

1) uznania za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów K., tj. utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami i udostępnienie ich Odwołującemu;
2) odrzucenia oferty K.;

[ewentualnie]

3) wezwania K. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny następujących elementów zamówienia:
   a. GRUPA PRAC NR 1 Nawierzchnia - poz. 19.1 Uzupełnienie ubytków betonem cementowym w konstrukcjach betonowych,
   b. GRUPA PRAC NR 4 Odwodnienie - poz. 15.3 Wykonanie ławy betonowej pod ściek przykrawężnikowy,
   c. GRUPA PRAC NR 7 Urządzenia BRD - poz. 9.2 Wymiana / zamontowanie osłony zabezpieczającej w postac monobloku (typu U-15a) - osłona typu Safe End,
   d. GRUPA PRAC NR 9 Urządzenia wspomagające - poz. 1.4 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi - siatka dla herpetofauny,
   e. GRUPA PRAC NR 10c Zimowe utrzymanie dróg - poz. 1.2 Chodniki odsunięte od jezdni – usuwanie śliskości.

Zamawiający w dniu 9 lipca 2024 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 lipca 2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAF) wykonawca **E.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.E.** (ul. Przemysłowa 62, 68-300 Lubsko), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: wykonawcy **E.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.E.**
(ul. Przemysłowa 62, 68-300 Lubsko).

W dniu 31 lipca 2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAF) pismo procesowe z dnia 30 lipca 2024 r. złożył Przystępujący, w którym w szczególności wniósł
o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego i przedłożył dowody: 1) umowę o pracę,
2) oświadczenie pracownika, 3) tabele porównawcze, 4) 2 faktury zakupu urządzeń Safe End
i zestawu naprawczego.

W dniu 1 sierpnia 2023 r. odpowiedź na odwołanie drogą elektroniczną (także na posiedzeniu w dniu 2 sierpnia 2024 r. na piśmie) złożył Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. pismo procesowe drogą elektroniczną (także na posiedzeniu w dniu 2 sierpnia 2024 r. na piśmie) złożył Odwołujący, w którym w szczególności wniósł
o dopuszczenie i przeprowadzenie wskazanych w piśmie dowodów z dokumentów.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia i rozprawy,
w szczególności:

1) Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu oraz piśmie procesowym, wniósł

o uwzględnienie odwołania, złożył wniosek kosztowy wraz z fakturą vat na kwotę 4 428 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (wniósł o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika do wysokości zakreślonej odpowiednim rozporządzeniem);

2)Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania, wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i złożył rachunek na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3)Przystępujący podtrzymał stanowisko jak w zgłoszeniu przystąpienia oraz piśmie procesowym, poparł stanowisko Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w toku postępowania odwoławczego dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest 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, to jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane w toku postępowania odwoławczego, z tym, że odnosząc się do dowodów Przystępującego, złożonych wraz z pismem procesowym:

1) umowa o pracę,

2) oświadczenie pracownika

- Izba wskazuje, iż wyżej wymienione są spóźnione, gdyż złożone na etapie postępowania odwoławczego, nie są przydatne do wykazania zachowania w poufności informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;

3) tabele porównawcze – wyliczenia własne wartości uzyskanych z porównania wyspecyfikowanych tam robót z ogólną wartością umowy Izba traktuje jako stanowisko Przystępującego,

4) 2 faktury zakupu urządzeń Safe End i zestawu naprawczego – Izba wskazuje, iż dowody te są spóźnione, gdyż złożone na etapie postępowania odwoławczego, nie są przydatne do wykazania że cena danych składników nie jest rażąco niska.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, pisma procesowego Odwołującego oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba dokonała następujących ustaleń stanu faktycznego w sprawie:

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie drogi krajowej A18 od km 0+000 do km 54+204 zarządzanej przez GDDKIA Oddział w Zielonej Górze, Rejon w Żarach.

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, dalej „SWZ":

1)w Tomie I „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW WRAZ Z FORMULARZAMI":

- „6.2. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II-IV SWZ.";

- „17.SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY

17.1.Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy (Tabele elementów rozliczeniowych dla określonych grup prac (TER) wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (ZZK)) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część

SWZ - Tom IV.

17.2. Formularz cenowy – TER, o którym mowa w pkt 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu.

We wszystkich TER, z wyjątkiem TER dot. GR10 Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto pozycji oraz obliczyć wartości razem netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie zsumować te pozycje - wyliczyć cenę netto łącznie (cena netto dla danej TER).

W TER dot. GR10 należy wykonać obliczenia ceny netto dla poszczególnych TER GR10a, TER GR10b TER GR10c, zgodnie z formułami określonymi w formularzach według przyjętych założeń.

Obliczoną w ten sposób cenę netto dla danej TER należy następnie przenieść do ZZK.

Formularz cenowy – ZZK ZZK należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. W formularzu ZZK Wykonawca wyliczy wartość brutto (z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo) dla każdej pozycji TER. Następnie Wykonawca zsumujeceny netto z TER - ówotrzymując wartość całkowitą netto dla zamówienia bez opcji. Wykonawca zsumuje także ceny brutto z TER - ów otrzymując wartość całkowitą brutto dla zamówienia bez Opcji.

Następnie Wykonawca obliczy wartość opcji - netto i brutto (jako 20% wartości całkowitej odpowiednio netto i brutto dla zamówienia bez Opcji) - odrębnie dla każdej z dwóch okoliczności opcyjnych.

Suma wartości całkowitej brutto dla zamówienia bez Opcji i wartość Opcji dla obu okoliczności opcyjnych brutto stanowi Cenę oferty.

Ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego, ceny Opcji i cenę łączną zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu oferty, zamieszczonym w Rozdziale 2 IDW, w pkt. 3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.

17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

17.4. W Formularzu cenowym dla TER GR11 (Grupa Robót nr 11 – Zarządzanie Kontraktem) Zamawiający przewiduje limit, tj. wartość razem (netto) TER GR11 nie może być większa niż 27% sumy netto GRUP 1-10, 12.

W Formularzu cenowym dla TER GR10b (Grupa Robót nr 10b – Zimowe Utrzymanie dróg) Zamawiający przewiduje limit, tj. udział kosztów usługi gotowości w kosztach świadczonej usługi ZUD nie może być większy niż 23%.

Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty.

17.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienie kosztów składowych.

17.6. Wartości w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego oraz cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

17.7. Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w istotnych postanowieniach umowy, stanowiących Tom II SWZ. (…)";

2) w Tomie III Opis przedmiotu zamówienia:

„2. Zakres zamówienia:

Zamówienie obejmuje wykonywanie usług i robót budowlanych z zakresu:

– bieżącego utrzymania dróg (BUD),

– zimowego utrzymania dróg (ZUD),

– bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM).

Zimowe utrzymanie dróg krajowych należy realizować w oparciu o Standardy Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych określane corocznie Zarządzeniem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Załącznik nr 5 do OPZ.

Wszystkie asortymenty usług i robót objęte zamówieniem zostały ujęte w niżej wymienionych grupach robót:
Grupa prac nr 1– Nawierzchnia
Grupa prac nr 2– Pobocza i pasy rozdziału
Grupa prac nr 3– Korpus drogi
Grupa prac nr 4– Odwodnienie
Grupa prac nr 5– Chodniki, ścieżki rowerowe
Grupa prac nr 6– Oznakowanie
Grupa prac nr 7– Urządzenia BRD
Grupa prac nr 8– Estetyka
Grupa prac nr 9– Urządzenia wspomagające
Grupa prac nr 10– Zimowe utrzymanie dróg
Grupa prac nr 11– Zarządzanie Kontraktem
Grupa prac nr 12– Czystość na obiektach inżynierskich
Grupa prac nr 13– Prace pomocnicze

Wykazy asortymentów robót i usług przypisanych do poszczególnych grup robót zawierają Tabele Elementów Rozliczeniowych stanowiące Załącznik nr 2 do Umowy.

W ramach zamówienia należy prowadzić tabelę monitoringu śmiertelności zwierząt stanowiącą Załącznik nr 8 do OPZ.

Obsługa wszystkich zdarzeń drogowych powinna być prowadzona zgodnie z zapisami Planu Działań Ratowniczych stanowiącego Załącznik nr 9 do OPZ.

Wszystkie interwencje brygad patrolowych, interwencyjnych, patrolowo-interwencyjnych muszą być odnotowane w comiesięcznym zestawieniu zrealizowanych dyspozycji brygad interwencyjnych stanowiącym Załącznik nr 10 do OPZ.”.

Pismem z dnia 24 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty:

„Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - zwanej dalej „ustawą Pzp”), 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 jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Cena Państwa oferty (obejmująca zamówienie podstawowe z opcją) wynosi:
51 356 471,32 zł.

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 80 655 562,90 zł.

Jak wynika z powyższego cena Państwa oferty jest niższa o ponad 36% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wzywa więc Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie cen jednostkowych netto wyszczególnionych poniżej pozycji. Zamawiający wzywa z do przedłożenia szczegółowej kalkulacji:

1) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 1 – Nawierzchnia: (…)

[podał tabelę]

2) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 4 – Odwodnienie: (…)

[podał tabelę]

3) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 6 – Oznakowanie: (…)

[podał tabelę]

4) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 7 – Urządzenia

BRD: (…)

[podał tabelę]

5) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 8 – Estetyka (…)

[podał tabelę]

6) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 9 – Urządzenia wspomagające: (…)

[podał tabelę]

7) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 10b – Zimowe utrzymanie dróg: (…)

[podał tabelę]

8) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 10c – Zimowe utrzymanie dróg: (…)

[podał tabelę]

9) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 11 – Zarzadzanie kontraktem: (…)

[podał tabelę]

10) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 12 – Czystość na obiektach inżynierskich: (…)

[podał tabelę]

W przypadku wszystkich wskazanych powyżej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych netto w/w pozycji 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.

Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 03-06-2024r., w formie i w sposób określony w Specyfikacji Warunków Zamówienia (komunikacja pomiędzy Zamawiającym,
a Wykonawcami w niniejszym postępowaniu odbywa się przy pomocy Platformy zakupowej pod adresem https://gddkia.eb2b.com.pl/).

POUCZENIE

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub

kosztem, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”.

Pismem z dnia 31 maja 2024 r., Przystępujący złożył odpowiedź na wezwanie z dnia 24 maja 2024 r. wraz z załącznikami (pismo i załączniki opatrzone podpisem z dnia 3 czerwca 2024 r.).

Do odpowiedzi na wezwanie z dnia 24 maja 2024 r. Przystępujący załączył:

1) Wyjaśnienia;
2) Kalkulacje cen jednostkowych dotyczących pozycji wskazanych w wezwaniu;
3)Załącznik do kalkulacji szczegółowych: faktury zakupu towarów/usług, oferty dostawców/producentów – podstawa kalkulacji;
3) Faktury i oferty dostawców innych materiałów, urządzeń;
4) Zdjęcia zmagazynowanych materiałów;
5) Wykaz pojazdów Wykonawcy;
6) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy wraz z uzasadnieniem;
7) System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji.

W piśmie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujący podał: „Mając na uwadze treść złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień w zakresie składników cenotwórczych oferty, w tym załączone dowody, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2029 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.Dz.U.2022.1233 ze zm.; dalej: „uznk”), Wykonawca Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E.K. zastrzega następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje te nie podlegają udostępnieniu innym podmiotom):

a) szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych oraz roboczogodziny wynikające z indywidualnej analizy wraz z dokumentami źródłowymi potwierdzającymi wysokość cen i indywidualnych rabatów (w tym oferty handlowe i dowody sprzedaży);

b) oferty podwykonawców i dostawców;

c) umowy podwykonawcze i umowy o współpracy;

e) wysokość i zasady obliczenia zysku Wykonawcy

f) umowy o pracę

g) wykaz pojazdów będących własnością Wykonawcy

Wnoszę o uznanie oznaczonych klauzulą „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” elementów wyjaśnień zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp, co skutkować winno nie udostępnianiem innym podmiotom poza adresatem wyjaśnień - Zamawiającym

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) - dalej jako „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.

WARTOŚĆ GOSPODARCZA

W rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. zastrzeżone informacje wynikające z ofert podwykonawczych, umów handlowych oraz umów o współpracy a także będące ich wynikiem kalkulacje cen w sposób oczywisty stanowią „informacje posiadające wartość gospodarczą.

Wykonawca w treści wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów prezentuje podstawy kalkulacyjne i informacje o znaczeniu gospodarczym na konkurencyjnym rynku utrzymania dróg.

Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia szczegółowe dane techniczne oraz źródła i sposób kalkulacji kosztów, w tym wskazuje poszczególne ceny oraz upusty stosowane dla Wykonawcy

Informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa to informacje dotyczące w szczególności sposobu wytwarzania (produkcji) określonych dóbr, wielkości produkcji lub sprzedaży, zasad finansowania działalności, organizacji sprzedaży (dystrybucji), działalności marketingowej (promocyjnej) związanej ze sprzedażą, a także źródeł pozyskiwania surowców.

Orzecznictwo KIO potwierdza jednolicie uprawnienie do traktowania elementów wyjaśnień ceny jako zasługujących na ochronę zgodnie z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przykładowo: Sygn. akt: KIO 917/17 wyrok z dnia 23 maja 2017 r:

W ocenie Izby, strategia budowania ceny oferty, szczegółowe kalkulacje tej ceny,

a także informacje, dotyczące kontrahentów i warunków współpracy, z pewnością mają wartość gospodarczą, której ujawnienie mogłoby wywołać negatywne konsekwencje dla Wykonawcy, w szczególności na gruncie konkurowania z innymi wykonawcami w określonym segmencie rynku. Informacje te, według oświadczenia Przystępującego, nie zostały ujawnione, a Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. (…) Izba stoi na stanowisku,
że sporne wyjaśnienia jako całość mogły być objęte poufnością ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowią bowiem pewien obraz podejścia do opracowania oferty i jej skalkulowania, co ma wymierną wartość gospodarczą. Wskazane, zastrzeżone przez nas w piśmie jak i załącznikach informacje, co do których ograniczamy zasadę jawności w niniejszym postępowaniu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy

W wyroku z dnia 15 marca 2012 r., II SA/Wa 128/12, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zwrócił uwagę, że wartość gospodarczą posiadają również informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Wykonawca przedłożył indywidualnie skalkulowane oferty, upusty wynegocjowane z kontrahentami, które stanowią podstawę konkurowania ZTiO E.K. w jednolitym rynku utrzymaniowym dróg publicznych, zwane „Szczegółową Kalkulacją".

Przedstawione kalkulacje są wynikiem zastosowania w przedsiębiorstwie Wykonawcy unikalnej metodologii wyceny w zakresie utrzymania dróg publicznych.

Stosowany model stanowi przedmiot własności intelektualnej Wykonawcy, stworzony w oparciu o wieloletnie doświadczenie w realizowaniu kontraktów utrzymaniowych, zasoby handlowe, marżę ustaloną w oparciu o dane historyczne Wykonawcy, portfel umów
z podwykonawcami i pracownikami.

Oczywistym jest, że to właśnie wysokość kosztów i sposób ich ustalania, w oparciu
o wieloletnie doświadczenia, stanowi wartość gospodarczą Wykonawcy. ZTiO E.K. posiada kilkudziesięcioletnie doświadczenie w koordynowaniu prac podwykonawców i dostawców, które przesądza o przewadze konkurencyjnej. Wiedza ta, poparta doświadczeniem, daje podstawy oferowania atrakcyjnych cen składających się na kwotę oferty Wykonawcy.

Oferowana przez Wykonawcę cena i jej elementy składowe, jak również informacje
o nawiązanych kontraktach i pozyskanych dostawcach usług i towarów, kształtowane indywidualnie dla Wykonawcy, mają unikalną wartość gospodarczą ZTiO E.K..

Doświadczenie w realizacji kontraktów na rzecz GDDKiA i innych zarządców dróg, posiadane przez Wykonawcę, pozwala stwierdzić z całą pewnością, że to właśnie indywidualnie ustalone zasady współpracy z danymi kontrahentami i pracownikami, przesądza o możliwości zaoferowania niższej (w odniesieniu do innych wykonawców), ale stabilnej ceny. Ugruntowana pozycja na rynku utrzymania dróg, jaką posiada Wykonawca z pewnością ma wpływ na wiarygodność ZTiO jako kontrahenta, co z kolei pozwala uzyskać atrakcyjne warunki dostawy usług i towarów, będących składowymi oferowanej w przedmiotowym postępowaniu ceny.

Tym samym wiedza podmiotów konkurencyjnych względem Wykonawcy na temat warunków współpracy w sposób bezpośredni uderzy w pozycję rynkową ZTiO E.K..

Potencjalni konkurenci mogą bowiem uzyskać wiedzę na temat elementów składowych ceny oferowanej przez ZTiO E.K., wysokości otrzymanych rabatów, warunków płatności, kosztów pracy pracowników, oraz podejmować próby przejmowania kontraktów podwykonawczych np. poprzez oferowanie wyższych stawek za usługi czy materiały.

Jak wynika z powyższego Wykonawca spełnił przesłanki uznania wartości gospodarczej jako zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny . ZTiO E.K. wskazuje, że zastrzeżenie poufności tych informacji podyktowane jest koniecznością ochrony jego interesów gospodarczych.

Dane zawarte w niniejszych wyjaśnieniach i załącznikach w postaci: umów, kosztorysów, zestawień umożliwia bowiem poznanie strategii cenowej i metod kalkulacji przyjętych przez Wykonawcę, marżach Wykonawcy, kontrahentach Wykonawcy oraz stawkach i rabatach uzyskanych od podwykonawców i dostawców w drodze indywidualnych negocjacji.

Wartość gospodarcza oraz znaczenie zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji znajduje potwierdzenie m.in.:

- wyrok z dnia 28 lutego 2014 r., KIO 245/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła,
że „wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich, posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Względem wykazu oferowanych materiałów, wyrobów lub urządzeń Izba uznała dopuszczalność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaproponowanie przez wyspecjalizowany zespół zestawu urządzeń stanowi autorskie rozwiązanie dedykowane Zamawiającemu i jako takie stanowi dla wykonawcy niewątpliwie wartość gospodarczą. Zauważyć należy, że Zamawiający w treści specyfikacji podał z nazwy przykładowe urządzenia, dopuścił jednak rozwiązania równoważne, zatem dobór konfiguracji sprzętowej może zostać zrealizowany na wiele sposobów. Tym samym, unikalność proponowanego rozwiązania, jak też brak jego ujawnienia do wiadomości

publicznej powodują, że może on stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba w tym zakresie wskazuje na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., V CSK 444/2006, zgodnie z którym fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności. Sąd Najwyższy uznał zatem,
że ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) są podane do wiadomości publicznej - wyrok z dnia 9 maja 2022 r, sygn.akt: KIO 991/22, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wypracowane w ramach prowadzonej działalności „relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy
i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy
o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji".

Indywidualną kwestią każdego z wykonawców jest sposób kalkulacji ceny, bowiem każde przedsiębiorstwo czy przedsiębiorca posiada własną specyfikę działalności i określony potencjał będący wynikiem zdobytych doświadczeń. Cena oferty jest zatem w każdym przypadku wypadową wielu, wzajemnie na siebie oddziałujących, elementów takich jak np. posiadane doświadczenie, wypracowane rabaty, własny potencjał kadrowy, sprzętowy
i towarowy, możliwości logistycznych, odległości bazy lub siedziby przedsiębiorcy do miejsca wykonywania przedmiotu umowy, wielkości uzyskanych rabatów oraz źródeł dostaw, wysokości założonego zysku, cen podwykonawstwa i materiałów, kosztów ponoszonych przez Wykonawcę.

