**Sygn. akt: KIO 1650/23**

**WYROK**

**z dnia 21 czerwca 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Ewa Sikorska**

**Protokolant:Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka akcyjna w Dębicy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Brzostek w Brzostku**

przy udziale wykonawcy **Geosolid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka akcyjna w Dębicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka akcyjna w Dębicy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

**Sygn. akt: KIO 1650/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Brzostek w Brzostku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa drogi gminnej 2KDD w m. Brzostek i cz. m. Zawadka Brzostecka.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 czerwca 2023 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka akcyjna w Dębicy (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

(1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Geosolid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Geosolid" lub „przystępujący"), pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska;

(2) zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do pisma Geosolid z dnia 23 maja 2023 r.;

(3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Geosolid.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów tj.:

(1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że:

− wykonawca ten był wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia, w szczególności nie przedstawił informacji, o które wnioskował zamawiający, tj. szczegółowych i popartymi dowodami wyjaśnień w zakresie 11 pozycji, które przedstawione zostały przez Geosolid w złożonej wraz z ofertą tabeli elementów scalonych;− cena ofertowa Geosolid nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, w szczególności zawiera rażąco niską wycenę w zakresie wyceny części zamówienia obejmującej wykonanie robót budowlanych, co w rezultacie wpływa na wartość ceny za cały zakres przedmiotu zamówienia;

(2) art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk") poprzez uznanie, że wykonawca Geosolid w sposób prawidłowy wykazał że informacje ujęte w załącznikach do wyjaśnień z dnia 23 maja 2023 r., tj. załączniku nr 1 – kosztorysie szczegółowym na wykonanie nawierzchni oraz załączniku nr 3 – ofercie na wykonanie podbudowy, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Geosolid w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności nie wykazał, że:

− zastrzeżone dokumenty posiadają wartość gospodarczą;

− zastrzeżone dokumenty są poufne;

− Geosolid dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa dopuszczalny zakres informacji;

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia odwołującemu przeprowadzenie pełnej weryfikacji wszystkich dokumentów złożonych w ramach procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny;
a w konsekwencji powyższego
(3) art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
(2) odrzucenie oferty wykonawcy Geosolid;
(3) odtajnienie dokumentów wykonawcy Geosolid zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do pisma Geosolid z dnia 23 maja 2023 r.;
(4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., prawidłowo ocenił zaistniały w postępowaniu stan faktyczny, odrzuciłby ofertę wykonawcy Geosolid i wówczas to oferta odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert (byłaby jedyną ważną ofertą w postępowaniu). Tym samym odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający nie ustosunkował się do zarzutów odwołania. Nie złożył odpowiedzi na odwołanie i nie brał udziału w posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Geosolid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 4 940 000 zł, co stanowi równowartość 1 109 215,02 euro.

Kwota, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, wynosi 6 076 200 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

- oferta odwołującego z ceną 9 244 284,22 zł
- oferta przystępującego z ceną 7 340 271,00 zł

*Dowód: protokół postępowania*

Zgodnie z rozdz. X pkt 6 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), wykonawcy obowiązani byli złożyć formularz cenowy, w którym obowiązani byli wycenić następujące elementy: dokumentacja projektowo-kosztorysowa, roboty przygotowawcze, odwodnienie, roboty ziemne, podbudowy, nawierzchnia, elementy ulic, oznakowanie, roboty wykończeniowe, oświetlenie, kanał technologiczny.

*Dowód: SWZ*

Pismem z dnia 18 maja 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zamawiający wskazał, co następuje:

*Z uwagi na fakt, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w przedstawionym zakresie. Mając na uwadze powyższe prosimy o wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy, opisie przedmiotu zamówienia i PFU, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.*

*1.Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kontekście przedłożonej tabeli elementów scalonych. Prosimy o informację na temat czynników cenotwórczych mających wpływ na wartość nw. pozycji:*

*1) dokumentacja projektowo-kosztorysowa,*

*2) roboty przygotowawcze,*

*3) odwodnienie,*

*4) roboty ziemne,*

*5) podbudowy,*

*6) nawierzchnia,*

*7) elementy ulic,*

*8) oznakowanie,*

*9) roboty wykończeniowe,*

*10) oświetlenie,*

*11) kanał technologiczny*

*2.Ponadto prosimy o informację:*

*1)Czy wykonawca odbył wizję lokalną przed sporządzeniem i złożeniem oferty i uwzględnił w kosztorysie ofertowych wszelkie koszty wynikające ze specyfiki terenu?*

*2)Czy Wykonawca uwzględnił procedury/działania organów administracji/niezbędne uzgodnienia/opinie/pozwolenia, decyzje i koszty takich uzgodnień?*

*3) Czy Wykonawca zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo?*

*Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną pozwalającą na zrealizowanie całości zamówienia może posłużyć się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 ustawy.*

*Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty.*

*Dowód: pismo z dnia 18 maja 2023 roku*

Pismem z dnia 23 maja 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

*Działając w imieniu GEOSOLID Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa – Śródmieścia, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000352462 (dalej jako Wykonawca), w odpowiedzi na wezwanie Burmistrza Brzostku (dalej jako Zamawiający) z dnia 18 maja 2023 r. w przedmiocie wyjaśnienia zaoferowanej przez Wykonawcę w toku w/w postępowania przetargowego ceny za wykonanie prac objętych Projektem (dalej jako Przedmiot Zamówienia), a to wobec powziętych przez Zamawiającego wątpliwości – z zachowaniem terminu ów wezwaniem zakreślonego, wskazuję co następuje:*

