

Sygn. akt: KIO 2003/24

WYROK

Warszawa, dnia 03.07.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2024 r. przez wykonawcę: **"POLDRÓG DRAWSKO POMORSKIE" S. A z/s Drawsku Pomorskim**(ul. Podmiejska 2, 78500 Drawsko Pomorskie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie** (ul. Szczecińska 31, 75122 Koszalin), przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków),

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **"POLDRÓG DRAWSKO POMORSKIE" S. A z/s Drawsku Pomorskim**(ul. Podmiejska 2, 78500 Drawsko Pomorskie) izalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Sygn. akt: KIO 2003/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2024r. przez wykonawcę: **"POLDRÓG DRAWSKO POMORSKIE" S. A. z/s w Drawsku Pomorskim** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Przebudowa drogi woj. nr 148 na odcinku Łobez - Zajezerze” (znak sprawy: ZZDW-6.3812.78.2024.8.3.3). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 30.04.2024 r., nr 00307316.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie (...) wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy Strabag Spz o. o ul Parzniewska 10 ,Pruszków (dalej jako „Strabag”) z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, przy
- naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę a także zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji gdy wykonawca Strabag wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
- naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w związku z dokonaniem wyceny oferty i kosztów personelu Strabag w oparciu o niedozwolone umowy cywilnoprawne a nie umowy o pracę,
- naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp gdy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy z pominięciem kosztów pracodawcy – w oparciu o umowy cywilnoprawne,
- naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag w sytuacji, gdy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

w przypadku nieuwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty Strabag:

- naruszeniu art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm. – dalej jako „uznk”) w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji bezskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Strabag jako tajemnica przedsiębiorstwa tj dokumentów oznaczonych zgodnie z listą załączników do wyjaśnień ceny jako:

2.Kosztyorys ofertowy - **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

3.Korespondencja mailowa z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie - **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

9.Decyzja Starosty Stargardzkiego z dnia 14.02.2024 r., nr NS.6233.2.9.2023.LS2 — **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

10.Decyzja Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 22.03.2024 r., nr WOŚ-II.7244.2.2023.AS - -

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

a także niewjawnej części wyjaśnień ceny – s. 5-8.

ponimo, że wykonawca składając je nie przedstawił koniecznych wyjaśnień, dowodów ani nie wykazał, że posiadają wartość gospodarczą, które uzasadniałyby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy; o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 4.06.2024r. Uwzględniając powyższe, wniesienie odwołania w dniu 10.06.2024r. zostało dokonane z zachowaniem ustawowego terminu”.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o dokonanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu i w jej wyniku dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, ewentualnie, w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty Strabag
3. ujawnienie pełnej treści złożonych przez wykonawcę Strabag wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. (...)

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty wykonawcy Strabag jak również odtajnienie pełnej treści złożonych wyjaśnień ceny oferty ma bezpośredni i realny wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Uwzględnienie odwołania i odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny oferty wykonawcy Strabag ma bezpośredni i realny wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zapoznanie się z treścią nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów oraz informacji pozwoli na ocenę przez Odwołującego istnienia podstaw odrzucenia oferty Strabag z postępowania, co ma bezpośredni wpływ na wynik przetargu i możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

- 1.Przedmiot postępowania. Podstawy kalkulacji ceny ofertowej.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi woj. nr 148 na odcinku Łobez – Zajezerzeo długości 4,350 km w km 17+000 – 21+350. Zakres robót budowlanych obejmuje: wymianę nawierzchni bitumicznej, wykonanie oznakowania poziomego i pionowego, ścieżcie i uzupełnienie poboczy, wykonanie nawierzchni na zjazdach, skrzyżowaniach z drogami powiatowymi i gminnymi, udrożnienie istniejących przepustów oraz roboty pielęgnacyjne zieleni. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Wycenionym Przedmiarze Robót, SST i Rozdziale C SWZ.

Zgodnie z SWZ w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny oferty:

DZIAŁ XIII Opis sposobu obliczenia ceny oferty

- 1.Zamawiający przewiduje **wynagrodzenie kosztorysowe**.
- 2.Cena brutto zostanie **wyliczona przez Wykonawcę w Wycenionym przedmiarze robót**.

Zgodnie z Rozdziałem D SWZ – Projekt umowy Zamawiający przewidział rozliczenie robót na podstawie kosztorysu ofertowego wykonawcy a kontrakt ma charakter obmiarowy:

§ 3

Wynagrodzenie Wykonawcy

1.Zamawiający niniejszym zobowiązuje się, że zapłaci Wykonawcy za wykonanie robót wynagrodzenie, zgodnie z Ofertą z dnia r., w kwocie: netto:

.....

(słownie:), VAT

23%:

(słownie:), brutto:

.....

(słownie:),

2.Wynagrodzenie, stanowić będzie **wynik iloczynu ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w Wycenionym przedmiarze robót sporządzonym metodą kalkulacji uproszczonej oraz kwoty podatku od towarów i usług VAT.**

Zgodnie z SWZ elementem treści oferty wykonawców był wypełniony i wyceniony Załącznik nr 5 – przedmiar robót.

Zamawiający udostępnił wykonawcom przedmiar robót. Przedmiar zawierał szczególności pozycję nr19 (kosztorysie inwestorskim 20) opisaną jako:

„uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązanym 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm”,

Zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego kosztorysem inwestorskim wartość pozycji została ustalona na poziomie:

Powyższe potwierdza, że przy wartości kosztorysowej całego zakresu rzeczowego zamówienia ustalonej w kosztorysie inwestorskim na poziomie:

Wartość kosztorysowa 6 360 438,68

Podatek VAT 23,00% 1 462 900,90

Cena kosztorysowa 7 823 339,58

wartość pozycji nr 19 kosztorysu ma istotne znaczenie dla ceny oferty.

Jednocześnie sama pozycja i jest zakres rzeczowy ma również istotne znaczenie dla samych robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia – pobocze stanowi boczne oparcie konstrukcji nawierzchni a zatem jego wykonanie ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia samej konstrukcji, bezpieczeństwa i trwałości drogi.

Zgodnie z definicją zawartą w SST postępowania:

1.4.26.Pobocze - część korony drogi przeznaczona do chwilowego postoju pojazdów, umieszczenia urządzeń organizacji i bezpieczeństwa ruchu oraz do ruchu pieszych, służąca jednocześnie do bocznego oparcia konstrukcji nawierzchni.

Tak również dalsza część SST:

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia – Rozdział C SWZ Zamawiający wskazał:

2. WSZYSTKIE DOKUMENTY PRZEKAZANE WYKONAWCY, w tym m.in. SWZ, SST itp. stanowią część umów wymagania określone w choćby jednym z nich są obowiązujące dla Wykonawcy, tak jakby zawarte były w całej dokumentacji.

Zgodnie z Projektem umowy w odniesieniu do charakteru i znaczenia SST:

§ 1

1. Zamawiający powierza, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych w ramach zamówienia pn. *Przebudowa drogi woj. nr 148 na odcinku Łobez – Zajeździe (...)*

3. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych zgodnie z przedmiarem robót, SST, zasadami wiedzy technicznej, określającą przedmiot zamówienia i wskazaniami Zamawiającego.

4. Zakres i sposób wykonania robót określa niniejsza umowa oraz niżej wymienione dokumenty, które stanowią integralną część Umowy:

1) *Oferta Wykonawcy z dnia r. wraz z załącznikami, stanowiąca załącznik Nr 1;*

2) *Specyfikacja Warunków Zamówienia stanowiąca załącznik Nr 2;*

3) *Karta Gwarancyjna, stanowiąca załącznik Nr 3;*

4) *Formularz oświadczenia Podwykonawcy/dalszego Podwykonawcy, stanowiący załącznik Nr 4;*

5) Szczegółowe Specyfikacje Techniczne (SST), stanowiące załącznik Nr 5;

sposób szczegółowy sposób wykonania robót – w tym w odniesieniu do technologii wykonania oraz materiału z jakiego należy wykonać pobocza:

SST określa w analogicznie:

5.4. Wykonanie uzupełnienia i profilowania poboczy Miejsce, w którym wykonywane będzie uzupełnienie, należy spulchnić na głębokość od 2 do 3 cm, doprowadzić do wilgotności optymalnej, a następnie ułożyć w nim warstwę materiału uzupełniającego w postaci mieszanek optymalnych, bądź gruntu rodzimego. Rodzaj materiału uzupełniającego musi być wcześniej zaakceptowany przez Inspektora. Zagęszczenie ułożonej warstwy materiału uzupełniającego należy prowadzić od krawędzi poboczy w kierunku krawędzi nawierzchni. Rodzaj sprzętu do zagęszczania musi być zaakceptowany przez Inspektora Nadzoru. Zagęszczona powierzchnia powinna być równa, posiadać projektowany spadek poprzeczny oraz nie posiadać śladów po przejściu walców lub zagęszczarek. Na tak przygotowanym poboczu gruntowym należy wykonać pobocze z kruszywa łamanego 0/31,5 o parametrach założonych w przedmiarze robót OPZ i SST nie przewidują w szczególności możliwości wykonania poboczy przy użyciu innych materiałów – w tym w szczególności pochodzących z rozbiórki.

Obowiązkiem wykonawców było zarówno dokonanie wyceny poboczy z konkretnego wskazanego w SST materiału jak również ich realizacja zgodnie z ofertą i SWZ.

2. Wartość rynkowa poz. 19 Kosztorysu – oferty wykonawców.

Jak wynika z treści złożonych w postępowaniu ofert oraz danych z kosztorysu inwestorskiego udział wartościowy poz. 19 kosztorysu to w relacji do ceny całkowitej oferty w postępowaniu (w przypadku kosztorysu inwestorskiego oszacowanej wartości) odpowiednio: Zamawiający – 9,85%

Odwołujący – 7,35%

Colas – 8,99%

Pilarski – 9,15%

Ondee – 8,05%

Jedynie w przypadku oferty Strabag mamy do czynienia z wyceną wręcz symboliczną: Strabag – 2,23%

Powyższe potwierdza z jednej strony, że w przypadku poz. 19 dotyczącej wykonania poboczy mamy do czynienia zarówno z istotnym wartościowo elementem zamówienia i wyceny ofertowej jak również z rażącym zaniżeniem i całkowicie nierynkową i nierealną wyceną tego zakresu rzeczowego robót przez wykonawcę Strabag.

3.Oferta Strabag – wycena poz. 19 wykonanie poboczy.

Zgodnie z ofertą Strabag i kosztorysem ofertowym wykonawca dokonał wyceny poz.19 w następujący sposób:

4. Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnego elementu składowego w ofercie Strabag.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający po otrzymaniu pism z zastrzeżeniami Odwołującego odnośnie poziomu wyceny poz. 19 kosztorysu Strabag wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnego elementu składowego w postaci poz. 19.

Pismem z dnia 22.05.br. Zamawiający wezwał wykonawcę Strabag do wyjaśnień ceny w następującym zakresie:

W świetle powyższego nie ma wątpliwości, że poza obiektywnymi okolicznościami o których była mowa powyżej tj.

- istotnym udziałem wartościowym poz. 19 w cenie oferty (w przypadku jej prawidłowej kalkulacji) jak również

- istotnym znaczeniem poboczy z punktu widzenia przedmiotu zamówienia (powołane fragmenty SST)

sam Zamawiający uznał, że poz. 19 i zakres rzeczowy robót związanych z poboczami stanowi istotny element składowy zamówienia i wyceny a w konsekwencji wezwanie wskazuje na wątpliwości Zamawiającego odnośnie poziomu wyceny – „pozycja została skalkulowana na szczególnie niskim poziomie w stosunku do kosztorysu inwestorskiego oraz do średniej ceny jednostkowej pozostałych ofert”.

Potwierdza powyższe również zestawienie wartościowe i procentowe w relacji do średniej cen poz. 19 oraz w stosunku do kosztorysu inwestorskiego.

Mając powyższe na względzie bezsporne tak dla Zamawiającego jak i Odwołującego

poz. 19 zawiera istotny element składowy ceny ofertowej w rozumieniu art. 224 ust 1 Pzp i stąd w pełni uzasadnione i konieczne stało się wezwanie do wyjaśnień ceny oferty Strabag.

Treść wezwania Zamawiającego poza uzasadnieniem przyczyny wezwania w precyzyjny sposób określała wymagania dotyczące sposobu przedstawienia wyjaśnień ceny oraz udowodnienia i udokumentowania kalkulacji i jej rzetelności wskazując:

Reasumując – czynność wezwania do wyjaśnień ceny była konkretna, jednoznaczna, i precyzyjna a w konsekwencji obowiązkiem wezwanego stało się obalenie domniemania rażąco niskiej ceny oferty w złożonych wyjaśnieniach wraz z dowodami.

O ile wykonawca Strabag uważał, że brak jest podstaw do wezwania do wyjaśnień ceny wskazanej pozycji kosztorysowej czy też, że pozycja i jej wartość nie stanowią istotnego elementu zamówienia i ceny oferty, winien był w zawitym terminie wnieść wobec wezwania odwołanie do Prezesa Izby. Skoro wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny oferty nie zakwestionował wezwania, jego przyczyn i treści oraz wyznaczonego terminu, miał obowiązek obalić domniemanie rażąco niskiej ceny oferty składając wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami.

4. Wyjaśnienia ceny Strabag.

Wykonawca Strabag w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia ceny – w części jawnej udostępnionej Odwołującemu zapewniając, że cena oferty:

- nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- jest realną ceną rynkową, czyli uwzględniającą poziom istniejących i przewidywanych cen rynkowych,
- zapewnia uzyskanie przez Wykonawcę zysku. Wykonawca uwzględnił wszystkie ceny składowe wymagane przez Zamawiającego, tak aby zapewnić rynkowość zaoferowanej ceny;
- została obliczona prawidłowo, w sposób rzetelny, w oparciu o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji ww. zamówienia publicznego, uwzględniając doświadczenie Wykonawcy przy wykonaniu

zamówień publicznych o podobnym przedmiocie a także korzystne warunki i rozwiązania techniczne związane z organizacją materiałów niezbędnych do

wykonania robót,

- zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami i dokumentami zamówienia. Powyższe deklaracje znajdują w pełni odzwierciedlenie do pozycji kosztorysowej wycenionej przez STRABAG i wskazanych w Piśmie [1], której cena wzbudziły wątpliwości Zamawiającego.

W świetle poziomu wyceny ofertowej nie może być mowy o realności wyceny na poziomie jak w ofercie Strabag.