Powyższe okoliczności były przedmiotem orzecznictwa KIO, gdzie w wyroku z dnia 28.12.2021 r.; sygn. akt: KIO 3513/21 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że : „Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte Zostały założenia, metodologia, warunki współpracy
z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doborem właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości"

Zastrzeżone Informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a ponadto zawierają szczegółowe informacje o przyjmowanej w postępowaniach strategii ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zastrzeżone informacje szczegółowo przedstawiają kalkulację elementów ceny ofertowej w oparciu o:

- wieloletnie doświadczenie rynkowe;
- potencjał kadrowy;
- doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracę ze sprawdzonymi podwykonawcami, usługodawcami i dostawcami;
- wypracowaną wysokość zysku;

Sposób organizacji przedsiębiorstwa w celu realizacji usług na rynku związanym
z utrzymaniem dróg publicznych, jak i sposób wykonywania robót i organizacji pracy stanowi know-how Wykonawcy o istotnej wartości gospodarczej. Udostępnienie osobom i podmiotom trzecim przedkładanych przez Wykonawcę kalkulacji, wyjaśnień i dokumentów w postaci umów spowoduje, iż konkurencji Wykonawcy w tym i innych postępowaniach przetargowych, uzyskają bezpłatny dostęp do zestawień dotyczących istotnych cech gospodarczych Wykonawcy. Pozyskanie tych danych w innych okolicznościach nie byłoby możliwe. Ujawnienie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa danych, w szczególności w postaci kosztorysów, umożliwi konkurentom poznanie składowych elementów ceny, na jaką składają się w szczególności:

- wysokość kosztów stałych, w tym kosztów pracy pracowników zatrudnionych
w oparciu o umowę o pracę,
- sposób wyceny i poziom kosztów wykonania poszczególnych robót;
- wysokości założonego zysku;
- metod minimalizowania kosztów; - wykorzystywane przed Wykonawcę technologie wykonania robót;
- wysokości kosztów towarzyszących;
- wysokości cen jednostkowych;

Metody kalkulacji cen przez Wykonawcę ZTiO E.K. i dowody przedstawione na tę okoliczność stanowią rozwiązanie indywidualne, mające wartość gospodarczą. Stanowią one wartość szczególnie chronioną przez Wykonawcę,
zaś Wykonawca podejmuje działania niezbędne dla zachowania ich poufności.

Tym samym została spełniona przesłanka uznania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, 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. Przesłankę powyższą spełniają kosztorysy i kalkulacje sporządzane na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz załączonymi do niej dowodami.

Biorąc pod uwagę strukturę organizacyjną Wykonawcy jako jednoosobowej działalności gospodarczej, procedury przyjęte w przedsiębiorstwie, zbiór informacji stanowiących kalkulację ceny ofertowej wraz z dowodami, mający cechy zindywidualizowane na potrzeby postępowania, znany jest jedynie właścicielowi E.K. i pełnomocnikowi P.K., oraz osobie odpowiedzialnej za sporządzanie kosztorysów na podstawie przekazanych przez właściciela danych.

Wykonawca nie zatrudnia innych osób ani nie współpracuje z innymi osobami, które miałyby wgląd w proces tworzenia oferty i jej części składowych.

Zarówno pełnomocnik jak i osoba sporządzająca kosztorysy zobowiązane są do zachowania poufności. Zastrzeżony zbiór informacji nie jest dostępny w żaden sposób podmiotom i osobom zewnętrznym, co dowodzi, że podjęto wszelkie działania w celu zachowania poufności tych danych

NIEUJAWNIANIE DO WIADOMOŚCI PUBLICZNEJ I PODEJMOWANIE DZIAŁAŃ W CELU ZACHOWANIA POUFNOŚCI ZASTRZEŻONYCH INFORMACJI

Zastrzeżone Informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a ponadto zawierają szczegółowe informacje o przyjmowanej w postępowaniach strategii ubiegania się o zamówienie.

Wewnątrz przedsiębiorstwa Wykonawcy dostęp do poszczególnych części tych informacji ma wąski krąg osób związanych z ich wytworzeniem, zaś całość udzielonych wyjaśnień znana jest wyłącznie właścicielowi, pełnomocnikowi, oraz wskazanemu personelowi zobowiązanemu do zachowania poufności w zawartych umowach. Podkreślić należy, iż w przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązują zasady określone w Procedurach Bezpieczeństwa. Procedury Bezpieczeństwa, to zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik spółki przed przystąpieniem do pracy/współpracy ze Spółką, i w tym celu odbyć niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w przedsiębiorstwie. Celem Procedur Bezpieczeństwa jest zapobieganie incydentom naruszenia bezpieczeństwa. Do zabezpieczeń uważanych za najważniejsze dla organizacji z prawnego punktu widzenia należą: ochrona danych osobowych, tajemnicy przedsiębiorstwa prawa własności intelektualnej oraz innych prawnie chronionych tajemnic. Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach bezpieczeństwa. Procedury określają sposoby zabezpieczenia sprzętu, infrastruktury, przestrzeni w biurach Wykonawcy, których celem jest zapobieżenie utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i systemów komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty elektronicznej.

Wykonawca oświadcza, że każda osoba, w tym zarówno pracownicy i współpracownicy Wykonawcy, mający styczność z informacjami poufnymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w toku wykonywanych zadań na rzecz wykonawcy, jak również kontrahenci i inne osoby zewnętrzne, którym ma zostać przekazana informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa – zostają zobowiązane do złożenia stosownych oświadczeń dotyczących obowiązku przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z informacją o grożącej odpowiedzialności, w przypadku uchybienia powyższemu obowiązkowi.

W przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązuje zasada niszczenia zbędnych dokumentów za pośrednictwem przeznaczonych do tego, specjalistycznych urządzeń i zasady czystego biurka. Dokumenty przechowywane są w zamykanych na klucz szafach, oraz w pomieszczeniu wyłącznie do tego wyznaczonym. Każdy komputer czy laptop jest zabezpieczony indywidualnych hasłem dostępu, indywidualne hasła dostępu posiadają również bazy danych. Dokumenty objęte są klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa".

W komputerach zainstalowane są oprogramowania śledzące i zabezpieczające przez utratą i kradzieżą danych i informacji. W przedsiębiorstwie Wykonawcy, na terenie całego zakładu, zainstalowano monitoring i ograniczenia dostępu pracowników do ważnych pomieszczeń. Obowiązuje ogólny zakaz wstępu osób trzecich, oraz monitorowanie gości poprzez wpuszczanie ich po wcześniejszym umówieniu. Wykonawca wskazuje również, że jest zobowiązany do utrzymania w tajemnicy przekazywanych informacji dotyczących zasad współpracy z podwykonawcami i dostawcami z uwagi na zastrzeżenia poufności zawarte w tych ofertach. Od Podwykonawców, dostawców, pracowników i współpracowników odbierane są oświadczenia o zachowaniu poufności zgodnie przewidzianym w Polityce ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wzorcem. Dane samych osób fizycznych składających oświadczenia podlegają w tym zakresie procedurom ochrony danych osobowych,

a jednocześnie stanowią w znacznej mierze dane kadrowe i informacje o zasobach kadrowych wykonawcy, które - jak już wykazano stanowią samodzielnie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca oświadcza, iż kalkulacje są sporządzane indywidualnie dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Wykonawca uczestniczy,
a szereg czynników jest wynikową powiązań i rozliczeń ekonomiczno - finansowych wynikających z planowania, synergii i dywersyfikacji działalności firmy co stanowią istotne informacje gospodarcze i handlowe. Informacje, takie jak sposób, metody i założenia
do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych, w tym np. cen zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, ceny materiałów - stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy Wykonawcy ZTiO E.K.. Powyższe środki jaki i dowody, Krajowa Izba Odwoławcza uznaje za odpowiednie dowody skuteczności ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z koniecznością wykazania przez Wykonawcę, że zobowiązania takie faktycznie istnieją, ich przedstawienie było konieczne

Powyższe czynności wypełniają dyspozycję zawartą w wyroku z dnia 5 września 2001 roku (sygn. akt I CKN 1159/00), dotyczącą konieczności podjęcia przez wykonawcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto po wytworzeniu informacji należących do grupy informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, informacje te zostały po raz pierwszy udostępnione w treści oferty składanej w przedmiotowym Postępowaniu. Od tej pory nie były w jakikolwiek sposób ujawniane, co przesądza, że nie uchylono ich ochrony. Nie ma zatem wątpliwości,
że Wykonawca podjął w tej materii niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Prawidłowość interpretacji powyższych działań, do celów uznania, iż Wykonawca podejmuje stosowne kroki w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r. (KIO 1195/11) w którym wskazano, że „do działań podejmowanych w celu zachowaniu poufności informacji można zaliczyć przykładowo: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy".

Zastrzeżone informacje spełniają łącznie wszystkie wskazane w definicji warunki tj.:

- informacje te mają charakter techniczny, technologiczny oraz organizacyjny ZTiO E.K. oraz posiadają istotną wartość gospodarczą

- informacje te ani jako całość ani też w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji a tym bardziej nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zastrzeżone informacje mają w pełnym zakresie charakter tajemnicy ustawowo chronionej, gdyż dotyczą i zawierają następujące informacje:

• źródła kalkulacji wyceny oferty i szczegółowych komponentów zamówienia,
• poziom zysku uzyskiwany przez Wykonawcę,
• poziom wynagrodzeń personelu Wykonawcy,
• szczegółowe informacje w zakresie organizacji oraz logistyki procesu wykonania usług.

