

Sygn. akt: KIO 1285/25

WYROK

Warszawa, dnia 28 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Protokolantka: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę ZIBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kamienicy

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mszana Dolna

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PROFEXIM Sp. j. H. J. Duda z siedzibą w Krakowie i D.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BILDEX D.D.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZIBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kamienicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZIBUD Sp. z o.o. Sp. k.

z siedzibą w Kamienicy tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Gminę Mszana Dolna tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby,

2.2. zasądza od wykonawcy ZIBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kamienicy na rzecz Gminy Mszana Dolna kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1285/25

Uzasadnienie

Gmina Mszana Dolna (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa drogi gminnej Nr 604301K „Kasina Wielka – Szymony – Gruszowiec” w miejscowości Kasina Wielka”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2025 r. pod nr 2025/BZP 00109965/01.

W dniu 4 kwietnia 2025 r. wykonawca ZIBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kamienicy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechanie czynności odrzucenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROFEXIM Sp. j. H. J. Duda z siedzibą w Krakowie i D.D. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą BILDEX D.D. (dalej: „Konsorcjum”) oraz uniemożliwienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie czynności jawności postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ceny lub kosztu oraz naruszenie przepisu art. 16 przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) ponowne dokonanie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum,

4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych – na wypadek ustanowienia w sprawie pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego i oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona ze względu na nie sprostaniu przez wykonawcę obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust 6 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, przedłożone przez Konsorcjum wyjaśnienia są mocno ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca przedstawił dowody na poparcie swoich twierdzeń w postaci wykazu sprzętu, wykaz sprzętu i faktury na zakup materiałów – załączniki nr 1, 2 i 3 do wyjaśnień wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, z przedstawionych wykazów sprzętu wynika, że wykonawca oświadcza, jakim sprzętem dysponuje, ale brak faktycznego potwierdzenia posiadania

w postaci np. wykazów posiadanych środków trwałych, dowodów rejestracyjnych, itp. dokumentujących ich faktyczne posiadanie. Jak wskazał Odwołujący, w przedstawionych wyjaśnieniach i fakturach na zakup materiałów Konsorcjum argumentuje, że posiada strategię zakupową polegającą na uzupełnieniu zapasów materiałowych i dokonało zakupu części materiałów budowlanych. Odwołujący zauważył, że przedstawione faktury nie posiadają danych sprzedawcy i nie sposób ustalić ich autentyczności.

Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący, tylko niewielką część materiału widniejącego na fakturach można by było użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, a mianowicie:

1. Faktura nr FVK/TBK/2859/24 w pozycji 1. widnieją rury fi 300 które nie występują przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

2. Faktura nr 795/2024/12/FA_N w pozycji 1 i 2. widnieje cement w workach 25kg, który posiada ograniczony czas utrzymania deklarowanych parametrów jakościowych zgodnie z danymi producenta i nie jest możliwe jego użycie do realizacji przedmiotowego zamówienia.

3. Faktura nr F/335/11/2024, F/350/11/2024, F/357/11/2024 i F/364/12/2024 we wszystkich pozycjach obejmują, korytka które nie występują przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, przedłożone przez Konsorcjum faktury nie powinny być uwzględnione przy ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Na dowód Odwołujący załączył do odwołania zestawie średnic rur i rodzaju korytek - fragment opisu technicznego dokumentacji projektowej, które należy użyć przy realizacji przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 i 2 do odwołania). Odwołujący podkreślił, że faktura, zgodnie z definicją, jest dokumentem potwierdzającym zaistniałą transakcję pośredniczących ze sobą stron. Faktura może być wystawiana w formie elektronicznej (efaktura), jak i papierowej. Wystawienie i przekazanie faktury powoduje powstanie obowiązku podatkowego. Faktura nawet podpisana nie jest, sama w sobie, dowodem spełnienia świadczenia, faktura nie zastępuje umowy i nie jest dowodem na zawarcie umowy. Faktura nie jest dowodem na wydanie towaru. Faktura jest dokumentem rozliczeniowym sporządzonym przez wystawcę w celu umożliwienia odbiorcy dokonania zapłaty.

