

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Członkowie:

Beata KonikDaniel Konicz

Piotr Kozłowski

Protokolant:

Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2018 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Rubau Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Construcciones Rubau S.A. z siedzibą w Gironie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, przy udziale:

1. Przystępującego po stronie Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Masfalt sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Drogomex sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;
2. Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, Azi-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, Duna Aszfalt ut-es Melyepito Kft. z siedzibą w Tiszakecske;

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego;
- 1.2. uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego po stronie Zamawiającego załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i treści oferty z dnia 8 czerwca 2018 r.;
- 1.3. odrzucenie oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także z powodu zaniechania złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wymaganym przez Zamawiającego zakresie;
- 1.4. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1471/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S1 Pyrzowice - Podwarpie (III etap z wyłączeniem odcinka I w. Pyrzowice - w. Lotnisko)”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 lutego 2018 r., pod nr 2018/S 031-067000.

26 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Rubau Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Construcciones Rubau S.A. z siedzibą w Gironie, zwanych dalej „Odwołującym”, w którym zaskarżono:

1. wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, Azi-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, Duna Aszfalt ut-es Melyepito Kft. z siedzibą w Tiszakecske (dalej „Konsorcjum B”);
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. zaniechanie uznania bezskuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum B jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich ofert podwykonawców oraz zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji Postępowania;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty

Konsorcjum B pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień na pytania zadane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, co dało podstawę

do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

2. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie uznania zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum B w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich ofert podwykonawców, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego i udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji Postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum B nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „Znk”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum B;
2. odrzucenia oferty Konsorcjum B na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
3. uznania czynności zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum B w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich ofert podwykonawcy, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego - niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 Znk oraz odtajnienia tej części dokumentacji Postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający ich nie naruszył, to oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał następnie, że w Postępowaniu złożono 16 ofert z cenami w przedziale od około 107 mln zł do około 154 mln zł.

W dniu 23 maja 2018 r. Konsorcjum B otrzymało od Zamawiającego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W wezwaniu Zamawiający stwierdził m.in., że cena oferty Konsorcjum B jest niższa o 32,14% od wartości zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o podatek od towarów i usług. Ponadto Zamawiający zadał kolejno dwie grupy pytań:

- a) dotyczących wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego: od I do VII (Wymagania Ogólne, Branża Drogowa, Obiekty Inżynierskie, Branża Wodociągowo-Kanalizacyjna, Przebudowa Urządzeń Wodnych, Ochrona Akustyczna, Gospodarka Zielonią) wraz z rozbiciem na podpytania zaznaczone literami;
- b) dotyczących uwzględnienia przez Konsorcjum B wymagań w zakresie sposobu wykonania zamówienia: od 1 do 23.

Zamawiający pouczył przy tym Konsorcjum B o obowiązku złożenia wyjaśnień wraz z dowodami oraz o konieczności przedstawienia wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Konsorcjum B w dniu 8 czerwca 2018 r. złożyło wyjaśnienia, w których udzieliło ogólnych odpowiedzi na pytania nr 1 do 23 oraz zaniechało udzielenia wyjaśnień na zadane

przez Zamawiającego pytania od I do VII.

Pismem z dnia 16 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Konsorcjum B jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zadając w trybie art. 90 ust. 1 Pzp konkretne pytania, na które Konsorcjum B nie udzieliło odpowiedzi, a nawet nie wskazało na konkretne, obiektywne i mierzalne okoliczności pozwalające mu zaoferować rażąco niską cenę, był zobowiązany odrzucić ofertę Konsorcjum B na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący w dniu 18 lipca 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu złożonych przez Konsorcjum B wyjaśnień i korespondencji. W dniu 19 lipca 2018 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego część wyjaśnień Konsorcjum B, poza częścią zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, którą Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżoną.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

I. Zarzut rażąco niskiej ceny

Cena zaoferowana przez Konsorcjum B jest ceną rażąco niską. Odwołujący stwierdził, że w tej sprawie mamy do czynienia nie tylko z ceną rażąco niską w odniesieniu do ceny wskazywanej jako wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w formularzu ofertowym. Dla porządku należy wskazać, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy jest ona niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu lub cen rynkowych. Jest to zatem cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązywało zarówno przed, jak i po 28 lipca 2017 r.