TERMIN

Odnośnie terminu w jakim wykonawca formułuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem w odniesieniu do wyjaśnień ceny, jak potwierdza orzecznictwo KIO, tak przykładowo: KIO 2519/18, wyrok z dnia 22 stycznia 2019 r. W przypadku składania wyjaśnień po upływie terminu składania ofert właściwym momentem do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest chwila składania wyjaśnień.
Nie można bowiem żądać od wykonawców, aby do dnia złożenia ofert przewidywali fakt wezwania do złożenia wyjaśnień na etapie oceny ofert, przedmiot wezwania, czy oczekiwania zamawiającego. W przeciwnym wypadku byliby oni zmuszeni do - z ostrożności - zastrzegania treści ewentualnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Mając powyższe na względzie niniejsze wyjaśnienia są składane z zachowaniem wymaganego terminu i formy.
Podsumowując, w ocenie Wykonawcy, powyższe uzasadnienie wraz z załączonymi dowodami potwierdzają, że przyczyna żądania ochrony informacji jest w pełni uzasadniona zaś sposób w jaki ochrona jest realizowana spełnia wymagania o których mowa w art. 18 ust 3 Pzp.".

Na podstawie:

1)ustawy Pzp:

a)art. 16:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia
w sposób:
1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2)przejrzysty;

3)proporcjonalny.”,

b)art. 18 ust. 1-3:

„1.Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2.Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

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.”,

c)art. 74 ust. 1 i ust. 2:

„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.”,

d)art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6:

„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.

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.”,

e)art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10:

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5)jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8)zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

10)zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;”,

f)art. 537 pkt 1 i 2:

„Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.”;

2) art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233):

„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.”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 1 odwołania: naruszenia art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1-3

ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia)
i udostępnienia Odwołującemu dokumentów K. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. w szczególności pełnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym powołane: kalkulacje cen jednostkowych dotyczących pozycji wskazanych w wezwaniu, załącznik do kalkulacji szczegółowych, faktury zakupu towarów/usług, oferty dostawców/producentów – podstawa kalkulacji, faktury, oferty, umowy dostawców innych materiałów, urządzeń, usług, zdjęcia zmagazynowanych materiałów, wykaz pojazdów K. - pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
Izba uznała zarzut za częściowo zasadny jeśli chodzi o nieujawnienie załącznika do wyjaśnień – wykazu pojazdów i nie udostępnienie zdjęć zmagazynowanego materiału.

Izba zauważa, że w piśmie Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia
31 maja 2024 r. Przystępujący zastrzegł „(…) jako tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje te nie podlegają udostępnieniu innym podmiotom):

a) szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych oraz roboczogodziny wynikające
z indywidualnej analizy wraz z dokumentami źródłowymi potwierdzającymi wysokość cen
i indywidualnych rabatów (w tym oferty handlowe i dowody sprzedaży);

b) oferty podwykonawców i dostawców;

c) umowy podwykonawcze i umowy o współpracy;

e) wysokość i zasady obliczenia zysku Wykonawcy

f) umowy o pracę

g) wykaz pojazdów będących własnością Wykonawcy", a także oznaczone klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa" elementy wyjaśnień.

Do pisma w sprawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 31.05.2024 r. Przystępujący załączył:
1) Wyjaśnienia;
2) Kalkulacje cen jednostkowych dotyczących pozycji wskazanych w wezwaniu;
3) Załącznik do kalkulacji szczegółowych: faktury zakupu towarów/usług, oferty dostawców/producentów – podstawa kalkulacji;
3) Faktury i oferty dostawców innych materiałów, urządzeń;
4) Zdjęcia zmagazynowanych materiałów;
5) Wykaz pojazdów Wykonawcy;
6) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy wraz z uzasadnieniem;
7) System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji;".
Nie ulega zatem wątpliwości, że Przystępujący nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa zdjęć zmagazynowanych materiałów (świadczy o tym również oznaczenie dokumentacji z tym dokumentem jako jawne w przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji zamówienia).

Tymczasem na wniosek Odwołującego Zamawiający pismem z dnia
28 czerwca 2024 r. przekazał załącznik: „73. Pismo z dnia 31-05-2024 od Wykonawcy ZTiO E.K. – odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień skierowane na podstawie 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – część jawna", nie przekazał zaś zdjęć zmagazynowanych materiałów (powyższe potwierdza dokumentacja zamówienia przekazana Izbie przez Zamawiającego:
89-96_100-102_108-110_Udostęp. dok. po wyborze\2_PRD_Poddębice).
Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego w zakresie skuteczności wykazania, że informacje o flocie pojazdów (jaką dysponuje Przystępujący)
w wykazie pojazdów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący nie odniósł się szczegółowo do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji o pojazdach. Wykaz pojazdów powinien zatem zostać odtajniony, w ocenie Izby z uwzględnieniem odrębnych przepisów (RODO).
Dalej Izba podnosi, że Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego wykazał
w pozostałym zakresie, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą,
gdyż metodologia wyceny i organizacja współpracy na rynku lokalnym, nieznana zwłaszcza dla wykonawców spoza rynku lokalnego, stanowi o konkurencyjności oferty Przystępującego. Powyższe stosuje w swojej działalności, nie jedynie w zakresie jednorazowego postępowania o udzielenie zamówienia. Błędnie zatem Odwołujący w ocenie Izby interpretuje sformułowanie indywidualnej wyceny jako mające zastosowanie tylko jednorazowo i nie do wykorzystania
w przyszłości, podczas gdy Przystępujący wskazywał jedynie na specyficzną dla niego metodologię wyceny w postępowaniach o utrzymanie dróg. Przystępujący bowiem zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wskazał w

szczególności: „Sposób organizacji przedsiębiorstwa w celu realizacji usług na rynku związanym utrzymaniem dróg publicznych, jak i sposób wykonywania robót i organizacji pracy stanowi know-how Wykonawcy o istotnej wartości gospodarczej. Udostępnienie osobom i podmiotom trzecim przedkładanych przez Wykonawcę kalkulacji, wyjaśnień i dokumentów w postaci umów spowoduje, iż konkurencji Wykonawcy w tym i innych postępowaniach przetargowych, uzyskają bezpłatny dostęp do zestawień dotyczących istotnych cech gospodarczych Wykonawcy. Pozyskanie tych danych w innych okolicznościach nie byłoby możliwe.”, i dalej: „Wykonawca oświadcza, iż kalkulacje są sporządzane indywidualnie dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Wykonawca uczestniczy, a szereg czynników jest wynikową powiązań i rozliczeń ekonomiczno - finansowych wynikających z planowania, synergii i dywersyfikacji działalności firmy co stanowią istotne informacje gospodarcze i handlowe. Informacje, takie jak sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych, w tym np. cen zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, ceny materiałów - stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy Wykonawcy ZTiO E.K..”.

Izba w nieuwzględnionym zakresie odwołania nie podzieliła stanowiska Odwołującego w odwołaniu, że Przystępujący 1) nie udowodnił podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania zastrzeganych danych w poufności; 2) nie wykazał,
że informacje nie mogą być łatwo dostępne dla zainteresowanych podmiotów; 3) nie wykazał wartości gospodarczej informacji.

Odwołujący skupił swoją argumentację przede wszystkim na tym, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego (pismo z dnia 31 maja 2024 r. podpisane w dniu
3 czerwca 2024 r.) załączono dokument System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji
z podpisem z dnia 3 czerwca 2024 r. o godzinie 20.46, gdy tymczasem termin składania ofert upłynął w dniu 12 kwietnia 2024 r., a zatem dokument ten nie mógł obowiązywać w dacie składania ofert. W ocenie Izby powyższa argumentacja nie jest trafiona z uwagi na fakt,
iż zarówno pismo wyjaśniające rażąco niską cenę choć datowane na 31 maja 2024 r.,
jak i załączniki do tego pisma, w tym dokument System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji, zostały opatrzone podpisem w dacie 3 czerwca 2024 r., a zatem Odwołujący nie wykazał, iż dokument System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji obowiązywał począwszy od daty 3 czerwca 2024 r., a więc nie obowiązywał przed datą
3 czerwca 2024 r.

Jak wyjaśnił w piśmie procesowym Przystępujący: „Odnosząc się do opisanych wyżej zarzutów wskazać należy, że stosownie do treści pkt. 16.8.2 Instrukcji dla Wykonawców (IDW), w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej – Wykonawca przekazuje cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Data 3 czerwca 2024 r., wskazana na przesłanym elektronicznie dokumencie System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji, jest datą złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego poświadczającego zgodność cyfrowego odwzorowania dokumentu istniejącego w postaci papierowej, a nie datą wydania tego dokumentu. W rzeczywistości dokument ten stanowi część pakietu wdrożonego w przedsiębiorstwie Przystępującego
w 2018 r. w związku z wejściem w życie przepisów RODO.”. Powyższym twierdzeniom
w zakresie treści pkt. 16.8.2 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Odwołujący nie zaprzeczył
w toku postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, zarzucane Przystępującemu nieprzedstawienie dalszych dokumentów zasadnych w ocenie Odwołującego do wykazania zobowiązania do utrzymania w tajemnicy istotnych informacji. Przystępujący nie miał bowiem obowiązku przedstawienia wszelkich dokumentów jakie funkcjonują w jego organizacji na potwierdzenie zachowania informacji w poufności, miał
za to wykazać powyższe w sposób skuteczny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła częściowo zarzut w pkt 1 odwołania co nieuprawnionego zaniechania odtajnienia i nieudostępnienia dokumentu względem którego Przystępujący nieskutecznie zastrzegł co do niego, że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (wykaz pojazdów), jak również nieuprawnionego nieudostępnienia dokumentu co do którego nie złożył Przystępujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (zdjęcia zmagazynowanego materiału), na zasadzie udostępnienia protokołu z postępowania wraz z załącznikami.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 2 odwołania: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący odniósł się do kalkulacji ceny w GRUPA PRAC NR 11 - ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM,

szczególności: „1. Jak wynika z oferty K. wykonawca wycenił pozycję Zarządzanie Kontraktem na kwotę 143 000 zł miesięcznie (netto), czyli 6 864 000 zł w ciągu 48 miesięcy. (…) Podmiot ten w części jawnej wyjaśnień przedstawił kilka ogólnych informacji co do założeń wyceny, jednakże nie mogą one uzasadniać wysokości zaoferowanego ryczałtu miesięcznego.”.