*Na wstępie naprowadzam i wskazuję, iż wyartykułowane w piśmie z dnia 18 maja 2023 r. przez Zamawiającego oczekiwanie wyjaśnienia zaoferowanej przez Wykonawcę ceny ofertowej za wykonanie Przedmiotu Zamówienia w ocenie ów Wykonawcy pozbawione jest uzasadnienia. Wedle bowiem zarówno przepisów obowiązujących, zasad logicznego rozumowania, jak również wszelkich dostępnych źródeł zaoferowana przez Wykonawcę cena jest w pełni realna, odpowiadająca warunkom rynkowym, obejmująca wszelkie koszty oraz zysk, wobec czego Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości, co do możliwości realizacji przez Wykonawcę Przedmiotu Zamówienia za zaoferowaną cenę, a tym bardziej, iż ta jest rażąco niska.*

*Nie może schodzić z pola widzenia, iż według dostępnego na stronie Zamawiającego zaktualizowanego dokumentu pn „Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023. Wersja nr 2" na realizację Przedmiotu Zamówienia Zamawiający przewidział kwotę 5 015 726, - zł netto, to jest 6 169 343, - zł brutto. W dniu zaś otwarcia ofert Zamawiający ogłosił w trybie art. 222 § 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako p.z.p.)1, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 6 076 200, - zł brutto. Powyższe wartości bezsprzecznie musiały zostać poprzedzone przewidzianym w art. 28 i nast. p.z.p.2 rzetelnym oszacowaniem wartości rynkowej zamówienia. Wykonawca zaoferował zaś za wykonanie Przedmiotu Zamówienia kwotę bezpieczną, odpowiadającą warunkom rynkowym, opiewającą na 7 340 271 zł brutto, a więc odpowiednio o 1 170 928, - zł oraz 1 264 071, - zł wyższą od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.*

*Druga z zaoferowanych cen za wykonie Przedmiotu Zamówienia opiewała na kwotę 9 244 284,22 zł, co za tym idzie średnia arytmetyczna złożonych w toku postępowania ofert opiewała na kwotę 8 292 277,61 zł. Zaoferowana zatem przez Wykonawcę cena jest jedynie o 11,5% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, a jednocześnie wyższa o ponad 20% od wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego. Już w tym zakresie Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości co do realności zaoferowanej przez Wykonawcę ceny.*

*Co istotne - zgodnie z treścią rozdziału XV pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Przedmiotu Zamówienia, niezależne „…od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji." Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lutego 2023 r. (KIO 370/23, LEX 3510620) „Przy cenieryczałtowej nie jest (…) ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowej (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, która zamawiający ma zapłacić wykonawcy).Tym samym, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod*

*uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe jest płatne za całość przedmiotu zamówienia, choć rozkłada się na poszczególne jego elementy. (…)" W wyroku zaś z dnia 20 lipca 2015 r. (KIO 1439/15, LEX 182 1148) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „…istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru kosztu prac. (…) Cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia (…)."*

*Zgodnie nadto ze stanowiskiem judykatury, cena rażąco niska to cena „… znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej." Jak nadto wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „…podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej", a nie ceny „niskiej". Te dwa pojęcia nie są tożsame." W świetle powyższego wezwanie Zamawiającego jawi się jako oczywiście nieuzasadnione. Zamawiający nie może, a przynajmniej nie powinien mieć wątpliwości, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena, przekraczająca wartość oszacowaną przez Zamawiającego o 20%, musi być realna, zawierać wszelkie koszty, ryzyk, narzuty i marże, jakie są immanentnie związane z realizacją Przedmiotu Zamówienia, tym bardziej, iż ta ma charakter ryczałtowy. W tym zatem zakresie brak jest podstaw dla stosowania wobec Wykonawcy dyspozycji przywoływanego przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8 p.z.p. Po pierwsze bowiem same wątpliwości Zamawiającego w żadnej mierze nie oznaczają, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Po drugie zaś, wobec zaoferowania ceny ryczałtowej o 20% wyższej od wartości zamówienia wskazanej przez Zamawiającego o cenie rażąco niskiej nie może być w ogóle mowy.*

*Niezależnie od powyższego, mając na celu rozwianie sygnalizowanych przez Zamawiającego wątpliwości wskazuję na następujące fakty i okoliczności, zastrzegając jednakże, iż Wykonawca, z uwagi na formułę kontraktu – zaprojektuj i wybuduj nie ma możliwości przedstawienia szczegółowych kosztorysów, wyliczeń i dowodów – te bowiem będą możliwe do przedłożenia dopiero po fazie projektowej. Ponadto jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lutego 2023 r. (KIO 370/23, LEX 3510620) w przypadku ceny ryczałtowej „Rygor dowodowy (…) nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie."*

*Nie może też schodzić z pola widzenia, iż w SWZ Zamawiający nie dookreślił w jakikolwiek sposób parametrów cenowych, jakie winny spełniać poszczególne części Przedmiotu Zamówienia (faza projektowania i faza wykonawcza). Co za tym idzie, Wykonawca był w pełni uprawniony do przeszeregowania części marży i zysku przewidzianego z całego Przedmiotu Zamówienia na fazę projektową i wynagrodzenie z nią związane, a oznaczenie pozostałego wynagrodzenia na przykładowo minimalnym poziomie (fazy wykonawczej). Co istotne – zniwelowanie marży – nawet do minimum nie oznacza w żaden sposób, iż oferta Wykonawcy może podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 p.z.p. Jak wyżej bowiem zaznaczono, judykatura jednoznacznie dywersyfikuje pojęcia ceny niskiej i rażąco niskiej i nakazuje cenę ryczałtową interpretować w aspekcie całościowym, bez stratyfikowania jej na poszczególne pozycje. Nawet zatem jeżeliby zaproponowane przez Wykonawcę poszczególne składowe ceny łącznej uznać za niskie, czemu jednoznacznie przeczę, to niezasadne jest twierdzenie, iż całościowo ta jest rażąco niska – wprost przeciwnie – w pełni odpowiada ona aktualnym warunkom rynkowym.*

