

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 roku przez wykonawcę *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu* przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu*

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu 6.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15 marca 2024 roku tj. oferty wykonawcy *ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* w zakresie zadania 4 – Prace utrzymaniowe w postępowaniu o zamówienie na *Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Głogowie w latach 2024-2026*
Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy *ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu*, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, do złożenia dokumentów, zgodnie z punktem 10.9 lit. a dla zadania 4 SWZ, na potwierdzenie spełnienia warunków zamówienia z punktu 8.2.4. lit. c SWZ.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* oraz *Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu*:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
kwotę 894 zł 70 gr (słownie: osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt groszy) poniesioną przez wykonawcę *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* na rzecz Skarbu Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu kwotę 3 086 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *Skarb Państwa Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu* stosownie do wyniku postępowania,
 - 2.3. zasądza od Skarbu Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu na rzecz wykonawcy *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* kwotę 2 986 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: wykonawcę *B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą* stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie pod nazwą *Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Głogowie w latach 2024-2026* z podziałem na zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 00746305-2023; Numer wydania Dz.U. S: 237/2023; Data publikacji 8 grudnia 2023 roku.

25 marca 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec naruszeń przepisów ustawy określonych w zarzutach odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy** przez skierowanie do ZABERD Sp z o.o. wezwania w którym domagał się przedstawienia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy przepis stanowiący podstawę wezwania zawiera w swojej treści alternatywę (zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe), dzięki czemu polepszył sytuację ZABERD Sp. z o.o. dając mu możliwość złożenia wyjaśnień dla siebie korzystnych tj. odnoszących się do całkowitej ceny oferty na którą składają się wszystkie pozycje kosztorysu w sytuacji, gdy to istotne części składowe oferty były rażąco niskie – tj. poz. 194 kosztorysu i 75 innych;
- 2) art. 18 ust. 1-3 ustawy** przez zaniechanie zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ZABERD Sp. z o.o. i uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez ZABERD Sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie metodologii oraz wyliczeń zawartych w złożonych na wezwanie kalkulacjach szczegółowych cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy kalkulacje szczegółowe są odzwierciedleniem liczbowym struktury kosztów każdej poz. kosztorysu ofertowego przez co nie zawierają w sobie informacji wrażliwych wg przedstawionego przez ZABERD Sp. z o.o. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) art. 16 w zw. z art. 224 ust. 6 i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy** przez dokonanie niewszechstronnej oceny złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie braku odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania oraz braku adekwatności wyjaśnień do przedmiotu zamówienia a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i skutkiem tego zaniechanie odrzucenia tej oferty w sytuacji, gdy wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu 76 pozycji kosztorysu ofertowego, które stanowią istotne części składowe oferty;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 16 ustawy** przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD Sp. z o.o. w Zadaniu 4 w sytuacji, gdy zaoferowane ceny części składowych oferty tj. poz. 194 kosztorysu ofertowego oraz 75 innych pozycji są rażąco niskie;
- 5) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy** przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej ZABERD Sp. z o.o., której ceny części składowych oferty tj. 76 pozycji kosztorysu ofertowego jest rażąco niskie,
- 6) art. 128 ust. 1** przez zaniechanie żądania od Wybranego wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych dot. doświadczenia w zakresie zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach klasy min. GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 2000 szt. (formularz 3.4 dla Zadania 4) w sytuacji, gdy złożone przez ZABERD Sp. z o.o. oświadczenie co do tego warunku potwierdza zdobyte doświadczenie na poziomie nie mniejszym niż 200 szt. na rzecz GDDKiA O/Kraków;
- 7) Art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy** przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez ZABERD Sp. z o.o., który nie wykazał na moment wyboru spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach klasy min GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podał, w zakresie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza wg przyjętych kryteriów oceny ofert, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów powoduje po stronie Odwołującego szkodę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający na platformie zakupowej umieścił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Zadania 4 dnia 15 marca 2024 roku.

Oferta Odwołującego jest druga w rankingu cen na Zadanie 4.

Stan faktyczny:

Odwołanie dotyczy Zadania 4.

Zamawiający określił, że umowa na świadczenie usług będzie obowiązywać od dnia jej podpisania do 31.12.2026 roku.

Zadanie 4 - Prace utrzymaniowe zostały oszacowane na kwotę 16 002 440,04 zł netto.

Sposób obliczenia ceny ofert został określony w pkt 17 SWZ: cenę należało wyliczyć

w oparciu o formularz cenowy wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Następnie należało określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musiał uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu.

Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III SWZ.

Formularz oferty wypełniony wg wymogów pkt 17 SWZ jako kosztorys ofertowy ma stanowić zał. do umowy i służyć do rozliczania wynagrodzenia .

Wg § 4 ust. 1 istotnych postanowień umowy :

1. Z zastrzeżeniem ust. 5, 6, 7 wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy określonego w § 1, Strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę netto PLN (słownie złotych) powiększoną o podatek VAT w wysokości 23% tj. PLN (słownie złotych) co daje kwotę brutto w wysokości PLN (słownie złotych).

2. Rozliczenie umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w KO złożonym wraz z Ofertą z zastosowaniem stawki podatku VAT, z zastrzeżeniem § 5 ust. 4 pkt. 1 (waloryzacja)

Na wykonanie Zadania 4 zostały złożone cztery oferty :

1. Saferoad Services Sp. z o.o. cena 15 289 199,27 zł
2. ORFIX Zakład Usługowy B.O. cena 13 821 698,24 zł
3. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E.K. cena 17 870 071,11 zł
4. ZABERD Sp. z o.o. cena 12 517 906,78 zł

Pismem z dnia 31.01.2024 Zamawiający, działając w oparciu o art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 187 ustawy wezwał ZABERD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dot. kalkulacji ceny oferty cyt. : „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niskie są jej istotne części składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia poprosił o wyjaśnienie:

1. Czy Wykonawca uwzględnił koszt wszystkich materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia?

2. Czy Wykonawca uwzględnił koszt zabezpieczenia i oznakowania robót dla wszystkich pozycji gdzie ich wykonanie wymaga ustawienie COR wg wymaganych przez Zamawiającego schematów COR?

3. Czy Wykonawca uwzględnił koszt poniesionych nakładów finansowych związanych

z wykonaniem zleceń na rzecz Zamawiającego, tzn. koszty utrzymania pracowników, koszty dojazdu, koszty zabezpieczenia robót.

4. Czy Wykonawca w celu podjęcia interwencji uwzględnił koszty całodobowego dyżuru pracowników?

5. Czy Wykonawca uwzględnił koszt poniesionych nakładów finansowych w związku

z opłatami za wynajem pomieszczeń dla pracowników dyżurujących na OUD Lubin Zachód i OUD Drożów?

6. Czy Zamawiający uwzględnił wszystkie koszty związane z patrolowaniem drogi DK12

i S-3, tzn. koszty paliwa, koszty materiałów niezbędnych do zabezpieczenia usterek zagrażających niebezpieczeństwu użytkowników ruchu drogowego wg SST?

7. Czy Wykonawca uwzględnił koszt montażu i opłat za urządzenia GPS na samochodach patrolowych zgodnie z SST?

8. Czy Wykonawca uwzględnił koszt montażu kamer na samochodach patrolowych zgodnie z SST?

Dalej (...) dla potwierdzenia realnego charakteru ceny oferty - adekwatnej do przedmiotu zamówienia i gwarantującej możliwość jego prawidłowego wykonania - Zamawiający prosił

o złożenie kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, która będzie uwzględniać m.in. koszty związane z:

☐ wizjami/ wizjami w terenie,

☐ pozyskaniem niezbędnych materiałów/informacji,

☐ pozyskaniem wymaganych opinii do dokumentacji projektowej, pracami projektowymi, drukowaniem odpowiedniej ilości egzemplarzy dokumentacji projektowej (do celów: pozyskania

opinii, sprawdzenia dokumentacji projektowej, przekazania Zamawiającemu), itp.

□ zaangażowaniem osobowym, rzeczowym, sprzętowym, finansowym i związanym z tym niezbędne do poniesienia koszty robocizny, sprzętu, materiałów, transportu, zabezpieczeń pracy pod ruchem, a także zakładany poziom zysku oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych

na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z dnia 2020.12.10) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami

z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie oraz wymogi postawione w Programie Funkcjonalno -Użytkowym mające wpływ na cenę ofertową, w szczególności w zakresie pytań postawionych powyżej.

Kalkulacje szczegółowe powinny zawierać wszystkie koszty skalkulowane i niezbędne

do realizacji przedmiotu zamówienia tj. wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku.

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na cenę lub istotne składowe ceny, co najmniej

w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które uważa Państwo za istotne. „

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami

na ich potwierdzenie, Zamawiający zaznaczył, że „ będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystnych warunków wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia

10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z dnia 2020.12.10) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie a także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.”

ZABRED Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia oraz kalkulacje, które w przeważającym zakresie zostały przez nią zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwolujący pismem z dnia 19.03.2024 roku wniósł o odtajnienie kalkulacji, ale nie otrzymał

na to pismo odpowiedzi. Kalkulacje szczegółowe nie zostały odtajnione.

Dowód nr 1 wniosek z dnia 19.03.2024

Do treści złożonych przez ZABRED Sp. z o.o. wyjaśnień Odwołujący podał, że odniesie się uzasadniając zarzuty odwołania.

Zarzuty odwołania - Odwołujący podał, że na tle opisanej wyżej stanu faktycznego Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów ustawy:

Art. 16 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy poprzez skierowanie do ZABRED Sp z o.o. wezwania w którym domagał się przedstawienia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy przepis stanowiący podstawę wezwania zawiera w swojej treści alternatywę (zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe), dzięki czemu polepszył sytuację ZABRED Sp. z o.o. dając mu możliwość złożenia wyjaśnień dla siebie korzystnych tj. odnoszących się do całkowitej ceny oferty na którą składają się wszystkie pozycje kosztorysu w sytuacji, gdy to istotne części składowe oferty były rażąco niskie – tj. poz. 194, kosztorysu i 75 innych.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego przewidywała wynagrodzenie kosztorysowe

(asortymentowo ilościowe), przy czym kosztorys zakładał różne ilości usług w danym asortymencie do wykonania. Nad to część z nich miała być wykonywana ciągle np. poz. 194 a część na zlecenie Zamawiającego.

Załączone zestawienie – dowód nr 1 pokazuje w ocenie Odwołującego, że ZABRED

Sp. z o.o. wyceniała rażąco nisko tylko niektóre pozycje kosztorysu ofertowego – łącznie 76, co pokazuje załączone zestawienie. W zestawieniu zostały zaznaczone te pozycje kosztorysu ofertowej ZABRED Sp. z o.o., które są niższe o 30 % od średniej arytmetycznej tych samych pozycji ofert konkurencyjnych. Dowód nr 2 : zestawienie cen złożonych ofert wg pozycji kosztorysu

W ocenie Odwołującego treść wysłanego wezwania postawiła ZABRED Sp. z o.o.

w uprzywilejowanej pozycji względem konkurentów, gdyż przy wynagrodzeniu kosztorysowym istotne są ceny jednostkowe pozycji oraz czynniki, które pozwoliły na ich obniżenie. W przypadku pozycji zaniżonych przez ZABRED Sp.

z o.o. powody podane

w wyjaśnieniach nie mają dla kalkulacji tych pozycji znaczenia, a o ile nawet mają, to nie zostało to udowodnione.

Istotną częścią składową kosztorysu ofertowego jest poz. 194. W ofercie ZABERD Sp. z o.o. została ona wyceniona na poziomie wartości 57,75 % średniej arytmetycznej tych pozycji

u pozostałych wykonawców. Pozycja ta jest najważniejsza, gdyż z opisu przedmiotu zamówienia i ST D-10.06.01 wynika, że będzie wykonywana w sposób ciągły przez

24 godziny na dobę. Wymaga zaangażowania pracowników do pracy w ruchu ciągłym oraz sprzętu do patrolowania. Zaznaczone pozycje kosztorysu ofertowego wg załączonej tabeli (dowód 2) są również rażąco niskie, jednakże różnica w stosunku do średniej arytmetycznej odpowiednich pozycji innych złożonych ofert nie jest aż tak rażąca a i charakter prac w nich zawartych ma mniejsze znaczenie.

Art. 18 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ZABERD Sp. z o.o. i uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez ZABERD Sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie metodologii oraz wyliczeń zawartych w złożonych na wezwanie kalkulacjach szczegółowych cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy kalkulacje szczegółowe są odzwierciedleniem liczbowym struktury kosztów każdej poz. kosztorysu ofertowego przez co nie zawierają w sobie informacji wrażliwych wg przedstawionego przez ZABERD Sp. z o.o. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący podał, że punktem wyjścia do uzasadnienia tego zarzutu jest pismo Zamawiającego z dnia 31.01.2024 roku, w którym ZABERD Sp. z o.o. została zobowiązana do złożenia wyjaśnień. Zobowiązanie choć jak się wydaje wzorowane na innym związanym

z przetargiem na roboty budowlane, obligowało do :

- ☐ złożenia wyjaśnień pisemnych w zakresie 8 pytań;
- ☐ złożenie wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji oraz innych dowodów, odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na cenę;
- ☐ złożenie kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym.

Co ważne Zamawiający w wezwaniu określił metodologię sporządzenia kosztorysu szczegółowego określając z góry jego zawartość. Zatem dla każdej pozycji winien być skalkulowany koszt elementów wymienionych na drugiej stronie wniosku a cytowanych powyżej.

Treść wyjaśnień została przez ZABERD Sp. z o.o. zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołującemu został przekazana jedynie część pisemna licząca 12 stron, w której przytoczone jest orzecznictwo Izby dot. rażąco niskiej ceny (1,5 strony), opisany pakiet zleceń (1,5 strony), ogólne informacje o sposobie prowadzenia działalności gospodarczej (3 strony) i kolejne 3 strony cytowany jest wyrok, skonstatowane stwierdzeniem, że cyt. :

Wykonawca wskazuje, że tak duża liczba realizowanych równocześnie kontraktów, zlokalizowanych na terenie całego kraju, a jednocześnie w stosunkowo bliskiej odległości względem siebie i względem baz Wykonawcy, pozwoliła mu wypracować efektywne metody zarządzania pracą ludzi i sprzętu.

Wykonawca odpowiednio planując prace na kilku kontraktach równocześnie i dzięki specjalizacji pozwalającej na wzrost efektywności, zazwyczaj spotyka się z taką sytuacją,

że okresowo część pracowników dedykowanych do wykonywania wspomnianych

tu kontraktów nie ma konkretnych zadań do wykonania. Pracownicy ci są na bieżąco wykorzystywani do wykonywania robót na rzecz innych zamawiających (oczywiście

nie dotyczy to tych części zamówienia, które Zamawiający GDDKiA zastrzegł sobie na wyłączność). (...)

Polityka zakupowa Wykonawcy przewiduje od wielu lat umowy ramowe, które pozwalają

na dokonywanie zamówień łącznych na kilkanaście kontraktów utrzymaniowych w jednym zamówieniu, pozwala sporządzać harmonogramy zaopatrzenia, dzięki czemu:

-koszty zakupu danego asortymentu znacznie się obniżają, dając spore oszczędności;

-koszt danego asortymentu objęty jest znacznymi bonifikatami; Wykonawca podpisuje różnego rodzaju umowy, promesy niedostępne dla innych podmiotów co powoduje znaczne obniżenie ceny jednostkowej;

-dzięki zakupom na kilka-kilkanaście kontraktów jednocześnie, Wykonawca może pozwolić sobie na uśrednienie cen, obniżając koszt danego kontraktu i zwiększenie tym samym atrakcyjności konkurencyjności podczas wycen kolejnych zamówień publicznych.

Każda z cen jednostkowych zawarta w Tabeli Elementów Rozliczeniowych oparta jest

o stosownie skonstruowany algorytm obliczania cen, który w tym miejscu zostanie opisany ogólnie, a w sposób szczegółowy będzie widoczny w kalkulacji każdej pojedynczej ceny jednostkowej.

Wyżej cytowane stwierdzenia mają charakter ogólny. Zamówienie skierowane jest

do wykonawców posiadających ustalone w warunkach udziału w postępowaniu doświadczenie. Zatem mechanizmy jw. występują u wszystkich wykonawców. W zakresie wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny powinny one być skonkretyzowane: ZABERD Sp. z o.o. powinna udzielić konkretnych odpowiedzi na 8 pytań zadanych przez Zamawiającego –czego nie uczyniła. Pisząc o zapasach materiałowych powinna je opisać pokazując ich rozmiar, możliwość zaangażowania w wykonanie przedmiotu zamówienia i oszczędność

z tego płynącą, gospodarowanie zasobami ludzkimi również powinno zostać odniesione do nin. zamówienia.

W wyjaśnieniach zaciemnione są „ogólne zasady przyjęte do wyceny oferty „ – str. 9, co jest niezrozumiałe w kontekście tego, że Zamawiający z góry określił minimalną zawartość każdej pozycji kosztorysu jaka w kalkulacji żądanej w ramach wyjaśnień ma zostać przedstawiona.

Dalej ZABERD Sp. z o.o. powinna stosowanie do wezwania sporządzić kalkulacje dla każdej pozycji kosztorysu wg wymagań Zamawiającego.