W toku postępowania odwoławczego sporne okazało się, czy Zamawiający w SWZ wymagał całodobowej dyspozycyjności brygad, zarówno patrolowej jak i interwencyjnej. Odwołujący wywodził z treści odpowiedzi Zamawiającego w zakresie wyjaśnień SWZ,
że wymagano całodobowej dyspozycyjności brygad, co rozumiał przez obecność w Punkcie Obsługi Kontraktu (dalej „POK”), zaś Zamawiający i Przystępujący wskazywali
na sformułowanie o dyspozycyjności, nie zaś obecności, tym bardziej że brygada patrolowa wykonuje 4 objazdy patrolowe (pkt 5.4.2 D-10.10.01z – SST Zarządzanie kontraktem).

Jak wynika z dokumentacji zamówienia przekazanej Izbie przez Zamawiającego,
w wyjaśnieniach treści SWZ w piśmie z dnia 2 kwietnia 2024 r. Zamawiający na:
„Pytanie nr 58
Prosimy o potwierdzenie, że dyspozycyjność brygad patrolowych i interwencyjnych będzie rozumiana zgodnie z PPU tj. „Pracownicy brygad interwencyjnych oraz brygad patrolowych winni przebywać w miejscach , z których dostęp do każdego miejsca na drogach krajowych będzie możliwy w terminach wynikających z zapisów SST.” a nie jako całodobowa obecność w siedzibie Wykonawcy (POK).” udzielił odpowiedzi:
„Odpowiedź:
Zamawiający informuje, że pracownicy brygady patrolowej oraz brygady interwencyjnej winni być gotowi do podjęcia działań interwencyjnych/patrolowych na drodze, na każdorazowe wezwanie Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek zapewnić całodobową dyspozycyjność brygad, również w dni wolne od pracy w siedzibie POK.”.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego w zakresie interpretacji spornego sformułowania – dyspozycyjność nie oznacza wprost obecności w POK (przez „dyspozycyjność” również zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego rozumie się „gotowość
w każdej chwili do podjęcia czynności” (sjp.pl/dyspozycyjność)).

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Przystępującemu, że „Zaoferowana przez K. stawka za Zarządzanie kontraktem - 143 000 zł miesięcznie - nie pokrywa kosztów związanych z realizacją tego zakresu zgodnie z OPZ (SST), uwzględniając prawidłowe (zgodne z SWZ) wyliczenia kosztów robocizny oraz kosztów materiałowych.”, a także: „Przy cenie K. wynoszącej 143 000 zł strata wynosi ok 16 tys. zł/m-c, a w skali całego kontraktu 768 000 zł.”, podając wyliczenia własne w zakresie kosztów patrolowania drogi oraz interwencji (9 616,74 zł / m-c), kosztów personelu (146 544,50 zł), kosztów utrzymania pojazdów patrolowych, interwencyjnych, zabezpieczenia (na jeden miesiąc: 16 000 / 12 = 1 333 zł/m-c), kosztów POK (ok. 1000 zł miesięcznie). Dalej Odwołujący zarzucił: „Już tylko z ww. względów oferta K. zasługuje na odrzucenie w oparciu o przepisy wskazane na wstępie, bowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym jej istotnych części składowych (Zarządzanie kontraktem), a zarazem złożone przez K. wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Oferta jest również niezgodna z SWZ (pkt. 17.3) i zawiera błąd w obliczeniu ceny (brak uwzględnienia wszystkich kosztów w GP 11).”.

W piśmie procesowym Przystępujący wskazał w szczególności: „W symulacjach tych Odwołujący popełnił następujące błędy: 1) o ile można zaakceptować sposób obliczenia kosztów paliwa związanego z patrolowaniem drogi, o tyle koszty paliwa grup interwencyjnych są całkowicie oderwane od realiów. W swoich obliczeniach Odwołujący przyjął bowiem zużycie paliwa przez pojazdy patrolowe na poziomie 8 l ON na 100 km, a przez pojazdy interwencyjne na poziomie aż 12 l ON na 100 km. Tymczasem w dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający,
w związku z pytaniem nr 3, dokonał zmiany treści SWZ (zmiana SWZ nr 1) w zakresie pkt 3.5 SST (Załącznik nr 4 do OPZ Szczegółowa Specyfikacja Techniczna nr D-10.10.01 Zarządzanie Kontraktem). W wyniku tej zmiany Zamawiający dopuścił możliwość użytkowania takich samych pojazdów zarówno dla potrzeb patrolowania dróg, jak i dla potrzeb realizacji interwencji. W przypadku Przystępującego zarówno dla potrzeb patrolowania, jak i interwencji, wykorzystane zostaną pojazdy Fiat Doblo Cargo Maxi L2 1,6MJ lub pojazdy o podobnej charakterystyce, w przypadku których przyjęto zużycie paliwa w cyklu mieszanym na poziomie 6,5 l ON na 100km lub porównywalnym (według danych producenta jest to 5,2 l/100km w cyklu mieszanym). Przystępujący wykorzystuje pojazdy o tych samych parametrach podczas realizacji zadań o podobnym zakresie, więc posiada wiedzę jakie jest realne zużycie paliwa. (…) 2) całkowicie oderwana od realiów jest przyjęta przez Odwołującego liczba wyjazdów 60 interwencyjnych miesięcznie oraz związana z tym liczba kilometrów przejechanych przez brygady interwencyjne. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Odwołujący przyjął taką wartość,
a z bogatego doświadczenia Przystępującego (o tym niżej w pkt IV) wynika,
że w rzeczywistości liczba wyjazdów interwencyjnych wynosi 15-20 w miesiącu, a nie 60 wyjazdów jak to przyjął

Odwołujący; 3) w zakresie kosztów personelu Odwołujący wskazuje najpierw na wysokość miesięcznego wynagrodzenia za pracę wypłacanego w konkurencyjnej firmie Zaberd (5600,00 zł brutto miesięcznie), po czym dla potrzeb kalkulacji kosztów zatrudnienia, jakie ma ponosić Przystępujący, stosuje stawki godzinowe, dowolnie nimi manipulując. Zaznaczyć należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego na ustalenie, że przyjęte w obliczeniach stawki miesięczne są stawkami realnymi, stosowanymi powszechnie przez przedsiębiorstwa zajmujące się utrzymaniem dróg. Tymczasem w rzeczywistości wysokość stawek jest uzależniona od kwalifikacji pracownika oraz miejsca realizacji kontraktu. Zaberd sp. z o.o. jest jednym z największych wykonawców robót utrzymaniowych, który realizuje kontrakty na terenie całej Polski, stąd też rozpiętość płac jest bardzo duża w zależności od tego, czy kontrakt jest realizowany np. w Warszawie lub innym dużym mieście, czy też na tzw. prowincji (tak jak w przypadku rozpatrywanego postępowania); 4) nawet gdyby przyjąć, że podane wynagrodzenie pracownika brygady patrolowej i interwencyjnej wynosi 5 600 zł brutto miesięcznie, to miesięczny koszt wynagrodzeń tych osób wyniósłby (2 brygady po 2 osoby x 3 zmiany, to jest 12 osób x 5600 zł brutto) = 67 200 zł brutto/miesięcznie, a nie 95 990,40 zł jak to wynika z wyliczeń Odwołującego; 5) podobnej manipulacji Odwołujący dokonuje przy obliczeniu wynagrodzeń specjalistów ds. utrzymania, to jest dyżurnych pracujący zmianowo dla zapewnienia całodobowej komunikacji ze służbami GDDKiA oraz koordynacji pracy grupy patrolowej
i interwencyjnej. Przyjmując założenia Odwołującego, że taki pracownik otrzymuje wynagrodzenie powiększone o 10% w stosunku do wynagrodzenia członka brygady patrolowej lub interwencyjnej, to miesięczny koszt wynagrodzenia tych pracowników powinien wynieść (5600 zł +10%) = 6160 zł./ brutto m-c x 4 osoby = 24 640,00 zł brutto miesięcznie, a nie 26 395,20 zł jak wyliczył Odwołujący manipulując stawkami godzinowymi; 6) jeżeli chodzi
o wynagrodzenie kierownika oraz zastępcy kierownika utrzymania to zwrócić należy uwagę na fakt, iż w rozpatrywanym postępowaniu Zamawiający znacząco obniżył wymagania dla członków zespołu ds. utrzymania względem poprzedniego przetargu na utrzymanie A18.

W poprzednim postępowaniu kierownik utrzymania musiał posiadać uprawnienia budowlane drogowe lub wykształcenie kierunkowe oraz doświadczenie zawodowe co najmniej 24 – miesięczne, a ponadto dodatkowo punktowane było posiadanie doświadczenia zawodowego w wymiarze do 60 miesięcy, czyli w praktyce należało dysponować kierownikiem posiadającym co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego na podobnym stanowisku.