*Brak możliwości i obowiązku przedłożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego (ten będzie mógł powstać dopiero po sporządzeniu dokumentacji projektowej, w której zostaną ustalone szczegóły realizacji), w żadnej mierze nie oznacza, iż zaoferowana cena została obliczona i skalkulowana nierzetelnie i może budzić jakiekolwiek wątpliwości Zamawiającego. Wycena została wykonana na podstawie szczegółowej, rzetelnie i dokładnie wykonanej analizy dokumentacji Projektu, w tym w szczególności Programu Funkcjonalno – Użytkowego i zawartych w nim zgrubnych ilości oraz w szczególności w oparciu o wieloletnie doświadczenie w zakresie podobnych realizacji. W zakresie doświadczenia zastrzec należy, iż wycena ta była weryfikowana nie tylko przez Wykonawcę ale również podmiot, z którym Wykonawca pozostaje w relacjach gospodarczych, posiadający jeszcze większe doświadczenie w zakresie realizacji inwestycji drogowych w tym w szczególności realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj.*

*Zarówno Wykonawca jak i podmiot, na zasobach którego opiera się Wykonawca w celu spełnienia warunków przewidzianych w SWZ, od szeregu lat realizują różnego rodzaju inwestycje w zakresie szeroko rozumianych robót ziemnych i drogowych, zagospodarowania terenu, stabilizacji gruntu, obsługi kopalń kruszyw, posiadają zaplecze sprzętowe odpowiednie do realizacji prac drogowych. W zakresie zaś robót specjalistycznych, w tym w szczególności nawierzchniowych Wykonawca kooperuje zarówno w podmiotem, na zasobach którego bazuje, jak i innymi, dysponującymi chociażby własnymi otaczarniami. W tym zatem zakresie Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości, iż zaoferowana cena pozwoli Wykonawcy na całościowe zrealizowanie będącego przedmiotem niniejszego postępowania Przedmiotu Zamówienia.*

*W tym miejscu naprowadzam, iż cena zaoferowana Zamawiającemu za wykonanie przedmiotu zamówienia obejmuje nie tylko wszelkie koszty, w tym również pośrednie (na poziomie 70%), ale również i zysk (na poziomie 12,3%), które*

*skalkulowano wedle stawek publikowanych przez Intercenbud. Ewentualnie niewyszczególnione składowe ujęte zostały w kosztach pośrednich. Koszty pracy w kosztorysie przyjęto również z uwzględnieniem stawek rynkowych i przepisów obowiązujących – znacznie wyższym niż przewidziane przepisami obowiązującymi stawki minimalne. Zważyć należy, iż jedną z najbardziej cenotwórczych części budowy drogi jest wykonanie nawierzchni, której koszt wykonania Wykonawca oszacował na kwotę 1 100 000, - zł netto. Jednocześnie zawarty w dokumentacji Projektu materiał, w tym w aspekcie ilościowym pozwala na stworzenie projektu kosztorysu wykonania takiej nawierzchni, który Wykonawca przedkłada w załączeniu. Kosztorys oparto o aktualnie obowiązujące katalogi nakładów rzeczowych oraz cennik Intercenbud. Wedle ów kosztorysu wartość prac nawierzchniowych winna zamknąć się kwotą 1 012 350,66 zł, a zatem istotnie mniejszą, niż założona. Wykonawca określając wyższy poziom oczekiwanego wynagrodzenia miał na uwadze pokrycie ewentualnie mogących wystąpić innych ryzyk związanych z przewidzianą SWZ formułą realizacji – zaprojektuj i wybuduj.*

*W załączeniu przedkładam przedprojektowy kosztorys wykonania robót nawierzchniowych.*

*W zakresie zaś wykonania podbudów wycenę oparto między innymi na ofercie potencjalnego podwykonawcy – Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Shark A. P., który po analizie dokumentacji Projektu w tym Programu Funkcjonalno – Użytkowego zaoferował wykonanie tego zakresu Przedmiotu Zamówienia za kwotę nieco ponad 437 tysięcy złotych. Wykonawca na ten zakres zaś założył kwotę o niemal 15% więcej - 500 tysięcy.*

*W załączeniu przedkładam otrzymana przed złożeniem oferty wycenę potencjalnego podwykonawcy.*

*Już powyższe potwierdza, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena ofertowa jest realna i nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości.*

*Nadto mając na uwadze treść art. 224 ust. 3 p.z.p. wskazuję, iż Wykonawca, oferując wykonanie Przedmiotu Zamówienia za podaną w ofercie cenę, wziął pod uwagę istotne oszczędności, związane z wyjątkowo sprzyjającymi warunkami jego wykonania.*