Wycena pozycji 19 kosztorysu jest całkowicie nierynkowa i nie odzwierciedlająca kosztów jakie są konieczne w celu

wykonania zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że Strabag ma świadomość zaniżenia wyceny ofertowej istotnego elementu składowego i stąd argumentacja, która odnosi się do całkowitej wyceny ofertowej:

Po pierwsze, wymaga podkreślenia, że cena oferty złożonej przez STRABAG nie ma charakteru rażącej w rozumieniu art. 224 ust. 2 p.z.p., gdyż nie przekracza progu podanego w art. 224 ust. 2 p.z.p. to jest 30% - jest tańsza od budżetu przewidzianego przez Zamawiającego o 22,24%, a od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu o 17,13%. Od drugiej w rankingu oferty POLDRÓG Drawsko oferta STRABAG niższa jest o jedynie 1,72%. Poniżej Wykonawca prezentuje tabelę przedstawiającą wynik postępowania przetargowego i różnice wszystkich ofert w odniesieniu do podanej wartości zamówienia oraz różnice między ofertą STRABAG, a ofertami pozostałych konkurentów i średnią arytmetyczną wszystkich ofert"

O ile Strabag miał zastrzeżenia odnośnie podstaw i zasadności wezwania czy też oceny istotności elementu wyceny objętego wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 224 ust 1 Pzp winien był kwestionować wezwanie do wyjaśnień, czego jednak nie uczynił. Wyjaśnienia na s 2-3 zawierają polemiką z podstawą i zasadnością wezwania do wyjaśnień ceny podczas gdy wezwanie to kwestia domniemania rażąco niskiej ceny a obowiązkiem wezwanego jest złożenie wyjaśnień a nie kwestionowanie treści i przyczyny wezwania.

Jak wskazuje orzecznictwo – przykładowo w wyroku KIO z 25 stycznia 2022 r., KIO 69/22, LEX nr 3317706: przez użyte w art. 224 ust. 1 p.z.p. sformułowanie "istotna część składowa zaoferowanej ceny" nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1543/22, w którym Izba stwierdziła, że "istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane.

W konsekwencji wykonawca wezwany do wyjaśnień, miał prawny obowiązek wykazać, że wycena istotnego elementu składowego ceny ofertowej w postaci kosztów poboczy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wszelkie dywagacje wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach ceny odnośnie ew braku podstaw czy też bezzasadności wezwania do wyjaśnień istotnego elementu składowego ceny pozostają bez znaczenia wobec powstałego domniemania rażąco niskiej ceny oferty.

W tej sytuacji zgodnie z art. 224 ust 5 Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczął na Strabag. Powyższe jest istotne procesowo na etapie aktualnego postępowania odwoławczego przed Izbą bowiem poza dyskusją i sporem jest już kwestia tego czy wskazane części zamówienia stanowią jego istotną część składową jak również czy wezwanie było konieczne.

Urząd Zamówień Publicznych słusznie wskazuje w Komentarzu do ustawy Pzp, że: Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami.

Z chwilą sformułowania wezwania to na wezwanego przechodzi ciężar udowodnienia, że cena jaką zaoferował w postępowaniu nie jest rażąco niska. Wezwany do wyjaśnień ma pełną paletę dowodów, którymi może posłużyć się w celu obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i to po jego stronie leży obowiązek przedstawienia takich dowodów, które skutecznie wykażą, że cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący celowo powołał powyżej zarówno dane dotyczące udziału wartościowego poz. 19 w cenach ofert wykonawców (poziom rynkowy) jak i wartości zamówienia Zamawiającego jak również postanowienia SST w kontekście istotnego znaczenia rzeczowego pozycji w zamówieniu, tymczasem Strabag w wyjaśnieniach ceny przekonuje, że:

Strabag usiłuje wykazać w wyjaśnieniach, że prace związane z poboczem nie mają znaczenia także z punktu widzenia zakresu rzeczowego podczas gdy SST postępowania wskazuje na coś zupełnie innego.

Wykonawca we właściwych wyjaśnieniach ceny odnoszących się do poz. 19 kosztorysu wprost potwierdza, że wycena materiału została dokonana na poziomie 0 zł:

Trudno uznać obiektywnie, że materiał który posiada określoną, istotną i konkretną wartość rynkową jest materiałem bezwartościowym.

Wykonawca uzasadniając zastosowanie wyceny na poziomie 0 zł odwołuje się do następujących okoliczności:

Wykonawca potwierdza, że wycena na poziomie zerowym miałaby być uzasadniona rzekomymi „zapasami” tyle, że zapasy takie są skutkiem wcześniejszych zakupów materiału po określonych cenach. Nie ulega żadnym wątpliwościom, że nabyty nawet uprzednio materiał ma określoną

wartość – został zakupiony, przetransportowany, wyładowany i jest magazynowany jak również musi być ponownie załadowany na pojazdy, przetransportowany na plac budowy, rozładowany i wbudowany.

Gdyby uznawać, że wykonawca może tak nabyty i posiadany materiał sprzedać za wartość „zero złotych” i jest to materiał całkowicie bezwartościowy procedura wyjaśnień ceny byłaby pozbawiona sensu – wykonawca przyznaje, że materiał jaki wyliczył na potrzeby wyjaśnień ceny i kalkulacji ofertowej nie ma żadnej wartości i w ten sposób możliwe jest wyjaśnienie dowolnej ceny ofertowej. Zdziwiłoby przy tym jest że istotny składnik majątku przedsiębiorstwa wykonawcy w postaci zapasu magazynowego o określonej wartości tak rynkowej jak i księgowej, na potrzeby aktualnego postępowania staje się całkowicie pozbawiony wartości i akurat na potrzeby obecnego postępowania wykonawca podjął decyzję o jego „oddaniu” Zamawiającemu za darmo.

Powyższe działanie byłoby całkowicie nieracjonalne ekonomiczne a dodatkowo stanowiłoby działanie na szkodę spółki. Mamy bowiem do czynienia ze sprzedażą poniżej kosztów zakupu a precyzyjniej z ich całkowitym pominięciem.

W ocenie Odwołującego faktycznie wycena na poziomie zerowym materiału ma związek z przyjęciem założenia, że możliwa jest realizacja prac związanych z poboczami przy użyciu materiału pochodzącego z rozbiórki aktualnej konstrukcji drogi. Tymczasem w przeciwieństwie do szeregu innych postępowań aktualnego Zamawiającego w obecnym przetargu technologia wykonania pobocza zawarta w SST (przywołana powyżej) nie przewiduje takiej możliwości. Zatem to właśnie takie założenie spowodowało zerową wycenę materiału a wykonawca po wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnień i zorientowaniu się że faktycznie aktualny SWZ nie przewiduje już takiej możliwości jak powyżej zmuszony był w jakiś sposób wyjaśnić brak wyceny materiału (cena 0 zł) i stąd cała argumentacja w przedmiocie rzekomych zapasów. Odnosząc się jednak do treści wyjaśnień:

Powyższe potwierdza, że w celu uzyskania zamówienia za wszelką cenę (nawet poniżej kosztów świadczenia) Spółka zdecydować się miała na oddanie materiału o konkretnej istotnej wartości rynkowej za darmo wyłącznie w celu uzyskania zamówienia.

W pozostałym zakresie uzasadnienie wyjaśnień nie zostało Odwołującemu udostępnione (s. 5-8)

Strabag uzasadniając dopuszczalność takiej kalkulacji ceny oferty (.s 8 in fine) wskazuje, że:

Trudno uznać za obiektywnie racjonalną kalkulację pomijającą wartość materiałów. Analogicznie jak przywołane orzeczenie KIO dotyczące czynników optymalizacyjnych ceny całkowicie oderwanych od przedmiotu wezwaniatakich jak:

„użycie wysokowydajnych kosiarek, miejsce położenia bazy odwołującego, zatrudnienie osób bezrobotnych na korzystnych warunkach finansowych, zatrudnienie osób odbywających praktykę zawodową, kilkudziesięcioletnie doświadczenie związane z utrzymaniem terenów stanowiących przedmiot utrzymania, mechanizacja robót, wykorzystanie odpadów biodegradowalnych, zmniejszenie kosztów wywozu odpadów dzięki ich segregacji, znajomość rynku lokalnego”

Strabag potwierdza ponadto w złożonych wyjaśnieniach ceny, że sporządzona kalkulacja ceny ofertowej uwzględniła zatrudnienie personelu nie na podstawie wymaganych umów o pracę - ale umów cywilnoprawnych.

Zgodnie z wyjaśnieniami (s. 9):

Powyższe oznacza, że wycena została dokonana w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ dotyczącymi wymogu zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę - powyższe oznacza samodzielnie, że treść oferty Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia jak również wykonawca wezwany do wyjaśnień wprost potwierdził, że wycena została dokonana z naruszeniem przepisów prawa pracy a także że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty.

W przedmiotowej sprawie należy zwrócić szczególną uwagę na wprowadzony na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp obowiązek żądania przez Zamawiającego w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp koreluje z wyrażoną w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp (mającym zastosowanie także w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji) koniecznością określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp przewidziano mechanizmy mające na celu przeciwdziałanie zatrudnianiu osób w oparciu o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez nie czynności w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym

realnej i skutecznej weryfikacji działań wykonawców w tym zakresie (por. art. 95 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzający konieczność określenia m.in. sposobu weryfikacji zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę i uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań). Art. 224 ust. 4 ustawy Pzp jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji, umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane. Naturalną konsekwencją istnienia po stronie zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane lub usługi obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w ww. zakresie, jest zaktualizowanie się po stronie wykonawcy obowiązku udzielenia stosownych wyjaśnień w kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami prawa pracy w przypadku otrzymania takiego wezwania. Obowiązek taki wywieść można także na gruncie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, który wskazuje, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust 3 Pzp wyjaśnienia ceny dotyczą w szczególności:

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

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

Zgodnie z art. 226 ust 4 Pzp - 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Złożone przez Strabag wyjaśnienia ceny wprost potwierdzają wycenę i zamiar powierzenia wykonania zamówienia personelowi zatrudnionemu na podstawie umów cywilnoprawnych a nie umowy o pracę.

Wskazać należy, że zgodnie z SWZ – Projekt Umowy:

§ 8

Obowiązki Zamawiającego i Wykonawcy

5. Wykonawca zobowiązuje się, do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz.U. 2023.1465) wszystkich osób wykonujących w toku realizacji zamówienia prace wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia wskazują na zamiar rozliczenia prac personelu w następujący sposób:

Przy czym jak wynika wprost z SWZ Zamawiający bezwzględnie wymaga zatrudnienia personelu na podstawie umów o pracę a nie umów cywilnoprawnych rozliczanych stawką godzinową zgodnie z powołanymi przepisami ustawy.

Zgodnie z Działem III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia:

6. Na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę(ów) na podstawie stosunku pracy wszystkich osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności, w zakresie realizacji zamówienia: wymianę nawierzchni bitumicznej, wykonanie oznakowania poziomego i pionowego, ścięcie i uzupełnienie poboczy, wykonanie nawierzchni na zjazdach, skrzyżowaniach z drogami powiatowymi i gminnymi, udrożnienie istniejących przepustów oraz roboty pielęgnacyjne zieleni.

7. Uprawnienia Zamawiającego w zakresie sposobu weryfikacji i kontroli wypełniania niniejszego obowiązku określone zostały w § 8 ust 6 i § 5 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy.

W pozostałym zakresie wyjaśnienia ceny zawierają wyłącznie deklaracje i gołosłowne zapewnienia wykonawcy, które w żaden sposób nie podlegają weryfikacji i kontroli ani dowodom. Zgodnie z wyjaśnieniami wskazanymi w cz. VIII. Wybrane rozwiązania techniczne związane z realizacją robót budowlanych (s. 10) wykonawca odwołuje się do warunków handlowych i pakietu umów ramowych – uzasadnienie w żaden konkretny i uchwytany sposób nie dotyczy przedmiotu wezwania – nie ulega wątpliwości, że trudno mówić o „specjalnych warunkach handlowych” przy darmowym materiale.

Ogólnikowa argumentacja taka jak:

„Wykonawca jest od wielu lat jednym z liderów branży budowlanej w Polsce. Przekłada się to na lepszą niż u wielu konkurentów pozycję negocjacyjną i handlową oraz daje możliwość uzyskania trwałych i korzystnych warunków współpracy. Dzięki scentralizowaniu zakupów i podpisywaniu kontraktów z dostawcami materiałów dla inwestycji realizowanych w zbliżonych lokalizacjach, ze względu na zakres składanych zamówień posiada możliwość zakupu materiałów masowych po korzystnych cenach i z uwagi na dokonywanie globalnych zamówień - uzyskania rabatów niedostępnych dla większości konkurencyjnych wykonawców.”

nie posiada żadnej konkretnej wartości dowodowej w kontekście skonkretyzowanego wezwania do wyjaśnienia wyceny poz. 19 kosztorysu ofertowego.

Analogicznie:

Podobnie w zakresie finansowania inwestycji:

Analogicznie w odniesieniu do kwestii grupy kapitałowej:

Powyższe okoliczności w żaden konkretny sposób nie odnoszą się do zerowej wyceny materiału w postępowaniu którego dotyczą wyjaśnienia ceny i nie uzasadniają jej, a stanowią jedynie sztamkowe wyjaśnienia, które składa wykonawca w każdym postępowaniu wyjaśniając cenę.

Podobnie w zakresie argumentacji jak:

Zgodnie z jawną częścią wyjaśnień ceny Wykonawca złożył wraz z wyjaśnieniami następujące załączniki:

Jawny dokument w postaci dokumentacji fotograficznej (Załącznik nr 3) zawiera 5 zdjęć niezidentyfikowanego materiału budowlanego na placu magazynowym – zdjęcie nr 5 zawiera logo Strabag. W żaden sposób dokumentacja zdjęciowa wskazana powyżej nie świadczy o darmowej wartości materiału budowlanego w postaci kruszywa. Nie sposób ustalić przy tym na podstawie zdjęć o jaki materiał chodzi, o jakich parametrach, jak również lokalizacji placu magazynowego. Odnosnie utajnionego Załącznika nr 2 – korespondencja mailowa z Wytwórną Mas Asfaltowych w Stargardzie – poza brakiem dostępu Odwołującego do jej treści nie odnosi się ona z wysokim prawdopodobieństwem do darmowego kruszywa.

Reasumując złożone wyjaśnienia ceny potwierdzają, że wycena ofertowa jaką zastosował wykonawca Strabag w zakresie poz. 19 kosztorysu jest nierynkowa i nieuwzględniająca kosztu kluczowego elementu wyceny dla pozycji tj. materiału budowlanego. Zastosowanie wyceny realnej i rynkowej spowodowałoby istotny wzrost ceny ofertowej a przy tym, uwzględniając poziom ceny Odwołującego i Strabag to w przypadku rzetelnej wyceny to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Dodatkowo wskazać należy, że o pozorności wyjaśnień w zakresie poz. 19 najlepiej świadczy wycena Strabag w innej pozycji tego samego postępowania.

W przedmiarze zawarta jest analogiczna pozycja 14. tj. ten sam materiał, który należy wbudować i zagęścić jak w przypadku poz. 19 – różnica dotyczy wyłącznie grubości (20 a nie 15 cm).