Odwołujący nie zna treści złożonych kosztorysów , gdyż nie zostały one odtajnione. Zamawiający uznał bezpodstawnie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa

i na tę okoliczność udostępnił Odwołującego zastrzeżenie z dnia 12.02.2024 roku obejmujące :

a) szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych oraz roboczogodziny wynikające

z indywidualnej analizy wraz z dokumentami źródłowymi potwierdzającymi wysokość cen

i indywidualnych rabatów (w tym oferty handlowe i dowody sprzedaży);

b) oferty podwykonawców i dostawców;

c) umowy podwykonawcze i umowy o współpracy;

W kontekście art. 18 ust. 3 ustawy zastrzeżenie zakresu z pkt a powyżej nie powinno być uznane przez Zamawiającego za skuteczne co do szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych oraz roboczogodziny wynikających z indywidualnej analizy, gdyż

to Zamawiający określił w wezwaniu jakie elementy mają zawierać kalkulacje poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i wg jakiej metodologii powinny być sporządzone.

Wg art. 18 ust. 3 ustawy Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 :

„Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o:

1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte;

2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach.”

Zasada jawności, która ma kluczowe znaczenie w tym przypadku nakazywała odtajnienie kalkulacji szczegółowych złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. , gdyż zawierają one informacje,

o których mowa w art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy. Wg Odwołującego treścią kalkulacji szczegółowych wg wymagań z wezwania powinny być dla każdej pozycji kosztorysu ofertowej opisy użytego materiału, pracy sprzętu, pracy ludzi, ubezpieczeń, energii oraz innych elementów wg wymagań Zamawiającego (np. koszt wizji , najmu) z podaniem wartości liczbowych oraz doliczenie narzutu kosztów pośrednich i zysku w układzie: nazwa – kwota.

Wymagane kalkulacje to nic innego jak kosztorys szczegółowy stanowiący rozwinięcie kosztorysu ofertowego.

Zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady

na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę poprzez udowodnienie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (KIO 701/23)

Skoro Zamawiający narzucił jakie informacje mają znaleźć się w kosztorysach, to nie sposób mówić, że są to kalkulacje indywidualne. Tym samym zastrzeżenie treści tych kalkulacji jest nieuzasadnione a Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 ustawy, bo nie zadał sobie trudu odniesienia treści zastrzeżeń do stanu postępowania.

Zaznaczył Odwołujący, że zastrzeżenie z pkt b i c nie są przez Odwołującego kwestionowane. Kwestionowane jest w zakresie pkt b i c tylko to, że Zamawiający

nie dokonał analizy czy, a o ile tak, to w jakim zakresie, zastrzeżone przez ZABERD Sp. z o.o. umowy, porozumienia, opisy metod wykonania są powiązane z nin. postępowaniem. Treść protokołu postępowania nie wskazuje na podjęcie w tym zakresie jakichkolwiek czynności przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego treść zastrzeżenia ZABERD Sp. z o.o. jest opracowaniem składającym się z przywołania orzecznictwa, poglądów doktryny, szeregu ogólników, sporządzonym na potrzeby zastrzegania tajemnicy i używanych w wielu innych postępowaniach na zasadzi „ kopiuj – wklej „. Brak jest określenia, które informacje i dowody mają powiązanie z nin. postępowaniem. Z tego powodu powinno ono zostać uznane przez Zamawiającego za bezskuteczne

na pewno w zakresie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych oraz roboczogodziny wynikającej z indywidualnej analizy. Kwestia utajnienia złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. dowodów jako tajnych winna również podlegać analizie – czego Zamawiający nie uczynił.

Art. 16 w zw. z art. 224 ust. 6 i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez dokonanie newszechstronnej oceny złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. wyjaśnień

w zakresie braku odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania oraz braku adekwatności wyjaśnień do przedmiotu zamówienia, a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i skutkiem tego zaniechanie odrzucenia tej oferty w sytuacji gdy wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu 76 pozycji kosztorysu ofertowego, które stanowią istotne części składowe oferty;

Odwolujący podał, że zarzut jest wypadkową wniosku o wyjaśnienia, oceny treści wyjaśnień ZABERD Sp. z o.o. oraz zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyżej opisanym. Przedstawione części opisowe są ogólne, opierają się na przytaczaniu przepisów i orzeczeń Izby bez ich subsumpcji do stanu sprawy tj. przedmiotu zamówienia, złożonego kosztorysu ofertowego i żądaniu przez Zamawiającego kalkulacji szczegółowych.

Stanowią szablon, który może być wykorzystywany w każdym z postępowań, które poprzedzały realizowane aktualnie przez ZABERD Sp. z o.o. kontrakty.

Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby

na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania,

że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. (KIO 810/23).

Dotychczasowa praktyka Zamawiającego polegała na tym, że samodzielnie diagnozował pozycje kosztorysu, co do których istniało podejrzenie rażąco niskiej ceny, następnie zaś wyzywał o ich wyjaśnienie. W tym przypadku Zamawiający nie zadał sobie trudu sporządzenia zestawienia adekwatnego jak dowód nr 2, tylko odniósł parytet 30% do wartości całej oferty. Takie działanie świadczy o braku staranności po stronie Zamawiającego.

Z treści wyjaśnień ZABERD Sp. z o.o. nie wynika jakie oszczędności w zakresie każdej pozycji kosztorysu ofertowego – zaznaczone w tabeli zostały poczynione w związku

ze wskazywanymi polami, w których zmniejszono koszty.

Podkreślenia wymaga, że treść wniosku o wyjaśnienia jest wiążąca również dla samego Zamawiającego w tym znaczeniu, że oceniając uzyskane wyjaśnienia winien sprawdzić

czy stanowią one odpowiedź na wniosek i czy dowody złożone na poparcie twierdzeń korespondują z treścią wyjaśnień pod względem merytorycznym (związek z zamówieniem)

i rachunkowym. W tym przypadku Zamawiający nie dokonał sprawdzenia w zakresie jw.

Izba w wyroku z dnia 14.03.2023 roku sygn. KIO 515/23 postawiła tezę, że brak złożenia takich kompletnych i odpowiadających na precyzyjne wezwanie wykonawcy wyjaśnień stanowi podstawę do uznania, że wyjaśnienia w zasadzie nie zostały złożone, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy. Teza ta jest adekwatna do stanu nin. postępowania i stanowi o zasadności postawionego zarzutu.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD Sp. z o.o. w Zadaniu 4 w sytuacji, gdy zaoferowane ceny części składowych oferty tj. 76 pozycji kosztorysu ofertowego jest rażąco niskie.

Zestawienie tabelaryczne / porównawcze cen z kosztorysów ofertowych wykonawców ubiegających się o zamówienie pokazuje, że w ofercie ZABERD Sp. z o.o. ceny 76 pozycji są rażąco niskie.

Kluczową częścią zamówienia jest poz. 194 kosztorysu ofertowego.

Dla wykazania postawionego zarzutu szczegółowo odniósł się Odwołujący do kalkulacji poz. 194 kosztorysu ofertowego. Objazdy dróg przy użyciu oznakowanego samochodu towarowo-osobowego w dni robocze, wolne i święta -dł. jednorazowego objazdu 127,557 km

z usuwaniem elementów zagrażających BRD z pasa drogowego wraz z ich utylizacją.

Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego co do kalkulacji szczegółowej dla tej pozycji, przyjmuję, że kalkulacja taka powinna obejmować minimum koszt:

□ sprzętu (min. 3 samochody towarowo- osobowe)

- ☐ paliwa potrzebnego do przejechania
- ☐ ubezpieczenia pojazdów
- ☐ koszty napraw pojazdów
- ☐ wynajmu pomieszczeń od Zamawiającego przez OUD DROŻÓW i OUD Lubin Zachód
- ☐ zatrudnienia 2 brygad w ruchu ciągłym
- ☐ zatrudnienie 1 brygady
- ☐ kosztów szkoleń pracowników
- ☐ koszt ubrań pracowników oraz wyposażenia pojazdów
- ☐ kosztów pośrednie ogólnozakładowe
- ☐ zysk

Pozycja ta została wyceniona przez pozostałych wykonawców na kwoty zbliżone:

6 507 190,50 zł, 6 260 082,00 zł, 5 833 819,84 zł.

Natomiast ZABERD Sp. z o.o. wycenił ją na kwotę 3 368 912,55 zł tj. o 714.761,44 zł niżej od progu 30 %.

Pozostali wykonawcy tę pozycję wycenili na porównywalnym poziomie – średnia tych 3 ofert to 6 200 364,11 zł. Oferta ZABERD Sp. z o.o. jest niższa o 45,7% od średniej ofert konkurencyjnych.

Zamawiający nie rozważył czy okoliczności wymienione przez ZABERD Sp. z o.o.

w wyjaśnieniach (tj. doświadczenie pracowników, mobilna stacja benzynowa, upusty i rabaty, zapasy) dla wykonania tej konkretnej pozycji miały znaczenie. Rolą ZABERD Sp. z o.o. było zaś wykazania w jaki sposób udało jej się obniżyć cenę tej pozycji o co najmniej 34 %

i przedstawić na tę okoliczność stosowne wyliczenie oraz dowody. Odwołujący nie znając kalkulacji szczegółowej tej pozycji ryzykuje zarzut, że taki dowód nie został przez ZABERD Sp. z o.o. przeprowadzony.

Odwołujący podkreślił, że doświadczenie, potencjał osobowy i sprzętowy wszystkich wykonawców jest porównywalny (wszyscy spełniają warunki progowe). Konkurenci poz. 194 wycenili w sposób zbliżony, oferta ZABERD Sp. z o.o. jest o 45,7 % niższa od średniej ceny ofert konkurencyjnych i nie zostało dowodowo i matematycznie wykazane, że przy tak rażącym zaniżeniu tej pozycji, można wypracować zysk.

Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej ZABERD Sp. z o.o., której ceny części składowych oferty tj. 96 pozycji kosztorysu ofertowego jest rażąco niska.

Przedstawiona jako dowód nr 2 tabela pokazuje, które pozycje kosztorysu ofertowe ZABERD Sp. z o.o. są niższe od progu 30%. Rolą ZABERD Sp. z o.o. było matematyczne wykazanie / udowodnienie w jaki sposób udało mu się wycenić zakwestionowane pozycje na poziomie jak w kosztorysie i dowód ten poprzeć dokumentami źródłowymi, zaś rolą Zamawiającego było sprawdzenie poprawności tej procedury.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzestał wystosowaniu wezwania o wyjaśnienia i zadowolili się uzyskanymi wyjaśnieniami bez jakiegokolwiek ich analizy. W efekcie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej w naruszeniu powołanych wyżej przepisów.

Art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie żądania od Wybranego wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych dot. doświadczenia w zakresie zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach klasy min GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 2000 szt. (formularz 3.4 dla Zadania 4) w sytuacji, gdy złożone przez ZABERD Sp. z o.o. oświadczenie

co do tego warunku potwierdza zdobyte doświadczenie na poziomie nie mniejszym niż 200 szt. na rzecz GDDKIA O/Kraków ; oraz art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez ZABERD Sp. z o.o. , który nie wykazał na moment wyboru spełniania warunków udziału

w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w myciu oznakowania pionowego

i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach klasy min GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt.

W pkt 8.2.4 SWZ dla Zadania 4 ppkt c w zakresie zdolności technicznej i zawodowej był postawiony warunek doświadczenia w wykonaniu zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt. ZABERD Sp. z o.o. w formularzu 3.4 dla Zadania 4 oświadczyła, że posiada doświadczenie na poziomie nie mniejszym niż 200 szt. na rzecz GDDKIA O/Kraków - co nie potwierdza warunku progowego.

Z tego powodu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy oraz

art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi

art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 marca 2024 roku od czynności z dnia 15 marca 2024 roku, a kopia została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej. Odwołanie dotyczy zadania 4 – Prace utrzymaniowe.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 4 kwietnia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w piśmie z dnia 4 kwietnia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie - stanowisko przystępującego”. Izba w postanowieniu dowodowym wydanym w trakcie rozprawy nie dopuściła dowodów załączonych do ww. pisma z uwagi na niemożliwość zapoznania się z tymi dowodami przez Zamawiającego i Odwołującego. Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 2 złożony na rozprawie (4 karty).

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 1 złożony przez Odwołującego (1 karta) – „Zestawienie kosztów zatrudnienia w pracy ciągłej przy wynagrodzeniu na poziomie pracy minimalnej”.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), 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. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

- 2) została złożona przez wykonawcę: (...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; (...)

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

- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków

dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 224 ust. 1 ustawy - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

- art. 224 ust. 2 ustawy - W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

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

z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

- art. 224 ust. 3 ustawy - Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć

w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

- art. 224 ust. 6 ustawy - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

- art. 239 ustawy

ust. 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :

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

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu 1 - naruszenia art. 16 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy przez skierowanie do ZABERD Sp z o.o. wezwania, w którym domagał się przedstawienia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy przepis stanowiący podstawę wezwania zawiera w swojej treści alternatywę (zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe), dzięki czemu polepszył sytuację ZABERD Sp. z o.o. dając mu możliwość złożenia wyjaśnień dla siebie korzystnych tj. odnoszących się do całkowitej ceny oferty na którą składają się wszystkie pozycje kosztorysu w sytuacji, gdy to istotne części składowe oferty były rażąco niskie – tj. poz.

194 kosztorysu i 75 innych - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

W zakresie zarzutu 3 – naruszenia art. 16 w zw. z art. 224 ust. 6 i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez dokonanie niewszelchstronnej oceny złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie braku odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania oraz braku adekwatności wyjaśnień do przedmiotu zamówienia a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i skutkiem tego zaniechanie odrzucenia tej oferty w sytuacji, gdy wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu 76 pozycji kosztorysu ofertowego, które stanowią istotne części składowe oferty - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

W zakresie zarzutu 4 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD Sp. z o.o. w Zadaniu 4 w sytuacji, gdy zaoferowane ceny części składowych oferty tj. poz. 194 kosztorysu ofertowego oraz 75 innych pozycji są rażąco niskie - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

W zakresie zarzutu 5 – naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej ZABERD Sp. z o.o., której ceny części składowych oferty tj. 76 pozycji kosztorysu ofertowego jest rażąco niskie - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Izba ustaliła, w odniesieniu do zarzutu 1, 3, 4 i 5 odwołania, na podstawie akt postępowania odwoławczego, że Zamawiający, pismem z dnia 31 stycznia 2024 roku (dokument jawny w aktach postępowania o udzielenie zamówienia), wezwał wykonawcę ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: ZABERD) do złożenia:

działając w oparciu o art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 187 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Państwa oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Wartość Państwa oferty ogółem wynosi: 12 517 906,98 zł brutto, co w porównaniu

z wartością szacunkową zamówienia, powiększoną o podatek od towarów i usług, wynoszącą: 19 683 001,25 zł brutto wskazuje, że jest ona niższa o 36,40 %.

Taki procentowy poziom odniesienia oferty do wartości szacunkowej zamówienia, daje Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, iż oferta mogła zostać nienależycie skalkulowana lub zaniżona poniżej kosztów wytworzenia tego zamówienia, a ze względu na brzmienie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany wystąpić do Wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień.

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niskie są jej istotne części składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia prosi o wyjaśnienie:

1. Czy Wykonawca uwzględnił koszt wszystkich materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia?

2. Czy Wykonawca uwzględnił koszt zabezpieczenia i oznakowania robót dla wszystkich pozycji gdzie ich wykonanie wymaga ustawienie COR wg wymaganych przez Zamawiającego schematów COR?

3. Czy Wykonawca uwzględnił koszt poniesionych nakładów finansowych związanych

z wykonaniem zleceń na rzecz Zamawiającego, tzn. koszty utrzymania pracowników, koszty dojazdu, koszty zabezpieczenia robót.

4. Czy Wykonawca w celu podjęcia interwencji uwzględnił koszty całodobowego dyżuru pracowników?

5. Czy Wykonawca uwzględnił koszt poniesionych nakładów finansowych w związku

z opłatami za wynajem pomieszczeń dla pracowników dyżurujących na OUD Lubin Zachód i OUD Drożów?

6. Czy Zamawiający uwzględnił wszystkie koszty związane z patrołowaniem drogi DK12 i S-3, tzn. koszty paliwa, koszty materiałów niezbędnych do zabezpieczenia usterek zagrażających niebezpieczeństwu użytkowników ruchu drogowego wg SST?

7. Czy Wykonawca uwzględnił koszt montażu i opłat za urządzenia GPS na samochodach patrolowych zgodnie z SST?

8. Czy Wykonawca uwzględnił koszt montażu kamer na samochodach patrolowych zgodnie

z SST?

W związku z powyższym, Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania opisane w SWZ, a cena oferty uwzględnia wszystkie związane z tym koszty oraz złożenie wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji oraz innych dowodów, odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na cenę.

Dla potwierdzenia realnego charakteru ceny oferty - adekwatnej do przedmiotu zamówienia

i gwarantującej możliwość jego prawidłowego wykonania - Zamawiający prosi o złożenie kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, która będzie uwzględniać m.in. koszty związane z:

☐ *wizją/wizjami w terenie,*

☐ *pozyskaniem niezbędnych materiałów/informacji,*

□ pozyskaniem wymaganych opinii do dokumentacji projektowej, pracami projektowymi, drukowaniem odpowiedniej ilości egzemplarzy dokumentacji projektowej (do celów: pozyskania opinii, sprawdzenia dokumentacji projektowej, przekazania Zamawiającemu), itp.