Odwołujący podniósł wątpliwość, czy w tak krótkim czasie (kilka godzin) od momentu otrzymania od wykonawcy wyjaśnień do momentu przesłania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych Zamawiający rzetelnie i poprawnie zbadał wyjaśnienia wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów na potwierdzenie posiadania zgromadzonych materiałów, nie przedstawiło dowodów na zapłatę za zgromadzone materiały. W związku z powyższym, nie można uznać, że wykonawca

materiały przedstawione na fakturach faktycznie posiada. Nie jest możliwe również uznanie, że materiał widniejący na fakturach zostanie skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia czy nie został użyty do realizacji już innej inwestycji w tym zakończonyj.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie przedstawiło wyjaśnień i nie przedstawiło dowodów w zakresie poprawności wyliczenia ceny ofertowej. Tym samym,

w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe uznanie, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna i możliwa do wykonania, poparta stosownymi wyliczeniami i dowodami, nie sposób ustalić i sprawdzić czy wykonawca ujął w zaoferowanej cenie cały zakres zamówienia, Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów dokumentujących spełnienia wymogów zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ma ustawowy

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

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 18 marca 2025 r., w którym otrzymał wyjaśnienia Konsorcjum, wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Tym samym, Zamawiający uznał złożone przez wykonawcę wyjaśnienia jako poprawne i tylko ze względu na pismo Odwołującego z 20 marca 2025 r. Zamawiający podjął decyzję o ponownym wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczących powołanych wyjaśnień z dnia 18 marca 2025 r. wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 31 marca 2025 r.

Jaku zauważył Odwołujący, Konsorcjum w piśmie z dnia 28 marca 2025 r. wyjaśniło zanonimizowanie danych wystawców faktur i zastrzegło je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący oświadczył, że nie neguje woli Konsorcjum do utajnienia informacji mających dla wykonawcy kluczowe znaczenie. Odwołujący zarzucił niepoprawne wykonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego i sprzeczne stwierdzenia wykonawcy w przedłożonych wyjaśnieniach z dnia 18 i 28 marca br. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 18 ustawy Pzp zasadą jest jawność postępowania. Utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności i nie może być interpretowane rozszerzająco. W związku z powyższym, uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno zostać skrupulatnie przygotowane. Nawet w przypadku uwzględnienia skuteczności zastrzeżenia przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istnieje ryzyko wystąpienia przez wykonawcę konkurencyjnego z odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławcza, która może dokonać odmiennej od Zamawiającego oceny uzasadnienia zastrzeżenia. Odwołujący wskazał, że wykonawca powinien skupić się na zastrzeżeniu konkretnych, zindywidualizowanych informacji (np. wyłącznie określonych danych liczbowych). Praktyka polegająca na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień ceny, całej treści poszczególnych załączników do wyjaśnień lub większych fragmentów wyjaśnień czy ich załączników w orzecznictwie KIO jest postrzegana jako negatywna. Powyższy pogląd podzielony został w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXII Zs 53/21.

Reasumując, Odwołujący podał, że dokonując zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wynikających z wyjaśnień ceny, poza łącznym wykazaniem wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy również:

- dokonać zastrzeżenia z ograniczeniem do pojedynczych, konkretnych elementów cenowych (zastrzeżenie nie może obejmować całości lub znacznej części wyjaśnień czy ich załączników),
- decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze ujawniona do wiadomości publicznej, a jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle danej branży lub zawodu.

Odwołujący zaznaczył, że przedłożone przez Konsorcjum faktury jako załącznik do wyjaśnień z dnia 18 marca 2025 r. nie były przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatajeniu nie podlegały informacje dotyczące ilości, ceny i wartości.