Zgodnie z kosztorysem ofertowym Strabag dla poz. 14:

Zadziwiające przy tym, że ten sam materiał w ofercie w poz. 19 wyceniony na 0 zł już dla potrzeb (w sumie o wiele mniejszej ilościowo pozycji co tym bardziej uzasadniałoby zoptymalizowaną wycenę – 0zł) poz. 14 ma realną i rynkową wartość. Zatem pomimo tego że ilości materiału dla poz. 14 są w relacji do poz 19 niewielkie nie wystarczyłoby tego materiału dla tej pozycji co podważa wiarygodność wyjaśnień ceny.

Odwołujący dokonał analizy rynkowej wartości pozycji 19 (wykonanie poboczy z kruszywa 0-31,5 grubości 15 cm) dla warunków przytoczonych przez oferenta Strabag.

Podzielono koszty wykonania na:

- zakup materiału (kruszywo łamane 0-31,5 o współczynniku przekruszenia 90/3)
- transport materiału na budowę
- wbudowanie z wyprofilowaniem i zagęszczeniem

Rynkowa cena kruszywa na reprezentowanym terenie oscyluje w granicach 80-90 zł netto za tonę. Przeliczając na m2 wykonania pobocza, przy gęstości po zagęszczeniu 2,2 tony na m3, wartość materiału to: 26,40 - 29,70 zł na m2.

Koszt transportu na reprezentowanym terenie to od 4 zł za km (wartość wręcz nie osiągalna) do 6 zł za km. Przy założeniu transportu ze wskazanego placu w Stargardzie (oddalonego 65 km od placu budowy)koszt kursu wynosi (65x2x cena za km) 520 -780 zł co w przeliczeniu na koszt przewiezionej tony daje 20,80 - 31,20 zł za tonę i dalej na koszt do ceny jednostkowej (cena przewiezienia tony x 2,2 gęstość materiału x 0,15m grubości) daje 6,86 – 10,30 zł na m2.

Koszt wykonania został wyliczony przy pomocy programu do kosztorysowania RODOS przy zastosowaniu cen i norm SECOCENBUDnakładów na robociznę wynikającego z minimalnego wynagrodzenia za pracę, nakładów na koszty pośrednie 40%

(nadzwyczaj niskich) i zysku wskazanego przez Strabag (8%) wynosi 10,69 zł netto

.....

Podsumowując:

Po dodaniu kosztówmateriału, dowozu materiału i koszt wbudowania z wykorzystaniem najniższych cen wskazanych w powyższych wyliczeniach to:

$26,40 + 6,86 + 10,69 = 43,95$ zł netto za m2

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że użyto wszystkich skrajnie niskich składowych do wyliczenia wskazanej ceny.

Idąc za prezentowanym przez Strabag wyjaśnieniem, cena z wartością materiału 0 zł powinna minimalnie wynosić: $0,0 + 6,86 + 10,69 = 17,55$ netto za m2

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia ceny nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny oferty a wyjaśnienia są oparte o wycenę z całkowitym pominięciem kosztu zasadniczego elementu składowego wyceny w postaci materiału na pobocza zaś wykonawca nie potrafiąc w żaden racjonalny sposób uzasadnić poziomu wyceny pozycji zmuszony był do odwołania się do zamiaru przekazania Zamawiającemu nieodpłatnie materiału.

Zgodzić się w tym zakresie należy ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 71/21, zgodnie z którym:

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniu argumentów. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (wyr. KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., o sygn. akt 1187/13). Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 dPzp, obecnie art. 224 ust. 6 nPzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami czego w niniejszej sprawie zdaniem Sądu Okręgowego trudno jest się dopatrywać, zresztą skarżący te okoliczności przyznaje wprost.

Potwierdza powyższe jednolite orzecznictwo Izby, w tym przykładowo wyrok z dnia

16.03.2021 r., sygn. akt KIO 600/21: W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Wskazać należy, że w okolicznościach sprawy brak jest możliwości ponowienia wezwania do wyjaśnień ceny wobec szczegółowości i precyzji wezwania – tak stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 – wyrok z 25 czerwca 2019 r. w którym wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (...).

4. Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNKU (por.m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97).

Odwołujący uznaje, że złożenie oferty przez konkurenta z nierealną wyceną istotnego elementu składowego ceny stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji niestypizowany w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast odpowiadający hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Działanie konkurenta jak wynika ze złożonych wyjaśnień miało być działaniem świadomym, celowym i zamierzonym i sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia interesu Zamawiającego i publicznego oraz interesu uczestnika postępowania i pozostałych konkurentów, którzy złożyli oferty skalkulowane w oparciu o ceny realne. Odwołujący w świetle okoliczności faktycznych zasadnie

przyjął, że pominięcie kosztu materiału (wycena poniżej kosztów świadczenia) pozwoliło Strabag na złożenie oferty korzystnej cenowo i zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia. Jakkolwiek należy mieć na uwadze obowiązującą w gospodarce rynkowej zasadę swobodnego ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, to należy stwierdzić również, iż zasada ta doznaje ograniczeń - określonych m.in. właśnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie może swojej swobody wykorzystywać w sposób, który stałby w sprzeczności z dobrymi obyczajami, prawem i naruszałoby interesy innych przedsiębiorców.

W niniejszej sprawie możliwym jest stwierdzenie niedopuszczalnej manipulacji, inżynierii cenowej, świadomego pominięcia kosztu materiału, pomimo braku stwierdzenia rażąco niskiej ceny całkowitej oferty. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celowo nie zawiera zamkniętego katalogu takich czynów, a wprowadza ogólną klauzulę w art. 3 ust. 1 - właśnie przewidując nieograniczoną "kreatywność" przedsiębiorców. O ile oferowanie ceny rażąco niskiej - tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, o tyle analogiczne oferowanie istotnego elementu świadczenia poniżej kosztów niewątpliwie także wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 uznk. Argumentacja przeciwna - że niedozwoloną manipulację cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską całej oferty, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp - uniemożliwiałoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi - ale nie rażąco niskimi - cenami. Artykuł 3 ust. 1 ustawy uznk, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 oraz wskazany przez zamawiającego art. 15 ust. 1 znk, który stanowi katalog otwarty. Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych w pełni aprobuje kwalifikację zachowań rodzajowo podobnych do działania konkurentów, do działań spełniających znamiona czynów nieuczciwej konkurencji.

(...).

5. Zaniechanie odtajnienia istotnych elementów wyjaśnień ceny Strabag

Odwołujący po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie pełnej korespondencji z wykonawcą Strabag. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyłącznie część wyjaśnień którą Strabag uznał za jawną.

Nie udostępniono Odwołującemu następujących dokumentów (oznaczone kolorem czerwonym z dopiskiem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”):

a także części wyjaśnień ceny – s. 5-8.

Jednocześnie złożone wyjaśnienia c e n y zawierają uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dwustronicowe uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa i jego treść nie mogą stanowić skutecznego uzasadnienia dla wyłączenia zasady jawności postępowania.

W odniesieniu do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa kosztorysu ofertowego należy mieć na uwadze, że wraz z ofertą został złożony wymagany kosztorys przy czym można spodziewać się że kosztorys załączony do wyjaśnień ceny może mieć postać kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową.

Strabag uzasadnia ochronę treści kosztorysu dla poz. 19 w następujący sposób (s. 1213):

W ocenie Odwołującego sam Strabag pośrednio potwierdza, że informacje zawarte w kosztorysie opracowanym za pomocą standardowego programu do kosztorysowania nie może stanowić skutecznie chronionej tajemnicy.

Wykonawca wskazuje, że kosztorys miałby zawierać dane nt modelu redukcji kosztów zagospodarowania odpadów podczas gdy kosztorys nie zawiera takich informacji ze swojej natury skoro stanowi preliminarz kosztów. Kluczowym przy tym nie jest kwestia kosztów utylizacji odpadów dla poz. 19 ale kosztów materiału w postaci kruszywa zgodnego z SWZ – które jak przyznaje w jawnej części wyjaśnień Strabag zostało wycenione na poziomie 0 zł.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO oraz wyniki kontroli Prezesa UZP – tak przykładowo (...) *Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wycenionych Przedmiarów* Robót doprowadziła Kontrolującego do wniosku, że informacjom zawartym w tym dokumencie nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy BUDIMEX S.A., iż: „Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how (...)”, bowiem treść Wycenionych

Przedmiarów Robót została sporządzona przez Zamawiającego na potrzeby tego konkretnego postępowania i była ona udostępniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym przedmiotowym zamówieniem. Wskazał to również sam Wykonawca stwierdzając, że: „Co prawda, zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia

(...)”. W wyniku kontroli stwierdzono, że zawarte w Wycenionych Przedmiarach Robót ceny -w tym przypadku - nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Jednocześnie, Kontrolujący nie zgodził się ze stwierdzeniem, że: „Utajnione kalkulacje pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany”, bowiem samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez Zamawiającego kosztorysie (w tym przypadku w Wycenionych Przedmiarach Robót), nie wskazuje na sposób dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, czy sposobu budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

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 2020 r. poz. 1913), 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. Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę

zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje. Należy także podnieść, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być złożone przez wykonawcę jednocześnie z przekazaniem zastrzeżonych informacji, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Zatem argumenty, czy dowody przedstawiane dopiero na rozprawie nie mogą wpłynąć na ocenę uzasadnienia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

1) zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych kosztorysy i ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96). Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą natomiast być uznane w szczególności następujące dokumenty (informacje) (...) kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

2) Na podstawie jawnych mechanizmów nie można wywnioskować jakie czynniki zdecydowały o ustaleniu takiej, a nie innej ceny jednostkowej. Dane ze szczegółowych kosztorysów nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej lub organizacji przedsiębiorstwa. Z cen jednostkowych nie wynikają także informacje

wpływające np. na przewagę konkurencyjną Wykonawcy.

3) zastrzeżone informacje nie posiadają wartości gospodarczej.

Całe uzasadnienie tajemnicy zastrzeżenia kosztorysu ofertowego sprowadza się w istocie do powyższego fragmentu uzasadnienia pozostała część to poglądy orzecznictwa, doktryny.

Dodatkowo wskazać należy, że niemożliwe jest by całość treści wskazanego załącznika stanowiła tajemnicę i musiała być objęta poufnością nie tylko z tej przyczyny, że nie wykazał on ich wartości gospodarczej, ale i z tego powodu, że nie mogą być utrzymane w poufności, ponieważ są jawne lub podlegają udostępnieniu w normalnym trybie.

(...)

Odnosnie stosowanych przez Strabag środków ochrony informacji oraz wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji całe uzasadnienie sprowadza się do sztamkowej deklaracji:

Wykonawca ma świadomość pozorności i gołosłowności uzasadnienia wskazując:

Uwzględnienie odwołania i odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych załączników do złożonych wyjaśnień ceny oferty wykonawcy Strabag ma bezpośredni i realny wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zapoznanie się z treścią nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów oraz informacji pozwoli na ocenę przez Odwołującego istnienia podstaw odrzucenia oferty Strabag z postępowania, co ma bezpośredni wpływ na wynik przetargu i możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

(...)

Z powyższego wynika, że Zamawiający ma obowiązek dokonywać i krytycznie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia, oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznano zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów - to Zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Złożone jako załączniki do wyjaśnień dokumenty takie jak:

samo w sobie nie zastępują skonkretyzowanego i odnoszonego do konkretnych zastrzeżonych w danym przetargu informacji uzasadnienia przyczyn oczekiwanej ochrony. Uzasadnienie w żaden sposób nie odnosi się do dokumentów z pkt 4-7 a sam fakt załączenia Kodeksu Etycznego nie zastępuje uzasadnienia. Brak przy tym jakichkolwiek dowodów na zastosowanie w odniesieniu do zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu informacji określonych środków technicznych, organizacyjnych i prawnych w celu ochrony informacji. Analogicznie w przypadku wartości gospodarczej informacji – wykonawca poprzestaje na deklaracji że informacje wartość taką zawierają. Pozostałe dokumenty zastrzeżone to dwie decyzje administracyjne co do których trudno uznać aby samo w sobie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa – uzasadnienie pomija przy tym przyczyny oczekiwanej ochrony tych decyzji:

Odnosnie zastrzeżonego dokumentu w postaci:

Samo uzasadnienie tajemnicy nie odnosi się do tego dokumentu i przyczyn oczekiwanej ochrony. Nie zawiera także informacji odnosnie zastrzeżenia tajemnicy Wytwórni Mas Asfaltowych w treści tej korespondencji – o ile takowe ma w ogóle miejsce.

Przy czym jak wynika z danych zawartych na stronie internetowej Strabag: (...) Wytwórnia Mas Asfaltowych Stargard Szczeciński to własna wytwórnia Strabag.

Reasumując w ocenie Odwołującego wyłącznym celem zastrzeżenia jest zamiar niedopuszczenia konkurencyjnych wykonawców do analizy kosztorysu i korespondencji wobec pełnej świadomości, że wycena ta nie broni się w żaden racjonalny sposób.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24.06/24) wniósł o oddalenie odwołania i podał w szczególności: (...) Zamawiający przesłał, w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, całość dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa drogi woj. nr 148 na odcinku Łobez - Zajeziere” (znak sprawy: ZZDW6.3812.78.2024.8.3.3). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.04.2024 r., nr 00307316. Na ich podstawie w sposób jednoznaczny należy stwierdzić, że przebiegało ono zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych, konkurencyjnie, z poszanowaniem wszelkich procedur i terminów. W orzecznictwie europejskim oraz krajowym, pomimo braku definicji rażąco niskiej ceny, jednolicie przyjmuje się bowiem za sprzeczne z prawem oraz z zasadą ochrony konkurencji, uznanie ceny za rażąco niską bez możliwości udowodnienia przez wykonawcę jej rzetelności w zakresie czynników cenotwórczych. Wobec tego czynność

odrzućcenia oferty ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt, powinna być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p.

W związku z tym, 22 maja 2024 roku pismem nr ZZDW-6.3812.78.4.2024.8.3.3 wezwał firmę STRABAG sp. z o.o. (...) do wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, albowiem wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności poz. 19 WPR. Zamawiający wyznaczył termin na udzielenie wyjaśnień do 29 maja 2024 roku.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. „odrzućceniu, 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 niskiej podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem zostać złożone po pierwsze – bezwzględnie w terminie, a po drugie – w sposób niebudzący wątpliwości powinny pozwolić zamawiającemu na ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem faktu, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten stanowi potwierdzenie linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowanej na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r.