*Po pierwsze - wartość materiałów, niezbędnych do zrealizowania Przedmiotu Zamówienia została skalkulowana w oparciu o posiadane i otwarte w związku z realizacją innych kontraktów kanały dystrybucyjne. W tym zakresie parametry cenowe, zostały ustalone i potwierdzone w toku zdalnych negocjacji indywidualnych, jako kontynuacja stałej współpracy gospodarczej. Z uwagi na powyższe, Wykonawca ma możliwość pozyskania materiałów niezbędnych do wykonania Przedmiotu Zamówienia ponosząc koszt znacznie niższy, niż wynika z baz cenowych przyjętych prawdopodobnie do wyceny przez Zamawiającego. W aspekcie materiałowym nie bez znaczenia jest też i to, że w okolicach realizacji Projektu znajduje się pewna ilość zakładów eksploatacji kruszyw, co daje perspektywę niższych niż standardowe kosztów materiałów chociażby nasypowych.*

*Po drugie – Wykonawca oraz podmiot, na zasobach którego Wykonawca bazuje, posiadają zaplecze sprzętowe, umożliwiające realizację praktycznie całości Przedmiotu Zamówienia sprzętem własnym, co pozwala na znaczne ograniczenie kosztów z tym związanych, z uwagi na brak konieczności uwzględniania narzutów usługodawców i uwzględnienie w zasadzie jedynie kosztów amortyzacji sprzętu, paliwa oraz obsługi operatorskiej. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca przedłoży stosowne zestawienie.*

*Po trzecie – Wykonawca posiada siedzibę, w Krakowie, a więc akceptowalnej odległości od terenu realizacji Przedmiotu Zamówienia, które to lokalizację są ze sobą bardzo dobrze skomunikowane (autostrada A4).*

*Po czwarte – jak wyżej wskazano, Wykonawca posiada doświadczenie w realizacji podobnych projektów. Dotychczasowe realizacje pozwoliły Wykonawcy nawiązać współpracę z dostawcami materiałów budowlanych, różnego rodzaju asortymentu oraz skorzystać z potencjału uprzednio zaangażowanych podwykonawców i dostawców, którzy realizując poprzednio roboty, dostawy czy też usługi i znając specyfikę Wykonawcy i Projektu, mogli zaoferować Wykonawcy, a pośrednio i Zamawiającemu, ponadstandardowe warunki cenowe. Ustalone w ramach poprzednich realizacji kanały dostawców i podwykonawców pozwoliły Wykonawcy nie tylko ograniczyć koszty materiałów i usług, koniecznych do realizacji prac, ale także zmniejszyć marżę, co było związane z istotnym ograniczeniem kosztów administracyjnych oraz logistycznych, związanych z poszukiwaniem odpowiednich kontrahentów.*

*Po piąte - w związku z realizacją projektów o podobnym charakterze Wykonawca posiada własną wykwalifikowaną kadrę inżynierską oraz personel, który może bez dodatkowych kosztów zaangażować do realizacji Przedmiotu Zamówienia. W tym zakresie Wykonawca uwzględnił składając ofertę oszczędności w postaci kosztów ogłoszeń o pracę, szkoleń, badań lekarskich, wyposażenia w środki ochrony indywidualnej, odzieży roboczej, niezbędnego sprzętu i jego mobilizacji. Co warte uwagi w najbliższej perspektywie Wykonawca zakończy realizację dwóch znacznych kontraktów, co umożliwi przerzucenie sił i środków na potrzeby realizacji prac objętych Projektem. Nie bez znaczenia jest też i to, że w związku z uprzednimi realizacjami Wykonawca posiada otwarte linie gwarancyjne oraz zawarte polisy ubezpieczeniowe, co również pozwoli ograniczyć zarówno koszty pośrednie związane z procedowaniem zabezpieczeń i polis, jak i opłaceniem składek.*

*Po szóste - w zakresie wykonania nawierzchni bitumicznych Wykonawca zazwyczaj korzysta z usług sprawdzonych kooperantów, posiadających własne zaplecze, sprzęt, w tym zakłady wytwórcze produkcji mas bitumicznych, co uwzględniono w zaoferowanej cenie za wykonanie Przedmiotu Zamówienia. Powyższe dało Wykonawcy możliwość*

*realnego określenia odpowiadającej warunkom rynkowym, znacznie niższej, niż wynika z baz cenowych, ceny za wykonanie Przedmiotu Zamówienia.*

*W tym miejscu odnosząc się również do pytania Zamawiającego przedłożonego w pkt. 2 ppkt. 1 wezwania, a związanego z przeprowadzeniem wizji lokalnej wskazuję i naprowadzam, iż zgodnie z rozdziałem V SWZ, zatytułowanym „Wizja lokalna", Wykonawca nie był zobligowany do jej odbycia przed złożeniem oferty. Co istotne - zgodnie z projektem koncepcyjnym załączonym do dokumentacji przetargowej, dla inwestycji ustalono pierwszą kategorię geotechniczną, a to wobec dekodowania w miejscu planowanej inwestycji prostych warunków gruntowych. Na marginesie należy nadmienić, że Wykonawcy zapoznał się z terenem planowanej inwestycji we własnym zakresie.*

*Mając na uwadze powyższe, wbrew niczym nieuzasadnionym wątpliwościom Zamawiającego, Wykonawca rzetelnie i należycie wycenił wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Przedmiotu Zamówienia, uwzględniając w szczególności znajomość specyfiki Przedmiotu Zamówienia, warunki terenowe i lokalne oraz oszczędności związane z specyfiką terenu realizacji Przedmiotu Zamówienia i posiadanymi kanałami dystrybucyjnymi.*