Odwołujący przytoczył przepisy art. 90 ust. 1-2 Pzp, a następnie stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem KIO dozwolone jest badanie cen jednostkowych pod kątem ich rażąco niskiego charakteru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że oferowane przez wykonawcę ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę.

Odwołujący podał, że nie twierdzi, że ceny w ramach wynagrodzenia muszą być każdorazowo identyczne lub nadmiernie zbliżone. Nie może być jednak mowy, aby różniły się one na tyle drastycznie, że Odwołujący jest w stanie bez wątpliwości stwierdzić, że są one nie tylko nierynkowe, ale także, nie jest możliwe, aby w ramach takiej ceny wykonać jakkolwiek zamówienie. Ponadto w tym przypadku nie zachodzą na rynku aż takie różnice cenowe pomiędzy oferowanymi pracami podwykonawców.

Następnie Odwołujący stwierdził, że obligatoryjne w tej sprawie wezwanie Zamawiającego wskazywało na konieczność udowodnienia realności zaoferowanej ceny globalnej, a także poszczególnych składników Rozbicia Ceny Ofertowej - „RCO” (pytania I do VII wezwania). W ten sposób Zamawiający skonkretyzował określone pozycje oferty Konsorcjum B, które wzbudziły jego obawy i wymagały szczegółowego wyjaśnienia. Zamawiający wezwał do złożenia dowodów na okoliczność realności zaoferowanej ceny w tym zakresie. Wskazał na konieczność wykazania i udowodnienia istnienia konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników towarzyszących realizacji zamówienia, które pozwoliły na obniżenie ceny przez Konsorcjum B w porównaniu do wartości zamówienia oraz cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Konsorcjum B udzieliło wyjaśnień, ale zdaniem Odwołującego w żadnej mierze nie mogą one uzasadniać zaoferowania tak niskiej ceny, jaką przedstawiło w ofercie Konsorcjum B, w szczególności, że:

- a) Konsorcjum B nie udzieliło w ogóle wyjaśnień na zadane przez Zamawiającego pytania I-VII;

b) wyjaśnienia Konsorcjum B dotyczące pytań 1 do 23 w ogóle nie wskazują jakichkolwiek obiektywnych i konkretnych okoliczności dostępnych wyłącznie Konsorcjum B, a nie innym wykonawcom, które pozwoliłyby Konsorcjum B dokonać konkretnych oszczędności, które z kolei przełożyłyby się na możliwość zaoferowania przez Konsorcjum B tak niskiej ceny.

W wyjaśnieniach, poza wskazaniem przez Konsorcjum B metodyki kalkulowania ceny (odp. 1), oparcia się na ofertach dostawców materiałów budowlanych (odp. 2 i 3), potwierdzeniu ujęcia w ofercie wymaganych przez Zamawiającego obowiązków (odp. 4-11, 13-17), potwierdzenia osobistego wykonania kluczowej części zamówienia za pomocą mobilnej wytwórni mas bitumicznych, posiadanej zresztą przez wszystkich innych wykonawców, także Odwołującego (odp. 12), oraz wyjaśnieniu kilku innych ogólnych pytań zadanych przez Zamawiającego, wykonawca ten nie podał konkretnych powodów, z jakich był rzekomo w stanie zaoferować tak niską cenę.