29 maja 2024 roku, z dochowaniem określonego terminu, firma STRABAG sp. z o.o. złożyła szerokie wyjaśnienia (stanowią one część akt postępowania odwoławczego) zgodnie z żądaniem Zamawiającego oraz spełniając wszystkie elementy określone w wezwaniu. „Istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych”. Na podstawie przedłożonych wyjaśnień, Zamawiający w sposób zobiektywizowany na podstawie szczegółowych kalkulacji, wyjaśnień, zasobów oraz innych danych przedłożonych a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie ma żadnych wątpliwości w zakresie merytorycznego uzasadnienia w zakresie zaproponowanej oferty cenowej w zakresie poz. 19 WPR. Ponad to należy podkreślić, że cena oferty złożonej przez STRABAG nie ma charakteru rażącego uregulowanego na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do oferty Odwołującego jest o 1,72% tańsza, natomiast od średniej arytmetycznej wszystkich ofert w postępowaniu o 17,13%. Zatem zarzut postawiony przez odwołującego w zakresie nieodrzućcenia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8, jest o tyle nie trafiony, że po pierwsze kryteria prawne uniemożliwiają zakwalifikować ofertę jaką tą której zaoferowano rażąco niską cenę, a wyjaśnienia dotyczące poz. 19 WPR przez firmę STRABAG sp. z o.o. zostały złożone w terminie, są jasne, posiadają wyczerpujący materiał dowodowy i nie tylko uprawdopodobniają zaoferowaną cenę, ale przekonują Zamawiającego co do jej rzetelności i autentyczności.

W odniesieniu do zarzutu o hipotetycznym naruszeniu art. 226 ust 1 pkt.5, pkt. 10 i pkt 7 pzp w pełni przyjmuje wyjaśnienia przedłożone przez firmę STRABAG sp. z o.o. w piśmie z dnia 29 maja 2024 roku pkt. III., V.. Odwołujący nie wskazał żadnej argumentacji merytorycznej w w/w zakresie. Na etapie postępowania Zamawiający wymaga od Wykonawców w SWZ zatrudnienia na etapie realizacji inwestycji osób w nich zaangażowane i wliczenia w tych kosztów w WPR. Na etapie realizacji inwestycji, Zamawiający kontroluje spełnianie tej przesłanki zarówno przez Wykonawcę jak i podwykonawców. Zatem zarzut przedstawiony przez Odwołującego jest wysoce hipotetyczny i nie znajduje odzwierciedlenia w żadnych dokumentach.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Strabag. W piśmie procesowym z dnia 24.06.2024 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości: (...)

2. wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w dalszych fragmentach tego pisma, zgromadzonych w aktach Postępowania oraz przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego pisma;

3. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 2 pn. „Faktura FVS/1/06/2024 wraz z ofertą podwykonawcy dysponującego układarką poboczny”, wnosi o jego nieujawnianie przez Izbę i w tym zakresie na podstawie art. 545 ust. 3 pzp ograniczenie Odwołującemu prawo wglądu i zapoznania się z tym dowodem. Uzasadnienie w tym względzie przedstawiono w końcowej części tego pisma. W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Uwagi wstępne

1. Odwołujący sformułował wobec Zamawiającego w związku z dokonaniem wyborem oferty STRABAG 6 zarzutów naruszenia przepisów pzp oraz znku.

2. W ocenie STRABAG żaden z tych zarzutów nie jest trafny. Odwołujący oparł je w przeważającej części na własnej interpretacji części jawnej wyjaśnień STRABAG złożonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp oraz przypuszczeniach i dywagacjach, którymi swobodnie i w oderwaniu od realiów tej sprawy operuje.

3.STRABAG w dalszej części tego pisma wykaże bezzasadność zarzutów odwołaniaII. Brak istotności pozycji nr 19 kosztorysu

4.W pierwszych fragmentach odwołania autor wchodzi w polemikę ze stanowiskiem STRABAG zawartym w wyjaśnieniach, jakoby pozycja nr 19 kosztorysu ofertowego nie stanowiła istotnej części składowej zamówienia.

5.STRABAG podtrzymuje w tym względzie swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 29.05.2024 r. O kwalifikacji danego elementu zamówienia jako istotnej części nie przesądza jego wartość, na co zwracano uwagę w orzecznictwie Izby.

6.Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przytacza fragmenty SST i OPZ, które mają rzekomo dowodzić istotności pozycji nr 19. Jednocześnie Odwołujący pomija (na skutek przeoczenia lub w wyniku obranej taktyki procesowej), że w SWZ dla omawianego Postępowania Zamawiający posłużył się następującymi kodami CPV identyfikującymi przedmiot zamówienia:

7.Z przedmiaru robót wynika, że pozycja nr 19 kosztorysu została uwzględniona jako roboty wykończeniowe co potwierdza, że Zamawiający nie uznawał jej jako istotną część zamówienia.

III.Zarzuty Odwołującego jako przejaw naruszenia zasady czystych rąk

8.Autor odwołania nie stroni od wielu argumentów i określił ocennych wymierzonych w Przystępującego chcąc podważyć prawidłowość jego oferty, postawy w tym Postępowaniu, a w rezultacie czynności wyboru dokonanej przez Zamawiającego.

9.Odwołujący zarzuca ofercie STRABAG inżynierię cenową i zaniżenie ceny oferty na skutek rzekomej manipulacji. Przystępujący zapewnia, że żadne tego rodzaju praktyki, jakich stosowanie insynuuje Odwołujący, nie miały miejsca. Niezależnie od tego, warto zauważyć, że sam Odwołujący w przedłożonym przez siebie kosztorysie prezentował na kilku pozycjach kluczowych dla zamówienia ceny i stawki na poziomie dalece poniżej rynkowego i w odróżnieniu od STRABAG nic nie wskazuje na to, aby za wysokością tych stawek stały rozwiązania oszczędnościowe i ekonomiczne takiego pokroju, z jakich korzysta STRABAG.

10.Dwie pozycje w ofercie Odwołującego są rażąco niskie: pozycja nr 9 dot. frezowania nawierzchni oraz pozycja nr 2 dot. karczowania. Poniżej STRABAG prezentuje zestawienie kalkulacji ww. pozycji przez Odwołującego z uwzględnieniem średnich cen pozostałych oferentów i samego Zamawiającego.

Dowód: Zestawienie cen jednostkowych przyjętych przez Odwołującego w relacji do średnich stawek arytmetycznych pozostałych oferentów oraz stawek z kosztorysu inwestorskiego [załącznik nr 1]

11.Odwołujący zarzucając STRABAG rażąco niską cenę w pozycji nr 19 kosztorysu działa wbrew zasadzie czystych rąk. W skrócie zasada ta, jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Poznaniu polega na tym, że „zachowanie samej strony, która na zasady współzycia społecznego się powołuje, stosownie do obowiązującej na tle art. 5 k.c. zasady "czystych rąk", powinno być także nacechowane należytą starannością, a zatem na zasady współzycia społecznego może powołać się tylko ten, kto sam swego prawa nie nadużywa.”.

12.W pozycjach nr 2 i 9 zaniżył ceny jednostkowe, a w odwołaniu ten sam zarzut stara się przypisać Przystępującemu czyniąc w tym względzie jedynie przypuszczenia wynikające z braku dostępu do całości wyjaśnień STRABAG i obranej w tym postępowaniu taktyki procesowej.

13.W ocenie STRABAG postawa Odwołującego nie zasługuje na aprobatę i stawia pod znakiem zapytania trafność jego zarzutów oraz wiarygodność prezentowanego stanowiska.

IV.STRABAG złożył wyczerpujące i rzetelne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

14.Oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez STRABAG należy dokonywać przez pryzmaty wezwania Zamawiającego. W świetle powyższego należy stwierdzić, że wyjaśnienia STRABAG dotyczyły wszystkich zagadnień wskazanych w wezwaniu, które Odwołujący przytoczył na str. 14 odwołania.

15.Po pierwsze, STRABAG wyjaśnił, jakie czynniki kosztotwórcze składały się na zaproponowaną przez niego cenę jednostkową pozycji nr 19 przedmiaru tj. 11,49 zł. STRABAG rozbił tę cenę na poszczególne elementy, uwzględniając w tym m.in. transport, czy zysk stosownie do oczekiwań Zamawiającego.

16.Po drugie, w wezwaniu Zamawiający odwołał się do katalogu zagadnień z art. 224 ust. 3 pzp wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć również wskazanych tam kwestii. Pomimo posłużenia się przez Zamawiającego określeniem „Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności”, STRABAG mając na uwadze obowiązek złożenia kompletnych i szczegółowych wyjaśnień odniósł się do każdego z wymienionych zagadnień.

17.Cześć tych wyjaśnień, kluczowa z punktu widzenia zastosowanych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających złożenie wyjątkowo korzystnej oferty przez STRABAG została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Brak dostępu Odwołującego do tej części skutkuje tym, że w wielu miejscach czyni on niczym nieuzasadnione domniemania starając się brak dostępu do tych informacji „przekuć” w rzekomy brak wywiązania się przez STRABAG z ciężaru wykazania braku rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 5 pzp.

18.W odróżnieniu od Odwołującego Zamawiający dysponował całością wyjaśnień i dowodów zaoferowanych mu przez

STRABAG. Na tej podstawie Zamawiający bezapelacyjnie uznał wyjaśnienia STRABAG za wyczerpujące odpowiadające wymaganiom przewidzianym w orzecznictwie Izby oraz opiniach UZP na gruncie przepisu art. 224 pzp. Odzwierciedla to Opinia Wydziału Dróg Zamawiającego:

Rysunek 2 - printscreen z opinii Wydziału Dróg dot. wyjaśnień Strabag Sp. z o.o.

Dowód: Opinia Wydziału Dróg Zamawiającego [w aktach Postępowania]

V. Wyjaśnienia STRABAG dotyczące kruszywa dla pozycji nr 19

V.1. STRABAG wyjaśnił jakie czynniki pozwoliły mu przyjąć bardzo atrakcyjną cenę jednostkową dla pozycji nr 19

19. Bezsprzeczne jest, że dla kalkulacji kosztu kruszywa 0/31,5 w ramach pozycji nr 19 STRABAG wskazał w kosztorysie kwotę 0 zł. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie oznacza to, że Przystępujący ww. materiał traktuje jako bezwartościowy i zamierza całkowicie bezkosztowo przeznaczyć na wykonanie kontraktu dla Zamawiającego.

20. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny STRABAG wyjaśnił, w jaki sposób zamierza zbilansować wartość kruszywa przeznaczonego na wykonanie pozycji nr 19, które w kosztorysie wycenił na 0 zł. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie sprowadza się to wyłącznie do czerpania z „zapasów”, lecz przynajmniej w 50% polegać będzie na przedstawionych na str. 7 wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 29.05.2024 r. rozwiązaniach techniczno-ekonomicznych.

21. Na str. 19 odwołania (ostatni akapit) Odwołujący kontynuując wywody dotyczące dopuszczalności przyjęcia w kosztorysie wartości 0 zł wskazuje, że dla wspomnianego kruszywa należy uwzględnić chociażby koszty załadunku, transportu i rozładunku na placu budowy. Uszło uwadze Odwołującego, że Przystępujący skalkulował koszt transportu i robocizny dla pozycji nr 19 pn. „uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązanym 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm”, co wynika wprost ze szczegółowej kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 29.05.2024 r.

22. Lektura odwołania w kolejnych fragmentach skłania do wniosku, że formułowane tam argumenty, jakoby działania STRABAG były nieracjonalne i podyktowane wyłącznie próbą uniknięcia wyeliminowania z Postępowania, wynika z tego, że Odwołujący nie dysponuje pełnymi wyjaśnieniami Przystępującego i nie zidentyfikował korzystnych rozwiązań przyjętych przez STRABAG dla skalkulowania ceny ofertowej. Można rzecz wręcz, że Odwołujący niejako „po omacku” czyni zarzuty Zamawiającemu i pośrednio ofercie STRABAG, które w dużej części opiera na własnych domniemaniach.

23. Najlepszym tego dowodem jest argumentacja, jakoby wycena kruszywa na poziomie zerowym miała świadczyć o wykonaniu poboczy z wykorzystaniem materiałów z rozbiórki drogi (str. 20 odwołania). Zarzut ten jest całkowicie oderwany od oferty STRABAG i złożonych do niej wyjaśnień. STRABAG na żadnym etapie Postępowania w korespondencji do Zamawiającego nie twierdził, jakoby miał wykorzystywać materiał z rozbiórki aktualnej konstrukcji drogi do wykonania pobocza.

24. W ocenie STRABAG zasadniczy problem Odwołującego w tej sprawie to brak zrozumienia sytuacji, w której niższy koszt kruszywa dla wykonania poboczy bilansowany jest nie tylko własnymi zapasami, ale i zagospodarowaniem odpadów, co pozwala, jak już wspomniano na pokrycie co najmniej 50% wartości materiału. Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że STRABAG w swojej kalkulacji jedynie pomija (zaniża) wartość materiałów.

25. STRABAG w wyjaśnieniach z dnia 29.05.2024 r. nieprzypadkowo powołał się na wyrok Izby w sprawie o sygn. KIO 586/13. Oczywiście jest, że Przystępujący nie przytoczył tego orzeczenia starając się karkołomnie znaleźć podobieństwa między wysokowydajnymi kosiarkami, a uzupełnieniem pobocza drogi. Wspomniane orzeczenie (podobnie jak wyrok zapadły w sprawie o sygn. KIO 588/13) dowodzi, że wykonawca może przy konstruowaniu oferty wykorzystywać stosowane przez siebie technologie, czy rozwiązania skutkujące obniżeniem kosztów realizacji usług, których świadczeniem się zajmuje i w rezultacie „przekuciem” poczynionych oszczędności na korzystniejszą cenę oferty.

26. STRABAG zwraca uwagę, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy pzp, w art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawodawca wprost wymienił jako jedno z zagadnień, które może być przedmiotem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, oszczędności metody wykonania zamówienia. Oznacza to, że wyjaśnienie rażąco niskiej ceny możliwe jest również poprzez przedstawienie, w jaki sposób dany wykonawca ograniczył, zredukował koszty realizacji. Wspomniana oszczędność może zaś mieć różnoraki wymiar, zarówno poprzez wykorzystanie uprzednio poczynionych zapasów materiałowych, czy też określonych rozwiązań technologicznych, czy organizacyjnych, które pozwalają np. zwiększyć wydajność.

27. W tej sprawie STRABAG wykorzystał oszczędności na dwóch polach, szczegółowo omówionych w wyjaśnieniach z dnia 29.05.2024 r.

28. Dopuszczalność wykorzystania w ramach oszczędności materiałów z poprzednich realizacji i w rezultacie obniżenie oferowanej ceny, a następnie wyjaśnienie tej okoliczności w ramach rażąco niskiej ceny było przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. KIO 1726/19. W tym orzeczeniu Izba nie podzieliła argumentacji wykonawcy kwestionował prawidłowość wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez konkurenta, którego oferta została uznana najkorzystniejszą. Wykonawca ten formułował analogiczne argumenty jak Odwołujący twierdząc, że materiał zmagazynowany na skutek własnych oszczędności również podlega wycenie na analogicznych zasadach, jak ten który podlega zakupowi, lecz okazały się one nieskuteczne.

V.2. Zarzuty Odwołującego dotyczące kalkulacji kruszywa w kontekście załączonych dowodów do wyjaśnień Przystępującego

29. Na str. 27 odwołania Odwołujący podejmuje próbę skomentowania załączonego do wyjaśnień materiału dowodowego przez pryzmat dokonanej przez STRABAG kalkulacji kosztu kruszywa dla pozycji nr 19 kosztorysu.