*Nie bez znaczenia jest też i to, że analiza powszechnie dostępnych źródeł i materiałów w zakresie realizacji o zbliżonym charakterze pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena jest w pełni realna, obejmuje nie tylko wszelkie koszty ale również i zysk Wykonawcy. Przedmiot Zamówienia przewiduje bowiem wykonanie odcinka drogi o długości 892 metrów wraz z infrastrukturą towarzyszącą, za wykonanie którego Wykonawca zaoferował łącznie 7 340 271,- zł brutto, z czego na fazę projektową przewidział 2 460 000, - zł, a na wykonawczą 4 880 271, - zł. Zaoferowanie wyższej ceny za fazę projektową realizacji Przedmiotu Zamówienia jak wyżej wskazano jest w pełni dopuszczalne, a nadto w żaden sposób nie oznacza, iż cena za wykonanie fazy wykonawczej mogłaby zostać uznana za rażąco niską, tym bardziej, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy będzie należne za całościowe wykonanie Przedmiotu Zamówienia.*

*W tym miejscu wskazać należy porównawczo i przykładowo na następujące postępowania o podobnych charakterze:*

*A. Na dzień 20 lutego 2023 r. przypadał termin składania ofert na wykonania zadania pod nazwą: „Budowa drogi gminnej nr 100072L Janów Podlaski - Wygoda wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej w formie zaprojektuj i wybuduj" w toku postępowania przetargowego prowadzonego przez Gminę Janów Podlaski. Zadanie obejmowało zaprojektowanie i budowę drogi o długości 1,9 km wraz z kanałem technologicznym. Gmina Janów Podlaski zamierzała przeznaczyć na realizację projektu kwotę 5 726 548,00 zł, wartość zaś oferty najkorzystniejszej opiewała na kwotę 5 176 531,24 zł – odmiennie jak w przypadku Wykonawcy o niemal 10% mniej. Co istotne – wartość oferty najkorzystniejszej złożonej w w/w postępowaniu opiewała na mniej, niż oferta Wykonawcy, a dotyczyła ponad dwukrotnie dłuższego odcinka. Ponadto w przeliczeniu na 10 metrów planowanej do wybudowania drogi zaoferowana przez Wykonawcę cena opiewa na kwotę 82 290,03 zł, wykonawca zaś, którego oferta została wybrana w ww. postępowaniu prowadzonym przez Gminę Janów Podlaski za taki sam dziesięciometrowy odcinek drogi zaoferował cenę trzykrotnie niższą - 27 244,90 zł. Biorąc pod uwagę samą fazę wykonawczą robót budowlanych (bez wysoko wycenionej fazy projektowej), którą Wykonawca jak wyżej wskazano wycenił na kwotę 4 880 271,00 zł brutto, to cena zaoferowana w przeliczeniu na porównawczy dziesięciometrowy odcinek drogi wynosi 54 711,56 zł, a zatem i tak ponad dwukrotnie więcej, niż cena zaoferowana przez zwycięzcę ww. postępowania prowadzonego przez Gminę Janów Podlaski (obejmującą projektowanie i wykonawstwo). Link do postępowania: https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-94f84bea-a3bd-11ed-b8d9-2a18c1f2976f*

*B. Na dzień 9 marca 2023 r. przypadał termin składania ofert na wykonanie zadania pn.: „Budowa drogi gminnej Nr 111309L w miejscowości Turkowice" w toku postępowania przetargowego prowadzonego przez Gminę Werbkowice. Zadanie obejmowało wykonanie odcinka drogi gminnej o długości ok 1 796,06 metrów z budową skrzyżowań, budową i przebudową zjazdów, budową systemu odwodnienia drogi tj. rowów i przepustów wraz modernizacją oświetlenia ulicznego. Zadanie miało zostać wykonane tak jak i Przedmiot Zamówienia w formule zaprojektuj i wybuduj. Gmina Werbkowice zamierzała przeznaczyć na realizację projektu 5 260 000,00 zł, a wartość oferty, która została wybrana jako oferta najkorzystniejsza opiewała na kwotę 4 400 000,00 zł. Cena zaoferowana przez Wykonawcę za wykonanie 10 metrów Przedmiotu Zamówienia to w zależności od tego czy odnosi się do obu faz (projektowa oraz wykonawcza) czy też jednej (wykonawczej) to jak wyżej wskazano odpowiednio 82 290,03 zł brutto albo 54 711,56 zł brutto. Gmina Werbkowice wybrała zaś ofertę, która przewidywała za zaprojektowanie i wykonanie zbliżonego odcinka 10 metrowego kwotę 24 498, - zł. Link do postępowania: https://przetargi.werbkowice.pl/#/offer/78269bbf-0e91-4a41-8bc4-bd1d468fd690*

*C. Na dzień 13 marca 2023 r. przypadał termin składania ofert na wykonanie zadania pn.: „Budowa drogi gminnej nr 104343L Lubowierz – Dominiczyn o długości ~950 m od drogi powiatowej nr 1627L wraz z oświetleniem tych miejscowości", w toku postępowania przetargowego prowadzonego przez Gminę Stary Brus. Zadanie obejmowało budowę drogi o nawierzchni asfaltowej na istniejącej podbudowie z kruszywa łamanego poszerzonej do 5 m z poboczami i zjazdami do posesji. Zadanie podzielone było na dwie części i ów gmina zamierzała przeznaczyć na realizację obu tych części kwotę 2 000 000,00 zł. Wartość zaś ofert, które zostały wybrane jako najkorzystniejsze opiewała łącznie na kwotę 2 165 769,29 zł. Oferenci zaoferowali zatem za wykonanie 10 metrowego odcinka drogi kwotę 22 797,57 zł, a więc dwa*