□ zaangażowaniem osobowym, rzeczowym, sprzętowym, finansowym i związanym z tym niezbędne do poniesienia koszty robocizny, sprzętu, materiałów, transportu, zabezpieczeń pracy pod ruchem, a także zakładany poziom zysku oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z dnia 2020.12.10) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie oraz wymogi postawione w Programie Funkcjonalno - Użytkowym mające wpływ na cenę ofertową, w szczególności w zakresie pytań postawionych powyżej.

Kalkulacje szczegółowe powinny zawierać wszystkie koszty skalkulowane i niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia tj. wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku.

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na cenę lub istotne składowe ceny, co najmniej

w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które uważa Państwo za istotne.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami

na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki,

a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystnych warunków wykonywania zamówienia dostępne

dla Wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia

za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j.

z dnia 2020.12.10) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie a także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena lub istotne składowe ceny skalkulowane były rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznają Państwo

za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży wyjaśnień w terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8

w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12 lutego 2024 roku wykonawca ZABERD przesłał wyjaśnienia, które

w części objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została część wyjaśnień oraz załączniki do pisma (10 załączników). Wykonawca przedstawił również informację zawierającą wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz

z dowodami tj. „Polityką ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz „Oświadczeniem

o zachowaniu poufności”. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została część wyjaśnień oraz załączniki do pisma (10 załączników):

- pismo z dnia 12 lutego 2024 roku w sprawie wyjaśnienia ceny oferty:

W odpowiedzi na pismo z dnia 31 stycznia 2024 roku o sygn. O/WR.D-3.2411.35.2023 dot. wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość oferty Wykonawca wyjaśnia co następuje:

Przed merytoryczną częścią wyjaśnień Wykonawca pragnie zwrócić uwagę na stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, zgodnie

z którym „przepisy ustawy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (wyrok S.O. w Katowicach z dnia 28.04.2008 sygn. akt XIX Ga 128/08; wyrok KIO z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1551/20).

Jednocześnie „cena „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, znacząco odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...). Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. (...) podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame.” (S. O. w Katowicach wyrok z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10, wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1609/11; wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2179/10); „Niedopuszczalne jest bowiem automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu. Nie wolno przesądzać o tym, że dana cena jest ceną rażąco niską, gdyż odbiega przykładowo: od wartości szacunkowej zamówienia, czy od cen pozostałych ofert. W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia, czy też ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty” (wyrok KIO z dnia 11 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 752/10),

W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartość”. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Ponadto, „brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia”. (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1730/10). Podkreślenia wymaga fakt, iż: „Nie istnieje jeden, uniwersalny, odnoszący się do wszystkich zamówień, wzorzec prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również jeden wzorzec odnoszący się do katalogu dowodów, które winny być przedłożone przez wykonawcę dla uzyskania gwarancji uznania, iż wywiązał się z obowiązku wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W każdym przypadku ocena wyjaśnień w zakresie wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny winna być zindywidualizowana, powinna uwzględniać m.in. specyfikę przedmiotu zamówienia i realia towarzyszące jego realizacji. Chodzi bowiem w szczególności o ustalenie czy zamówienie za zaoferowaną cenę może być wykonane zgodnie z SIWZ, z obowiązującymi przepisami prawa, sztuki zawodowej, przy zastosowaniu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Zamawiający dokonując ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien mieć na uwadze m.in. rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie”. (wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 691/19); Zgodnie z wyrokiem z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1551/20, Izba wskazała, „że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. (...) ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową”

Zamawiający wskazał, iż powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o art. 224 ust. 1 i 2 albowiem całkowita cena oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, która stanowi kwotę 19 683 001,25 złotych, natomiast cena oferty Wykonawcy wynosi 12 517 906,98 złotych brutto.

W toku postępowania zostały złożone 4 oferty i każda z tychże ofert stanowi kwotę niższą od kwoty ustalonej przez Zamawiającego. I tak oferta:

- Saferoad Services Sp. z o.o.. stanowi 77,68% kwoty wskazanej przez Zamawiającego;

- ORFIX Zakład Usługowy B.O. stanowi 70,22 % w/w kwoty;
- ZABERD Sp. z o. o. stanowi 63,61% w/w kwoty;
- Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E.K. stanowi 90,79% w/w kwoty.

Oferta firmy ZABERD sp. z o. o. stanowi 84,17% średniej arytmetycznej ofert złożonych przez wszystkich oferentów.

Wartość całej naszej oferty wynosząca 12 517 906,98 zł brutto stanowi bilans sprzyjających, wypracowanych przez Wykonawcę optymalnych warunków w zakresie kosztów i czynników cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia, w tym dużej dostępności i konkurencyjności w zakresie zakupu usług i materiałów, a także sprzyjających warunków na rynku pracy. Na poziom kalkulacji cen ma wpływ między innymi to, iż:

1) posiadamy kilkudziesięcioletnie doświadczenie w prowadzeniu i zarządzaniu kontraktami utrzymania (letniego i zimowego) dróg klasy A, S, GP, G na terenie całego kraju. Aktualnie prowadzimy samodzielnie lub we współpracy z podwykonawcami kilkadziesiąt różnego rodzaju kontraktów związanych z utrzymaniem dróg. W latach 2022-2023 pozyskaliśmy między innymi kontrakty na :

- Całoroczne utrzymanie autostrady A4 zarządzanej przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu nr postępowania O.WR.D-3.2413.12.2021;
- Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2021-2025 w podziale na części: część 1 A4 od km 112+512 do km 193+965 nr postępowania O.WR.D-3.2413.36.2021;
- Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie w podziale na 5 części: część 2 Rejon Nowy Sącz nr postępowania: O.KR.D-3.2413.13.2021;
- Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych GP/G zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze w podziale na 3 części: część nr 2 – Rejon w Nowej Soli Znak postępowania: O.ZG.D-3.2413.11.2021;
- Roboty bieżącego utrzymania dróg ekspresowych nr S12, S17, S19 i drogi krajowej nr 48 z podziałem na 4 części. Część 3: Oznakowanie i bezpieczeństwo dróg - droga ekspresowa S12/17 na odcinku od węzła Jastków (bez węzła) do węzła Piaski Wschód i droga ekspresowa S19 na odcinku od węzła Lublin Sławinek do włączenia drogi krajowej nr 19.;
- Usługi bieżącego utrzymania w zakresie estetyki na drodze ekspresowej S12/17 na odcinku od węzła Jastków (bez węzła) do węzła Piaski Wschód i droga ekspresowa S19 na odcinku od węzła Lublin Sławinek do włączenia drogi krajowej nr 19 administrowanych przez Rejon w Lubartowie;
- Usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Lublinie Rejon w Kraśniku. Znak postępowania: O.LU.D-3.2413.20.2021.db;
- Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 zadania: w zakresie Zadania nr 2 – Rejon w Siedlcach;
- Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie w podziale na 3 części: Część nr 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych w zakresie części nr 1, obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Elku;
- Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w podziale na 5 części. Część 2 utrzymanie dróg krajowych Rejon Szczecin;
- Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w podziale na 5 części. Część 5 utrzymanie dróg krajowych Rejon Nowogard;
- Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Nowym Tomyślu GDDKiA o/Poznań nr postępowania : O/PO.D-3.2421.32.2022
- Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Chodzieży GDDKiA o/Poznań nr postępowania O/PO.D-3.2421.30.2022;
- Bieżące utrzymanie dróg krajowych A4, S3, 94 na terenie Rejonu w Legnicy w latach 2023-2026, Zadanie nr 5 - utrzymanie urządzeń elektroenergetycznych, znaków aktywnych i oświetlenia ;
- Remont nawierzchni dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Lublinie z podziałem na 3 części Część 2 Rejon w Chełmie: Remont drogi krajowej nr 82 odc. Stara Wieś – Łączna od km 25+750 do km 30+960; Nr ref: O.LU.D-3.2421.10.2023.mc;
- Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Wałbrzychu w latach 2023-2026 z podziałem na zadania: Zadanie 3 – Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego O/WR.D-3.2421.1.2023;
- Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Legnicy w latach 2023 – 2026, Zadanie 3 – Utrzymanie oznakowania i urządzeń BRD nr O/WR.D-3.2421.9.2023;
- Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Kłodzku w latach 2023-2026 z podziałem na zadania: Zadanie 3 – Prace związane z oznakowaniem dróg i bezpieczeństwem ruchu

drogowego; Zadanie 4 - Utrzymanie pasów drogowych oraz usługi patrolowo – interwencji; Zadanie 5 - Utrzymanie zieleni niskiej nr postępowania O/WR.D-3.2421.36.2022

Kontrakty te obejmują teren całego kraju, co dodatkowo pozwala nam poznać na miejscu

w sposób bezpośredni specyfikę dróg w danym województwie, warunki klimatyczne danego regionu; Pozwala nam to poszerzać wachlarz firm współpracujących przy obsłudze kontraktów, czy też dostarczających sprzęt i materiały niezbędne do prawidłowego funkcjonowania danego kontraktu.

2) posiadamy zmagazynowane zapasy znacznych ilości różnego rodzaju materiałów znajdujących się w magazynach na terenie całego kraju, co skutkuje znacznymi oszczędnościami przy realizacji przedmiotu zamówienia

3) działając w dużej, ogólnokrajowej skali współpracujemy z bezpośrednimi producentami materiałów i surowców, a skala dotychczasowych zakupów zapewnia nam atrakcyjne warunki zakupu, rabaty i upusty cenowe jak również stałe utrzymywanie cen w dłuższych okresach czasu

4) posiadamy znaczną flotę w pełni wyposażonych pojazdów do utrzymania dróg, stale unowocześnianą i powiększaną na terenie całego kraju, co dodatkowo pozwala nam

w sposób sprawny zarządzać logistycznie i ekonomicznie realizacją prac utrzymaniowych, znacząco wpływając w ten sposób na obniżanie kosztów. Część tegoż sprzętu została już amortyzowana, co również znacznie obniża koszty obsługi kolejnych kontraktów.

W tej grupie współpracujemy również z wieloma Podwykonawcami na terenie całego kraju, co jeszcze dodatkowo usprawnia proces utrzymania dróg pozwalając na każdym kontrakcie do indywidualnego podejścia w zakresie modelu biznesowego i wysokości kosztów (samodzielne wykonywanie prac, częściowe powierzenie wykonywania prac, całościowe wykonywanie prac, częściowe finansowanie sprzętu przekazywanego Podwykonawcy itp.)

5) wypracowany model zarządzania w firmie związany z uporządkowanymi procesami zakupów, magazynowania materiałów, transportu i logistyki, współpracy z kontrahentami, firmami podwykonawczymi, oceną ryzyka finansowego i kosztów obsługi finansowej pozwala na ograniczanie obciążania nowych kontraktów kosztami koordynacji i zarządzania,

6) posiadamy możliwość wprowadzenia do realizacji prac doświadczonych rozrzuconych

na terenie całego kraju mobilnych grup z całego spektrum robót składających się na utrzymanie dróg,

7) posiadamy możliwość wprowadzenia do realizacji prac doświadczonych Podwykonawców, którzy akceptują realizację usług w cenach zapewniających stronom uzyskanie zadawalającego poziomu zysku, gwarantując jednocześnie należyłą realizację przedmiotu zamówienia, co w przełożeniu na realizację prac, daje wymierne możliwości obniżenia kosztów w tym związanych m.in. z:

- zarządzaniem i organizacją budowy,
- organizacją i utrzymaniem zaplecza Wykonawcy,
- kosztami gwarancji, zabezpieczeń i ubezpieczeń,
- logistyką i zakupami materiałów, sprzętu, niezbędnych badań, itp.
- doborem i zatrudnianiem Podwykonawców,
- zatrudnianiem personelu własnego.

8) każdą kalkulację poprzedzamy rzetelną wizją w terenie, wykonaniem szeregu analiz rynkowych, negocjacji cenowych, przeglądem zasobów sprzętowych i ludzkich aktualnie posiadanych, które mogą być niezwłocznie przesunięte na nowo uruchamiany kontrakt, analizą zasobów magazynowych stanowiących z jednej strony rezerwę, a z drugiej - zwiększających naszą konkurencyjność cenową

Każdy z wyżej opisanych elementów szczegółowo zostanie opisany w danej grupie prac, aby w sposób jednoznaczny rozwiązać wątpliwości co do tego, czy oferta zawiera znamiona rażąco niskiej ceny, czy też nie.

Zwracamy również uwagę na fakt, że zrealizowaliśmy już w ciągu wielu lat szereg umów

w zakresie utrzymania autostrad, dróg ekspresowych i krajowych. Kontrakty

te niejednokrotnie udawało nam się odnowić. Także obecnie realizujemy kolejne kontrakty kompleksowego utrzymania autostrad, dróg ekspresowych i dróg krajowych na terenach administrowanych między innymi przez większość Oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Utrzymywane drogi charakteryzują się różnymi parametrami technicznymi i skalą trudności utrzymania, w tym również jeśli chodzi o położenie w terenie, warunki klimatyczne, itp.

(od dróg na terenach nizinnych po drogi na terenach górskich).

Zdobyte doświadczenia i analizy pozwalają nam na precyzyjne określanie skali trudności podejmowanych realizacji co przekłada się na szacowanie kosztów na realnym poziomie, uwzględniającym wszelkie konieczne i wymagane przepisami nakłady i koszty a także zakładany zysk.

Dodatkowym elementem pozwalającym na utrzymanie zadawalającego poziomu kosztów jest dysponowanie parkiem maszyn oraz personelem przygotowanym do jednoczesnego, równoległego prowadzenia utrzymania i obsługi kilku tysięcy kilometrów dróg.

Wykonawca wskazuje, że tak duża liczba realizowanych równocześnie kontraktów, zlokalizowanych na terenie całego kraju, a jednocześnie w stosunkowo bliskiej odległości względem siebie i względem baz Wykonawcy, pozwoliła mu wypracować efektywne metody zarządzania pracą ludzi i sprzętu.

Wykonawca odpowiednio planując prace na kilku kontraktach równocześnie i dzięki specjalizacji pozwalającej na wzrost efektywności, zazwyczaj spotyka się z taką sytuacją,

że okresowo część pracowników dedykowanych do wykonywania wspomnianych

tu kontraktów nie ma konkretnych zadań do wykonania. Pracownicy ci są na bieżąco wykorzystywani do wykonywania robót na rzecz innych zamawiających (oczywiście nie dotyczy to tych części zamówienia, które Zamawiający GDDKiA zastrzegł sobie

na wyłączność). Wykonawca świadczy m.in. usługi porządkowe, usługi leśne, transportowe dla szeregu podmiotów: samorządów, instytucji państwowych i prywatnych. Nasz sprzęt

i ludzie są wykorzystywani na rzecz różnych zamówień, co oczywiście powoduje,

że ostatecznie koszty ich utrzymania rozkładają się na więcej kontraktów, zleceń

(co nie oznacza jednak, że Wykonawca na potrzeby niniejszego zamówienia nie kalkuluje pełnych kosztów, a tylko może pozwolić na zwiększenie zakładanego zysku). W kontekście wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia i specyficznej organizacji pracy Wykonawcy, wskazać dodatkowo należy, że Wykonawca zatrudniając pracowników, kieruje się zasadą, by pracownicy byli względem siebie łatwo zastępowalni oraz by posiadali uprawnienia i kwalifikacje do wykonywania różnych zadań np. duża część z pracowników Wykonawcy ma prawo jazdy kategorii C, co oznacza, że w razie przejściowych problemów

z kadrą na jednym kontrakcie, Wykonawca daną osobę może zastąpić osobą o takich samych uprawnieniach i kwalifikacji, zatrudnioną przy innym kontrakcie czy zleceniu. Ci sami pracownicy mogą być przy tym wykorzystywani do różnych zadań. Firma ZABERD

ma bardzo duży trzon pracowników, z dużym kilkunastoletnim doświadczeniem przy wykonywaniu kontraktów utrzymaniowych i robót budowlanych, z różnorodnymi uprawnieniami, certyfikatami, specjalistycznymi szkoleniami itp.

Polityka zakupowa Wykonawcy przewiduje od wielu lat umowy ramowe, które pozwalają

na dokonywanie zamówień łącznych na kilkanaście kontraktów utrzymaniowych w jednym zamówieniu, pozwala sporządzać harmonogramy zaopatrzenia, dzięki czemu:

- koszty zakupu danego asortymentu znacznie się obniżają, dając spore oszczędności;

- koszt danego asortymentu objęty jest znacznymi bonifikatami; Wykonawca podpisuje różnego rodzaju umowy, promesy niedostępne dla innych podmiotów co powoduje znaczne obniżenie ceny jednostkowej;

- dzięki zakupom na kilka-kilkanaście kontraktów jednocześnie, Wykonawca może pozwolić sobie na uśrednienie cen, obniżając koszt danego kontraktu i zwiększenie tym samym atrakcyjności i konkurencyjności podczas wycen kolejnych zamówień publicznych.

Każda z cen jednostkowych zawarta w Tabeli Elementów Rozliczeniowych oparta jest

o stosownie skonstruowany algorytm obliczania cen, który w tym miejscu zostanie opisany ogólnie, a w sposób szczegółowy będzie widoczny w kalkulacji każdej pojedynczej ceny jednostkowej.