W związku powyższym Zamawiający nie powinien uznać zasadności zastrzeżenia załączników do wyjaśnień z dnia 28 marca 2025 r. z uwagi na to, że kluczowe informacje zostały ujawnione przez samego wykonawcę i nie stanowią zagrożenia istotnym interesom wykonawcy. Konsorcjum w wyjaśnieniach stwierdza „danymi kluczowymi z punktu widzenia Wykonawcy były w tym wypadku ceny, po jakich materiał został zakupiony, a dane Dostawców nie mają tutaj istotnego znaczenia”. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia badania w zakresie skuteczności zastrzeżenia i jeżeli dojdzie do wniosku, że wykonawca nadużył prawa lub dokonał zastrzeżenia niezgodnie z wymogami art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany będzie do odtajnienia informacji. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy z dwóch perspektyw. Po pierwsze czy dana informacja w ogóle może być utajniona, czy nie jest ona jawna z mocy prawa lub już znana, oraz czy samego zastrzeżenia dokonano zgodnie z wymogami art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że wbrew pozorom nie jest to zadanie łatwe i z uwagi na odpowiedzialność zarówno cywilną, jak i karną, powinno być przeprowadzane szczególnie starannie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2025 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron

i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Na wstępie wskazać należy, że pomimo braku ustawowej definicji rażąco niskiej ceny, w orzecznictwie i doktrynie pojęcie to definiuje się jako cenę nierealistyczną, niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia, która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Cena rażąco niska 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 orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż ocena oferty w tym zakresie należy do zamawiającego i odbywa się *ad casum* w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 marca 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum:

„do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaoferowana cena na realizację zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa drogi gminnej nr 604301K „Kasina Wielka -Szymony – Gruszowiec” w miejscowości Kasina Wielka” nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wartość zamówienia:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia obejmującą wykonanie rozbudowy drogi gminnej, która obejmuje min wykonanie:

- wymianie pełnej konstrukcji jezdni
- budowę, rozbudowę i przebudowę skrzyżowań
- budowę, rozbudowę i przebudowę zjazdów
- budowę zatok autobusowych i mijanek
- likwidacja, budowa, rozbudowa i przebudowa przepustów
- budowa kanału technologicznego
- budowa oświetlenia ulicznego
- wykonanie i likwidacja urządzeń wodnych
- przebudowę sieci kolidujących z inwestycją
- budowę odwodnienia liniowego i odcinków kanalizacji deszczowej

na kwotę brutto 16 383 516,06 zł.

Wykonawca złożył na formularzu ofertowym, ofertę na realizację w/w zamówienia w wysokości brutto 10 438 792,86 zł.

Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o 36,28 %

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie ceny, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ i jej załącznikach oraz przedstawienie jakie okoliczności np. (cena prac budowlanych, materiałów lub inne) miały wpływ na obniżenie ceny oferty.

Ponadto Zamawiający wymaga wyjaśnienia czy zaoferowana cena uwzględnia przepisy art. 224 ust. 3 pkt. 4 i 6 ustawy Pzp tj. 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 2024 r. poz. 1407) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego,

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że wszelkie wyjaśnienia oraz dowody przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W/w dokumenty należy złożyć najpóźniej w terminie: do dnia 18 marzec 2025r. do godz. 12:00. za pośrednictwem platformy zakupowej <https://platformazakupowa.pl/pn/mszana>

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

Pismem z dnia 18 marca 2025 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia wskazując:

„Do sporządzenia wyceny przyjęta została stawka roboczogodziny w wysokości 34,50 zł netto (wyszczególniona w formularzu ofertowym), która jest wyższa od minimalnej stawki roboczogodziny ustalonej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na rok 2025 wynosi 4 666,00 zł brutto. Dodatkowo składki finansowane przez pracodawcę to: emerytalna 9,76%, rentowa 6,50%, wypadkowa 1,67%, FP i FS: 2,45%, FGŚP: 0,1% , co daje kwotę 1 025,59 zł. Razem minimalny miesięczny koszt wynagrodzenia pracownika to 5 691,59 zł. Średniomiesięczny wymiar czasu pracy w roku 2025 wynosi 166 godzin. Biorąc pod uwagę powyższe, minimalny koszt roboczogodziny zgodny z obowiązującymi przepisami to 34,29 zł. Wszyscy pracownicy Konsorcjum są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