*razy mniej niż Wykonawca (jak wyżej wskazano za fazę Ii tylko wykonawczą 54 711,56 zł. Link do postępowania: https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-a56e022b-b357-11ed-b8d9-2a18c1f2976f.*

*D. Na 28 lutego 2023 r. przypadał termin składania ofert na wykonanie zadania pn: „Budowa drogi gminnej w miejscowości Choroń – Gmina Poraj do granicy miejscowości Biskupice – gmina Olsztyn. Wykonanie w formule zaprojektuj i wybuduj", w toku postępowania przetargowego prowadzonego przez Gminę Poraj. Zadanie obejmowało zaprojektowanie i budowę odcinka drogi o długości 990 m, w tym drogi gruntowej – 570 m i o szer. 3 m, drogi z asfaltobetonu- 420 m i o szer. 7,9 m, przygotowanie dokumentacji, budowę drogi, budowę ścieżki rowerowej, odwodnienie-rowy, wpusty, przepusty, budowę chodnika, budowę parkingów, roboty porządkowe –porządkowanie przyległego terenu. Gmina Poraj zamierzała przeznaczyć na realizację projektu kwotę 3 592 980,00 zł, a wartość oferty najkorzystniejszej opiewała na kwotę 3 479 000,00 zł. W przeliczeniu na 10 metrów oferta złożona Gminie Poraj opiewała na 35 151,41 zł brutto (za obje fazy – projektowa i wykonawcza), a więc ponad dwukrotnie mniej niż cena zaoferowana przez Wykonawcę obecnie Zamawiającemu (82 290,03 zł brutto) i o 35 procent mniej niż cena Wykonawcy za samo wykonanie (jak wyżej wskazano 54 711,56 zł brutto przewidziane na fazę wykonawczą). Link do postępowania: https://platformazakupowa.pl/transakcja/727296*

*E. Na 17 stycznia 2023 r. przypadał termin składania ofert na wykonanie zadania pn: „Budowa drogi gminnej Dalików – Dobrzań - Sarnów" w toku postępowania przetargowego prowadzonego przez Gminę Dalików. Zadanie obejmowało budowę drogi gminnej o długości 3 164m, w tym: 1) wykonanie konstrukcję drogi (podbudowa z kruszywa naturalnego 0/63 grub. 12 cm, podbudowa z kruszywa naturalnego 0/31,5 grub. 8 cm , warstwa wiążąca z betonu asfaltowego gr. 4 cm, warstwa ścieralna z betonu asfaltowego grubości 4 cm); 2) zjazdy indywidualne na działki zabudowane o nawierzchni asfaltowej; 3) zjazdy indywidualne na pola o nawierzchni z kruszywa łamanego; 4) pobocza z kruszywa 0/31,5 mm grubości 15 cm;*

*5) odwodnienie drogi;*

*6) oznakowanie drogi,*

*7) usunięcie zadrzewienia oraz pni,*

*8) przebudowę słupa energetycznego w miejscowości Sarnówek,*

*9) wykonanie dwóch włączeń do drogi krajowej nr 72,*

*10) wykonanie nasadzeń drzew miododajnych w ilości 75 szt. (np.: lipa drobnolistna, lipa szerokolistna, klon jawor, klon zwyczajny. Sadzonki wieloletnie z prawidłowym ukształtowanym systemem korzeniowym oraz koroną. Posadzone drzewa należy opalikować).*

*11) wymianę zasuwy wodociągowej strefowej DN 100 – szt. 1*

*12) montaż zasuw wodociągowych DN 40 domowych na przyłączach wodociągowych – szt. 5. Gmina Dalików zamierzała przeznaczyć na realizację zadania kwotę 4 600 000, - zł brutto, a wartość oferty najkorzystniejszej opiewała na kwotę 4 198 987,78 zł, a więc w przeliczeniu na 10 metrowy odcinek drogi – 13 271,14 zł, a więc ponad czterokrotnie mniej niż za wykonanie oferuje Wykonawca (54 711,56 zł brutto). Link do postępowania: https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/56051781-560d-41df-8407-e2014e0b4209*

*W świetle powyższego Wykonawca przeczy, iż zaoferowana cena może budzić jakiekolwiek wątpliwości, uniemożliwia wykonanie Przedmiotu Zamówienia i mogłaby zostać uznana jako rażąco niska – wprost przeciwny jest realna i zapewnia pokrycie kosztów wykonawczych przy zachowaniu założonej marży. Tym samym nie ma jakichkolwiek podstaw dla odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę*

*Odnosząc się ponadto do pozostałych pytań Zamawiającego wskazuję i naprowadzam, iż Wykonawca uwzględnił - co oczywiste - procedury i działania organów administracyjnych jak również niezbędne pozwolenia decyzje i koszty z tym związane w aspekcie złożonej oferty. Te objęto jak wyżej wskazano w rentownie wycenionej kwocie przewidzianej za fazę projektowania (w zakresie pkt 2. ppkt 2) wezwania). Co do zaś umów o podwykonawstwo na chwilę obecną takowe nie zostały jeszcze formalnie zawarte, niemniej jednak z uwagi na wyżej opisane doświadczenie i posiadane kanały dystrybucji zawieranie takich umów przed podpisaniem danego zamówienia publicznego nie jest konieczne i wymagane.*

*Mam nadzieje, że powyższe wyjaśnienia będą wystarczające. W razie jakichkolwiek dalszych pytań lub wątpliwości pozostajemy do dyspozycji.*