Wykonawca firma ZABERD sp. z o. o. dokonał wyliczenia ceny ofertowej, uwzględniając

w szczególności zakres prac koniecznych do wykonania zamówienia wynikający

z dokumentów składających się na Opis Przedmiotu Zamówienia. Wskazać należy,

iż Zamawiający w SWZ nie określił zasad przypisywania do kosztów wykonania poszczególnych pozycji rozliczeniowych kosztów wspólnych dla różnych prac czy nawet grup prac, w tym w szczególności kosztów pośrednich, jak również ryzyka i zysku. Wykonawca wskazuje, że choć w każdej pozycji rozliczeniowej uwzględnione zostały koszty pośrednie, „inne koszty”, wycenę ryzyka i zysk, to poziom przypisania tych kosztów oraz zysku do poszczególnych pozycji wynika z indywidualnej kalkulacji Wykonawcy. Wykonawca zaznacza, że dla niektórych pozycji rozliczeniowych Zamawiający określił maksymalną

ich wartość procentową, jeżeli tak ustalona wartość nie pozwalała na pokrycie wszystkich kosztów wykonania tej pozycji rozliczeniowej i osiągnięcie zysku, Wykonawca zrezygnował

z oczekiwanego zysku (ustalając go na minimalnym poziomie), jednocześnie większy zysk Wykonawca starał się lokować w pozycjach, dla których maksymalna wysokość zysku była możliwie wyższa do osiągnięcia.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2015r., sygn. akt X Ga 76/15, w odnoszącym się między innymi do kosztów wspólnych: - w tym miejscu cytuję z wyroku

W toku niniejszego toczącego się postępowania niewątpliwie mamy do czynienia z taką sytuacją, że część prac koniecznych do wykonania na podstawie jednego zlecenia, czy też

w toku trwającego patrolu, będzie wykonywana w tym samym czasie i może być wykonywana przy użyciu tych samych pracowników, sprzętów i materiałów, przy wspólnych kosztach o charakterze ogólnym, np. koszty dojazdu do miejsca

świadczenia usługi (prace o różnym charakterze wykonane przez tą samą brygadę roboczą w ramach jednego kursu), zaś dla potrzeb rozliczeń z Zamawiającym dla prac tych zostały ustalone odrębne pozycje rozliczeniowe. Pomiędzy takie pozycje Wykonawca rozdzielał koszty wspólne według własnego uznania, często ujmując je na potrzeby rozbięcia kosztów oczekiwanego przez Zamawiającego w kosztach pośrednich (jako narzut na koszty bezpośrednie).

Podkreślenia wymaga to, iż Wykonawca w zakresie prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia cenę ofertową ustalił na podstawie własnej indywidualnej kalkulacji opartej – oczywiście poza wymogami zawartymi w SWZ – na swoim doświadczeniu wyniesionym z innych realizowanych kontraktów co do czasochłonności czynności, sposobu realizacji, zapotrzebowania na te usługi, jak również na analizach rynkowych które prowadzi od wielu lat.

Część wstępna – ogólne zasady przyjęte do wyceny oferty

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Koszty materiałów zostały oparte na aktualnych cenach, które posiadamy od naszych dostawców, ewentualnie na podstawie cen które posiadamy od naszych podwykonawców, firm współpracujących, którzy wykonują specjalistyczne roboty, ew. cen powszechnie dostępnych choćby za pośrednictwem Internetu.

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Istotnym elementem wpływającym na atrakcyjność ceny ofertowej jest również koszt paliwa oraz to, iż Wykonawca posiada własne stacje paliw oraz mobilne stacje paliw. Dzięki podpisanym przez firmę ZABERD umową z firmą ORLEN Paliwa sp. z o. o.

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Wszelkie koszty i stawki zostały przyjęte według zasad ogólnych opisanych powyżej. Każda wyceniana pozycja została wyceniona według zapisów dokumentacji przetargowej

za szczególnym uwzględnieniem Szczegółowej Specyfikacji Technicznej i zawiera wszystkie składniki ceny jednostkowej to jest robociznę, sprzęt, materiały, koszty zakupu materiałów, koszty inne, koszty pośrednie liczone wg zasad opisanych powyżej oraz zysk.

Każda cena jednostkowa zawarta w naszej ofercie obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Nadto przyjęliśmy dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, że jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, iż jednolita stawka jednostkowa została skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

Załączamy pełną kalkulację; ceny jednostkowe obejmują wszystkie składniki kosztów

tj. robocizna, sprzęt, koszty zakupu materiałów, zysk, także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót). W przypadku pozycji związanych 98-104 oraz 192- 196 ceny jednostkowe są cenami uśrednionymi, co wynika z braku możliwości jednoznacznego określenia wielkości danego zlecenia, dlatego koszty bezpośrednie zostały powiększone o indywidualnie określone koszty pośrednie, koszty ryzyk oraz zysk (dla każdej pozycji oddzielnie).

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Do pisma zostały faktycznie załączone pliki (10 załączników w tym pismo z pełną treścią).

Izba zważyła w odniesieniu do zarzutów 1, 3, 4 i 5 odwołania:

Na wstępie – wspólnie w zakresie rozpoznania zarzutów 1, 3, 4 i 5 odwołania –przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione ww. zarzuty odwołania Izba wyjaśnia

i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu

o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego

jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izba jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Izba podkreśla również, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy art. 516 ust. 1 odwołanie zawiera: 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z regulacji tej wynika w sposób jednoznaczny, że na Odwołującym ciążyą określone

obowiązki w zakresie złożenia odwołania. W przypadku składania odwołania obejmującego zarzuty do oceny przez Zamawiającego oferty wykonawcy konkurencyjnego w przytoczeniu wyjaśnień ceny oferty, wymaga szczególnego wskazania, że Odwołujący nie został zwolniony przez ustawodawcę ze wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Mimo odwrócenia ciężaru dowodu zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, nie zmienia to faktu, że to po stronie Odwołującego ustawodawca określa jednoznacznie obowiązki w zakresie wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. To wykonawca Odwołujący, mimo odwróconego ciężaru dowodu, obowiązany jest do udowodnienia, że wyjaśnienia udzielone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez innego wykonawcę są niewystarczające, nierzetelne lub z innych względów wadliwe. Jest to stanowisko ugruntowane w ramach orzecznictwa tak np.: wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2019 r. sygn. akt ; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2025 roku sygn. akt) jak również szerokiej doktryny przedmiotu.

W ramach rozpoznania ww. zarzutów odwołania (zarzut 1, 3, 4 i 5) niezbędne jest również wskazanie, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozdzielny element podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołania zakreśla jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego

i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności

te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd,

że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie

w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzwierciedlenie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradiktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego

w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedyne w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie z zasadą orzekania w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika to również z tego, że jakiegokolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu argumentację / stanowisko Odwołującego, z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej. Tym samym wszelkie uzasadnienie faktyczne nieujęte w treści odwołania musi zostać pominięte przez Izbę przy rozpoznaniu zarzutów odwołania, bowiem składane jest po upływie terminu na złożenie odwołania. Argumentacja faktyczna uzasadniająca dany zarzut odwołania nie może być uzupełniana w trakcie rozprawy. Tym samym wszelkie nowe okoliczności, uzasadnienia podnoszone przez Odwołującego na rozprawie Izba będzie obowiązana pominąć, bowiem gdyby uwzględniła je przy ocenie zarzutów naruszyłaby obowiązujący nakaz orzekania w zakresie objętym odwołaniem.

Przechodząc dalej w rozważaniach w ramach rozpoznania ww. zarzutów odwołania (zarzut 1, 3, 4 i 5) należy na wstępie wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawny. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska.

To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

Izba wskazuje i ponownie podkreśla, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał

tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać

na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przy czym należy zaznaczyć, że w każdym przypadku okoliczności jakie wpływają na wysokość ceny oferty stanowią indywidualną wypadkową okoliczności jakie odnoszą się do danego wykonawcy.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,

a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania

o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy

w składaniu wyjaśnień, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny 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. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy, do którego

to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.

Wymaga podkreślenia, że wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy

do wykazania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to,

że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność

i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania.

Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej lub na poszczególne jej elementy.

Elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są wyłącznie samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający

nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreślenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w

możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy. Jednocześnie wymaga wskazania, że określone informacje odnoszące się do kalkulacji ceny oferty mogą wynikać właśnie ze złożonych dowodów. Wyjaśnienia wykonawcy wraz z dowodami muszą być oceniane całościowo.

Mając na uwadze powyższe Izba odniesienie się do poszczególnych wskazywanych przez Odwołującego argumentów, a mających uzasadniać podniesiony przez Odwołującego ww. zarzuty odwołania.

W zakresie zarzutu 1 odwołania:

W zakresie tego zarzutu odwołania (zarzutu 1) Odwołujący podnosił naruszenia art. 16 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy przez skierowanie do ZABERD wezwania, w którym domagał się przedstawienia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy przepis stanowiący podstawę wezwania zawiera w swojej treści alternatywę (zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe), dzięki czemu polepszył sytuację ZABERD dając mu możliwość złożenia wyjaśnień dla siebie korzystnych tj. odnoszących się do całkowitej ceny oferty na którą składają się wszystkie pozycje kosztorysu w sytuacji, gdy to istotne części składowe oferty były rażąco niskie – tj. poz. 194 kosztorysu i 75 innych

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba wskazuje, że same twierdzenia Odwołującego nie są zgodne z ustalonym stanem faktycznym, bowiem Zamawiający

za pismem z dnia 31 stycznia 2024 roku jednoznacznie wezwał wykonawcę ZABERD

do przedstawienia wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 i 2 ustawy, gdzie jednoznacznie Zamawiający zobowiązał do złożenia *kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, która będzie uwzględniać*.

Wykonawca ZABERD przedstawił kalkulację dla każdej pozycji zawartej w kosztorysie ofertowym – jest to informacja objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pisma wykonawcy ZABERD, z dnia 12 lutego 2024 roku, wynika jednoznacznie, że kalkulacja każdej z cen jednostkowych została Zamawiającemu przedstawiona, i że w kalkulacji każdej pojedynczej ceny jednostkowej szczegółowo wynika obliczenia ceny jednostkowej dla danej pozycji.

Nieprawdą zatem jest, czego też nie dowiódł Odwołujący, że Zamawiający w jakiś szczególny sposób potraktował ZABERD wzywając do złożenia wyjaśnień „odnoszących się do całkowitej ceny oferty na którą składają się wszystkie pozycje kosztorysu”. Zamawiający wymagał, a ZABERD przedstawił kalkulację dla wszystkich pozycji ujętych w Kosztorysie ofertowym, co jednoznacznie wynika z akt postępowania odwoławczego.

Izba stwierdza, że załączony do odwołania dowód – tabela zawierająca zestawienie cen złożonych wg pozycji kosztorysu przez wszystkich wykonawców, stanowi w ocenie Izby jedynie potwierdzenie okoliczności faktycznych jakie wynikają z ofert złożonych

w postępowaniu. Jedynym elementem dodatkowym, jest wskazanie średniej arytmetycznej wartości netto wszystkich ofert dla danej pozycji kosztorysu ofertowego oraz wskazanie wartościowo progu 30% dla danej pozycji, a w konsekwencji podanie wartości procentowej średniej wartości ze wszystkich ofert i wskazanie pozycji zawierających „rażąco niska cena

u oferenta "ZABERD". Słusznie wskazał Zamawiający i ZABERD, że swoje stanowisko Odwołujący opiera na wartościach procentowych i tym, których wartość kosztorysu jest niższa od wartości odpowiadającej 30% uśrednionej wartości dla danej pozycji kosztorysowej dla wszystkich ofert. Odwołujący podał w odwołaniu, że w przypadku tych pozycji, a podaje że jest ich 76, przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia istotne są ceny jednostkowe oraz czynniki jakie pozwoliły na ich obniżenie. Izba podkreśla w tym miejscu, że ZABERD złożył szczegółową kalkulację dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Odwołujący podał również, że *w przypadku pozycji zaniżonych przez ZABERD Sp. z o.o. powody podane w wyjaśnieniach nie mają dla kalkulacji tych pozycji znaczenia, a o ile nawet mają, to nie zostało to udowodnione*. W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił tej okoliczności

w odniesieniu do podawanych 76 pozycji kosztorysu ofertowego. Jednocześnie należy podkreślić, że w obliczu stanu faktycznego tej sprawy niezasadne są twierdzenia o tym,

że Odwołującego o jakimkolwiek uprzywilejowaniu ZABERD, bowiem wymagał Zamawiający przedstawienia kalkulacji dla wszystkich pozycji jednostkowych z formularza ofertowego oraz podania informacji jakie wpływały na ich kalkulację.

W odniesieniu do „istotnych części składowych” Odwołujący utożsamia istotną część składową zamówienia z pozycjami kosztorysu ofertowego wycenionymi na wartość niższą niż 30% uśrednionej wartości wszystkich złożonych ofert dla danej pozycji kosztorysu ofertowego. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia

lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień,

w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Izba podkreśla, że kryterium, którym należy się kierować dokonując kwalifikacji dotyczących „istotnych części składowych”, jest w

szczegółowości znaczenie danego elementu przedmiotu zamówienia (i w konsekwencji skalkulowanej dla niego ceny) dla realizacji całego zamówienia. Z tego powodu za istotną część składową ceny uznać można m.in. ceny jednostkowe stanowiące podstawę odrębnego ustalania wynagrodzenia za odpowiadającą im część zamówienia. W ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wezwaniu Zamawiający nie żądał określenia wartości dla określonych części składowych, ale wymagał podania informacji o kalkulacji ceny każdej pozycji. Zamawiający nie wskazał, jakie części składowe kosztorysu ofertowego uznaje za „istotne części składowe”, a jednocześnie wymagał kalkulacji ceny dla każdej z pozycji. Wynika to niewątpliwie z charakteru wynagrodzenia dla każdej z pozycji kosztorysu ofertowego, gdzie rozliczane będzie ono na podstawie ceny jednostkowej netto. Tak więc każda z pozycji będzie rozliczana w oparciu o dane z kosztorysu ofertowego. To oznacza, że w ramach każdej z pozycji stosowany będzie ten sam mechanizm rozliczeniowy, a to powoduje, że ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji nie stanowią w ramach tego postępowania istotnych części składowych. Izba podkreśla, że ujmowanie ceny danej pozycji kosztorysowej jako istotnej części składowej jest jednym ze sposobów określania „istotnych części składowych” i w zasadzie ma znacznie, gdy dana część wyodrębniona jest z całości zamówienia. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Odwołujący w żaden sposób nie uzasadniał znaczenia i istoty „istotnej części składowej” dla wskazanych w zarzucie odwołania 76 pozycji. Nie wyjaśnił, poza podaniem, że wartości tych pozycji zaoferowane przez ZABERD są niższe niż 30% uśrednionej wartości wszystkich złożonych ofert, dlaczego winno uznać się te pozycje za mające charakter pozycji „istotnych części składowych”.

Odwołujący podał, że „istotną częścią składową” jest pozycja 194 kosztorysu ofertowego wyceniona na poziomie 57,75% średniej arytmetycznej pozycji u pozostałych wykonawców. jedynym argumentem podanym przez Odwołującego w odwołaniu było wskazanie, że jest to najważniejsza pozycja bowiem wykonywana będzie w sposób ciągły przez 24 godziny na dobę i wymaga zaangażowania pracowników do pracy w ruchu ciągłym i sprzętu do patrołowania. Poza stwierdzeniem opartym na szczegółowej specyfikacji technicznej Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w zakresie kalkulacji wartości tej pozycji przez ZABERD, nie przedstawił również żadnej argumentacji uzasadniającej tezy zawarte w zarzucie odwołania podanym w petitum odwołania, a odnoszące się do uprzywilejowania ZABERD złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawia żadnego uzasadnienia co do tego, że pozycję 194 należy uznać za „istotną część składową” oraz nie przedstawia żadnego uzasadnienia co do wyliczenia wartości tej pozycji. Izba podkreśla ponownie, że nie ma mowy o żadnym uprzywilejowaniu ZABERD, bowiem Zamawiający wezwał do przedstawienia kalkulacji dla każdej pozycji kosztorysowej i ZABERD takie kalkulacje przedstawił (tajemnica przedsiębiorstwa) w tym dotyczące pozycji 194 kosztorysu ofertowego.

Co do stanowiska prezentowanego w trakcie rozprawy przez Odwołującego to wymaga zaznaczenia w tym miejsc, że rozbudowanie stanowiska stanowi w ocenie Izby wyjątkie poza zarzuty odwołania. W tym miejscu Izba w całości powołuje swoje stanowisko co do zakresu rozpoznania definiowanego zarzutami odwołania wyrażone powyżej na wstępie rozpoznania zarzutów 1, 3, 4 i 5 odwołania. Cała argumentacja odnosząca się do między innymi do brygad 2-osobowych, kosztów minimalnych zatrudnienia, argumentacji opartej o wynagrodzenie minimalne i kwoty z kosztorysu ofertowego ZABERD stanowi argumentację spóźnioną, której Izba nie może brać pod uwagę w zakresie rozpoznania zarzutu odwołania. Stanowisko to powinno być wyrażone w odwołaniu, a nie przedstawiane dopiero na rozprawie.