30. Odwołujący stwierdza, że dokumentacja fotograficzna nie potwierdza darmowej wartości kruszywa. Ciężko, aby fotografie hałd kruszywa miały dowodzić wartości finansowej materiału. Wspomniana dokumentacja dowodzić miała przede wszystkim faktu dysponowania tym materiałem przez STRABAG, czego Odwołujący nota bene nie kwestionuje. Jeśli chodzi o parametry materiału zgromadzonego na hałdzie, Odwołujący podał je w wyjaśnieniach z dnia 29.05.2024 r., które znalazły się w części tajnej. Zdziwienie budzi również zarzut, jakoby Przystępujący miał nie podać lokalizacji placu magazynowego. Informacja taka jest wprost zawarta na str. 4 wyjaśnień (w części jawnej), co świadczy o pobieżności z jaką Odwołujący analizował dokumentację Postępowania i poniekąd pozwala zrozumieć dlaczego przypadkowość zarzutów stawianych w odwołaniu.

31. Najlepszym dowodem na bezrefleksyjność stanowiska Odwołującego jest jego ocena dotycząca załącznika nr 2 do wyjaśnień Przystępującego z dnia 29.05.2024 r., który stanowi korespondencję z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie. Odwołujący choć nie zna treści dowodu to ex cathedra stwierdza, że z pewnością nie ma on żadnego związku z oszczędnością jaką Przystępujący poczynił w zakresie kruszywa do wykonania robót z pozycji nr 19 kosztorysu ofertowego.

V.3. Odwołujący wysnuwa mylne wnioski w drodze zestawienia pozycji nr 14 z pozycją nr 19 kosztorysu ofertowego wypełnionego przez STRABAG

32. Poszukując argumentów mających potwierdzać rzekomą tezę o inżynierii cenowej STRABAG Odwołujący stara się zestawić ceny jednostkowe dla pozycji nr 19 z cenami jednostkowymi z pozycji nr 14 związanej z wykonaniem zjazdów, twierdząc, że w tej ostatniej Przystępujący dokonał wyceny tego samego kruszywa już po cenie rynkowej.

33. Odwołujący z zestawienia obu tych pozycji wyciąga nieprawidłowe wnioski.

34. Po pierwsze, wezwania Zamawiającego i złożone w odpowiedzi na nie wyjaśnienia dotyczyły jedynie materiału w odniesieniu do pozycji nr 19 kosztorysu, czyli uzupełnienia poboczy. Przystępujący w żadnej części złożonych wyjaśnień nie twierdził, jakoby kruszywo zgromadzone przez niego na hałdzie miało być wykorzystywane na potrzeby wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia. Z tego względu w odniesieniu do pozycji nr 14 Przystępujący skalkulował, że konieczne będzie dokonanie zakupu kruszywa. To, które znajduje się na stanach magazynowych i zostanie zbilansowane w sposób omówiony w wyjaśnieniach nie wystarczy bowiem na wykonanie obu ww. pozycji.

35. Po drugie, wbrew temu co może sugerować Odwołujący, ceny przyjęte do kalkulacji pozycji nr 14 i 19 nie mogą być analogiczne. Koszty jednostkowe dla robót związanych z wykonywaniem zjazdów są wyższe, gdyż są to obiekty węższe, gdzie zdecydowaną większość prac wykonuje się ręcznie, co implikuje wyższe ceny jednostkowe. W przypadku zaś wykonywania poboczy, ze względu na ich konstrukcję i charakter robót wykonawca ma możliwość zoptymalizowania procesu budowlanego i zwiększenia wydajności np. w drodze zastosowania tzw. układarki do poboczy, która automatyzuje cały proces. Takie zresztą rozwiązanie zamierza wykorzystać STRABAG w przypadku inwestycji, którą planuje zrealizować Zamawiający, na dowód czego przedkłada ofertę swojego podwykonawcy, z którego usług korzystał przy wykonywaniu tego rodzaju robót na innej inwestycji.

36. Przystępujący zastrzega, że wspomniana oferta wraz z fakturą VAT nr FVS/1/06/2024 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegają utajnieniu. Stosowne uzasadnienie zawarto w końcowej części niniejszego pisma.

Dowód: Faktura FVS/1/06/2024 wraz z ofertą podwykonawcy dysponującego układarką poboczy [załącznik nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa]

V.4. Niepoprawność analizy rynkowej wartości pozycji nr 19 dokonanej wg Odwołującego rzekomo zgodnie z parametrami STRABAG

37. W dalszych fragmentach odwołania (str. 28 i 29) Odwołujący stara się wykazać, że warunki przyjęte przez STRABAG dla kalkulacji pozycji nr 19 są nierealne. Odwołujący twierdzi mianowicie, jakoby minimalny koszt jednostkowy miał wynosić 17,55 zł/m², a nie 11,49 zł/m², jak przyjął Przystępujący. Niestety, również w tym miejscu Odwołujący nie ustrzegł się błędów.

38. Kalkulacja Odwołującego na str. 28 i 29 odwołania zawiera choćby błędy w obliczeniu kosztów transportu i wbudowania. O ile koszty transportu są na zbliżonym poziomie – Odwołujący przyjął koszt 6,86 zł/m², a STRABAG 7,04 zł/m², o tyle nie można się zgodzić, jakoby przyjęty przez Odwołującego koszt wbudowania na poziomie 10,69 zł/m² korespondował z realiami wykonawczymi.

39. STRABAG wskazuje, że przyjął w swoim kosztorysie stawkę wbudowania na poziomie 4,06 zł skalkulował na podstawie wspomnianej już oferty podwykonawcy stanowiącej załącznik nr 2, pochodzącej z podobnego kontraktu dla tego samego zamawiającego („Przebudowa DW 122 odc. Ukiernica- Dolice”).

40. Wyliczenie tej stawki przedstawia się następująco:

- do wykonania na wspomnianym wyżej zadaniu było 4.190 m2 poboczy z kruszywa 0/31,5. Podwykonawca wykonał je w 2 dni;
- łączny koszt netto ww. prac wynika z załączonej przez STRABAG faktury VAT;
- dla obliczenia kosztu wbudowania 1 m2 pobocza STRABAG podzielił łączny koszt netto prac podwykonawcy przez ww. powierzchnię poboczy otrzymując zdecydowanie niższą cenę jednostkową niż Odwołujący, która dodatkowo ma swoje rynkowe źródło.

41. Przyjęcie więc wartość 0 zł za kruszywo, a także oszacowanego kosztu transportu

(zblżonego nota bene do kosztu ustalonego przez Odwołującego) i kosztu wbudowania (obliczonego w sposób przedstawiony powyżej i mającego swoje oparcie w cenie rynkowej) umożliwia wbrew stanowisko Odwołującego osiągnięcie ceny jednostkowej dla pozycji nr 19 na poziomie 11,49 zł .

42. W rezultacie, kalkulacja STRABAG w ww. zakresie ma realny charakter.

VI. Bezzasadność argumentacji Odwołującego odnośnie skalkulowania kosztów pozycji nr 19 w oparciu o umowy cywilnoprawne – brak niezgodności z SWZ

43. W ramach zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) pzp Odwołujący twierdzi, że oferta STRABAG podlegała odrzuceniu przez Zamawiającego, gdyż rzekomo wycena oferty miała zostać oparta na niedozwolonych umowach cywilnoprawnych z pominięciem kosztów pracodawcy.

44. STRABAG zwraca uwagę, że wbrew narracji Odwołującego Zamawiający nie zastrzegł, że całość zamówienia ma zostać skalkulowana w oparciu o umowy o pracę, a nie umowy cywilnoprawne. W dziale III pkt 6 SWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w stosunku do wszystkich osób, które wykonują następujące czynności w ramach zamówienia: wymianę nawierzchni bitumicznej, wykonanie oznakowania poziomego i pionowego, ścięcie i uzupełnienie poboczy, wykonanie nawierzchni na zjazdach, skrzyżowaniach z drogami powiatowymi i gminnymi, udrożnienie istniejących przepustów oraz roboty pielęgnacyjne zieleni. Wymóg ten jest znany Przystępującemu i wziął go pod uwagę kalkulując ofertę w tym Postępowaniu. Odwołujący tymczasem stara się wspomniany wymóg zgeneralizować i uczynić go obowiązującym w stosunku do wszystkich osób biorących udział przy realizacji zamówienia.

45. Na potwierdzenie swojej tezy o niezgodnej wycenie z wymaganiami SWZ wycenie Przystępującego Odwołujący przytacza część III i V wyjaśnień z dnia 29.05.2024 r. Argumentacja Odwołującego jest wyrazem nieuprawnionej nadinterpretacji.

46. Po pierwsze, o fakcie rzekomego zatrudniania na podstawie umów cywilnoprawnych w zakresie robót, gdzie wymagane jest zatrudnienie na podstawie stosunku pracy nie może świadczyć sama nazwa śródtytułu (części) III wyjaśnień STRABAG. Tytuł o nazwie „Zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowanie zamówienie” odwołuje się do tiretu trzeciego wezwania Zamawiającego z dnia 22.05.2024 r., a zarazem do art. 224 ust. 3 pkt 4) pzp.

47. Nie jest to żadne „przyznanie się” STRABAG, ani zamiar rozliczania personelu, który ma podlegać zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę, w oparciu o umowy zlecenie, jak twierdzi Odwołujący. STRABAG po czyniąc za dość obowiązkowi złożenia pełnych i wyczerpujących wyjaśnień przedstawił również informacje w tym zakresie, aby uniknąć zarzutu, że wezwanie Zamawiającego w jakiegokolwiek części nie spotkało się ze stosownymi wyjaśnieniami.

48. Po drugie, uszło uwadze Odwołującego, że zarówno w przypadku pkt III, jak i pkt V wyjaśnień z dnia 29.05.2024 r. STRABAG kwestię zatrudnienia odnosi do całości oferty i realizowanego zamówienia. W tym celu Przystępujący w każdej z tych części posługuje się zwrotem „przy wykonaniu ww. zamówienia”. Mowa jest więc nie tylko o robotach budowlanych związanych z uzupełnieniem poboczy kruszywem. Wszak pod pojęciem „zamówienia” zgodnie z art. 7 pkt 33) pzp rozumie się umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. W ramach wykonania tego zamówienia wykonywane są nie tylko roboty budowlane, ale również inne czynności w postaci serwisu gwarancyjnego, koordynacji procesu realizacyjnego przez generalnego wykonawcę w postaci m.in. nadzoru nad podwykonawcami, obsługi samego kontraktu związanego np. z obiegiem dokumentacji dotyczącej roszczeń, funkcjonowaniem biura budowy.

49. Jak już wspomniano, obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy nie dotyczy wszystkich osób biorących udział przy realizacji zamówienia. Przykładem jest chociażby zaangażowanie adwokata do wsparcia Przystępującego w ramach obsługi prawnej kontraktu. Adwokat nie może bowiem zgodnie z art. 4b ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1184 z późn. zm.) pozostawać w stosunku pracy, co implikuje jego zaangażowanie w drodze cywilnoprawnej umowy o świadczenie usług.

50. Po trzecie, w obu ww. fragmentach STRABAG poza wzmianką o uwzględnieniu minimalnych stawek godzinowych

wskazuje również, że zatrudnia pracowników w oparciu o stosunek pracy przewidujący co najmniej wynagrodzenie minimalne. Wbrew więc narracji Odwołującego nie jest tak, że STRABAG kalkulował koszty pracy w ramach oferty wyłącznie na podstawie umów cywilnoprawnych. Odwołujący jednak notorycznie te fragmenty wyjaśnień Przystępującego pomija starając się wywołać mylne wrażenie u czytelnika odwołania.

51. Po czwarte, biorąc pod uwagę podstawę zarzutów (art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) pzp), to na Odwołującym spoczywa ciężar nie uprawdopodobnienia niezgodności z warunkami zamówienia, tudzież błędu w obliczeniu ceny, lecz udowodnienia zaistnienia tych przesłanek. Odwołujący jak dotąd z tego obowiązku się nie wywiązał, gdyż swoje zarzuty sprowadza de facto do takich elementów jak nazwy śródtytułów pisma STRABAG, a nie dowodów świadczących o określonych faktach.

52. Subiektywne przekonanie Odwołującego o wystarczającej liczbie przedstawionych argumentów oraz ich mocy nie oznacza, iż ciężar dowodzenia został wypełniony.

53. Po piąte, na bezzasadność zarzutów Odwołującego w tym względzie wskazuje sam Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie, gdzie podkreśla, że zarzuty te są czysto hipotetyczne i nie mają odzwierciedlenia w żadnych dokumentach. Co więcej, Zamawiający słusznie zauważa, że kontrola zatrudnienia na podstawie umowy o pracę odbywa się na etapie realizacyjnym, za pomocą odpowiednich instrumentów przewidzianych postanowieniami umowy o zamówienie publiczne.

VII. Bezzasadność zarzutu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

54. W ocenie STRABAG chyby jest również zarzut złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

55. Podobnie, jak w przypadku przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) pzp, również w przypadku przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp ciężar jej udowodnienia spoczywa na Odwołującym. Także tym razem nie sposób twierdzić, by Odwołujący z owego ciężaru się wywiązał.

56. Warto zauważyć, że w pkt 4 uzasadnienia odwołania Odwołujący w sposób ogólnikowy przedstawia swoje argumenty, co zdecydowanie bardziej odpowiada formie prasowego artykułu niż skonkretyzowanego stanowiska procesowego.

57. Po pierwsze, Odwołujący rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji wiąże z podaniem niższej ceny jednostkowej jednej pozycji kosztorysu. Takie powiązanie jest niezwykle płytkie. Należy bowiem przypomnieć Odwołującemu, że „aby wykazać zasadność zarzutu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. odwołujący powinien udowodnić, że działanie przystępującego wykonawcy polegające na zaniżaniu cen jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Po drugie, powinien wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Wreszcie, powinien także wykazać wpływ ewentualnego zaniżenia ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym”. Żaden z elementów wskazanych w przytoczonym fragmencie uzasadnienia Izby nie został przez Odwołującego udowodniony.

58. Co więcej, fakt dysponowania zapasem kruszywa i wykorzystaniem go na potrzeby realizacji zamówienia, którego dotyczy to Postępowanie przy częściowym zbilansowaniu kosztów w sposób zaprezentowany w wyjaśnieniach nie jest sam w sobie niedozwolonym i sprzecznym z prawem czy zasadami współzycia społecznego zachowaniem. Izba w wyroku z dnia 28.02.2022 r., sygn. KIO 245/22 wskazuje: „skalkulowanie ceny przez Przystępującego z uwzględnieniem dodatkowych rabatów, które są mu dostępne w związku z posiadanym statusem Partnera Globalnego i zaoferowanie ceny niższej aniżeli wskazana w ofercie M. sp. z o.o. dla innych partnerów M. nie narusza prawa lub dobrych obyczajów i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zasady premiowania partnerów handlowych w związku z osiąganym obrotem sprzedaży nie jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, nie jest to działanie, które można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 u.z.n.k.”. Wprawdzie ww. orzeczenie dotyczy stosowania rabatów, czy upustów, niemniej w ocenie Przystępującego nie ma przeszkód, aby w drodze analogii odnieść go również do tej sprawy i wspomnianego już „przekucia” przez STRABAG poczynionych oszczędności w możliwość złożenia atrakcyjniejszej finansowo oferty.