*W razie pytań lub wątpliwości pozostajemy do dyspozycji.*

*Załączniki:*

*1) kosztorys szczegółowy na wykonanie nawierzchni;*

*2) wydruk z Intercenbud;*

*3) oferta na wykonanie podbudowy.*

*W tym miejscu należy podkreślić i zastrzec, iż zawarte w załącznikach nr 1 i 3 informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, co do której Wykonawca, zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. zastrzega, że nie mogą być udostępniane. Wykonawca wyjaśnia, iż są to informację, które*

*mają wartość gospodarczą, obrazują charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i podjęto w stosunku do nich działania nakierowane na zachowanie poufności. Z tego względu załączniki nr 1 i 3 złożono osobno. Z uwagi na powyższe, Wykonawca na podstawie art. 18 ust. 3 p.z.p. zastrzega, że nie mogą one być udostępniane i wnosi o ich utajnienie oraz nie ujawnianie przez Zamawiającego.*
*Dane o sposobie kalkulacji oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych.*
*Dowód: pismo z 23 maja 2023 roku*
Pismem z dnia 2 czerwca 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego.
*Dowód: pismo z 2 czerwca 2023 roku*
**Izba zważyła, co następuje:**
Odwołanie jest bezzasadne.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.
Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że wykonawca ten był wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia, w szczególności nie przedstawił informacji, o które wnioskował zamawiający, tj. szczegółowych i popartymi dowodami wyjaśnień w zakresie 11 pozycji, które przedstawione zostały przez Geosolid w złożonej wraz z ofertą tabeli elementów scalonych; cena ofertowa Geosolid nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, w szczególności zawiera rażąco niską wycenę w zakresie wyceny części zamówienia obejmującej wykonanie robót budowlanych, co w rezultacie wpływa na wartość ceny za cały zakres przedmiotu zamówienia.
Odwołujący oparł wskazany wyżej zarzut na stanowisku, że przystępujący, składając lakoniczne, ogólnie, niepoparte dowodami wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, które to domniemanie ustanowione zostało wezwaniem do złożenia wyjaśnień, skierowanym przez zamawiającego do przystępującego.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że cena zaoferowana przez przystępującego jest o 11,5% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz wyższa o ponad 20% od wartości zamówienia (okoliczność bezsporna).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita 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 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W rozpoznawanym przypadku nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że o ile dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. odnosi się do subiektywnego wrażenia zamawiającego, nie jest to okoliczność, z której zamawiający może korzystać swobodnie, lecz musi wziąć pod uwagę aktualne realia rynkowe. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia

niepieniężnego”.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Z powyższego wynika, że zamawiający, dokonując czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, opiera się na swoim subiektywnym wrażeniu co do braku realności ceny zawartej w ofercie, niemniej jednak stanowisko zamawiającego musi mieć oparcie w określonych realiach rynkowych. W szczególności zamawiający nie mogą wykorzystywać instrumentu zawartego w art. 224 ust.1 do bezpodstawnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że zredagowanie rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień wymaga do wykonawcy zaangażowania bardzo dużego potencjału osobowego, czasowego itp. Z kolei złożenie wyjaśnień, które w następnej kolejności mogą zostać uznane za niewystarczające, rodzi zagrożenie odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował cenę realną, nienoszącą znamion rażącej. Wszystkie te okoliczności przemawiają za tym, że zamawiający nie powinni korzystać z tego środka w sposób bezrefleksyjny i nieuzasadniony.

W rozpoznawanym przypadku Izba nie dostrzegła podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską. Cena ta jest wyższa od wartości zamówienia aż o 20% i jednocześnie niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert jedynie o 11%.

Odpowiedź na pytanie o podstawy powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie uznania ceny za rażąco niską nie wynika również z treści wezwania z dnia 18 maja 2023 roku, Podkreślić należy, że to właśnie w wezwaniu zamawiający winien wskazać na okoliczności, które budzą jego wątpliwości, jeśli chodzi o kalkulację ceny wykonawcy. Odwołujący w treści odwołania oraz na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podnosił, że zamawiający wskazał w treści odwołania obszary, które przystępujący winien był wyjaśnić, oraz że wezwanie nie miało charakteru blankietowego, co zdarza się w sytuacjach, gdy zamawiający w treści wezwań przytaczają jedynie właściwe przepisy ustawy P.z.p.

Izba przeanalizowała treść wezwania i stwierdziła, że jedynie pozornie nie ma ono charakteru blankietowego. Zamawiający wymienił bowiem wszystkie elementy, jakie wykonawcy obowiązani byli wycenić w formularzu cenowym. Innymi słowy – nakazał wyjaśnienie wszystkich czynności składających się na przedmiot zamówienia. Nie wiadomo zatem, które elementy wzbudziły jego wątpliwość. W sytuacji, w której cena oferty jest w sposób znaczący wyższa od wartości zamówienia, wskazanie elementów, które – w ocenie zamawiającego – zostały przez przystępującego zaniżone, jest wręcz nieodzowne. Brak takiego wyszczególnienia stwarza wrażenie, że zamawiający działa w sposób *stricte* formalistyczny w stopniu przekraczającym nawet rygoryzm właściwy dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, że odwołujący w treści odwołania nie zakwestionował ceny zaoferowanej przez przystępującego, nie podnosił, że jest ona nierealna i nie ma możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia. Jedyna wartość (spośród kilkunastu składających się na cenę), którą zakwestionował odwołujący, to wartość prac (materiałów) związanych z wykonaniem podbudowy, którą to pozycję przystępujący wycenił na 437 000 zł, a która według odwołującego powinna wynosić 1 380 000 zł. Odwołujący powołał się tu co prawda na biuletyn Sekocenbud kwartał I, ale dokumentu tego (ani wyciągu z niego) nie przedłożył. Ponadto wskazał, że „Według biuletynu Sekocenbud I kwartał 2023 średnia wartość prac (materiałów) związanych w wykonaniem podbudowy wynosi ok 1 380 000,00 zł.”. Nie wiadomo zatem, jaka jest wartość prac, a jaka materiałów, ani w jaki sposób odwołujący dokonał takiego wyliczenia.