W odniesieniu do odwołania się w argumentacji przedstawionej w trakcie rozprawy do art. 533 ust. 2 ustawy (Gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.) w powiązaniu zarzutu 1 i 2 odwołania nie znajduje w ocenie Izby żadnego uzasadnienia i Izba nie uznała żadnych faktów za przyznane. W tym zakresie Izba w całości przywołuje argumentację zawartą w rozpoznaniu zarzutu 2.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdza, że nie doszło do uprzywilejowania wykonawcy ZABERD przy składaniu wyjaśnień, wykonawca złożył wyjaśnienia dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego (tajemnica przedsiębiorstwa) zgodnie z wymaganiami określonymi w wezwaniu Zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w ramach zarzutu 1, w tym nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu 3 odwołania:

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenia art. 16 w zw. z art. 224 ust. 6 i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

przez dokonanie newszechstronnej oceny złożonych przez ZABERD wyjaśnień w zakresie braku odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania oraz braku adekwatności wyjaśnień do przedmiotu zamówienia, a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i skutkiem tego zaniechanie odrzucenia tej oferty w sytuacji, gdy wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu 76 pozycji kosztorysu ofertowego, które stanowią istotne części składowe oferty.

Z uzasadnienia zarzutów odwołania podniesieniowych przez Odwołującego wyłania się ogólna teza o lakoniczności przedstawionych wyjaśnień, wskazuje Odwołujący, że stanowią one szablon, który może być wykorzystany przez ZABERD w każdym postępowaniu. W ocenie Izby, wyjaśnienia przedstawione przez ZABERD wraz

z załączonymi dowodami nie są lakoniczne i ogólne oraz odnoszą się w sposób szczegółowy do wezwań Zamawiającego. Odniesienie do treści zwartych w złożonych wyjaśnieniach (część jawna) w powiązaniu z całością wyjaśnień (część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa)

oraz w powiązaniu z poszczególnymi dokumentami, w tym kalkulacją dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego oraz pozostałymi dokumentami w tym w dokumencie „Tabela wyliczeń stawki roboczogodziny” (tajemnica przedsiębiorstwa) nie uzasadnia w żaden sposób twierdzenia Odwołującego.

W ocenie Izby przedstawione kalkulacje zawiera bardzo szczegółowe informacje

o poszczególnych wskazanych tam pozycjach jak również w przedstawionych dokumentach, uszczegóławiających poszczególne informacje oraz dowodzących określone czynności ZABERD.

Wymaga podkreślenia, że treść uzasadnienia odwołania jest lakoniczna, ogólnikowa

i w zasadzie blankietowa – taka, którą można byłoby odnieść do wielu postępowań odwoławczych. Odwołującemu znana była cała treść wezwania z dnia 31 stycznia, jakie skierował Zamawiający do ZABERD, jednakże Odwołujący mając taką wiedzę nie wskazał jakiego zakresu informacji nie przekazano w jego ocenie Zamawiającemu, na jakie pytania nie udzielono odpowiedzi i jakich informacji nie uzyskał Zamawiający. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał dlaczego jego zdaniem Zamawiający nie dokonał sprawdzenia wyjaśnień. Ogólne wskazanie poprzedzające takie twierdzenie Odwołującego zawarte

w uzasadnieniu odwołania odnosi się do treści wezwania, ale nie podaje Odwołujący jakie okoliczności jego zdaniem nie zostały wykazane. Nie podał Odwołujący jakichkolwiek okoliczności wskazujących na brak wszechstronności oceny złożonych wyjaśnień, jak również nie wyjaśnił na czym miałby polegać brak adekwatności w składanych wyjaśnieniach do przedmiotu zamówienia. Izba we wstępnej części rozpoznania zarzutów odwołania 1, 3, 4 i 5 przedstawiła stanowisko odnoszące się do obowiązku wykonawcy prezentowania zarzutów odwołania oraz uzasadnienia treści tych zarzutów, jak również w zakresie rozkładu ciężaru dowodów i w tym miejscu w całości przyjmuje tę argumentację za zasadną. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący kwestionując czynność oceny danych dokumentów dokonaną przez Zamawiającego (Izba ocenia czynność Zamawiającego w przyznaniu zarzutu odwołania) obowiązany jest do prezentacji argumentacji dającej poddać się ocenie, bowiem ustalony na podstawie art. 537 ustawy ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego

z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czynią uzasadnienia

dla podnoszonego zarzutu. Jednocześnie przepis art. 516 ust. 1 ustawy jednoznacznie, niezależnie od pozostałych regulacji, wymaga od Odwołującego zawarcia w treści odwołania uzasadnienia faktycznego. Nie jest tym samym wystarczającym podnoszenie ogólnikowych, ogólnych twierdzeń, które nie odnoszą się do konkretnych elementów uzasadniających podnoszone naruszenia.

Powyższe ma również odniesienie do twierdzenia Odwołującego zawartego w uzasadnieniu odwołania w zakresie twierdzenia, że z wyjaśnień ZABERD *nie wynika jakie oszczędności*

w zakresie każdej pozycji kosztorysu ofertowego – zaznaczone w tabeli zostały poczynione w związku ze wskazywanymi polami, w których zmniejszono koszty. O ile można się domyślić, że Odwołującemu chodzi o tabelę „Zestawienie cen złożonych ofert wg pozycji kosztorysu”, którą załączył do odwołania, ale już nie sposób ustalić o jakie pola chodzi wykonawcy, bowiem nigdzie w zakresie rozpoznania zarzutu nie wskazał czy chodzi mu

o pozycje, których wartość jest niższa niż 30% uśrednionej ceny pozostałych ofert czy

o jakieś inne. Ponieważ nie określił co rozumie pod pojęciem „w których zmniejszono koszty” w ocenie Izby nie sposób ich utożsamiać z podanymi w treści zarzutu 76 pozycjami kosztorysu ofertowego. Zaznaczyć również należy, że ww. tabela stanowi załącznik

do odwołania, ale powołana jako dowód została jedynie w zakresie zarzutu 1 odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, nie uzasadnił jakie ewentualnie koszty zostały

w jego ocenie zaniżone, a które to stanowisko Odwołującego dawałoby się poddać ocenie. Jednocześnie Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołującemu znana była część wyjaśnień przedstawionych przez ZABERD i miał możliwość do odniesienia się do tych treści. Odwołującemu znana była również kalkulacja zawarta w kosztorysie oferty dla każdej

pozycji jaką przedstawił ZABERD, co oznacza, że Odwołujący miał możliwość przy ujęciu treści dokumentacji zamówienia w szczególności szczegółowych specyfikacji zamówienia wskazać na uchybienia we wszechstronnej ocenie złożonych wyjaśnień, nawet przy tym, że część wyjaśnień była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Skoro bowiem jak twierdzi Odwołujący

w zarzucie odwołania, to powinien był uzasadnić to, a nie poprzestać na stanowisku ogólnikowym i kwestionującym czynność Zamawiającego w zasadzie bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia.

W zakresie odnoszącym się do powołania się przez Odwołującego w treści zarzutu odwołania wskazanego w petitum odwołania, a odnoszącego się do tego, że 76 pozycji kosztorysu ofertowego stanowi „istotne części składowe” Izba w całości w tym miejscu przyjmuje argumentację wskazaną w zakresie rozpoznania zarzut 1 odwołania.

W odniesieniu do odwołania się w argumentacji przedstawionej w trakcie rozprawy do art. 533 ust. 2 ustawy (Gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.) stanowisko to nie znajduje w ocenie Izby żadnego uzasadnienia i Izba nie uznała żadnych faktów za przyznane. W tym zakresie Izba w całości przywołuje argumentację zawartą

w rozpoznaniu zarzutu 2 odwołania. Izba jedynie w uzupełnieniu podaje, że Odwołujący w treści swojego uzasadnienia nie odniósł się do 76 pozycji kosztorysu ofertowego, w żaden sposób nawet nie zdefiniował tych pozycji poprzestając na odwołaniu do niezdefiniowanego nigdzie zmniejszenia kosztów w nieokreślonych polach.

Izba nie poszukuje za Odwołującego wyjaśnienia treści jakimi się posługuje, nie poszukuje też za Odwołującego argumentacji uzasadniającej ogólnikowość jego twierdzeń.

W odniesieniu do odwołania się w argumentacji przedstawionej w trakcie rozprawy, a odnoszącej się do konieczności ujęcia w danej pozycji wszystkich kosztów dla danej pozycji z uwagi na charakter kosztorysowy zamówienia, to Izba podkreśla, że jest stanowisko jakie nie było ujęte w uzasadnieniu odwołania. W tym miejscu Izba powołuje argumentację przedstawioną we wstępnej części odwołania, a odnoszącą się do zakresu zarzutów jaki może zostać poddany rozpoznaniu. Nowe treści, nowe fakty zgłaszane po terminie na złożenie odwołania nie mogą być uwzględnione przez Izbę i poddane ocenie, bowiem Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie zarzutu określonego w odwołaniu. W treści odwołania brak było jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do kalkulacji kosztów minimalnych wynagrodzenia w ramach pozycji 194 kosztorysu ofertowego.

Izba uznała, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu jest bardzo szczątkowa, a przy tym niezmiernie lakoniczna. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy ZABERD złożone na wezwania Zamawiającego nie są ani gołostowne, ani lakoniczne, ani ogólnikowe. Treści zawarte w dokumentach złożonych przez ZABERD znajdują swoje uszczegółowienie w załącznikach, dowodach złożonych przy tych pismach, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, opatrzone są dowodami, które potwierdzają realność ceny oraz cen jednostkowych.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w ramach zarzutu 3, w tym nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu 4 odwołania

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku

z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD w Zadaniu 4

w sytuacji, gdy zaoferowane ceny części składowych oferty tj. poz. 194 kosztorysu ofertowego oraz 75 innych pozycji są rażąco niskie.

W zakresie uzasadnienia tego zarzutu odwołania Odwołujący ponownie stwierdza,

na podstawie dokonanego zestawienia cen ofert wykonawców dla poszczególnych pozycji, że 76 pozycji z kosztorysu ofertowego ma ceny rażąco niskie. Wskazuje w oparciu o ceny

z kosztorysów ofertowych dla tej pozycji, że cena ZABERD jest niższa o 45,75% od średniej arytmetycznej cen ofert konkurencyjnych i o 714 761,44 niż od progu 30%. Odwołujący podaje też treść pozycji kosztorysowej oraz zakres wezwania Zamawiającego z dnia

31 stycznia 2024 roku dla tej pozycji kosztorysu ofertowego. Wskazanie tych informacji, ustalenia faktów, nie zostało w żaden sposób uzupełnione przez Odwołującego

o jakąkolwiek argumentację faktyczną uzasadniającą, że zaoferowana cena przez ZABERD jest rażąco niska.

W zakresie zarzuconego w uzasadnieniu odwołania dla tego zarzutu Zamawiającemu braku rozważenia czy okoliczności wymienione przez ZABERD w wyjaśnieniach odnoszące się

do doświadczenia pracowników, mobilna stacja benzynowa, upusty i rabaty, zapasy

dla wykonania tej konkretnej pozycji miały znaczenie Odwołujący nie przedstawia żadnego stanowiska faktycznego uzasadniającego, że te okoliczności nie mogły mieć takiego wpływu na obniżenie wartości tej pozycji. To rolę wykonawcy kwestionującego czynność Zamawiającego jest podanie okoliczności, które pozwoliły na ocenę czynności i

ewentualne jej uznanie za nieprawidłową. To rolą Odwołującego było wskazanie okoliczności jakie w jego ocenie spowodowały, że Zamawiający dokonał wadliwej oceny wyjaśnień, że czynność Zamawiającego w efekcie jest nieprawidłowa. To wykonawca Odwołujący powinien wskazać w uzasadnieniu odwołania, że nie jest w jego ocenie możliwe w obliczu wymagań przedmiotowych ujętych w dokumentacji zamówienia (ze wskazaniem tych okoliczności) w szczególności w szczegółowych specyfikacjach technicznych obniżenie wartości tej pozycji o podnoszone w odwołaniu 34%. ZABERD przedstawił szczegółowe wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, które w części są jawne i dostępne Odwołującemu co potwierdza odwołanie się do wskazanych okoliczności przy jednoczesnym braku ich kwestionowania przez Odwołującego w sposób możliwy do zbadania i oceny.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że wskazanie Odwołującego, że potencjał osobowy i sprzętowy wszystkich wykonawców jest porównywalny, co uzasadnia tym, że wszyscy spełniają warunki progowe dowodzi tego, że Odwołujący – skoro wszystko jest porównywalne – nie powinien mieć problemu, czyli mógł, szczegółowo odnieść się do poszczególnych elementów zamówienia dla tej pozycji 194, które powinny być w niej ujęte i skalkulowane w obliczu dokumentacji zamówienia, a których w jego ocenie ZABERD nie ujął albo ujął na niewystarczającym poziomie. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej twierdzenia zawarte w zarzucie odwołania. ZABERD natomiast przedstawił szczegółowe kalkulacje oraz wyliczenia zgodnie z żądaniem Zamawiającego, jak również dowody.

Izba podkreśla, że Odwołujący wskazał na brak możliwości „wypracowania zysku, przy takiej kalkulacji pozycji 194, bowiem nie zostało to dowodowo i matematycznie wykazane. Jednocześnie, mając na uwadze cało powyżej prezentowane stanowisko Izba wskazuje, że Odwołujący, mając jak potencjał osobowy i sprzętowy podobny do wszystkich wykonawców który jest porównywalny, w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że ZBAERD nie ma możliwości wypracowania zysku. Izba podkreśla również, że Odwołujący nie odniósł się do tego czy chodzi mu o wypracowanie zysku na tej konkretnej pozycji, czy o wypracowanie zysku na całości zamówienia.

Odwołujący nie uzasadnia w odwołaniu również dlaczego w jego ocenie pozycja 194 kosztorysu ofertowego jest „kluczową częścią zamówienia” i co w zasadzie w ocenie Odwołującego to oznacza. Wymaga wskazania, że takim określeniem ustawa się nie posługuje.

W odniesieniu do argumentacji faktycznej przedstawianej na rozprawie oraz dowód nr 1 złożonego do akt sprawy w trakcie rozprawy Izba, podobnie jak w powyżej rozpoznawanych zarzutach, wyjaśnia, że odwołanie się do wynagrodzenia minimalnego oraz szczegółowe odnoszenie do ilości brygad, niezbędnej ilości osób jakie mają realizować zadania z pozycji 194 oraz zakresu zadań wynikających ze szczegółowych specyfikacji technicznych, a także wyliczeń opartych o wysokość minimalnego wynagrodzenia pracowników Izba uznaje za spóźnione. Te wszystkie informacje powinny być zawarte

w uzasadnieniu zarzutu odwołania, a ich przedstawienie w trakcie rozprawy potwierdza jedynie brak faktycznego uzasadnienia zarzutu odwołania w terminie na skuteczne wniesienie odwołania. Izba wskazuje, że przedstawianie argumentacji faktycznej mającej uzasadniać dany zarzut, bowiem w zasadzie dopiero te informacje dałyby się poddać jakiegokolwiek ocenie, stanowi uzupełnienie treści odwołania i zmianę zakresu uzasadnienia zarzutu odwołania. Niedopuszczalnym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa jest rozpoznawanie przez Izbę odwołania ponad zakres zarzutów odwołania. Uzasadnienie zarzutu odwołania jest immamentnie powiązane z treścią zarzutu, a z orzecznictwa jednoznacznie wynika, że zakres zarzutu odwołania wyznacza faktyczna argumentacja dla tego zarzutu. W tym zakresie Izba powołuje argumentację przedstawioną we wstępnej części odwołania, a odnoszącą się do zakresu zarzutów jaki może zostać poddany rozpoznaniu. Nowe treści, nowe fakty zgłaszane po terminie na złożenie odwołania nie mogą być uwzględnione przez Izbę i poddane ocenie, bowiem Izba rozpoznaje odwołanie

w zakresie zarzutu określonego w odwołaniu. W treści odwołania brak było jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do kalkulacji kosztów minimalnych wynagrodzenia w ramach pozycji 194 kosztorysu ofertowego, ilości osób realizujących usługę w tym zakresie, przedmiotu zamówienia określającego ich udział w realizacji zamówienia. Wdaje się prawidłowym stwierdzenie, że przedstawianie wszystkich informacji w trakcie rozprawy przez Odwołującego a jakie nie były ujęte w treści uzasadnienia zarzutu odwołania, jaki

i pozostałych zarzutów 1, 3 i 4 stanowi przejaw reakcji na pisma procesowe złożone w sprawie.

W odniesieniu do wskazania Odwołującego z rozprawy, w oparciu o art. 532 ust. 1 ustawy (Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu; szerzej w tym zakresie w rozpoznaniu zrzutu 6, co Izba w tym miejscu przywołuje w całości), że wysokość minimalnego wynagrodzenia stanowi fakt powszechnie znany to z tym zakresem Izba się zgadza. Ta powszechna wiedza może zostać odniesiona do wysokości minimalnego wynagrodzenia jakie określają przepisy

obowiązującego prawa (w szczególności rozporządzeń wprowadzających stawki minimalnego wynagrodzenia w określonych przedziałach czasowych). Natomiast odniesienie tych powszechnie znanych okoliczności do stanu faktycznego danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem zakresu i przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji itd. przy uwzględnieniu określonego zakresu kadrowego to już obowiązek wykonawcy Odwołującego, który kwestionuje ujęcie w cenie oferty, czy też w wartości danej pozycji wysokości wartości wynagrodzenia dla określonego zakresu pracowników w przyzmacie realizacji przedmiotu zamówienia. w odwołaniu brak jest jakiegokolwiek wskazania na brak ujęcia w ramach pozycji 194 kosztorysu ofertowego wynagrodzenia pracowników na poziomie minimalnych, w tym brak jest jakiegokolwiek informacji odnoszącej wynagrodzenie do zakresu świadczonych usług w ramach całego zamówienia wynikającego ze szczegółowych specyfikacji technicznych. Brak jest również jakiegokolwiek wskazania, że w ramach tego zamówienia osoby zatrudnione mają być jedynie do realizacji danych czynności z pozycji kosztorysowej a nie realizacji całej grupy czynności rozkładających się na różne pozycje kosztorysowe.