59. Po drugie, Odwołujący na str. 32 odwołania podaje: „działanie konkurenta jak wynika ze złożonych wyjaśnień miało być działaniem świadomym, celowym i zamierzonym”, co oznacza, jakoby STRABAG popełnił czyn nieuczciwej konkurencji umyślnie, z zamiarem jego popełnienia, a więc nie tylko godząc się na jego popełnienie, lecz również bezpośrednio do niego zmierzając (tzw. zamiar bezpośredni, czy kierunkowy). Poza tymi twierdzeniami Odwołujący nie dostarcza jednak żadnych argumentów (o dowodach nawet nie wspominając), które wykazywałyby tego rodzaju elementy strony podmiotowej sprawy czynu.

60. W ramach omawianego zarzutu Odwołujący twierdzi również, jakoby działanie STRABAG miało wyczerpywać znamiona czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) znku. Odwołujący tezę tę stawia bez jakiegokolwiek

zweryfikowania przesłanek przewidzianych tym przepisem. Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 1) znku, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

61. Izba w wyroku z dnia 09.10.2017 r., sygn. KIO 2028/17 wskazała, że „przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte sformułowanie "utrudnianie") oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona”.

62. Podzielenie stanowiska Odwołującego odnośnie spełnienia przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1) znku wymagałoby więc w pierwszej kolejności wykazania, iż na skutek wyprzedzenia przez ofertę STRABAG oferty Odwołującego w rankingu ofert tego Postępowania Odwołujący został wyeliminowany z rynku, co równoznaczne byłoby z przyjęciem, że Odwołujący nie startuje w żadnych innych przetargach, ani nie wykonuje żadnych innych zamówień. Powyższe w sposób jasny i czytelny wskazuje, że w tej sprawie nie mamy do czynienia z żadną eliminacją Odwołującego z rynku. STRABAG nie ogranicza bowiem Odwołującemu prawa udziału w innych Postępowaniach.

63. Przede wszystkim jednak złożenie oferty w tym Postępowaniu przez Przystępującego nie jest sprzeczne z prawem, ani zasadami współzycia społecznego. Jak bowiem już wielokrotnie podkreślano, kalkulacja oferty nie nastąpiła w wyniku jakichkolwiek niedozwolonych praktyk rynkowych, lecz w drodze wykorzystania oszczędności Przystępującego i obranego przez niego ekonomicznego sposobu organizacji budowy w stopniu pozwalającym w znaczącej części zbilansować koszt kruszywa przeznaczonego na wykonanie robót z pkt 19 kosztorysu ofertowego.

VIII. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do fragmentu wyjaśnień i części załączonych dowodów nastąpiło skutecznie

64. Ostatni zarzut odwołania dotyczy braku odtajnienia części wyjaśnień złożonych przez STRABAG wraz z dowodami do tych wyjaśnień, które stanowiły załączniki nr 1, 2, 9 oraz 10.

65. W ocenie Przystępującego zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 i art. 16 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 znku i art. 74 ust. 2 pzp również nie zasługuje na uwzględnienie.

66. W wyjaśnieniach z dnia 29.05.2024 r. Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykazał podstawy zastrzeżenia części informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odrębnie kwestię tę omówiono w odniesieniu do kosztorysu ofertowego oraz decyzji administracyjnych związanych z działalnością operacyjną STRABAG. W kolejnym fragmencie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący uzasadnił także potrzebę zastrzeżenia jako tajemnicy korespondencji mailowej z Wytwórnią Mas Asfaltowych, gdyż obejmuje ona ustalenia handlowe dotyczące rozwiązań techniczno-organizacyjnych przyjętych w celu zbilansowania koszty kruszywa dla pozycji nr 19 kosztorysu ofertowego STRABAG.

67. Godzi się zauważyć, że Odwołujący sam przytacza treść art. 11 ust. 2 znku z której wynika, że w tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte również informacje technologiczne oraz organizacyjne przedsiębiorstwa, tudzież inne, które posiadają wartość gospodarczą.

68. W orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydziału XXIII Gospodarczego Odwoławczego i Zamówień Publicznych wyjaśnia się, iż „nie ma wątpliwości, że trafny był zarzut skargi naruszenia prawa materialnego polegającego na przyjęciu przez (...) zawężającego” rozumienia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP do sytuacji, w której obowiązkiem (...) było w istocie udowodnienie, a nie jak stanowi ten przepis "wykazanie", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Rację ma skarżący, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu”. W ślad za poglądem wyrażonym w cytowanym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 06.04.2023 r. sygn. XXIII Zs 19/23 należy dojść więc do przekonania, iż przepis art. 18 ust. 3 p.z.p. nie wymaga dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożenia dowodów. STRABAG stoi na stanowisku, że argumentacja przytoczona w wyjaśnieniach była przekonująca, czego dowodem było zaaprobowanie jej przez Zamawiającego. Okoliczność, iż argumentacja ta nie przekonuje Odwołującego jest bez znaczenia. Wszak podmiot ten jest konkurentem STRABAG w tym Postępowaniu. Logicznym jest więc, iż stara się forsować narrację zmierzającą do zakwestionowania działań STRABAG, choć w tym przypadku nie jest ona trafna.

69. W swoich wywodach Odwołujący twierdzi, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się w większości do przytoczenia poglądów doktryny i orzecznictwa. Zgodzić się z tym nie można. A po wtóre, Odwołujący sam dla uzasadnienia zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na 8 stronach odwołania cytuje

kolejno wyroki Izby. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należy stwierdzić, że on sam również nie postawił w ww. zakresie skutecznego zarzutu.

IX. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do załącznika nr 2

70. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ogranicza się jedynie do oferty podwykonawcy i rozliczeń finansowych z nim, jakie miały miejsce na innym kontrakcie realizowanym dla Zamawiającego.

71. Rzeczony załącznik bez wątpienia zawiera informacje finansowe i organizacyjne, które posiadają określoną wartość gospodarczą nie tylko dla Przystępującego, lecz również dla jego konkurencji, w tym Odwołującego. Zawarte tam informacje cenę za poszczególne usługi wykonane przez podwykonawcę, uzgodnione warunki współpracy. Ma to w perspektywie zaostrzającej się konkurencji na rynku budowlanym istotną wartość gospodarczą. Zachowanie w poufności danych objętych załącznikiem nr 2 jest istotne dla STRABAG pod kątem utrzymania jego konkurencyjności na rynku, czego najlepszym dowodem jest fakt, że na skutek wypracowanych relacji biznesowych był w stanie koszt wykonania pozycji nr 19 kosztorysu skalkulować na niższych parametrach niż Odwołujący, pomimo obiekcji i powątpiezań tego ostatniego. Jak potwierdza orzecznictwo Izby, informacja o cenach dostaw, usług i robót oferowanych przez podwykonawców, z których zamierza skorzystać wykonawca, może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji. Zastrzeżenie tych informacji znajduje uzasadnienie w orzecznictwie (zob. wyrok Izby z dnia 23.04.2013 r., sygn. KIO 848/13).

72. Wspomniany dokument nie jest publicznie dostępny. STRABAG w ramach swojej polityki nie ujawnia stawek przewidzianych w ofertach i umowach podwykonawczych. Odwołujący nie ma możliwości uzyskania wiedzy w ww. zakresie drogą zwykłą i dozwoloną.

73. Zasady prowadzenia negocjacji ofert z podwykonawcami, a następnie realizacji zawartych na ich podstawie umów wymagają od ich uczestników zachowania poufności. STRABAG nie publikuje i nie rozpowszechnia szczegółowych danych technicznych, technologicznych, finansowych czy organizacyjnych związanych z wykonywaniem przez nią działalności. Informacje techniczne, technologiczne, finansowe i organizacyjne zastrzegane są przez STRABAG jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach czy wnioskach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z tym nie podlegają ujawnieniu.

74. W przypadku wspomnianego załącznika nr 2, warto nadmienić, że zawarte tam informacje, w tym warunki cenowe, zostały przewidziane wyłącznie na rzecz STRABAG. Nie są to powszechnie dostępne cenniki. Oferta będąca elementem załącznika nr 2 jest wynikiem indywidualnej współpracy Przystępującego ze wskazanym tam podwykonawcą, czego najlepszym rezultatem są niezwykle korzystne warunki współpracy, w które wątpi sam Odwołujący.

75. Oferta podwykonawcy, której utajnienia oczekuje Przystępujący stanowi odzwierciedlenie wieloletniej obecności na rynku i współpracy. Skoro STRABAG pozyskał korzystną, konkurencyjną ofertę, umożliwiającą złożenie najkorzystniejszej cenowo oferty w tym Postępowaniu, to ma prawo doszukiwać się zagrożenia dla swoich interesów w przypadku uzyskania szczegółów tej oferty przez Odwołującego.

76. Wartość gospodarczą ofert podwykonawców podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku z Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. KIO 149/16 wyrażono pogląd, że gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Podobnie w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. KIO 69/20 wskazano, że informacja o danym rynku podwykonawców i zasadach współpracy z tymi kontrahentami na zasadzie indywidualnych negocjacji, wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności tego wykonawcy. (...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący kwestionując wybór oferty wykonawcy Strabag jako najkorzystniejszej wskazał w związku z oceną tej oferty na naruszenie przepisów ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z następujących powodów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę a także w sytuacji gdy wykonawca Strabag wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z dokonaniem wyceny oferty i kosztów personelu Strabag w oparciu o niedozwolone umowy cywilnoprawne a nie umowy o pracę,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp - w sytuacji gdy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy z pominięciem kosztów pracodawcy – w oparciu o umowy cywilnoprawne,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp - w sytuacji, gdy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazał ponadto - jak podał w przypadku nieuwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty – na naruszenie art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp z uwagi na zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji bezskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Strabag jako tajemnica przedsiębiorstwa tj dokumentów oznaczonych zgodnie z listą załączników do wyjaśnień ceny jako:

2.Kosztorys ofertowy - **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

3.Korespondencja mailowa z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie - **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

9.Decyzja Starosty Stargardzkiego z dnia 14.02.2024 r., nr NS.6233.2.9.2023.LS2 — **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

10.Decyzja Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 22.03.2024 r., nr WOŚ-II.7244.2.2023.AS - - **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA**

a także niejawniej części wyjaśnień ceny – s. 5-8.

ponimo, że wykonawca składając je nie przedstawił koniecznych wyjaśnień, dowodów ani nie wykazał, że posiadają wartość gospodarczą, które uzasadniałyby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy; o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 4.06.2024 r.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi woj. nr 148 na odcinku Łobez - Zajezierze” oferty złożyło 6 wykonawców z cenami:

1. COLAS Polska Sp. z o. o (...)	6 956 523,67 zł
2. STRABAG sp. z o.o., (...)	6 609 178,98 zł
3. EUROVIA Polska S.A., (...)	7 442 478,87 zł
4. ONDE S.A. (...)	6 942 730,93 zł
5. POL DROG Drawsko Pomorskie S.A. (...)	6 723 002,90 zł
6. Zakład Usług Komunalnych Juliusz, Roman Pilarski s.c. (...)	7 589 106,86 zł

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę: 12 383 569,11 PLN, co stanowi równowartość 2 670 541,74 euro

W wezwaniu z dnia 22.05.24 Zamawiający wskazując na art. 224 ust. 1 ustawy — Prawo zamówień publicznych podał, że (...) zwraca się o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, albowiem wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Należy udzielić wyjaśnień dotyczących czynników kształtujących cenę jednostkową zawartą w Wycenionym Przedmiarze Robót „5. Roboty Wykończeniowe” — w szczególności dot. pozycji:

	Opis robót	Jm	Ilość	Cena jednostkowa z Państwa oferty	Cena jednostkowa z kosztorysu inwestorskiego PLN	Średnia cena jednostkowa z pozostałych ofert PLN
5.1. Scinanie i uzupełnianie poboczy						
19	Uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązany 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm 4350x3,2 x2	m2	10 440		60,00	44 , 96

WIW pozycja została skalkulowana na szczególnie niskim poziomie w stosunku do kosztorysu inwestorskiego oraz do średniej ceny jednostkowej pozostałych ofert.

W wyjaśnieniach należy odnieść się do możliwości zrealizowania robót dot. w/w pozycji kosztorysowej za oferowaną kwotę, przede wszystkim podać szczegółowe wyliczenie poszczególnych czynników kształtujących w/w cenę jednostkową, podanie przewidywanego zysku oraz wykazać, że cena przyjęta w kalkulacji jest realna i opiera się na aktualnych ofertach oraz ma swoje rynkowe uzasadnienie. Z treści złożonych przez Państwa wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że cena zaoferowana jest wiarygodna i porównywalna w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych oraz, że realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy.

Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej istotnej części składowej. Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: zarządzania procesem świadczonych usług lub metody budowy; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług związanych z realizacją robót budowlanych; 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 (t.j. Dz.U. 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych

właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Dalej podał: „Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, a tym samym udowodnienie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny w swojej ofercie zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska oraz wykazania jakie elementy mają wpływ na jej wysokość i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji oraz, iż cena uwzględniła wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia.(...)”

Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 29.05.2024 r. podał w szczególności: (...)

1)w punkcie I: cena oferty złożonej w Postępowaniu:

- nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- jest realną ceną rynkową, czyli uwzględniającą poziom istniejących i przewidywanych cen rynkowych,
- zapewnia uzyskanie przez Wykonawcę zysku. Wykonawca uwzględnił wszystkie ceny składowe wymagane przez Zamawiającego, tak aby zapewnić rynkowość zaoferowanej ceny;
- została obliczona prawidłowo, w sposób rzetelny, w oparciu o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji ww. zamówienia publicznego, uwzględniając doświadczenie Wykonawcy przy wykonaniu zamówień publicznych o podobnym przedmiocie a także korzystne warunki i rozwiązania techniczne związane z organizacją materiałów niezbędnych do wykonania robót,
- zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami i dokumentami zamówienia.

Dalej podał: „Po pierwsze, wymaga podkreślenia, że cena oferty złożonej przez STRABAG nie ma charakteru rażącej w rozumieniu art. 224 ust. 2 p.z.p., gdyż nie przekracza progu podanego w art. 224 ust. 2 p.z.p. to jest 30% - jest tańsza od budżetu przewidzianego przez Zamawiającego o 22,24%, a od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu o 17,13%. Od drugiej w rankingu oferty POLDRÓG Drawsko oferta STRABAG niższa jest o jedynie 1,72%. Poniżej Wykonawca prezentuje tabelę przedstawiającą wynik postępowania przetargowego i różnice wszystkich ofert w odniesieniu do podanej wartości zamówienia oraz różnice między ofertą STRABAG, a ofertami pozostałych konkurentów i średnią arytmetyczną wszystkich ofert.

WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA	8 500 000,00		
WYKONAWCY	wartość brutto	Różnica od wartości Zamawiającego	Różnica od wartości oferty STRABAG
	6 609 178,98	-22,24%	
STRABAG Sp. z o.o.	6 723 002,90	-20,91%	1,72%
POLDRÓG Drawsko	6 942 730,93	-18,32%	5,05%
ONDE S.A	6 956 523,67	-18,16%	5,26%
COLAS Polska Sp. z o.o.	7 442 478,87	-12,44%	12,61%
EUROVIA Polska SA	7 589 106,86	-10,72%	14,83%
ZUK Piłarski	7 043 837,04	-17,13%	6,58%
Średnia wartość wszystkich ofert			

Druga kwestia, której Wykonawca nie pomija to okoliczność, iż wątpliwości Zamawiającego dotyczą ściśle jednej pozycji wycenianego przez STRABAG przedmiaru robót. Należy zaznaczyć, w kontekście skierowanego do Wykonawcy wezwania, że o ile Zamawiający na gruncie art. 224 ust. 1 p.z.p. rzeczywiście jest uprawniony do badania także „części składowych” ceny, o tyle ustawodawca w sposób wyraźny wskazał, a podkreśla to także doktryna i orzecznictwo KIO, iż dotyczy to „istotnych” części składowych ceny, tj. takich, których – po pierwsze - wartość jest znaczna, przez co – po drugie – wpływają one na cenę jako całość. „Ustawodawca nie wyjaśnia pojęcia istotnej części składowej. Jednakże posługiwanie się tym pojęciem w kontekście ceny wskazuje na to, iż za części istotne winny być uznawane te, których wartość znacząco wpływa na cenę. Chodzi więc zasadniczo o rozróżnienie na podstawie wartościowej. Dotyczy to zatem części, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. (...) Skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej będzie przesądzenie, iż wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski charakter”.

Wskazania wymaga również, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej, a nie jej (nawet istotnego) elementu. Podobne stanowisko wynika także z opinii Urzędu Zamówień Publicznych: „W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)”.

To, że Zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty. Tymczasem, już na „pierwszy rzut oka” dostrzec można, że prace związane z pozycją „Uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązanym 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm” nie mogą być uznane za istotną część składową w rozumieniu art. 224 p.z.p. wpływającą na rzekomo niską cenę oferty Wykonawcy. Wszak jest to jedna z 34 pozycji, które podlegały wycenie. Nadto, sama wycena tego zakresu prac względem globalnej ceny w przypadku oferty STRABAG wynosi prawie 2,24% (np. cena zaoferowana przez kolejną w rankingu POLDRÓC za analizowany zakres prac stanowi 7,3 % wartości ceny globalnej). Nie sposób więc uciec od wrażenia, iż wartość prac związanych z tą pozycją nie ma decydującego charakteru w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Omawiana pozycja robót, której wycena jest analizowana, nie jest również istotną merytorycznie częścią składową z punktu widzenia całego przedmiotu inwestycji. Świadczy o tym zlokalizowanie robót związanych z utwardzaniem poboczy w części poświęconej robotom wykończeniowym. Z pewnością więc nie mają one takiego znaczenia jak np. prace związane z wykonaniem podbudów, czy nawierzchni, które przesądzą o powodzeniu tego rodzaju inwestycji i w stosunku do których zamawiający publiczni przewidują najwięcej wymagań. (...)

2) Wyjaśniając sposób skalkulowania pozycji „Uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązanym 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm” w punkcie II podał:

✓ sposób kalkulacji ceny jednostkowej (11,49 zł netto/m²) omawianej pozycji w wycenianym przedmiarze robót prezentuje kosztorys ofertowy, który stanowi załącznik nr 1 do tego pisma. Kalkulacja ceny jednostkowej, jak wynika z analizy treści tego dokumentu, uwzględnia wszystkie niezbędne czynniki cenotwórcze, w szczególności robociznę, sprzęt, materiał, koszty pośrednie, jak również zysk na poziomie 8%.

✓ Koszty robocizny i sprzętu w większości pozycji kosztorysowych zostały oparte na danych z publikatora SEKOCENBUD, w związku z czym mają one charakter zobiektywizowany i odzwierciedlają rzeczywiste ceny/koszty występujące na rynku. Koszty robocizny zostały skalkulowane na poziomie 28 zł netto/rbg, a więc zgodnie z minimalną stawką godzinową.

✓ Jeśli chodzi o materiał, Wykonawca w swojej kalkulacji uwzględnił kruszywo niezwiązane 0/31,5, wodę oraz materiały pomocnicze niezbędne do ww. uzupełnienia poboczy, przy czym w odniesieniu do kruszywa świadomie przyjął wartość „0”. STRABAG podkreśla wyraźnie, że przyjęcie w kosztorysie dla kruszywa wartości „0” nie oznacza, aby zaniechał lub pominął koszt kruszywa. Jest wręcz odwrotnie. STRABAG uwzględnił potrzebę wykorzystania tego materiału i dzięki dwóm wskazanym poniżej zasadniczym okolicznościom związanym z organizacją procesu produkcji miał możliwość zaoferowania w odniesieniu do tej części robót wyjątkowo korzystnej propozycji cenowej.

Po pierwsze, do wykonania uzupełnienia poboczy kruszywem niezwiązanym 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm wedle szacunków wynikających z dokumentacji Postępowania oraz programu NORMA niezbędne jest wykorzystanie ok. 3,5 tys. ton kruszywa niezwiązanego 0/31,5. STRABAG już zabezpieczył ww. materiał na realizację rzeczzonej inwestycji i w tym względzie zamierza wykorzystać kruszywo z własnych zapasów, zmagazynowanych na placu składowym przy Wytwórni Mas Asfaltowych w Stargardzie (73-102 Stargard - Kluczewo, ul. Lotników 1D).

Powyższe działanie nie ma charakteru niedozwolonego i nie narusza żadnych przepisów prawa, ani warunków SWZ. Jego zastosowanie wynika z możliwości operacyjnych i ekonomicznych STRABAG, którymi nie dysponuje konkurencja. STRABAG jako posiadacz wspomnianego zapasu może bowiem wykorzystać zgromadzone i wolne zapasy na obrany przez siebie cel. W tym przypadku kierownictwo Wykonawcy stawiając sobie za priorytet uzyskanie niniejszego zamówienia zdecydowało się skorzystać z własnych zasobów materiałowych.

3) Dalej w części zastrzeżonej na str 5, 6, 7, 8 podał informacje związane z kruszywem i jego dysponowaniem oraz co do korzystnych warunków związanych z przyjętymi rozwiązaniami techniczno-ekonomicznymi.

W dalszej części – w zakresie spornym – podał:

N punkcie III co do zgodności dotyczącymi kosztów pracy: *Przy wykonaniu ww. zamówienia Wykonawca będzie przestrzegać wszystkich obowiązujących przepisów z zakresu kosztów pracy. Związane z tym koszty, w tym zapewnienie wszystkim osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę wynagrodzenia na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13.09.2022 r. w sprawie wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz obowiązującego w dacie złożenia tego pisma Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14.09.2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę*

oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893), zostały uwzględnione w cenie oferty”.

N punkcie V co do zgodności z przepisami prawa pracy podał: (...) *Jak już wspomniano w poprzednim fragmencie Wykonawca zatrudnia pracowników na umowę o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo w wysokości minimalnej stawki godzinowej. Wykonawca dodatkowo oświadcza, iż celem obliczenia ceny zawartej w ofercie uwzględnił osoby pracujące na podstawie umów cywilnoprawnych i biorące bezpośredni udział w realizacji na rzecz Zamawiającego części zamówienia, przyjmując poziom ich wynagrodzenia zgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Wykonawca podnosi, iż wynagrodzenie należne pracownikom oraz pozostałym osobom świadczącym na jego rzecz pracę będzie obejmować oprócz samego wynagrodzenia także obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem tj. część składek na obowiązkowe ubezpieczenia emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w odniesieniu do podwykonawców zostanie zapewniona stosownymi postanowieniami umów podwykonawczych umożliwiającymi STRABAG kontrolę realizacji tych obowiązków przez kontrahentów.”*

W punkcie VIII wyjaśnień odnośnie wybranych rozwiązań technicznych związanych z realizacją robót budowlanych wymienił: 1)

Warunki handlowe i pakiet umów ramowych; 2) Zaplecze sprzętowe i organizacyjne; 3) Finansowy aspekt realizacji robót Wykonawcy; 4) Wsparcie spółek koncernowych w realizacji robót (...).

Do tych wyjaśnień załączył: (1) Kosztorys ofertowy –Tajemnica Przedsiębiorstwa (TPŻ. Korespondencja mailowa z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie –(TP); 3. Dokumentacja fotograficzna; 4. Certyfikat ISO 9001:2015; 5. Certyfikat ISO 14001:2015; 6. Certyfikat 45001:2018; 7. Certyfikat AQAP 2110:2016; 8. Kodeks Etyczny STRABAG SE; 9. Decyzja Starosty Stargardzkiego z dnia 14.02.2024 r., nr NS.6233.2.9.2023.LS2 - (TF); 10. Decyzja Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 22.03.2024 r., nr WOŚII.7244.2.2023.AS – (TP).

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że udzielone wyjaśnienia odpowiadają na wezwanie z 22.05.2024 r.

W zakresie pierwszego z zarzutów wykonawca Strabag wyjaśnił jakie czynniki kosztotwórcze składały się na zaproponowaną przez niego cenę jednostkową pozycji nr 19 przedmiaru tj. 11,49 zł. W tych wyjaśnieniach wykonawca STRABAG jak podał *rozbił tę cenę na poszczególne elementy, uwzględniając w tym m.in. transport, czy zysk stosownie do oczekiwań Zamawiającego*. Ponadto w wyjaśnieniach z 29.05.2024 r. odniósł się do każdego z katalogu zagadnień z art. 224 ust. 3 Pzp, których dotyczyło wezwanie. Powyżej wskazano tylko na te, których dotyczy odwołanie i z których część została zastrzeżona przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym kosztorys ofertowy oraz korespondencja z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie.

Bezspornym jest, że dla kalkulacji kosztu kruszywa 0/31,5 w ramach pozycji nr 19 wykonawca Strabag wskazał w kosztorysie kwotę 0 zł. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny podał, w jaki sposób zamierza zbilansować wartość kruszywa przeznaczonego na wykonanie pozycji nr 19, które w kosztorysie wycenił na 0 zł. Takie wyjaśnienia zawarł na str. 7 pisma z dnia 29.05.2024 r. w zakresie rozwiązań techniczno-ekonomicznych. W ramach tej pozycji skalkulował koszt transportu i robocizny dla pozycji nr 19 pn. „uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązanym 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm”, co wynika wprost ze szczegółowej kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 29.05.2024 r. Zatem wykonawca wyjaśnił jakie czynniki pozwoliły mu przyjąć atrakcyjną cenę jednostkową dla pozycji nr 19. Tym samym, w tym stanie faktycznym, wykorzystanie w ramach oszczędności materiałów z poprzednich realizacji i w rezultacie obniżenie oferowanej ceny, a następnie wyjaśnienie tej okoliczności w ramach rażąco niskiej ceny było dopuszczalne. Tym samym zarzut, że ta oferta zawiera rażąco niską cenę oraz, że wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska nie jest zasadny.

Izba ponadto zgodziła się z Uczestnikiem Strabag, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej oferty, a nie jej (nawet istotnego) elementu. W zakresie bowiem istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia, jak przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Powołany art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający może badać pod kątem wystąpienia ceny rażąco niskiej cenę całkowitą lub koszt, oraz istotne części składowe ceny lub kosztu. Wymaga zatem ustalenia w danym stanie faktycznym, czy dany element stanowi istotną część składową całkowitej ceny, którego zaniżenie skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, a to z kolei może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty.

Izba zwraca uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak również Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych. W tym przypadku ma na uwadze rozstrzygnięcie organu drugo-instancyjnego, który w wyroku SO z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXII Zs 148/22 wskazał, że „*Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli*

wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. (...). Z orzeczenia tego wynika, że zasadą jest badanie ceny całkowitej oferty pod kątem i możliwości jej rażąco zaniżenia przez cenę jednostkową. Zatem rażąco niska wycena pojedynczego elementu przedmiotu zamówienia może uzasadniać odrzucenie oferty w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości.

Izba także wskazuje, że ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Zatem – kierując się dorobkiem orzecznictwa – należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia. Nie jest zatem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego z elementów (lub kilku elementów) cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tego elementu jest tak duża, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. Zatem zbędne jest – tak jak wskazuje się w orzecznictwie – badanie każdego składnika cenowego w sytuacji, kiedy jest on niższy od cen podanych przez innych wykonawców, lecz gdy wycena danego elementu (zgodnie z art. 224 ust. 1 – istotnej części składowej) nie jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena danego elementu (składnika ceny) wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji tego zamówienia.

W niniejszej sprawie prace związane z pozycją „Uzupełnienie poboczy kruszywem niezwiązany 0/31,5 z zagęszczeniem na grub. 15 cm” to jedna z 34 pozycji. Tak jak podał wykonawca Strabag w wyjaśnieniach z 29.05. 2024 r. cena oferty wykonawcy nie przekracza progu 30%, jest tańsza od budżetu przewidzianego przez Zamawiającego o 22,24%, a od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu o 17,13%, od drugiej w rankingu oferty POLDRÓG Drawsko - niższa o jedynie 1,72%. Ponadto sama wycena tego zakresu prac względem globalnej ceny w przypadku oferty wykonawcy Strabag wynosi ok.2,24%. Z kolei cena zaoferowana przez Odwołującego (kolejnego w rankingu) za analizowany zakres prac stanowi 7,3 % wartości ceny globalnej). Przykładowo porównując różnice cen w innych pozycjach w ofercie Odwołującego w pozycjach 2 i 9 – jak wskazywał Uczestnik Strabag-ceny niewątpliwie niższe odpowiednio ok 2 i 3 krotnie, aniżeli ceny dla tych pozycji w ofercie Uczestnika Strabag. Tym samym, zdaniem Izby, wartość prac związanych z tą pozycją nie ma decydującego charakteru w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Nie było także kwestionowane stanowisko Uczestnika Strabag, co do braku istotności merytorycznej tej części składowej z punktu widzenia całego przedmiotu inwestycji. W tym przypadku wykonawca Strabag wskazywał na zlokalizowanie robót związanych z utwardzaniem poboczy w części poświęconej robotom wykończeniowym.