W rozpatrywanym zamówieniu kierownik i zastępca kierownika powinien posiadać doświadczenie. zawodowe na minimalnym poziomie 24 miesięcy pracy na podobnym stanowisku oraz nie musi posiadać ani uprawnień budowlanych drogowych ani wykształcenia kierunkowego. W konsekwencji koszty pozyskania i zatrudnienia osób na stanowiska kierownicze znacząco spadły i wynagrodzenie kierownika rzędu 10 tys. zł miesięcznie (jakie przyjął Odwołujący w swojej symulacji) jest wynagrodzeniem istotnie zawyżonym, przynajmniej w strefie przygranicznej woj. lubuskiego. Odwołujący nie wziął również pod uwagę, że Zamawiający wprowadził w IDW limity kosztów (wynagrodzenia) w 2 grupach robót, w tym w Grupie Prac Nr 11 – Zarządzanie Kontraktem. Zgodnie z treścią pkt 17.4 IDW:

W formularzu cenowym dla TER GR11 (Grupa Robót nr 11 – Zarządzanie Kontraktem) Zamawiający przewiduje limit, tj. wartość razem (netto) TER GR11 nie może być większa niż 27% sumy netto GRUP 1-10, 12. W Formularzu cenowym dla TER GR10b (Grupa Robót nr 10b – Zimowe Utrzymanie dróg) Zamawiający przewiduje limit, tj. udział kosztów usługi gotowości w kosztach świadczonej usługi ZUD nie może być większy niż 23%. Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty. W odpowiedzi na pytanie wykonawców nr 108 limit kosztów dla Grupy Robót nr 11 został następnie zwiększony z 27% do 30% (zmiana SWZ nr 4 z dnia 5 kwietnia 2024 r.). Wprowadzenie powyższego limitu wymusiło na wykonawcach ograniczenie w swoich ofertach kosztów zarządzania kontraktem do 30% wartości robót w grupach 1-10 i 12. W ofercie Przystępującego całkowita wartość robót w Grupie Prac 1 - 10 i 12 wyniosła 22 911 134,80 zł, natomiast wartość robót w Grupie Prac Nr 11 – Zarządzanie Kontraktem wyniosła 6 864 000,00 zł. Tym samym w ofercie Przystępującego koszt Grupy Prac Nr 11 – Zarządzanie Kontraktem stanowi 29,995% Odwołujący odniósł się do kalkulacji ceny w wartości robót w Grupie Prac 1 - 10 i 12, a zatem koszty zarządzania kontraktem zostały wycenione przez Przystępującego
w najwyższej dopuszczalnej wysokości wynikającej z treści pkt 17.4 IDW. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępujący przedstawił szczegółowe kalkulacje opisanych wyżej kosztów, w tym kosztów wynagrodzeń pracowników. Wynagrodzenia te odpowiadają wynagrodzeniom za pracę występującym na lokalnym rynku
i w każdym wypadku są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Kalkulacje te zawierają również koszty utrzymania budynków oraz szereg kosztów dodatkowych nieuwzględnionych w kalkulacji Odwołującego, jak również zysk Przystępującego na godziwym poziomie. Wyliczenie ceny Grupy Prac Nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, podanej w ofercie Przystępującego, zostało pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.”.

W ocenie Izby Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie, za to Odwołujący nie przedstawił w sposób przekonywujący argumentacji przeciwnej, to jest

podważającej prawidłowość i realność cen tej kalkulacji.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu Odwołujący w odwołaniu podał własną kalkulację zamówienia także w grupie prac nr 10B – Zimowe Utrzymanie Dróg – usuwanie śliskości (SST D-66.01.00 v.1): usuwanie śliskości z uwzględnieniem przyjęcia minimalnej ceny soli na poziomie 350,00 zł/tonę, wskazał, że faktyczny koszt to 20 640,50 zł za odcinek/dobę.

Odwołujący podał w szczególności: „Średnia wszystkich ofert za usuwanie śliskości za dobę całego odcinka to wartość 28 604,17 netto zaś cena K. to 13 800,00 zł netto co daje 48% wartości. Zgodnie z ww. wyliczeniami została zaniżona o min. 6 840,50 netto. Nie może być więc wątpliwość, że usuwanie śliskości w ramach ZUD zostało zaoferowane za cenę nie pokrywającą kosztów wykonania tej usługi.", dalej podał: „2. Zgodnie z pkt 7 wskazanej SST obmiar prac winien określić faktyczny zakres wykonywanych prac przy zimowym utrzymaniu w jednostkach ustalonych w tabelach elementów rozliczeniowych (lub SST). Zasadą obmiaru jest zapewnienie standardu na danym odcinku drogi w okresie jednej doby,

a w przypadku gotowości doba, w której na odcinkach drogi, nie pracował sprzęt. Jednostkami obmiaru prac są:

– ustawianie płotków przeciwśnieżnych z materiału Wykonawcy (montaż

i demontaż) - w kilometrach;

– gotowość do ZUD

– ilość dni, w których sprzęt podstawowy do ZUD na odcinkach dróg [km] nie pracował (zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPZ);

– zapobieganie śliskości – odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości;

– usuwanie śliskości - odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby więcej niż jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości celem uzyskania wymaganego standardu;

3. W SST odsyła się również do Zarządzenia Nr 31 GENERALNEGO DYREKTORA DRÓG KRAJOWYC AUTOSTRAD z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia "Wytycznych zimowego utrzymania dróg". W pkt 6.3.2. określa zasady likwidowania śliskości. Usuwanie śliskości wymaga zaangażowania odpowiednich zasobów ludzkich (kierowcy, ładowacze), sprzętowych (pojazdy + paliwo) i materiałowych (głównie soli). Poniżej zostanie wykazane, że już tylko koszty soli konieczne do wykonania akcji usuwania śliskości są wyższe niż zaoferowana przez K. cena jednostkowa.

4. Zgodnie z wytycznymi ZUD do obliczeń minimalnych ilości materiału (soli) powinny być przyjęte następujące wartości:

- usuwanie śliskości – średnia dawka materiału (soli) do posypywania zgodnie

z Wytycznymi ZUD - to 20 g/m2 dla wszystkich zakresów temperatur.

- minimalna krotność posypywania w ciągu doby zgodnie z SST D-66.01.00 – ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓ KRAJOWYCH pkt. 7 Obmiar Robót:

•Usuwanie śliskości – 2 razy w ciągu doby - powierzchnia odcinka autostrady A18 od km 0+000 do km 54+204, ciąg główny z węzłami wynosi 1 228 950 m2 (…)

Dla ilości przejazdów: dwukrotny = 1 228 950 m2 x 20 g/m2 x dwa przejazdy = 49,16 Mg soli na usuwanie śliskości - obliczenia minimalnej ilości materiału (soli) wynikające

z dokumentów przetargowych:

• Usuwanie śliskości Koszt NaCl – przejazd dwukrotny = 49,16 Mg x 350,00 zł netto (koszt soli) = 17 206,00 zł netto – usuwanie śliskości Przyjęto minimalną cenę soli na poziomie 350,00 zł/tonę 17 206,00 zł. / 114,485 km = 150,29 zł/km (koszt soli na utrzymanie 1 km drogi)

5. Odwołujący w powyżej kalkulacji uwzględnił tylko koszt materiału (soli). Pragniemy jednocześnie zauważyć, że cena jednostkowa za usuwanie śliskości za dobę nie obejmuje następujących pozycji kosztowych:

• wynagrodzenia kierowców za pracę;
• paliwo;
• opłaty za przejazd (e-TOLL);
• koszty sprzętów do ZUD;
• zakup chlorku wapnia (używanych do akcji zimowego utrzymania dróg przy temperaturach poniżej -6*C zgodnie z wytycznymi ZUD);
• zwiększenia dawki materiału do posypywania. Faktyczny koszt musi przenieść 180,29 zł/km (wynagrodzenie kierowcy to przecież min. 35 zł brutto/godzinę,

do tego paliwo itp.), co daje 20 640,50 zł za odcinek/dobę.".

Dalej podał także porównanie cen za usuwanie śliskości stosowanych przez K. w analogicznych postępowaniach Zamawiającego.

Przystępujący wskazał w piśmie procesowym: „1) opisana w odwołaniu pozycja ZUD (usuwanie śliskości) ma