Wymaga podkreślenia, że zarówno ustawodawca w art. 224 w ust. 3 ustawy, jak również w przypadku tego postępowania o zamówienie Zamawiający w treści wezwania, wskazuje na czynienie wyjaśnień w zakresie zgodności dotyczących kosztów pracy z obowiązującymi regulacjami prawnymi. W przypadku usług Zamawiający jest obowiązany żądać takich wyjaśnień co wynika z art. 224 ust. 4 ustawy. Konsekwencją żądania wyjaśnień w tym zakresie jest obowiązek Odwołującego kwestionowania prawidłowości wyliczenia takich kosztów, w przypadku podnoszenia zarzutu. Ale wykonawca musi takie działania podjąć

w ramach składanego odwołania. Fakt powszechnie znany co do wysokości wynagrodzenia minimalnego w żaden sposób nie zastępuje obowiązku przedstawiania argumentacji uzasadniającej stanowisko Dowołującego w tym zakresie. Takie w tym odwołaniu nie było przedstawione przez Odwołującego.

Izba w tym miejscu odwołuje się do uzasadnienia przedstawionego na wstępie rozpadania zarzutów 1,3 4 i 5 odwołania i wyjaśnia, mając na uwadze stanowisko wyrażone również

w powyższych akapitach, że nieskuteczne są uzupełnienia zarzutów odwołania po upływie terminu na złożenie odwołania.

Izba mając na uwadze powyższe za bezzasadny uznała dowodów nr 1 złożony przez Odwołującego na rozprawie z uwagi to, że odnosi się on do okoliczności jakie nie były podnoszone w uzasadnieniu zarzutu odwołania.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w ramach zarzutu 4, w tym nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu 5 odwołania

Odwołujący Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej ZABRED, której ceny części składowych oferty tj. 76 pozycji kosztorysu ofertowego jest rażąco niskie.

Izba wyjaśnia w tym miejscu, że zarzut odwołania oparty jest na wzajemnie powiązanych dwóch podstawach prawnych, które odnoszą się do zupełnie innych zakresów oceny oferty.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W ramach przedmiotowego zarzutu odwołania Odwołujący powołał tą regulację odnoszącą się do wyboru ofert

na podstawie kryteriów w powiązaniu z podstawami odrzucenia. Nie wskazał natomiast w jakim zakresie i dlaczego wskazuje tę podstawę, bowiem nie wyjaśnił w żaden sposób w jakim zakresie Zamawiający dokonał wyboru oferty z naruszeniem odnoszącym się

do kryteriów oceny ofert. Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert lub zastosowania ich w sposób nieprawidłowy.

Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Zamawiający, Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W treści zarzutu odwołania Odwołujący odnosi się do wadliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, której ceny części składowych tj. 96 pozycji kosztorysu ofertowego jest rażąco niska, a w uzasadnieniu podaje, że doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej

z naruszeniem powołanych wyżej przepisów. Taka konstrukcja zarzutu odwołania przesądza o tym, że zarzut jest niezasadny bowiem podane podstawy prawne w żaden sposób nie odnoszą się do odrzucenia oferty z postępowania.

Przedstawione w ramach zarzutu odwołania uzasadnienie również nie dowodzi, że oferta ZABERD powinna zostać odrzucona z postępowania. Z odwołaniem do powyżej podanych podstaw prawnych Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób, w oparciu o te regulacje prawne miałyby dojść do odrzucenia oferty z postępowania. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o inne kryteria niż podane w SWZ.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania Odwołujący ponownie, podobnie jak we wyżej rozpoznanych zarzutach wskazuje na pozycje Kosztorysu ofertowego, które wycenione są poniżej 30%, ale dla odmiany nie podaje w tym zarzucie poniżej 30% jakiej wartości wyjściowej. Wskazanie przez Odwołującego co powinien uczynić ZABERD oraz jak powinien oceniać wyjaśnienia Zamawiający (sprawdzenie poprawności procedury) nie uzasadnia

w żaden sposób podstaw do odrzucenia odwołania. Odwołujący ponownie nie przedstawia żadnego faktycznego uzasadnienia mającego potwierdzać zasadność jego twierdzeń zawartych w zarzucie odwołania. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający poprzestał

na wysłaniu wezwania – co jednocześnie przeczy podstawie prawnej zarzutu odwołania –

i zadowolili się wyjaśnieniami bez ich analizy. Gołosłowne twierdzenie Odwołującego

nie dowodzi żadnej podstawy uzasadniającej odrzucenie oferty ZABERD. Odwołujący

nie przedstawia żadnej argumentacji, która uzasadniałaby że kalkulacja 76 pozycji

(w odniesieniu do poszczególnych pozycji, których nawet nie wymienia) zostały w sposób nieprawidłowy ocenione przez Zamawiającego. Izba ponownie podkreśla, że Odwołującemu znane były wartości poszczególnych pozycji, jak również znane były mu wymagania przedmiotowe zawarte w dokumentach zamówienia, w szczególności w szczegółowych specyfikacjach technicznych, jak również znane były Odwołującemu wyjaśnienia złożone przez ZABERD w części jawnej. Pomimo tego, Odwołujący nie przedstawił żadnego stanowiska w odniesieniu do żadnej pozycji kosztorysu ofertowego ZABERD ze wskazanych w zarzucie 76. Odwołujący nie wyjaśnił co też rozumie pod pojęciem ceny „części składowych”, a które to określenie nie jest znane ustawie.

Izba podkreśla również, że w trakcie rozprawy Odwołujący odnosił się do tego zarzutu

w powiązaniu z zarzutem 6 i 7 i argumentował jak dla tych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w ramach zarzutu 5.

W zakresie zarzutu 2 – naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ZABERD i uznanie

za skuteczne zastrzeżenie przez ZABERD tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie metodologii oraz wyliczeń zawartych w złożonych na wezwanie kalkulacjach szczegółowych cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy kalkulacje szczegółowe są odzwierciedleniem liczbowym struktury kosztów każdej poz. kosztorysu ofertowego przez co nie zawierają w sobie informacji wrażliwych

wg przedstawionego przez ZABERD zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

– **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Izba ustaliła na podstawie akt postępowania odwoławczego, że za pismem z dnia

12 lutego 2024 roku wykonawca ZABERD przesłał wyjaśnienia, które w części objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została część wyjaśnień oraz załączniki do pisma (10 załączników). Wykonawca przedstawił również pismem z dnia

12 lutego 2024 roku informację zawierającą wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami tj. „Polityką ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz „Oświadczeniem o zachowaniu poufności”. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została część wyjaśnień oraz załączniki do pisma (10 załączników):

Mając na uwadze treść złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień w zakresie składników cenotwórczych oferty, w tym załączone dowody, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2029 r. Prawo zamówień publicznych

w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022.1233 ze zm.; dalej: „uznk”), Wykonawca ZaberD sp. z o.o. zastrzega następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje te nie podlegają udostępnieniu innym podmiotom):

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

b) oferty podwykonawców i dostawców;

c) umowy podwykonawcze i umowy o współpracy;

Możliwość zastrzeżenia poufności wszelkich informacji przedkładanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje potwierdzenie również

w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 7.09.2021r. (sygn.akt: C-927/19) Trybunału Sprawiedliwości

podkreślił bowiem, że „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania o udzielenie zamówienia bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę (zob. podobnie wyroki: z dnia 14.02.2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; a także z dnia 15.07.2021r., Komisja/Landesbank Baden-Württemberg i SRB, C-584/20 i C-621/20 P, EU:C:2021:601, pkt 112 i przytoczone tam orzecznictwo)”.

UZASADNIENIE

Przepis art. 11 ust. 2 uznk stanowi: „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”.

RODZAJ INFORMACJI – WARTOŚĆ GOSPODARCZA

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

To właśnie indywidualnie skalkulowane oferty i upusty stanowią podstawę konkurencyjności Zaberd sp. z o.o. w jednolitym rynku utrzymaniowym. Kalkulacje te wynikają z unikalnej „Metodologii wyceny kontraktów utrzymaniowych”, która stanowi przedmiot własności intelektualnej spółki i stanowi narzędzie analityczne oparte na wieloletnim doświadczeniu spółki, zasobach handlowych, portfelu kontraktów w podwykonawcami, zakładanej marży opartej na modelowaniu przychodów w oparciu o dane historyczne oraz badaniu efektywności wykorzystania kierowanych do realizacji kontraktów utrzymaniowych zasobów.

Bezsprzecznym jest, że właśnie wysokość kosztów wynikająca z wieloletniego doświadczenia w koordynowaniu prac podwykonawców i dostawców przesądza o przewadze konkurencyjnej i daje podstawy oferowania atrakcyjnych cen, co prowadzi do oczywistego wniosku, że właśnie te ceny, a także informacje o nawiązanych kontraktach i współpracy, kształtowane indywidualnie mają dla Zaberd sp. z o.o. unikalną wartość gospodarczą.

W praktyce to bowiem w znakomitej większości wypadków wyłączność we współpracy z danym dostawcą, czy podwykonawcą przesądza o możliwości zaoferowania niższej, ale stabilnej ceny. Tym samym wiedza konkurencji na ten temat może w sposób bezpośredni uderzać w pozycję rynkową Zaberd sp. z o.o. Potencjalni konkurenci mogą bowiem podejmować próby przejmowania kontraktów podwykonawczych Zaberd sp. z o.o. np. poprzez oferowanie wyższych stawek za usługi czy materiały. W ten oczywisty sposób potwierdza się przesłanka wartości gospodarczej zastrzeżonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny informacji. Wykonawca wskazuje, że zastrzeżenie poufności tych informacji podyktowane jest koniecznością ochrony jego interesów gospodarczych. Zestawienie danych zawartych w niniejszych wyjaśnieniach umożliwia bowiem poznanie strategii cenowej i metod kalkulacji przyjętych przez Wykonawcę, marżach Wykonawcy, kontrahentach Wykonawcy oraz stawkach i rabatach uzyskanych od podwykonawców i dostawców w drodze negocjacji. Wartość gospodarcza oraz znaczenie zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji znajduje potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie KIO

- wyrok z dnia 9 maja 2022 r. (sygn.akt: KIO 991/22), gdzie KIO wskazuje, że wypracowane w ramach prowadzonej działalności „relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji”.

- wyrok KIO z dnia 28.02.2022r.; sygn.akt: KIO 245/22: „Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Sposób kalkulacji ceny jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy z uwagi na fakt, że każde przedsiębiorstwo posiada własną specyfikę działalności i określony potencjał. Cena oferty jest zatem w każdym przypadku korelacją szeregu elementów np. własnego potencjału kadrowego i sprzętowego, możliwości logistycznych, wysokości założonego zysku, cen podwykonawstwa i materiałów, kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, wielkości uzyskanych rabatów oraz źródeł dostaw.

W orzecznictwie KIO ocena kalkulacji cenowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa również znajduje jednoznaczne

poparcie:

- wyrok KIO z dnia 28.12.2021 r.; sygn. akt: KIO 3513/21: „Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte Zostały założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doбором właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości”

- wyrok KIO 180/13: „szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem min, kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. w ocenie Izby zawierają informacje handlowe niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy pozostające w związku z informacjami, które zostały złożone w ofercie i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa”,

- wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1432/12, "(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych sygn. akt: KIO 180/13 informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencyjności na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działań Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.”.

- wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 217/12: "Izba uznała, że dokumenty zawarte, jako załącznik (...) zostały przez zamawiającego ocenione prawidłowo jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców, umów o nadzór autorski, umów na opracowanie dodatkowej dokumentacji, rachunków i faktur na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty, oferty dotyczące dojazdów, wykazanie przyjętej kalkulacji związanej z możliwością łączenia czynności nadzoru autorskiego (wyjazdów) w ramach różnych umów o nadzór autorski dla kilku zamawiających itp. czyli inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Te informacje wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów.”.

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

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

Sposób organizacji pracy w ramach szerokiego rynku utrzymaniowego stanowi know-how Wykonawcy o istotnej wartości gospodarczej.

W przypadku zatem odtajnienia przedkładanych obecnie kalkulacji, konkurenci Wykonawcy uzyskają bezpłatny dostęp do wiarygodnych zestawień dotyczących istotnych cech Wykonawcy mających bezpośredni wpływ na jego sytuację rynkową, których pozyskanie przez nich w innych okolicznościach nie byłoby możliwe.

Objęte tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacje poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia umożliwią pozostałym oferentom, odtworzenie z dużym stopniem szczegółowości:

- poziomu i sposobu wyceny kosztów wykonania poszczególnych robót przez Wykonawcę;
- wysokości założonego zysku;
- metod minimalizowania kosztów;
- przyjętych rozwiązań organizacyjnych i technologicznych;
- posiadanego potencjału, który umożliwił Wykonawcy obniżenie kosztów realizacji inwestycji w stosunku do cen konkurentów;
- poziomu kosztów stałych;

- wysokości kosztów towarzyszących;
- wysokości stawek jednostkowych,

na podstawie danych zebranych w objętej tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach Polityki ochrony informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Zaberd sp. Zo.o. Metodologii wyceny kontraktów utrzymaniowych, która stanowi narzędzie objęte prawami autorskimi.

Powyższe dowodzi, iż metody kalkulacji cen przez Zaberd sp. z o.o., a w konsekwencji wyniki ich zastosowania w postaci konkretnych kalkulacji cenowych wraz z dowodami stanowią rozwiązanie indywidualne, mające wartość gospodarczą, do którego Wykonawca chroni dostęp zarówno w ramach procedur ubiegania się o udzielenie zamówienia, jak i w bieżącej działalności, a zatem podejmuje działania niezbędne dla zachowania ich poufności.

Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, iż mamy do czynienia z wypełnieniem kolejnego elementu przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawodawca bowiem w obecnym stanie prawnym wskazał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Takim szczególnym zestawieniem lub zbiorem elementów jest właśnie kalkulacja sporządzana na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz załączonymi do niej dowodami.

Z punktu widzenia procedur obowiązujących u Wykonawcy, przy uwzględnieniu struktury organizacyjnej – zbiór informacji w zakresie kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami, zindywidualizowany na potrzeby danego postępowania znany jest jedynie Zarządowi i Działowi Pozyskiwania kontraktów (w załączeniu struktura organizacyjna). Nawet pion finansowy otrzymuje w toku realizacji kontraktów faktury kosztowe, w oderwaniu jednak od ich struktury w ramach realizacji zamówienia. Umowy podwykonawcze (co oczywiste) są natomiast znane działowi realizacji kontraktów, który nadzoruje ich wykonanie, przy czym jego pracownicy również zobowiązani są do zachowania pełnej poufności.

Z całą natomiast pewnością zastrzeżony zbiór informacji nie jest dostępny w żaden sposób podmiotom i osobom zewnętrznym, co dowodzi, że podjęto wszelkie działania w celu zachowania poufności tych danych.

Wykonawca, z uwagi na aktualne uwarunkowania rynkowe kalkuluje ceny z uwzględnieniem długoletniego doświadczenia i własnego potencjału wynikającego z pozycji rynkowej. Oferta oraz jej cena zostały zatem opracowane z zastosowaniem metod, informacji i schematów organizacyjnych stanowiących know-how Wykonawcy. Informacje te mają charakter uniwersalny, ponieważ Wykonawca stosuje je obliczając ceny ofert również w innych przetargach. W związku z tym ujawnienie zastrzeżonych informacji będzie miało negatywny wpływ na pozycję rynkową Wykonawcy. Podmioty konkurujące z Wykonawcą uzyskają bowiem na tej podstawie (tj. znając założenia kalkulacyjne Wykonawcy) możliwość kształtowania własnych cen na poziomie odpowiednio niższym w kolejnych postępowaniach oraz mogłyby wykorzystać schematy kalkulacji zastosowane przez Wykonawcę, bez ponoszenia żadnych, dodatkowych wydatków na modyfikację czy aktualizację własnych strategii cenowych. Przedstawione metody i kalkulacje przez Wykonawcę niniejszego zamówienia, który umożliwiły mu przedłożenie najtańszej oferty, stanowią zatem zestaw informacji o istotnym znaczeniu gospodarczym, który w niniejszym postępowaniu umożliwił uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami. Z tego powodu Wykonawca jest uprawniony do zastrzeżenia poufności tych danych. Wykonawca zastrzega poufność przedkładanych ofert podwykonawców i dostawców oraz umów ramowych i partnerskich. Dokumenty te zawierają nazwy i dane kontaktowe kontrahentów Wykonawcy oraz warunki cenowe uzyskane na potrzeby kalkulacji oferty. Dane zawarte w ofertach podwykonawców mają zatem istotną wartość gospodarczą i w sposób bezpośredni przekładają się na cenę niniejszej oferty i ofert składanych w kolejnych postępowaniach. Ponadto dane te mogą zostać wykorzystane przez innych oferentów w przyszłości, np. w celu podjęcia współpracy z tymi podmiotami, wynegocjowania korzystniejszych warunków finansowych współpracy czy nawiązania z danym podmiotem współpracy na wyłączność, co pozbawi Wykonawcę możliwości korzystania z usług dotychczasowego kontrahenta.