(...) Dysponujemy własnym rozbudowanym, nowoczesnym oraz zadbanym technicznie parkiem maszynowym i sprzętowym obsługiwany przez doświadczonych operatorów. Pozwoliło nam to ukształtować niskie stawki amortyzacji, a tym samym niskie koszty pracy sprzętu, zapewniając wysoką wydajność i niską awaryjność. Posiadamy wszystkie maszyny niezbędne do realizacji zamówienia tj. koparki, koparko - ładowarki, samochody ciężarowe oraz dostawcze, walce, rozścielacze do asfaltu i maszyny do zagęszczania gruntu. (dowód: załącznik 1: Wykaz sprzętu PROFEXIM Sp.j. H. J. Duda, załącznik 2: Wykaz sprzętu BILDEX D.D.). Pozwoli nam to wykonać wszystkie prace w branży drogowej siłami własnymi, bez wynajmowania sprzętu i angażowania podwykonawców. Podwykonawcom zamierzamy zlecić jedynie część prac w branżach instalacyjnych. Prace związane z układaniem nawierzchni bitumicznych zostały skalkulowane w dwóch wariantach: wykonanie siłami własnymi i zlecenie podwykonawcy.

Szczególną okolicznością, która miała duży wpływ na cenę oferty ma niewielka odległość (ok. 9 km) miejsca wykonania zamówienia od baz sprzętowo – materiałowych Konsorcjum zlokalizowanych w Łostówce, co przekłada się na niski koszt transportu maszyn i materiałów na teren budowy oraz krótki czas dojazdu na miejsce brygad roboczych.

Kolejnym czynnikiem mającym wpływ na obniżenie ceny ofertowej za wykonanie niniejszego zamówienia jest strategia zakupowa Wykonawcy polegająca na uzupełnianiu zapasów materiałów w okresie listopad – styczeń, kiedy z uwagi na warunki pogodowe możliwość wykonywania robót budowlanych jest znacznie ograniczona. W tym okresie w związku ze znacznym spadkiem sprzedaży materiałów budowlanych istnieje możliwość wynegocjowania znacznie lepszych cen niż w szczycie sezonu. Zakupione w listopadzie, grudniu 2024 r.

i styczniu 2025 przez Lidera konsorcjum materiały, które mogą być użyte do realizacji ww. zamówienia to: rury kanalizacyjne PP SN8 DN 400 i DN 500, cement, kruszywa łamane, stal zbrojeniowa, korytka kolejowe, korytka typu A1 i C1 (dowód: załącznik nr 3: faktury zakupu materiałów).

Znaczącym powodem zaoferowania wyjątkowo korzystnej ceny wykonania zadania jest również duża konkurencja na rynku budowlanym, którą obrazuje ilość oraz ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Nasza oferta stanowi 77,65% średniej ceny wszystkich złożonych ofert, a średnia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu stanowi 82,05% wartości szacunkowej zamówienia. Powyższe wyliczenia oraz fakt, że aż 6 z 8 złożonych ofert jest niższych od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, pokazuje, że nasza oferta jest realna i adekwatna do zakresu niniejszego zamówienia oraz odpowiada warunkom rynkowym aktualnym w momencie składania ofert. Również orientacyjna wartość zamówienia z planu postępowań Zamawiającego, wynosząca z podatkiem VAT:

12 915 000,00 zł, czyli 78,83% szacowanej wartości zamówienia, każe przypuszczać, że Zamawiający ma świadomość, iż wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania została oparta na szacunkach, które do momentu składania ofert straciły na aktualności i przewidywał zrealizowanie zadania w znacznie niższej cenie.