marginalne znaczenie dla zakresu i wartości robót z tej grupy prac. Jak wynika chociażby z zapisów Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) dla Grupy Prac
Nr 10b, Zamawiający przyjął, że w sezonie będzie jedynie 10 dni, w których koniecznym będzie usuwanie śliskości, natomiast podstawowym zadaniem wykonawcy będzie zachowanie gotowości do ZUD (139 dni w sezonie), następnie zapobieganie śliskości (30 dni w sezonie) oraz usuwanie śniegu i śliskości (20 dni). Założenia te wynikają zarówno z faktu braku mroźnych zim w ostatnich latach, zwłaszcza w woj. lubuskim, które charakteryzuje się szczególnie łagodnym klimatem, ale również z uwagi na nacisk, jaki kładzie Zamawiający na zapobieganie śliskości, a zatem na prewencyjne posypywanie dróg w przypadkach, gdy prognozy temperatury i wilgotności wskazują na możliwość wystąpienia oblodzeń. Zapobieganie śliskości jest bowiem działaniem optymalnym z punktu widzenia relacji poniesionych nakładów do rezultatu, jakim jest zapewnienie maksymalnego bezpieczeństwa użytkownikom dróg. (…) Zgodnie z treścią § 24 ust. 6 Projektowanych Postanowień Umowy (IPU), w ramach ZUD jedynie wynagrodzenie za gotowość do ZUD stanow gwarantowany element wynagrodzenia wykonawcy, co potwierdził Zamawiający w odpowiedziach na pytania nr 27, 61, 71, 96, 98 (wyjaśnienia do treści SWZ nr 3). W ostatnich 2 sezonach zimowych na DK 18 łącznie: roboty związane z zachowaniem gotowości do ZUD wykonywane były przez 197 dni, roboty związane z zapobieganiem śliskości przez 37 dni, roboty związane z odśnieżaniem wraz z usuwaniem śliskości przez 23 dni, a roboty związane z usuwaniem śliskości przez 3 dni. W efekcie zadania w zakresie usuwania śliskości stanowią zaledwie 1% wszystkich robót wykonywanych w ramach ZUD. 2) prace związane z usuwaniem śliskości wykonuje się najczęściej w sytuacji, gdy temperatura oscyluje na granicy 0 stopni Celsjusza. Zgodnie z tablicą nr 2 zamieszczoną w pkt 6.3.2. zarządzenia Nr 31 Generalnego Dyrektora GDDKiA z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia "Wytycznych zimowego utrzymania dróg" (Dz. Urz. GDDKiA z 2017 r., poz. 31), w zakresie temperatur do -2 stopni zużycie soli wynosi do 20 g/m2 , a nie 20 g/m2 jak przyjął Odwołujący. Nie oznacza to więc, że w czasie każdej wykonywanej pracy (każdego działania nakierowanego na likwidację śliskości) będzie wysypywane 20 g/m2 . Dawka ta - zgodnie z tym zapisem - może być bowiem także niższa (por. w tej kwestii wyrok KIO z 29.12.2022 r., KIO 3299/22, LEX nr 3509450, wydany w zbliżonym stanie faktycznym). W praktyce stosowana jest również sól zwilżona
i w solarce jednorazowo na około 6-8 ton soli przypada około 2,5 tony roztworu soli z wodą – solanki (stężenie około 15-30%); w tej sytuacji zużycie gramatury samej soli jest mniejsze. Jednocześnie przy użyciu środków chemicznych należy możliwie minimalizować ich dawkowanie w celu ograniczenia negatywnego wpływu na środowisko. Istotnym jest również, że ilość soli podana w tablicy nr 2 zarządzenia Nr 31 określa zużycie soli wymagane
do zwalczenia śliskości na jezdni, a zatem przyjąć należy, że jest to ilość całkowita zużywana do tego celu. Jak wynika z SST D-66.01.00 ZUD usuwanie śliskości polega na więcej niż jednokrotnym posypywaniu jezdni środkami do zwalczania śliskości w ciągu doby. 3) ilość soli niezbędnej dla prawidłowego wykonania zadań w zakresie ZUD Przystępujący uwzględnił
w swoich kalkulacjach, biorąc pod uwagę średnie zużycie soli w poprzednich sezonach.
W toku postępowania zadane zostało Zamawiającemu bowiem pytanie (pytanie nr 44)
o wskazanie danych dotyczących zużycia soli oraz chlorku sodu (w jednostce tona na sezon) wg zużycia w ostatnich 4 latach na przedmiotowym odcinku drogi. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że w poszczególnych sezonach zimowych zużycie soli przedstawiało się następująco: - sezon 2021/2022 - 780 Mg NaCl; - sezon 2022/2023 - 1192 Mg NaCl; - sezon 2023/2024 - 865 Mg NaCl. Średnie zużycie soli wyniosło zatem 945,67 Mg na sezon zimowy. W swojej kalkulacji Przystępujący przyjął zużycie soli na poziomie 1351,60 Mg na sezon zimowy, a zatem o 44% wyższe, niż wynika to ze średniego zużycia soli w ostatnich latach. Wynika to z ostrożności, nie można bowiem wykluczyć, że w kolejnych latach będą panowały trudniejsze warunki zimowe, aczkolwiek jednoznaczne prognozy klimatologów wskazują na to, że kolejne zimy będą coraz cieplejsze z uwagi na globalne ocieplenie klimatu. 4) wbrew zarzutom odwołania, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący załączył szczegółową kalkulację kosztów usuwania śliskości, uwzględniającą wszystkie koszty wykonania tych robót, w tym materiałów, paliwa, robocizny, amortyzacji itp., jak również załączył oferty i faktury zakupu soli za cenę istotnie niższą, niż przyjęta przez Odwołującego. Wyjaśnienia te miały charakter kompleksowy i dotyczyły wszystkich czynności związanych
z ZUD. (…) Jak wynika z powyższego, roboty opisane w pkt II pisma zostały prawidłowo skalkulowane przez Przystępującego, a przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia wskazują,, że w wycenie uwzględnione zostały wszystkie wymagane pozycje przewidziane w OPZ
i specyfikacjach technicznych. Różnice opisane w odwołaniu mają charakter pozorny
i wynikają głownie z błędnych założeń przyjętych przez Odwołującego. Z kolei przytoczone
w odwołaniu wartości robót przewidziane w innych umowach nie są w żaden sposób miarodajne w stosunku do oceny oferty Przystępującego, albowiem każdorazowo należy uwzględnić różnice wynikające z lokalizacji i zakresu robót, długości kontraktu, panujących
w określonej lokalizacji warunków rynkowych, zimowych itd.”.

W ocenie Izby powoływanie się przez Odwołującego na inne postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiającego nie jest uzasadnione z uwagi na specyfikę każdego przedmiotu zamówienia, choć SWZ operuje podobną treścią wymagań.

W ocenie Izby, Odwołujący powołując się na pkt 17.3 SWZ - Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym, nie podołał wykazaniu, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny (Przystępujący nie wycenił w sposób zgodny z SWZ poszczególnych pozycji kalkulacji ceny ofertowej).

Izba zgadza się z twierdzeniem, że nie doświadczenie wykonawcy w dotychczasowym wykonaniu zamówienia na danym odcinku ma znaczenie we wskazaniu ceny jednostkowej, a realny koszt wykonania danego zakresu prac w danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Odwołujący jednak pomija fakt doprecyzowania warunków zamówienia przez Zamawiającego w udzielonych wyjaśnieniach SWZ w odpowiedziach na pytania wykonawców co do zakresu zamówienia, które to wyjaśnienia mogły być uwzględnione w kalkulacji ceny ofert, wszyscy bowiem wykonawcy dysponowali jednakową wiedzą w zakresie treści udzielonych odpowiedzi na pytania.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 3 odwołania: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym jej istotnych części składowych, a zarazem złożone przezeń wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie żądał od Przystępującego wyjaśnienia w zakresie:

1)GRUPA PRAC NR 1 Nawierzchnia: Poz. 19.1. Uzupełnienie ubytków betonem cementowym w konstrukcjach betonowych;
2)GRUPA PRAC NR 4 Odwodnienie: Poz. 15.3 Wykonanie ławy betonowej pod ściek przykrawężnikowy;
3)GRUPA PRAC NR 7 Urządzenia BRD: Poz. 5.5 Wymiana / zamontowanie barier ochronnych dzielących H2/W2/VI2/A Poz. 9.2 Wymiana / zamontowanie osłony zabezpieczającej w postaci monobloku (typu U-15a) - osłona typu Safe End, 9.2.2 Wymiana uszkodzonej osłony energochłonnej U-15a/osłony zabezpieczającej U15b na nową – 1 szt.;
4)GRUPA PRAC NR 9 Urządzenia wspomagające: Poz. 1.4 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi - siatka dla herpetofauny;
5)GRUPA PRAC NR 10c Zimowe utrzymanie dróg: Poz. 1.2 Chodniki odsunięte od jezdni – usuwanie śliskości.

Odwołujący w odwołaniu następnie podał, że Zamawiający wezwał Przystępującego o wyjaśnienie ceny w Tabeli Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 7 Urządzenia BRD: Poz. 5.5 Wymiana zamontowanie barier ochronnych dzielących H2/W2/VI2/A, a „zatem kolejne wezwanie jest bezpodstawne (niemożliwe)".

Izba zauważa, że wezwaniem do wyjaśnień z dnia 24 maja 2024 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie także ceny w Tabeli Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 7 Urządzenia BRD: Poz. 5.5 Wymiana / zamontowanie barier ochronnych dzielących H2/W2/VI2/A, w pkt 4 na stronie 4 tego pisma („4) cen jednostkowych netto dla niżej wymienionych pozycji kosztorysowych z GRUPY PRAC NR 7 – Urządzenia BRD" Lp. 5 Nr 5.5. Wymiana zamontowanie barier ochronnych dzielących H2/W2/VI2/A - jak wynika z dokumentacji zamówienia przekazanej Izbie przez Zamawiającego), a Przystępujący udzielił takich wyjaśnień.

Na koniec uzasadnienia powyższego zarzutu w odwołaniu Odwołujący wskazał: „Zważywszy jednocześnie na fakt, że w odniesieniu do ww. pozycji K. nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, w razie uznania, że odrzucenie oferty tego wykonawcy byłoby przedwczesne, zasadne jest żądanie wezwania K. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ww. elementów zamówienia. Zamawiający bezzasadnie nie uwzględnił ich w wezwaniu z 24.05.2024 r. Skoro natomiast cena oferta łącznie jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, to powinna być wszechstronnie wyjaśniona. Zamawiający nie powinien pomijać przypadków wskazujących na rażące odstępstwo od wycen kosztorysowych.".

Przystępujący w piśmie procesowym podał w szczególności: „Spośród kilkuset pozycji, jakie wykonawcy musieli wycenić zgodnie z SWZ, Odwołujący wybrał 6 pozycji, które – w ocenie Odwołującego – nie zostały właściwie wycenione przez Przystępującego. Dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący obliczył średnią cenę tych robót, biorąc pod uwagę ceny podane w ofercie pozostałych wykonawców i porównał ją z ceną zaoferowaną przez Przystępującego. Tymczasem dla skutecznego postawienia

zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny koniecznym jest porównanie wartości tych robót z łączną wartością umowy powiększoną
o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania lub średnią arytmetyczną wartością brutto wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. (…) Porównując łączną średnią wartość brutto ww. robót, to jest kwotę 195 912 zł, ze średnią ceną brutto za całość umowy (wynikającą ze złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu), to jest z kwotą 66 721 572 zł, okazuje się, że wartość opisanych wyżej robót stanowi zaledwie 0,29% wartości całej umowy i to pod warunkiem, że roboty te zostaną zrealizowane w 100%. Biorąc natomiast pod uwagę łączną wartość brutto tych robót wskazaną w ofercie Przystępującego, to jest kwotę 71 340 zł, oraz cenę zaoferowaną przez Przystępującego za całość robót, to jest kwotę 51 356 471,32 zł, to okazuje się, że wartość ww. robót stanowi tylko 0,14% wartości całej umowy. Podobnie nieznaczne wartości uzyskuje się porównując wartość opisanych wyżej robót z ogólną wartością umowy wskazaną w ofertach przez poszczególnych wykonawców (tabela porównawcza w załączeniu). W tej sytuacji z pewnością nie sposób jest przyjąć, że roboty te stanowią „istotne części składowe ceny" w zrozumieniu art. 224 ust. 1 p.z.p. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do wszczynania procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do wartość ww. robót i tym samym bezzasadnym jest zarzut odwołania dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w pozostałych pozycjach grup wymienionych w uzasadnieniu odwołania nie miał wątpliwości co do kalkulacji ceny
i w związku z tym obowiązku wezwania do wyjaśnień.