Izba także zgodziła się z Uczestnikiem, że Odwołujący tezę o inżynierii cenowej dla pozycji nr 19 zestawia z cenami jednostkowymi z pozycji nr 14 związanej z wykonaniem zjazdów, twierdząc, że w tej ostatniej wykonawca dokonał wyceny tego samego kruszywa już po cenie rynkowej. Jednakże wyjaśnienia – tak jak wezwanie – dotyczyło pozycji 19, która jest związana z materiałem w odniesieniu do tej pozycji, czyli uzupełnienia poboczy. Uczestnik w żadnej części wyjaśnień nie twierdził, że to kruszywo zgromadzone na hałdzie miało być wykorzystywane na potrzeby wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia. Z tego względu w odniesieniu do pozycji nr 14 wykonawca Strabag – jak podał - skalkulował, że konieczne będzie dokonanie zakupu kruszywa albowiem kruszywo, które znajduje się na stanach magazynowych zostanie zbilansowane w sposób wskazany w wyjaśnieniach. Odwołujący ponadto nie kwestionował twierdzeń uczestnika według pisma procesowego, że ceny przyjęte do kalkulacji pozycji nr 14 i 19 nie mogą być analogiczne, ponieważ „Koszty jednostkowe dla robót związanych z wykonywaniem zjazdów są wyższe, gdyż są to obiekty węższe, gdzie zdecydowaną większość prac wykonuje się ręcznie, co implikuje wyższe ceny jednostkowe. W przypadku zaś wykonywania poboczy, ze względu na ich konstrukcję i charakter robót wykonawca ma możliwość zoptymalizowania procesu budowlanego i zwiększenia wydajności np. w drodze zastosowania tzw. układarki do poboczy, która automatyzuje cały proces. Takie zresztą rozwiązanie zamierza wykorzystać STRABAG w przypadku inwestycji, którą planuje zrealizować Zamawiający (...) Na dowód czego przedłożył fakturę (zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa) podwykonawcy, z którego usług korzystał przy wykonywaniu tego rodzaju robót na innej inwestycji.

Izba, odnośnie zarzutu skalkulowania kosztów pozycji nr 19 w oparciu o umowy cywilnoprawne niezgodnie z SWZ zwraca uwagę, że Zamawiający nie zastrzegł w SWZ, że całość zamówienia ma zostać skalkulowana w oparciu o umowy o pracę, a nie umowy cywilnoprawne. W dziale III pkt 6 SWZ Zamawiający bowiem – tak jak wskazywał wykonawca Strabag - obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zastrzegł w stosunku tylko do osób, które wykonują następujące czynności w ramach zamówienia: wymianę nawierzchni bitumicznej, wykonanie oznakowania poziomego i pionowego, ścięcie i uzupełnienie poboczy, wykonanie nawierzchni na zjazdach, skrzyżowaniach z drogami powiatowymi i gminnymi, udroźnienie istniejących przepustów oraz roboty pielęgnacyjne zieleni. Ponadto Uczestnik Strabag w wyjaśnieniach jednoznacznie wskazał, że kalkulując cenę uwzględniał zarówno koszty wynikające z umów o

pracę jak i z umów cywilnoprawnych przyjmując poziom ich wynagrodzenia zgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami..

Niewątpliwie w przypadku przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) Pzp, ciężar ich udowodnienia spoczywa na Odwołującym. Subiektywne przekonanie Odwołującego co do niezgodności z warunkami zamówienia i błędu w obliczeniu ceny nie stanowi takiego dowodu. Też wymaga zauważenia, że realna kontrola zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, niewątpliwie może odbywać się na etapie realizacyjnym, za pomocą odpowiednich instrumentów przewidzianych postanowieniami umowy o zamówienie publiczne.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ten zarzut Odwołujący wiąże z podaniem niższej ceny jednostkowej dla jednej pozycji kosztorysu. Przede wszystkim – jak słusznie podnosił za orzecznictwem Uczestnik Strabag - aby wykazać zasadność zarzutu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (znk), odwołujący powinien (1) udowodnić, że działanie przystępującego wykonawcy polegające na zaniżaniu cen jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym; (2) wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Wreszcie; (3) wykazać wpływ ewentualnego zaniżenia ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym. Żaden z elementów wskazanych nie został przez Odwołującego wykazany. Fakt dysponowania zapasem kruszywa i wykorzystaniem go na potrzeby realizacji zamówienia, którego dotyczy to Postępowanie przy częściowym zbilansowaniu kosztów w sposób zaprezentowany w wyjaśnieniach nie jest sam w sobie niedozwolonym i sprzecznym z prawem czy zasadami współżycia społecznego zachowaniem.

Tym samym, wobec argumentacji Odwołującego, złożenie oferty w tym postępowaniu przez wykonawcę Strabag nie jest sprzeczne z prawem, ani zasadami współżycia społecznego, albowiem kalkulacja oferty nie nastąpiła w wyniku niedozwolonych praktyk rynkowych, lecz w drodze wykorzystania – jak podał - oszczędności i przyjętego przez wykonawcę ekonomicznego sposobu organizacji budowy w stopniu pozwalającym w znaczącej części zbilansować koszt kruszywa przeznaczonego na wykonanie robót z pkt 19 kosztorysu ofertowego.

Tym samym wskazane w punkcie 1 – 4 zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Odnosnie zarzutu ewentualnego dotyczącego informacji zastrzeżonych wykonawca Izba miała na uwadze, że wykonawca Strabag na stronach 12-16 pisma z dnia 29.05. 2024 r. podał: (...) *Zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wskazany w dowodach nr 1 i 9-10 oraz w części II uzasadnienia (wyodrębnionej w zakresie zastrzeżenia tajemnicy), obejmuje dane finansowe i organizacyjne Wykonawcy, które co do zasady stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęta jest także korespondencja z Wytwornią stanowiąca dowód nr 2. Jest to bowiem wynik indywidualnych ustaleń wykonawcy. Zawarte tam informacje dotyczące zaproponowanych kwot, jak i zasad współpracy; niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Jak potwierdza orzecznictwo KIO, informacja o cenach dostaw, usług i robót oferowanych przez podwykonawców, z których zamierza skorzystać wykonawca, może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji. Zastrzeżenie tych informacji znajduje uzasadnienie w orzecznictwie . Oferty zawierają jednocześnie dane wykorzystane na potrzeby kalkulacji oferty, co niewątpliwie potwierdza ich poufny charakter*.

W odniesieniu do dowodu 1: „Wykonawca zastrzegł również jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 1 – kosztorys służący wyjaśnieniu kalkulacji ceny oferty oraz fragment części II uzasadnienia tego pisma, gdzie przedstawia model swojego działania, know-how oraz rozwiązania organizacyjno-ekonomiczne pozwoliły osiągnąć konkurencyjną cenę. Choć kosztorys zawiera w swojej treści odniesienie do danych zawartych w powszechnie stosowanym przez kosztorysantów firm budowlanych programie NORMA, nie można tracić z pola widzenia, iż przewiduje również własne wyliczenia kosztów Wykonawcy, których dokonał z wykorzystaniem dotychczas nabytego doświadczenia i know-how. Upublicznienie kosztorysu (załącznika nr 1) i zastrzeżonego fragmentu części II uzasadnienia (wyjaśnienie modelu działania umożliwiającego zredukowanie kosztów z ich zbilansowaniem poprzez zagospodarowanie odpadów oraz stosowaną politykę nabywania materiałów) skutkowałoby więc m.in. znieważeniem zastrzeżenia rozwiązań dedykowanych przez STRABAG na potrzeby realizacji tej inwestycji, a Konkurent zyskałby możliwość obejścia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa STRABAG w zakresie przyjętych rozwiązań know-how. Stąd też potrzeba ochrony treści załącznika nr 1 oraz fragmentu części II pisma tj. wyliczeń, danych i rozwiązań przyjętych na potrzeby przedstawionej oferty, które Wykonawca zaprezentował wraz z ww. pismem”.

Dalej podał: „W stosunku do zastrzeżonych informacji spełnione są również przesłanki formalne uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa. STRABAG nigdzie nie ujawnia, ani nie publikuje zastrzeżonych informacji (zarówno jeśli chodzi o szczegółowe kalkulacje wykonywane na potrzeby opracowania ofert składanych w przetargach, jak i oferty kontrahentów). Nie jest możliwe uzyskanie przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną wiedzy w tym zakresie drogą zwykłą i

dozwoloną - jak wyjaśnia możliwość uzyskania dostępu do informacji orzecznictwo Sądu Najwyższego na gruncie art. 11 ust 4 UZNK. Jako źródło takiej wiedzy orzecznictwo sądów powszechnych, administracyjnych i Sądu Najwyższego podaje ogólnodostępne czasopisma branżowe, foldery czy materiały o spółce, stronę internetową. W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowywania ofert składanych przez STRABAG w przetargach dostęp ma ograniczona liczba osób. Wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Krąg tych osób jest ograniczony i znany jedynie STRABAG. Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarządzania dokumentami (tak wewnętrznymi dokumentami Wykonawcy, jak również przedstawionymi Zamawiającemu ofertami podwykonawców) uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób nie dedykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami”.

Następnie powołał się na orzecznictwo podkreślając, że „poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów robót i rozwiązań przyjętych do kalkulacji ceny narażałoby Wykonawcę na nieuzasadnione ujawnienie tych danych” oraz, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności informacji, które zastrzegł niniejszym pismem: (1) wprowadził w swojej organizacji obowiązkowe zachowanie w poufności informacji stanowiących wartość dla przedsiębiorstwa [Kodeks etyczny - Zasady postępowania STRABAG SE - klauzula 2.4]; (2) ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy mają dostęp do tych informacji poprzez wydzielenie jednostki organizacyjnej i wprowadził zakaz ujawnienia informacji stanowiących podstawę do sporządzenia oferty bez zgody zarządu osobom nie związanym z prowadzonym projektem, (3) powołał pełnomocnika ds. bezpieczeństwa, zajmującego się m.in. nadzorem nad przestrzeganiem Kodeksu Etycznego, w tym zasad poufności, (4) wprowadził wytyczne dotyczące korzystania technologii informatycznych, które regulują zasady ochrony danych w ramach technologii informatycznych, (5) wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy postanowień Kodeksu Etycznego, (6)

udostępnił na stronie www.strabag.pl Kodeks Etyczny, zapewniając jednocześnie swoich kontrahentów o przestrzeganiu przez pracowników koncernu STRABAG SE zasad poufności w zakresie informacji mogących leżeć w interesie jego klientów; (7) Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m.in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. (8) pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowników Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4) Kodeksu pracy. (...)

Izba stwierdza, że argumentacja podana na str 12-16 pisma z dnia 29.05.2024 dotyczy: tylko 2 dokumentów kosztorysu i korespondencji mailowej z Wytwórnią (...). Tym samym w uzasadnieniu nie podano okoliczności uzasadniających zastrzeżenie informacji na stronie 5-9 pisma z dnia 29.05.2024 r. Nie wskazano także powodu dla którego decyzje z pkt 9 i 10 mają podlegać takiej ochronie. Ponadto Izba zwraca uwagę, że Odwołujący, przedkładając stanowiska od organów wydających te decyzje, wykazał, że decyzje te nie zostały zastrzeżone w trybie przewidzianym przepisami. Zgodnie z art. 8 i 9 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko decyzje administracyjne dotyczące ochrony środowiska są dostępne publicznie. Z kolei w art. 16 tej ustawy są zawarte przypadki, w których władze publiczne mogą odmówić udostępnienia informacji (szczególnie pkt 7 — „może naruszyć ochronę informacji o wartości handlowej, w tym danych technologicznych, dostarczonych przez osoby trzecie i objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli osoby te złożyły wniosek o włączenie tych informacji z udostępnienia, zawierający szczegółowe uzasadnienie dotyczące możliwości pogorszenia ich pozycji konkurencyjnej).

Zatem z ochrony wnioskowanej przez Uczestnika Strabag nie mogły korzystać – ze względów formalnych - zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa fragmenty z pisma z dnia 29.05.24 jak i Decyzje zamieszczone pod pozycją 9 i 10 (Decyzja Starosty Stargardzkiego z dnia 14.02.2024 r., nr NS.6233.2.9.2023.LS2 oraz Decyzja Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 22.03.2024 r., nr WOŚII.7244.2.2023.AS).

Odnosnie dowodów zamieszczonych jako zał. 1 i 2 do wyjaśnień z 29.05.2024 r. Izba miała na uwadze, że zgodnie z pkt VIII.5 lit. b) wykonawca był zobowiązany przedłożyć b) wyceniony przedmiar robót, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Z kolei załączony do wyjaśnień kosztorys dotyczy tylko jednej z 34 pozycji. Tak jak twierdził sam Uczestnik, w tym w piśmie z dnia 29.05.2024 r. cena jednostkowa dla tej pozycji nie jest elementem składowym istotnym. Ponadto został opracowany – jak podał wykonawca Strabag – za pomocą standardowego programu do kosztorysowania. Ze swej istoty taki kosztorys stanowi preliminarz kosztów, a nie model redukcji kosztów, w tym przypadku wskazywanego zagospodarowania odpadów. Poza tym kluczowa kwestia – jak podkreślał Odwołujący – nie dotyczy kosztów utylizacji

odpadów dla poz. 19 ale kosztów materiału w postaci kruszywa zgodnego z SWZ, które zostało wycenione na poziomie 0 zł.

Izba tym samym zgodziła się, że informacje zawarte w tym kosztorysie nie mogą być uznane za informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Samo bowiem wstawienie przez wykonawcę cen w standardowym programie do kosztorysowania nie wskazuje na sposób budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii. Ponadto – co zauważył sam wykonawca - zastrzegane kalkulacje dla tej jednej pozycji zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Z kolei drugi z dokumentów korespondencja mailowa z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie obejmuje zapytanie w przedmiocie kosztu odbioru wskazanego w tym zapytaniu materiału i udzielonej odpowiedzi. Taką korespondencję trudno uznać za zawierającą informacje o zasadach współpracy i mogącą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Niewątpliwie dane zostały wykorzystane na potrzeby kalkulacji oferty przez tego wykonawcę dla pozycji 19 na potrzeby – podobnie jak kosztorys - tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższych ustaleń kosztorys ofertowy oraz Korespondencja mailowa z Wytwórnią Mas Asfaltowych w Stargardzie nie może także korzystać z ochrony jako informacje zastrzeżone.

Jednocześnie w zakresie tego zarzutu Izba miała na uwadze wytyczne z art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: „1. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, (...)

W odwołaniu wykonawca POL-DRÓG nie wykazał, że udostępnienie tych dokumentów będzie miało wpływ na uchylenie decyzji o wyborze wykonawcy Strabag i ponowną ocenę tej oferty. Te dokumenty bowiem związane są warunkami cenowymi tylko co do jednej pozycji, co zostało rozstrzygnięte przez Izbę w niniejszej sprawie. Tym samym uwzględnienie tego zarzutu i nakazanie unieważnienia tylko z formalnych powodów kluczowej decyzji o wyborze oferty i nakazanie ujawnienia ze względów formalnych wskazanych dokumentów uwzględniając wytyczne z art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby sprzeczne ze wskazaną przepisem normą jak i ekonomiką postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższych ustaleń Izba uwzględniając art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp orzekła o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) (rozporządzenie) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 tego rozporządzenia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....