Jest oczywistym, że zasoby kadrowe wykonawcy wraz z konkretnymi danymi osobowymi, jak również dokumentacją potwierdzającą kompetencje i doświadczenie stanowią wartość gospodarczą i mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Element ten nie budzi od lat wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie. Tym samym podjęcie działań niezbędnych dla zachowania ich poufności jest w pełni zasadne merytorycznie i formalnie i wypełnia przesłanki uzasadniające niedostępność tych informacji innym podmiotom.

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

Zastrzeżone niniejszym pismem informacje nie są i nigdy nie były ujawniane

do wiadomości publicznej, a Wykonawca Zaberd sp. z o.o. bieżąco podejmuje działania niezbędne do zachowania ich poufności. Do działań tych należą:

- obowiązywanie w spółce procedur w postaci Polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa
- ograniczanie dostępu i kontrola dostępu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na zasadach określonych w Polityce ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa;
- obejmowanie klauzulami poufności umów podwykonawczych i umów o dostawę;
- stosowanie wewnętrznych procedur zachowania poufności w procesie ofertowania;
- obowiązek składania oświadczeń o poufności przez pracowników Wykonawcy;

Wykonawca wskazuje również, że jest zobowiązany do utrzymania w tajemnicy przekazywanych informacji dotyczących zasad współpracy z podwykonawcami i dostawcami z uwagi na zastrzeżenia poufności zawarte w tych ofertach.

Od Podwykonawców, dostawców, pracowników i współpracowników odbierane są oświadczenia o zachowaniu poufności zgodnie przewidzianym w Polityce ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wzorcem. Dane samych osób fizycznych składających oświadczenia podlegają w tym zakresie procedurom ochrony danych osobowych, a jednocześnie stanowią w znacznej mierze dane kadrowe i informacje o zasobach kadrowych wykonawcy, które - jak już wykazano stanowią samodzielnie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca wskazuje, że w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji podjął odpowiednie działania o charakterze fizycznym i prawnym. Wykonawca stosuje m.in. wewnętrzne procedury i dokumenty regulujące zasady ochrony informacji poufnych i danych osobowych przedkładanych w celu potwierdzenia rzeczywistego wdrożenia ww. procedur

w przedsiębiorstwie Wykonawcy. Ponadto Instrukcja co do sposobu i trybu przetwarzania informacji i dokumentów oznaczonych tajemnicą przedsiębiorstwa w Zaberd sp. z o.o. reguluje zasady przepływu informacji w procesie ofertowania oraz zakresy czynności pracowników związanych z przygotowaniem oferty. Zasadą jest, że wszelkie informacje uzyskane w ramach lub w związku z przygotowaniem oferty muszą być traktowane przez pracowników Wykonawcy jako informacje poufne i zachowywane w tajemnicy. Oferty

są opracowywane przez odrębne zespoły, a wgląd w pełen zestaw informacji jest organizacyjnie ograniczony do kierownictwa odpowiedzialnego za proces. Ponadto zasoby Działu Pozyskiwania Kontraktów, zgodnie z wewnętrznymi regulacjami Wykonawcy, umieszczone są jedynie w sieci wewnętrznej i dostępne dla ograniczonej grupy osób. Każda z osób, mających dostęp do informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa składa w tym zakresie osobne oświadczenie i zobowiązanie do zachowania poufności.

Ceny wynegocjowane między Wykonawcą a Podwykonawcami i dostawcami stanowią indywidualny, niepodlegający zaprzeczeniu „dorobek handlowy” firmy; negocjacje

i uzgodnienia zakończono przed złożeniem oferty Zamawiającemu. Strony zastrzegły nieupublicznianie wyników negocjacji indywidualnych i podania do publicznej wiadomości podjętych ustaleń w celu uniknięcia ich wykorzystania przez firmy konkurencyjne. Kalkulacja nasza jest sporządzana indywidualnie dla każdego kontraktu a szereg czynników jest wynikiem powiązań i rozliczeń ekonomiczno - finansowych wynikających z planowania, synergii i dywersyfikacji działalności firmy co stanowią istotne informacje gospodarcze

i handlowe. Informacje, takie jak sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające

z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych, w tym np. cen zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, ceny materiałów - stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy. Utrata (upublicznienie) tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne

w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia naszej pozycji na rynku. W celu zapewnienia przed niekontrolowanym wpływem danych

i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w firmie funkcjonują procesy, które wskazują, że określone informacje są traktowane jako poufne. Zapewnia to funkcjonujący przy Zarządzie 2 osobowy zespół zajmujący się m. innymi oceną, wdrażaniem i utrzymaniem procedur w zakresie ochrony danych i informacji, który prowadzi i nadzoruje proces poprzez odpowiednio: identyfikację, komunikację, zabezpieczenie, procedury, szkolenia. Efektem tego są podjęte i utrzymywane w firmie środki ochrony w tym m. innymi: dopuszczenie

do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników; oświadczenia o poufności w umowach

z pracownikami i klauzule o poufności w umowach z kontrahentami; stosowanie zasady „need to know”, czyli udostępnianie informacji tylko tym osobom, którym jest ona potrzebna (zapobiega to temu, by informacja była dostępna dla każdego, kto ma na to ochotę); wprowadzenie zasady niszczenia zbędnych dokumentów i zasady czystego biurka; zamykanie ważnych dokumentów w zamykanych na klucz szafach; wprowadzenie indywidualnych haseł dostępu do komputerów i systemu informatycznego; indywidualne hasła dostępu do baz danych; rejestracja wraz z identyfikacją wejść do bazy informacji i danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa; oznaczanie dokumentów klauzulą „tajemnica

przedsiębiorstwa”; zainstalowanie w komputerach odpowiedniego oprogramowania śledzącego, zabezpieczającego przez utratą i kradzież danych i informacji; monitoring i ograniczenia dostępu pracowników do ważnych pomieszczeń; monitorowanie gości (przepustki, identyfikatory); wydzielenie miejsc do spotkań z gośćmi, kontrahentami; zabezpieczanie informacji podczas negocjacji, wprowadzenie zasad informowania pracowników o informacjach poufnych, klasyfikowanie informacji; regularne szkolenia pracowników w zakresie ochrony informacji i danych.

Jednocześnie Wykonawca zabezpiecza posiadane zasoby oraz stosowane procedury, poprzez pozyskanie od osób zajmujących się przygotowaniem ofert oświadczeń załączonych do przedłożonej procedury.

Zaberd sp. z o.o. przygotowuje i przedkłada oferty w oparciu o indywidualną metodologię wyceny, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i podlega ochronie zgodnie z Polityką ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Metodologia ta stanowi narzędzie analityczne, oparte na wieloletnich unikalnych doświadczeniach Zaberd sp. z o.o. w ramach kontraktów utrzymaniowych. Ze względu na sposób kalkulacji ceny przyjęty przez GDDKiA

w założeniach dla kontraktów utrzymaniowych i jej zryczałtowaną wartość jednostkową - konieczna jest szczegółowa analiza zarówno ryzyk, jak i danych handlowych przed złożeniem oferty. Wiedzę w tym zakresie posiadają wyłącznie pracownicy Zaberd sp. z o.o., którzy zobowiązani są do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o Regulamin Pracy.

Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji ma więc wymiar obiektywny. Kalkulacja ceny na najniższym, możliwym do osiągnięcia, a zarazem realnym poziomie była możliwa dzięki zastosowanym przez Wykonawcę metodom kalkulacji i przyjętym założeniom technologicznymi, organizacyjnym, logistycznym i materiałowym przy jednoczesnym zachowaniu wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SWZ. Ujawnienie zatem informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach narazi Wykonawcę na poniesienie szkody o konkretnych wymiarach finansowych. Wykonawca podkreśla, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. kadry kierowniczej i upoważnionym pracownikom Wykonawcy. Tajemnica przedsiębiorstwa nie traci swego „poufnego” charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy Wykonawcy lub inne osoby, którym Wykonawca powierza informacje.

Powyższe dane stanowią informacje handlowe i organizacyjne Wykonawcy. Informacja handlowa obejmuje bowiem „całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych

do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacją handlową będą dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu. Dane zawarte w tych dokumentach posiadają wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej” (wyrok KIO z dnia 25.01.2023r.; sygn. akt: KIO 80/22).

Mając na uwadze powyższe niewątpliwym jest, że spełnione zostały przesłanki kwalifikacji tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, a w konsekwencji również zastrzeżenia ich poufności na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp.

Z tych powodów utajnione informacje podlegają szczególnej ochronie, ponieważ dotyczą kluczowych elementów przedmiotu niniejszego zamówienia oraz stanowią kluczowe elementy polityki cenowej Wykonawcy stosowanej w celu pozyskania zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach, stanowią o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy, co uzasadnia zastrzeżenie ich poufności. Zastrzeżone dane nie powinny zatem zostać odtajnione.

Zagadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być interpretowane wyłącznie przez pryzmat przepisów ustawy Pzp w oderwaniu od przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 23 tejże ustawy kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje

we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Tej samej karze podlega, kto, uzyskawszy bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – 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

wyказаł, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Z ostrożności należy wskazać, że gdyby przedłożone na okoliczność skuteczności zastrzeżenia informacje i dowody wydawały się Zamawiającemu niewystarczające na okoliczność skuteczności zastrzeżenia – z uwagi na rangę tajemnicy przedsiębiorstwa – zgodnie z aktualnymi poglądami doktryny Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do wyjaśnień. „W przypadku sytuacji budzących wątpliwości zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 223 ust. 1 p.z.p., powinien zwrócić się do wykonawcy w celu wyjaśnienia oferty w tym zakresie, aby nie narazić się na sankcję – przewidzianą w art. 23 ust. 2 u.z.n.k. – za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP 2021). Jest bowiem oczywiste, że ewentualne ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jest nieodwracalne co do swoich skutków.

Wykonawca do powyższego pisma załączył dowody tj. „Politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz „Oświadczeniem o zachowaniu poufności”.

Izba zważyła w zakresie rozpoznania zarzutu 2:

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Wzrost informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić.

Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne, aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym zostaje zakreślony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzut odwołania zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania odniesiony został do *szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych oraz roboczogodzin wynikające z indywidualnej analizy wraz z dokumentami źródłowymi potwierdzającymi wysokość cen i indywidualnych rabatów (w tym oferty handlowe i dowody sprzedaży)*, które to dokumenty zostały wskazane przez ZBAERD w piśmie z dnia 12 lutego 2024 roku. Odwołujący wyjaśnił, że w odniesieniu do tych dokumentów za nieskuteczne winien uznać Zamawiający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do *szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych oraz roboczogodzin wynikających z indywidualnej analizy, gdyż to Zamawiający określił w wezwaniu jakie elementy mają zawierać kalkulacje poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i wg jakiej metodologii powinny być sporządzone.*

Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego oparta na treści art. 222 ust. 5 ustawy, który odnosi się do informacji zwartych w treści złożonych ofert jest nieprawidłowa. Podkreślenia wymaga, że ZABERD nie utajnił informacji przedstawionych w ofercie w Kosztorysie ofertowym i wszystkie informacje tam podane były jawne. Informacje jakie zostały zastrzeżone przez ZABERD dotyczą tych przedstawionych na wezwanie Zamawiającego

po złożeniu ofert, a dotyczących wyjaśnienia ceny oferty, wyjaśnienia cen jednostkowych oferty. W ocenie Izby nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego rozszerzające treść art. 222 ust. 5 ustawy na dokumenty składane po upływie terminu składania ofert. Wymaga podkreślenia, że termin otwarcia ofert stanowi szczególny element postępowania, bowiem termin ten jest nieprzyswacany i informacje odnoszące się do zaoferowanej ceny podane w ofercie nie mogą podlegać, zgodnie z ww. regulacją prawną, objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa. W odniesieniu do informacji przedstawianych Zamawiającemu po terminie składania ofert, czyli wszelkich informacji jakie składane są na wezwanie Zamawiającego powyższa regulacja nie ma zastosowania. Odwołujący argumentował, że wymagane kalkulacje to nic innego jak kosztorys ofertowy stanowiący rozwinięcie kosztorysu ofertowego. Już z tego samego stwierdzenia Odwołującego wynika jednoznacznie,

że kosztorys szczegółowy zawiera inne informacje niż te wymagane na etapie złożenia oferty, szczegółowe, rozwinięte a w konsekwencji są to informacje jakich na etapie składania ofert wykonawca nie był zobowiązany przedstawić. Tak przedstawiona argumentacja Odwołującego w żaden sposób nie uzasadnia braku wykazania przez ZABERD spełnienia przesłanek określonych w art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to przepisy regulują zakres oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla określonych danych.

Wymaga jednocześnie wskazania,

że ZABERD przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami za pismem z dnia 12 lutego 2024 roku.

Odwołujący podnosił, że skoro Zamawiający narzucił jakie informacje mają znaleźć się

w kosztorysach, to nie sposób mówić, że są to kalkulacje indywidualne, tym samym zastrzeżenie treści tych kalkulacji jest nieuzasadnione. Takie stanowisko również

nie znajduje uzasadnienia w kontekście obowiązujących przepisów art. 18 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w wezwaniu skierowanym do ZABERD określił katalog informacji jakich wymaga od wykonawcy, jednakże katalog taki, który w tym przypadku został określony jako „między innymi” nie stanowi uzasadnienia dla stwierdzenia, że kalkulacja przedstawiana przez danego wykonawcę dla poszczególnych cen jednostkowych nie jest kalkulacją indywidualną. W każdym przypadku to wykonawca przedstawiając wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, czy poszczególnych cen jednostkowych i wskazuje elementy jakie mają wpływ na kalkulację ceny oferty. Przedstawiane wyjaśnienia zawsze będą miały charakter informacji indywidualnych, właściwych danemu wykonawcy, co wynika z faktu, że każde wyjaśnienia wykonawców właściwym danemu wykonawcy zakresem informacji, zakresem sposób prezentacji tych informacji oraz zakresem dokumentów dowodzących ten zakres informacji. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty czy cen jednostkowych nie może stanowić uzasadnienia dla przyjęcia, że dany zakres informacji prezentowany w odpowiedzi na takie wezwanie musi być jawny z uwagi na treść wezwania. O zasadności czy braku zasadności objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi ocena spełnienia przesłanek

z art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to przepisy regulują zakres oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla określonych danych. Nie ma mowy w regulacjach powyższych o „blankietowym” uznawaniu, że dane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, bo Zamawiający wskazał jakiś zakres informacji jakie wykonawca ma podać.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przytoczonym przesłankami z art. 11 ust. 2 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wymaga wskazania, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnego. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa, określona w ww. przepisie, wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W rozpoznawanej sprawie Odwoławczej ZABERD wykonał czynności wynikające z art. 18 ust. 3 ustawy i wskazał jakie informacje nie mogą być przekazane wykonawcom oraz podał uzasadnienie swojego stanowiska – wykazywał podstawy uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy zgodnie z przesłankami z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ugruntowanym jest w orzecznictwie,

że wykonawca musi wykazać, że spełnione zostały łącznie ww. przesłanki odnoszące się zarówno do podjęcia czynności, działania jakie zostały przez tego wykonawcę podjęte w celu ochrony informacji przekazywanych Zamawiającemu (przesłanki formalne) oraz wykonawca musi wykazać, że chronione informacje mają walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym wykazane musi zostać, że dana informacja posiada wartość gospodarczą (przesłanki materialne).

Odwołujący, jeżeli uznał, że Zamawiający nie dokonał należytej oceny zasadności spełnienia przesłanek formalnych i materialnych powyżej wskazanych winien był to przedstawić i uzasadnić w swoim stanowisku zawartym w odwołaniu. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania jak również dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia się (nie ma żadnego uzasadnienia)

w zakresie wykazania braku spełnienia przez ZABERD określonych w obowiązujących przepisach przesłanek uzasadniających skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie kwestionuje w żaden sposób, że którakolwiek z przesłanek nie została wykazana przez ZABERD, w ogóle nie odnosi się w odwołaniu do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w kontekście wymagań jakie określa ta regulacja. Nie stanowi uzasadnienia dla niespełnienia którejkolwiek z przesłanek ogólne wskazanie, a w zasadzie opisanie pisma ZABERD z dnia 12 lutego 2024 roku w sposób skrótowy przez Odwołującego (ostatni akapit uzasadnienia odwołania dla tego zarzutu).

Brak jest również jakiegokolwiek uzasadnienia w odniesieniu do podnoszonego argumentu, że Zamawiający nie przeprowadził analizy dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podkreśla, że wyrazem czynności oceny Zamawiającego jest przekazanie Odwołującemu dokumentów w części jaka nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający, zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy, ograniczył dostęp Odwołującego do informacji związanych z postępowaniem czego wyrazem było przekazanie informacji nie objętych tajemnicą. Nie uzasadnił Odwołujący w żaden sposób, że Zamawiający nie dokonał czynności oceny w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, a gołosłowne twierdzenia w tym zakresie przy braku podnoszenia i wykazania przez Odwołującego przesłanek uzasadniających nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZABERD stanowić mogą jedynie brak o braku zrozumienia przebiegu poszczególnych czynności

w ramach prowadzonego postępowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 ustawy, bo nie zadał sobie trudu odniesienia treści zastrzeżeń do stanu postępowania ale w żaden sposób Odwołujący nie uzasadnił jaka, w kontekście przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być prawidłowa ocena zastrzeżenia przedstawionego przez ZABERD. Nie przedstawił żadnej argumentacji w tym zakresie,

a stanowisko jakie argumentował – ocenione przez Izbę powyżej – nie uzasadnia w żaden sposób zasadności tego twierdzenia.