Druga wartość w ofercie przystępującego, do której odniósł się odwołujący, to wartość wykonania dokumentacji projektowej, wycenionej przez przystępującego na 2 460 000 zł. Jednakże, w ocenie odwołującego, jest to wartość znacząco zawyżona, zatem argumentacja odwołującego w tym zakresie pozostaje irrelewantna wobec podniesionego zarzutu. Podkreślić należy, że odwołujący nie podniósł wobec oferty przystępującego zarzutu złożenia oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji poprzez dokonywanie manipulacji cenami jednostkowymi polegającej na zaniżaniu jednych i zawyżaniu innych. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób ewentualne zawyżenie ceny wykonania dokumentacji projektowej miało wpłynąć na rażące zaniżenie ogólnej ceny oferty przystępującego.

Odwołujący oparł zarzut przede wszystkim na argumencie, że w sytuacji, w której wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, powstaje domniemanie, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska i obowiązany jest to domniemanie obalić składając stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami. Zdaniem odwołującego, przystępujący, składając lakoniczne i niepoparte dowodami wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił.

W ocenie Izby przyjmowanie bezkrytycznie stanowiska, iż każdorazowe wezwanie wykonawcy do złożenia

wyjaśnień zaoferowanej ceny automatycznie i w każdej sytuacji rodzi domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie daje się obronić. Izba wskazuje, że każdy tego rodzaju przypadek wymaga osobnej analizy i nie do przyjęcia jest stanowisko, że takie domniemanie powstaje również w sytuacji, gdy skierowane do wykonawcy wezwanie jest w oczywisty sposób bezzasadne. Ponownie Izba podkreśla, że jakiekolwiek wątpliwości dotyczące rażącego zaniżenia ceny przystępującego nie dają się uzasadnić ani treścią dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia (w tym wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert), ani nawet nie zostały podniesione w odwołaniu.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż w sytuacji, w której przystępujący nie zgadzał się z zasadnością wezwania go do złożenia wyjaśnień, winien był wnieść odwołanie na tę czynność zamawiającego, wskazać należy, że jeżeli wykonawca nie wniósł takiego odwołania i zdecydował się na złożenie wyjaśnień, a następnie wniesiono odwołanie na czynność wyboru oferty takiego wykonawcy, Izba obowiązana jest zbadać i ocenić wszystkie okoliczności sprawy mające wpływ na zasadność czynności zamawiającego. Z ustaleń z dokonanych w sprawie, z uwzględnieniem całego kontekstu wydarzeń i czynności podejmowanych w postępowaniu, wynika, że przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Tym samym nie może być również mowy o tym, że złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk") poprzez uznanie, że wykonawca Geosolid w sposób prawidłowy wykazał że informacje ujęte w załącznikach do wyjaśnień z dnia 23 maja 2023 r., tj. załączniku nr 1 – kosztorysie szczegółowym na wykonanie nawierzchni oraz załączniku nr 3 – ofercie na wykonanie podbudowy, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest zarzutem co do zasady słusznym, niemniej jednak podlegającym oddaleniu stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 *(a contrario)* ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.
Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), 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, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante,* a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący w treści pisma z dnia 23 maja 2023 roku zawarł krótką informację mającą uzasadnić dokonane zastrzeżenie załączników 1 i 3 do niego.

Izba podziela stanowisko przystępującego, że sposób kalkulacji ceny oferty może stanowić wartość gospodarczą dla wykonawcy. Konieczność ochrony takich informacji podkreśla także Izba m. in. w wyroku z dnia 14 maja 2013r., sygn.

akt KIO 908/13, w wyroku z dnia 22 listopada 2013r., sygn. akt KIO 2602/13, czy w wyroku z dnia 11 lutego 2013r., sygn. akt KIO 175/13, w którym Izba stwierdziła: „Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how*, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba jednakże zgadza się z odwołującym, że przystępujący nie wykazał, że podjął działania mające na celu utrzymanie informacji wskazanych w zastrzeżonych załącznikach w poufności. W ramach kwestionowanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedłożono żadnych dowodów potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek pozwalających uznać dane informacje za tajne.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Pomimo uznania zarzutu za słuszny, podlega on oddaleniu, a to z uwagi na fakt, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W rozpoznawanym przypadku stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako wybór najkorzystniejszej oferty. Ewentualne nakazanie zamawiającemu ujawnienia zastrzeżonych dokumentów nie spowodowałby żadnych zmian w zakresie czynności wyboru oferty, jako że odwołujący w ustawowym terminie podniósł zarzuty wobec oferty przystępującego, które zostały merytorycznie przez Izbę rozpoznane i oddalone.

Oddalenie powyższych zarzutów jest równoznaczne z uznaniem za bezzasadny i oddaleniem zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, jako że zarzut ten stanowi logiczną konsekwencję rozpoznanych wyżej zarzutów i uzasadniony jest tymi samymi okolicznościami faktycznymi.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:……