W sytuacji tak dużej rywalizacji, w interesie Wykonawcy jest pozyskanie zamówienia nawet z minimalnym zyskiem, ponieważ już sama możliwość realizacji zlecenia przynosi Wykonawcy zysk w ujęciu niematerialnym, pozwalając mu na kontynuowanie działalności gospodarczej oraz zdobycie kolejnego doświadczenia.”.

Do ww. wyjaśnień Konsorcjum załączyło wykazy sprzętu, którym dysponują obaj członkowie Konsorcjum, wskazujące markę/model, numer rejestracyjny (kiedy wymagane) oraz rok produkcji poszczególnego sprzętu. Konsorcjum załączyło również szereg faktur, częściowo obejmujących materiały potrzebne przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum wykazało realność zaoferowanej ceny. W ocenie Izby, okoliczności takie jak bliska odległość baz materiałowo-sprzętowych od miejsca realizacji zamówienia, co przekłada się na niski koszt transportu maszyn i materiałów na teren budowy, a także dojazdu personelu, posiadanie odpowiedniego parku maszynowego, zgromadzonych materiałów, zamiar realizacji zamówienia siłami własnymi, z nieznacznym udziałem podwykonawców, to okoliczności uzasadniające kalkulację ceny na zaoferowanym poziomie. Okoliczności te zostały poparte adekwatnymi dowodami. Izba za wiarygodne uznała wykazy posiadanego sprzętu załączone przez Konsorcjum do wyjaśnień. Odwołujący nie złożył dowodu, który przeczyłby posiadaniu przez Konsorcjum wskazanego sprzętu. W ocenie Izby, okoliczność, że załączone do wyjaśnień faktury obejmują materiały, które mogą być użyte do realizacji przedmiotu zamówienia, ale również i takie, które użyte nie zostaną, nie przeczy temu, że Konsorcjum objęło dowodami również materiały, które są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, jak np. kruszywo. Brak jest też podstaw do kwestionowania kosztów pracy skalkulowanych przez Konsorcjum – zgodnie ze złożonym przez Konsorcjum oświadczeniem, założone koszty pracy są zgodne z obowiązującymi przepisami.

Izba zważyła ponadto, że cena zaoferowana przez Konsorcjum nie odbiega znacząco od cen kilku innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. O przedmiotowe zamówienie ubiega się ośmiu wykonawców, którzy zaoferowali następujące ceny:

- F.H.U. KADBUD K.D. – 17 572 085,04 zł,
- Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe JANDA J.D. – 11 812 000,00 zł,
- Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe „LIMDROG” Sp. z o.o. – 11 857 412,90 zł,
- Odwołujący – 10 984 703,91 zł,
- Konsorcjum – 10 438 792,86 zł,
- Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. – 12 776 114,50 zł,
- Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. – 13 776 000,00 zł,
- AG System Sp. z o.o. – 18 327 000,00 zł.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum jest na podobnym poziomie, jak ceny Odwołującego oraz dwóch innych wykonawców, co wobec powołanych w wyjaśnieniach okoliczności sprzyjających obniżeniu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, potwierdza, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest na rynkowym poziomie.

W ocenie Izby, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie można stwierdzić, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest niewiarygodna, nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia, że jej poziom wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Przeciwnie, wskazane przez Konsorcjum okoliczności, poparte dowodami, a także ceny zaoferowane przez innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie potwierdzają, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest realna i wpisuje się w realia rynkowe.

Izba pominęła argumentację Odwołującego dotyczącą niepoprawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wystawców faktur złożonych przez Konsorcjum i zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia tej treści, jako że Odwołujący w toku postępowania odwoławczego złożył oświadczenie, że takiego zarzutu nie stawia. W odwołaniu również Odwołujący nie sformułował żądania co ww. twierdzeń.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takiej sytuacji Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Przewodnicząca:.....