Odwołujący nie udowodnił w ocenie Izby, że Zamawiający powinien był takie wątpliwości powziąć co do wskazanych w odwołaniu pozycji wyceny.

Ponadto Odwołujący w odwołaniu powołał się, jak sam oświadczył w treści odwołania, na obiektywnych czynnikach kosztowych, podczas gdy Przystępujący uwzględnił w ofercie odpowiednią dla swojej działalności wycenę zamówienia, która nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do realności oferowanych cen w kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach.

W ocenie Izby skoro Zamawiający nie wezwał Przystępującego do wyjaśnienia kalkulacji ceny w pozycjach, co do których Odwołujący wskazuje zaniechanie Zamawiającego, wobec braku co do tych pozycji wątpliwości w zakresie wyceny, to tym samym Zamawiający nie mógł naruszyć zarzucanych mu przepisów, a zatem odrzucić oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 4 odwołania: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut za niezasadny. Jak wskazał Odwołujący
w odwołaniu: „(…) oferta K. nosi znamiona czynu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednym z przypadków, w których ofertę uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zastosowanie manipulacji cenowych przejawiających się nieuzasadnionymi dysproporcjami
w stosunku do poszczególnych składowych oferty. Najczęściej dochodzi do tego typu sytuacji, gdy zasady oceny ofert uprzywilejowują niektóre części zamówienia. W niniejszej sprawie zmaterializowało się to w zasadzie przyznaną przez K. okolicznością
(o czym w dalszej części), iż elementy zamówienia w stosunku do których K. ma wiedzę, iż faktycznie nie będą zlecane, zostały zaniżone. K. mając taką wiedzę obniżył niektóre stawki poniżej kosztów (w szczególności wymienione w pkt III powyżej) przy świadomości, że nie będzie musiał ich ponieść. Innymi słowy zaniżoną wartość jednego elementu kompensuje wyższą kwotą za inny, a ceny jednostkowe nie są powiązane z realnymi kosztami realizacji usługi. Tą drogą tworzy się nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną.
W skrajnym przypadku oferta droższa może być bowiem bardziej korzystna od oferty tańszej. Ponadto mamy do czynienia z subsydiowaniem skrośnym. (…)
4. K. w wyjaśnieniach z 31 maja 2024 r. przyznał, że: „Charakter robót objętych ww. zadaniem, fakt, że droga krajowa jest w „świeżo" po przebudowie oraz sposób rozliczenia powoduje konieczność przyjęcia pewnych założeń jak np. to, iż część robót w ogóle nie będzie miała miejsca." Wskazał również, że: „Obecnie ZTiO K. posiada zmagazynowanych około 4000 ton soli, która była przeznaczona do realizacji dotychczas realizowanych umów (także już zakończonych), a z racji korzystnych warunków pogodowych nie została do tej pory zużyta. Materiał ten może zostać przeznaczony do realizacji przedmiotowego postępowania - dowód załączone faktury zakupu, oferty współpracy." Kolejno zaś, że: „Wykonawca posiada około 60% zmagazynowanych zapasów materiałowych do zrealizowania zamówienia. Praktycznie wszystkie materiały pozwalające na zmagazynowanie zostały zakupione
po preferencyjnych cenach i zabezpieczone dla realizacji przedmiotowego zamówienia."

5. Powyższe potwierdza, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji – pod pewnymi warunkami poniżej założonymi. Wykonawca stwierdził, że obniżył cenę niektórych elementów, gdyż nie będą one realizowane. Jednocześnie, że zamierza wykorzystać materiały wcześniej zakupione. Jeśli zatem w ramach wyjaśnienia ceny ZUD K. nie uwzględnił kosztu soli, lub też przyjął go w niższym wymiarze niż faktyczny koszt który poniósł, to jest to znakiem tzw. subsydiowania skrośnego. Koszt faktycznie poniesiony nie przypisany do tego konkretnego zamówienia oznacza bowiem, że został sfinansowany z innej działalności, co jest czynem nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk. Utrwalony w orzecznictwie KIO jest bowiem pogląd, że tzw. subsydiowanie skrośne stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i tym samym jest niedozwolone w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty K., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 uznk.”.

Przystępujący w piśmie procesowym wskazał w szczególności: „(…) fakt,
iż Przystępujący wskazał w swoich wyjaśnieniach, że posiada zgromadzoną sól
w magazynach nie oznacza, że Przystępujący zamierza finansować kontrakt z innej działalności (jak sugeruje Odwołujący), lecz że posiada rezerwę na wypadek nieoczekiwanego przerwania dostaw soli i spełnia warunek opisany w pkt 2.2. SST i załączniku nr 7 do SST, dotyczący nałożonego na wykonawcę obowiązku minimalnego wypełnienia magazynów przed sezonem. Sposób kalkulacji kosztów soli, która ma zostać zużyta dla potrzeb ZUD, Przystępujący przedstawił natomiast w pkt II niniejszego pisma oraz w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu.”.

W ocenie Izby powyższy zarzut nie jest trafiony z uwagi na fakt uwzględnienia
w kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego również kosztu soli, co wynika z wyjaśnień Przystępującego, złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Izba również zauważa, że w wyjaśnieniach Przystępujący powołał się na doświadczenie w zakresie realizowanych prac w ramach zamówienia i wynikające z niego skalkulowanie zysku na różnym poziomie w odniesieniu do danych pozycji wyceny zamówienia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że taka praktyka jest dozwolona (nie stoi w sprzeczności z postanowieniami SWZ i ustawą Pzp), pod warunkiem, że każda cena jednostkowa zawarta w ofercie będzie obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia
w Formularzu cenowym.

W ocenie Izby nie wynika z wyjaśnień Przystępującego aby stosował mechanizm subsydiowania skrośnego, zaś Odwołujący tego nie wykazał.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 5 odwołania: naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania K. do złożenia wyjaśnień,
w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny następujących elementów zamówienia:
a. GRUPA PRAC NR 1 Nawierzchnia - poz. 19.1 Uzupełnienie ubytków betonem cementowym w konstrukcjach betonowych;
b. GRUPA PRAC NR 4 Odwodnienie - poz. 15.3 Wykonanie ławy betonowej pod ściek przykrawężnikowy;
c. GRUPA PRAC NR 7 Urządzenia BRD - poz. 9.2 Wymiana/zamontowanie osłony zabezbieczającej w postac monobloku (typu U-15a) - osłona typu Safe End;
d. GRUPA PRAC NR 9 Urządzenia wspomagające - poz. 1.4 Wymiana/zamontowanie elementów ogrodzenia drogi - siatka dla herpetofauny;
e. GRUPA PRAC NR 10c Zimowe utrzymanie dróg - poz. 1.2 Chodniki odsunięte od jezdni – usuwanie śliskości, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Izba zauważa, że obowiązek wezwania do wyjaśnień na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp został wykonany przez Zamawiającego, który wezwał Przystępującego do takich wyjaśnień pismem z dnia 24 maja 2024 r., przy czym przywołany przepis odnosi się do ceny całkowitej oferty. Natomiast obowiązek wynikający z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp odnośnie badania zaoferowanej ceny bądź jej części składowej materializuje się w przypadku spełnienia przesłanek zastosowania tego przepisu, w których w odróżnieniu od art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, nie ma zastosowania przepis o 30 procentowej różnicy od wartości w ofertach innych wykonawców.

Tymczasem Odwołujący uzasadniając zarzut wykazał różnicę od wartości średniej arytmetycznej cen ofert wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie natomiast przedstawił wyliczenia całkowitych wartości wyżej wymienionych w pkt a-e pozycji oszacowanych przez Zamawiającego, stanowiących dany procent szacunkowej wartości zamówienia (bez prawa opcji), jako pozostających bez wpływu na całkowitą wartość zamówienia; nie budzących wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania za zaoferowaną cenę jednostkową. Jak podał
w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający: „Uwzględniając również planowane w całym okresie realizacji umowy ilości do wykonania, pozycje te pozostają bez wpływu na całkowitą wartość zamówienia, a Wykonawca nie będzie uprawniony do

zmiany ceny jednostkowej wskazanej
w Ofercie.”.

Wobec powyższego przedmiotowy zarzut w ocenie Izby jest nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 6 odwołania: naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania, Izba uznała zarzut za zasadny, jako konsekwencję uwzględnienia w części zarzutu 1 co nie wymaga w ocenie Izby szerszego uzasadnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w części, w pozostałym zakresie oddaliła na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji. 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 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. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie po 3.600,00 zł (łącznie 22.200,00 zł). Do rozpoznania Izba skierowała 6 zarzutów, a więc koszty każdej ze Stron wobec uwzględnienia dwóch z sześciu zarzutów

i oddalenia czterech z sześciu zarzutów wynosiły odpowiednio po 6 200,00 zł i 2 400,00 zł. Zarzuty z pkt 1 (w określonym zakresie) i 6 odwołania zostały uwzględnione, dlatego też Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 200,00 zł stanowiącą 2/6 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (18.600,00 zł x 2/6), na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Odwołującego. Zarzuty z pkt 2, 3, 4 i 5 odwołania zostały oddalone, dlatego też Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 400,00 zł stanowiącą 4/6 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł x 2/6),

na podstawie rachunku przedłożonego przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..…