Z pewnością za okoliczności umożliwiające Konsorcjum B zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie można uznać faktu posiadania przez nie (patrz odpowiedzi nr 18, 19, 20 wyjaśnień):

- a) znacznej ilości wielkotonażowych żurawi, różnego typu koparek, samochodów samowyładowczych - sprzęt taki posiada także wielu innych wykonawców, a ponadto regionalny rynek oferuje dużą konkurencyjność w tym zakresie, w różnych formach (usługa/wynajem/leasing itp.) i po atrakcyjnych cenach; tak więc posiadanie własnego sprzętu niekoniecznie musi być korzystniejsze niż wynajem;
- b) doświadczonych brygad ciesielsko-zbrojarskich - także Odwołujący i inni wykonawcy posiadają taki personel;
- c) własnej wytwórni konstrukcji stalowych z odpowiednim zapleczem sprzętowym oraz kadrowym - Konsorcjum B nie wskazało, jakie konkretne oszczędności okoliczność ta mogłaby przynieść, zwłaszcza że w zamówieniu nie występują obiekty inżynierskie o konstrukcji stalowej i wytwórnia konstrukcji stalowych nie jest potrzebna;
- d) wykwalifikowanej kadry inżynierów i pracowników fizycznych posiadających bogate doświadczenie zdobyte na licznych budowach, na których zespoły osobowe oddelegowane do realizacji poszczególnych zadań są ze sobą zgrane co pozwala na sprawne wykonywanie powierzonych zadań a tym samym wygenerowanie dodatkowych oszczędności czasu i pieniędzy - personel taki posiada także i Odwołujący i inni znacznie bardziej doświadczeni od Konsorcjum B wykonawcy;
- e) własnego zaplecza biurowego i socjalnego niezbędnego do organizacji zaplecza budowy - takie zaplecze posiada także Odwołujący i każdy inny wykonawca w Postępowaniu.

Wskazane przez Konsorcjum B okoliczności nie są ani wyjątkowe, ani nie wyjaśniają zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. Są ogólnikowe, lakoniczne i potwierdzają, że cena została zaniżona poniżej kosztów.

Konsorcjum B w uzasadnieniu zastrzeżenia ofert podwykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało na (str.2 akapit pierwszy) „dedykowanych/szczególnych” ofertach podwykonawców/usługodawców, negocjacjach z nimi etc., podkreślając tym samym, że miały one duży wpływ na cenę, co przy „ograniczeniu ilości robót podzlecanych” (patrz odp. na pyt. 18, 19, 20) jest wewnętrznie sprzeczne i nie może uzasadniać zaoferowania tak niskiej ceny.

Pomijając okoliczność, że wyjaśnienia wydają się w tym zakresie wewnętrznie sprzeczne, to należy zauważyć, że z ich treści wynika jednoznacznie, że z pewnością nie oferty podwykonawców stanowiły, w przekonaniu Konsorcjum B, okoliczność tłumaczącą zaoferowanie rażąco niskiej ceny, a raczej podjęcie się przez Konsorcjum B w największym możliwym zakresie osobistego wykonania zamówienia. Ergo załączone do wyjaśnień oferty podwykonawców, które zostały bezpodstawnie utajnione, nie stanowią uzasadnienia zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Tak zresztą być nie może, bowiem Zamawiający zastrzegł w SIWZ obowiązek

osobistego wykonania części zamówienia, tj.: nawierzchni bitumicznej,

łącznie z wytworzeniem (co najmniej 80% ilości) i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług - zgodnie z Subklazulą 4.1 Ogólne zobowiązania Dane Kontraktowe.

Tak więc zakres zamówienia wskazany powyżej, a odnoszący się do zadanych w wezwaniu Zamawiającego pytań w pkt II Tabela 3: Branża Drogowa, lit. i), j), k), l), m), musiał być wykonany przez Konsorcjum B osobiście bez udziału podwykonawców. W tym zakresie Konsorcjum B, pomimo zadania przez Zamawiającego konkretnych pytań i żądania przedstawienia wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, jak i załączenia dowodów, nie udzieliło jakichkolwiek odpowiedzi. W pozostałym zakresie odpowiedzi

Konsorcjum B nie zawierają zaś wskazania wyjaśnień i dowodów na okoliczność możliwości obniżenia ceny do zaoferowanego poziomu.