Powyższa argumentacja Izby pozostaje w całości aktualna w odniesieniu do kwestionowania przez Odwołującego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie podanych informacji dotyczących punktów: b) oferty podwykonawców i dostawców; oraz

c) umowy podwykonawcze i umowy o współpracy określonych w wezwaniu, a odnoszona przez Odwołującego do tego, że Zamawiający nie dokonał analizy czy, a o ile tak, to w jakim zakresie, zastrzeżone umowy, porozumienia, opisy metod wykonania są powiązane

z postępowaniem. W tym zakresie również Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dowodzącego tego, że nieudostępnienie dokumentów Odwołującemu zostało dokonane z naruszeniem art. 18 ust. 1 ustawy oraz art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nieudostępniająca danych informacji (dokumentów) jednoznacznie przekazał informację, że uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie. Odwołujący nie uzasadnił natomiast i w żaden sposób nie wykazał, dlaczego dane dokumenty miałyby być niepowiązane z tym postępowaniem o zamówienie oraz że podlegały ujawnieniu w obliczu regulacji prawnych. Wymaga podkreślenia również, że z treści podniesionego zarzutu 2 odwołania nie wynika kwestionowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

w odniesieniu do powyższych dokumentów, a sam zarzut odnosi się do art. 18 ust. 1-3 ustawy.

W odniesieniu do dowodu przedstawionego przez Odwołującego w trakcie rozprawy Izba uznała ten dowód za bezzasadny dla rozpoznania zarzutu odnoszącego się

do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZABERD. Zarzut odwołania postawiony

w petitum odwołania jednoznacznie odnosi się do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Argumentacja zawarta w odwołaniu jak również prezentowana

w trakcie rozprawy oraz przedmiotowy dowód złożony w ramach zarzutu 2, a odnoszące się

do kalkulacji ceny oferty, cen jednostkowych nie stanowią w żadnej mierze uzasadnienia dla przesłanek skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 18 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedstawiony dowód jak i argumentacja w zakresie zarzutu 2, a dotycząca samego sposobu kalkulacji cen nie jest argumentacją odnoszącą się do przesłanek wynikających z ww. przepisów ustawy. Niezrozumienie kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw i jej oceny w pryzmacie ww. przepisów po stronie Odwołującego nie uzasadnia zasadności argumentacji prezentowanej w zakresie kalkulacji ceny oferty (cen jednostkowych) w ramach tego zarzutu.

Odwołanie się w argumentacji przedstawionej w trakcie rozprawy do art. 533 ust. 2 ustawy (Gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.) w powiązaniu zarzutu 1 i 2 odwołania nie znajduje w ocenie Izby żadnego uzasadnienia i Izba nie uznała żadnych faktów za przyznane.

Za fakty przyznane w postępowaniu odwoławczym uznane będą takie, które podnoszone są przez stronę i na których strona ta opiera swoje twierdzenia w sytuacji, gdy przeciwna strona potwierdzi te okoliczności, a Izba uzna, że przyznanie przez stronę tych faktów nie budzi wątpliwości co do zgodności ze stanem rzeczywistym. Podkreślenia wymaga, że w oparciu

o wykładnię art. 229 Kodeksu postępowania cywilnego, przyznanie danej okoliczności stanowiącej element stanu faktycznego, a będące podstawą żądania, jest bezsporna. Zamawiający jak i ZABERD w żaden sposób nie przyznali twierdzeń Odwołującego

o odniesieniu do jawności oświadczenia w wyjaśnieniach ceny oferty z uwagi na treść wezwania Zamawiającego. Ze

stanu faktycznego całokształtu tej sprawy wynika,

że nie mamy do czynienia z sytuacją niebudzącą żadnych wątpliwości, sam fakt wniosku Zamawiającego o odwołanie w całości świadczy, że brak jest jakiegokolwiek przyznania. Oświadczenie wiedzy mające stanowić przyznanie musi być zatem odczytywane z uwzględnieniem kontekstu, w jakim zostało złożone oraz w połączeniu z całokształtem okoliczności sprawy i wyrażonego przez tę stronę stanowiska w sprawie (tak np. SA w Szczecinie wyrok z dnia 17 grudnia 2014 roku sygn. akt ; wyr. SA w Łodzi w wyrok z dnia 30 września 2015 roku, sygn. akt , Legalis).

Izba stwierdziła już powyżej, że wystosowane wezwanie tj. jego treść, do wykonawcy o przedstawienie informacji w zakresie cen oferty nie stanowi żadnego uzasadnienia dla uznania, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę stanowią jawną treść z uwagi na treść wezwania i opisany w nim zakres informacji jakie między innymi wymagane są przez Zamawiającego. O tym czy dane informacje przedstawiane przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa decyduje tylko i wyłącznie wykonawca, a Zamawiający dokonuje oceny tego zastrzeżenia w pryzmacie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji uzasadniającej naruszenie którejkolwiek z przesłanek określonych ww. przepisami, a prezentowane tak stanowisko świadczy jedynie o niezrozumieniu istoty oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba podkreśla w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontrydiktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Odwołujący nie odnosi się w żaden sposób do braku wykazania spełnienia przez ZABERD przesłanek określonych w art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w zakresie argumentacji jaką podniósł stanowisko Odwołującego Izba uznała za niezasadne.

W konsekwencji Izba za niezasadny uznała zarzut 2 odwołania.

W zakresie zarzutu 6 naruszenia art. 128 ust. 1 przez zaniechanie żądania od Wybranego wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych dot. doświadczeń w zakresie zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach klasy min. GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 2000 szt. (formularz 3.4 dla Zadania 4) w sytuacji, gdy złożone przez ZABERD oświadczenie co do tego warunku potwierdza zdobyte doświadczenie na poziomie nie mniejszym niż 200 szt. na rzecz GDDKiA O/Kraków

- Izba zarzut 6 uznała za zasadny.

W zakresie zarzutu 7 naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez ZABERD, który nie wykazał na moment wyboru spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach klasy min GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt.

- Izba zarzutu 7 uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, w odniesieniu do zarzutu 6 i 7 odwołania, na podstawie akt postępowania odwoławczego, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2024 roku:

Na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwana dalej ustawą Pzp, zwanej dalej ustawą Pzp, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, wzywa Wykonawcę

do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia:

1. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu Wykonawca składa:

a) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami,

o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego

nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy;

(...)

Załączniki:

1. Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wiedza i doświadczenie (Formularz 3.4.);

Wykonawca ZABERD złożył Formularz 3.4 Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej podając w wykazie zrealizowanych usług, w wierszu trzecim:

c/ Nazwa zadania: całorocznego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Sącz. Um. I/315/ZZ/Z-1/2020

(proszę podać pełną nazwę zadania)

Nazwa Inwestora: GDDKiA O/Kraków

Zadanie obejmowało:

obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego

Klasa drogi GP

Ilość szt. powyżej 200

Wykonawca załączył referencję z dnia 17 kwietnia 2023 roku.

Izba ustaliła również, że w aktach postępowania zawarta jest korespondencja pomiędzy Zamawiającym a GDDKiA oddział w Krakowie, gdzie wskazano:

(...) zgodnie z pozyskaną z Rejonu Nowy Sącz informacją, wykonawca ZABERD w ramach umowy nr I/315/ZZ/Z-1/2020 z 21.12.2020r. wykonał mycie 2.796 sztuk znaków i urządzeń.

Izba ustaliła również, że na podstawie specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił:

8. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

(...)

8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki

dotyczące:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

(...)

ZADANIE 4:

c) zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.

10. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

(...)

10.4. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

(...)

10.9. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:

(...)

Dotyczy Zadania nr 4, Zadania nr 5, Zadania nr 6:

a) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania

i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami,

o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego

nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy;

Izba zważyła w odniesieniu do zarzutu 6:

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie

lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ZABERD złożył, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy, Formularz 3.4 Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej i dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z punktu 8.2.4. lit.c, gdzie podał: Ilość szt. powyżej 200. Okoliczność ta jest jednoznaczna. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem pisemnym

i w zakresie oceny czynności Zamawiającego podlegają ocenie dokumenty złożone w postępowaniu. Bezsprzecznie ZABERD złożył na wezwanie Zamawiającego oświadczenie, które nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie potwierdza, że zrealizował *mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt.*

W odniesieniu do wskazywanego przez Odwołującego przyznania i regulacji art. 532 ust. 1 ustawy (Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu) Izba podkreśla, że regulacja ta w przedmiotowym przypadku nie ma zastosowania. Za postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2019 roku sygn. akt II UK 226/18 Izba wskazuje, że w orzecznictwie przyjmuje się, że uznanie, iż dany fakt jest faktem powszechnie znanym (notorycznym) w znaczeniu procesowym, należy do oceny sądu. Tego, co jest powszechnie znane, nie można oznaczyć na podstawie stałych kryteriów, albowiem zależy

to od określonego miejsca i czasu. Przyjmuje się, że są to okoliczności, zdarzenia czynności lub stany, które powinny być znane każdemu rozsądnemu i posiadającemu doświadczenie życiowe mieszkańcowi miejscowości, w której znajduje się siedziba sądu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2002 r.,). Za powszechnie znane uważa się np. wydarzenia historyczne, polityczne, zjawiska przyrodnicze, procesy ekonomiczne lub zdarzenia normalnie i zwyczajnie zachodzące w określonym miejscu i czasie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2000 r.,). Powyższe pozwala

na jednoznaczne stwierdzenie, że fakt realizacji umowy o zamówienie publiczne przez ZABERD w rejonie Nowego Sącza nie stanowi faktu notoryjnego, co wynika chociażby

z tego, że udzielenie zamówienia danemu wykonawcy nie stanowi okoliczności, zdarzenia normalnie i zwyczajnie zachodzącego w określonym miejscu i czasie.

Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy ZABERD, czego dokonał w sposób nieuprawniony z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów jakie składa wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zastępuje oświadczenia wiedzy wykonawcy innymi dokumentami, w tym wypadku informacją pozyskaną drogą mailową od innego oddziału GDDKiA. Ta informacja pozyskana przez Zamawiającego, w taki sposób, może służyć Zamawiającemu jedynie w celach weryfikacji danych uzasadniających podejmowanie dalszych czynności. W obliczu stwierdzenia przez Zamawiającego, że przedstawione dane w Wykazie zdolności technicznej lub zawodowej nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wydaje się być bezsporne bo jednoznacznie wynika z działania Zamawiającego jak również stanowiska ZABERD, Zamawiający powinien był, miał ustawowy obowiązek, wezwać wykonawcę ZABERD

w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku zamówienia. Podkreślenia wymaga ponownie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się pisemnie (art. 20 ust. 1 ustawy). Jeżeli wykonawca składa dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to potwierdzenia tego nie zastępuje sam Zamawiający.

Izba nie podziela stanowiska opartego na twierdzeniu, że wezwanie ZABERD

do uzupełnienia dokumentów stanowiłoby nadmiarowy formalizm w działaniu Zamawiającego. To nie Zamawiający, ani wykonawca/wykonawcy decyduje o zasadności czynności podejmowanych w ramach prowadzonej procedury. To Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny składanych dokumentów, a w przypadku, gdy nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z dyspozycją przepisu 128 ust.1 ustawy obowiązany jest Zamawiający wezwać do uzupełnienia dokumentów.

Wymaga podkreślenia, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy stanowi on transpozycję do polskiego porządku prawnego regulacji unijnej, ujętej w Dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94/65) oraz Dyrektywy 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2014/17/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94/243).

Na podstawie wymienionych wcześniej przepisów dyrektyw, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania

i przejrzystości. Polska regulacja w tym zakresie (art. 128 ust. 1 ustawy) jednoznacznie określa obowiązek

Zamawiającego do wezwania do złożenia dokumentów. Użyte przez prawodawcę w regulacji art. 128 ust. 1 ustawy określenie „wzywa” stanowi kategorię wyraz obowiązkowi Zamawiającego jednocześnie uzasadniając stwierdzenie, że Zamawiającemu nie pozostawiono dowolności w stosowaniu tego przepisu.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 roku sygn. akt

X Ga 23/07/za, który pozostaje aktualny mimo zmian regulacji ustawowych wskazać należy, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym

w sobie, a ma na celu realizację zasad ustawowych. Dlatego też, obowiązek wynikający

z art. 128 ust. 1 ustawy nie może być nierealizowany przez Zamawiającego.

Słusznie w ocenie Izby podnosił Odwołujący, że nie jest oczywistym uzupełnienie przez ZABERD dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Fakt, że z dokumentów pozyskanych przez Zamawiającego od GDDKiA Oddziału Kraków wynika, że wskazana usługa obejmowała zakres: *mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt.* nie oznacza, że wykonawca dokumenty te uzupełni. Oczywiście, należy założyć, że wykonawca ubiegający się

o udzielenie zamówienia odpowie na wezwanie Zamawiającego, ale dopiero wtedy Zamawiający będzie mógł poddać pod ocenę złożone oświadczenie oraz stwierdzić,

czy na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę może uznać, że ten wykazał spełnienie warunku udziału w zamówieniu.

Izba za bezprzedmiotowy dla rozpoznania tej sprawy uznała dowód nr 2 złożony przez ZABERD w trakcie rozprawy. Fakt, że z dokumentu tego wynikają ilości wykonanych usług w zakresie zgodnym z warunkiem zamówienia i potwierdzają realizację tych usług na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, to nie zmienia to faktu, że wykonawca ZABERD w dokumentach złożonych Zamawiającemu nie wykazał potwierdzenia spełnienia warunku.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu 6 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15 marca 2024 roku wykonawcy ZABERD *spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu*

w zakresie zadania 4 – Prace utrzymaniowe oraz nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy ZABERD *spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu*

w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów, zgodnie z punktem 10.9 lit. a dla zadania 4 SWZ na potwierdzenie spełnienia warunków zamówienia z punktu 8.2.4. lit. c SWZ (*zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.*).

Izba zważyła w odniesieniu do zarzutu 7:

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba stwierdza niezasadność stanowiska Odwołującego oraz uznała zarzut za niezasadny.

Izba podkreśla, że zgodnie obowiązującymi przepisami oraz ugruntowanym stanowiskiem nie ma możliwości odrzucenia oferty wykonawcy (w poprzednim stanie prawnym wykluczało się wykonawcę) w okolicznościach niewykonania przez Zamawiającego obowiązku z art. 128 ust. 1 ustawy. W zakresie stosowania regulacji art. 128 ust. 1 ustawy Izba przywołuje w tym miejscu w całości argumentację przedstawioną w zakresie rozpoznania zarzutu 6.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, zgodnie

z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wymaga podkreślenia, że przepis powyższy skorelowany jest z treścią art. 128 ust. 1 ustawy. Oznacza to, że aby zaistniały podstawy do odrzucenia oferty niezbędne jest wcześniejsze wykonanie ustawowego obowiązku Zamawiającego z art. 128 ust. 1 ustawy. W ramach przedmiotowego stanu faktycznego sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy ZABERD

do złożenia, uzupełnienia dokumentów. To oznacza natomiast, że zarzut 7 odwołania jest niezasadny, bowiem nie ma prawnej podstawy do zastosowania tych regulacji. W ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego należy rozróżniać poszczególne etapy,

a w ich ramach musi być realizowany katalog czynności jednoznacznie określony ustawą. Odwołujący ustalając stan faktyczny sprawy miał świadomość braku dokonania wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy – o czym świadczy również postawiony zarzut 6 – a mimo to postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty ZABERD, mimo że nie istnieją ustawowe przesłanki do dokonania takiego odrzucenia. Wykonawca ZABERD nie był wzywany, w zakresie zadania 4 – Prace utrzymaniowe w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów, zgodnie z punktem 10.9 lit. a

na potwierdzenie spełnienia warunków zamówienia z punktu 8.2.4. lit. c SWZ(*zadań obejmujących mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 2 000 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.*) co oznacza, że nie ma możliwości na tym etapie odrzucenia oferty ZABERD za niespełnienie warunku czy niezłożenie dokumentów na ich potwierdzenie.

Izba podkreśla jednocześnie, że zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. w ramach przedmiotowego zarzutu odwołania Odwołujący powołał tą regulację odnoszącą się do wyboru ofert na podstawie kryteriów w powiązaniu z podstawami odrzucenia. Nie wskazał natomiast w jakim zakresie i dlaczego wskazuje tę podstawę, bowiem nie wyjaśnił w żaden sposób w jakim zakresie Zamawiający dokonał wyboru oferty

z naruszeniem odnoszącym się do kryteriów oceny ofert. Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących

na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert lub zastosowania ich w sposób nieprawidłowy.

Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie w części, tylko w zakresie zarzutu 6 (jedne zarzut uwzględniony). Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty z tytułu wpisu

od odwołania orazawnioskowane koszty przez Zamawiającego 3 600,00 zł oraz Odwołującego 4 494,70 zł.

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 3 086,00 zł stosowanie do wyniku postępowania stosowanie do wyniku postępowania.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2 986,00 zł tj. proporcjonalnie

do wyniku postępowania uwzględniające koszty wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu w kwocie 843,00 zł oraz koszty poniesionego wpisu 2 143,00 zł stosowanie

do wyniku postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 oraz 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