Wytłumaczeniem zaoferowania przez Konsorcjum B rażąco niskiej ceny nie może stanowić także wskazywana okoliczność, że „prowadzony przez Spółkę proces doskonalenia zarządzania firmą, pozwolił na wypracowanie modelu minimalnych kosztów stałych (ograniczonych także poprzez skrócenie czasu realizacji), co zostało uwzględnione również w złożonej Państwu ofercie na realizację przedmiotowego zadania. (...) Powyższe fakty powodują powstanie oszczędności u Wykonawcy rzędu 8-11% wartości realizowanych prac”. Należy zauważyć, że Konsorcjum B pomija tę okoliczność, że złożyło ofertę w konsorcjum trzech spółek niezależnych od siebie. Nie wiadomo więc ani która spółka przeprowadziła proces doskonalenia zarządzania firmą, ani też skąd pomnożenie kosztów ogólnych przedsiębiorstwa x 3 daje oszczędności rzędu 8-11%. Nie wiadomo ponadto, jak Konsorcjum B wyliczyło te oszczędności oraz czy jest w stanie je udowodnić zgodnie z wymaganiem Zamawiającego opartym na treści art. 90 ust. 1 Pzp.

Wszystkie wskazane przez Konsorcjum B wyjaśnienia pozostają więc ogólne, lakoniczne i nie poparte dowodami. Ich konstrukcja, nie odnosząca się ani konkretnie do przedmiotu Postępowania, ani konkretnie do trzech wykonawców tworzących Konsorcjum B mogłaby zostać użyta na potrzeby wyjaśnienia jakiegokolwiek ceny zaoferowanej przez tych wykonawców, w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia. Trudno o bardziej enigmatyczne i nieweryfikowalne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący wskazał na następujące zasadnicze zaniżenie przez Konsorcjum B cen zawartych w złożonej przez niego ofercie.

I.1. ROBOTY MOSTOWE:

M.12.01.03.10 Zbrojenie betonu stalą klasy A-IIIIN

Łączna ilość zbrojenia dla obiektów inżynierskich: 1.208.901,40 kg

Zgodnie z STWiORB M.12.01.03.10 p.9 Podstawa płatności, pozycja ta obejmuje m.in. zakup i dostarczenie materiału, przygotowanie zbrojenia (czyszczenie, prostowanie, cięcie, odgięcia) i montaż zbrojenia.

Odwołujący wskazał, że cena jednostkowa z oferty Konsorcjum B wynosi 2,70 zł/kg, podczas gdy w ofertach 14 pozostałych uczestników Postępowania waha się w przedziale od 3,80 zł do 5,20 zł. Jednostkowa cena za przedmiotową pozycję wynosi 4,57 zł/kg.

Z analizy powyższych danych wynika, że cena podana przez Konsorcjum B jest rażąco niska. Tym samym został zaniżony koszt tych robót o ok. 2,26 mln zł $[(4,57\text{zł/kg} - 2,70\text{zł/kg}) \times 1.208.901,40 \text{ kg}]$.

Ponadto warto zauważyć, że:

- a) wg publikacji „Informacja o cenach materiałów budowlanych” (SEKOCENBUD) z I kwartału 2018 r. znajduje się pozycja na materiał (bez kosztu przygotowania i montażu zbrojenia):

Walcówka i pręty stalowe okrągłe żebrowane skośnie do zbrojenia betonu.

W zależności od średnicy pręta średnie ceny jednostkowe za sam materiał wynoszą:

- z kosztami zakupu: 2,61/2,58/2,63 zł/kg
- bez kosztów zakupu: 2,55/2,52/2,57 zł/kg

b) wg publikacji „Biuletyn cen regionalnych w budownictwie BCR” (SEKOCENBUD) z IV kwartału 2017 r., dla województwa śląskiego, znajduje się pozycja obejmująca, oprócz kosztu materiału, również koszt przygotowania i montażu zbrojenia:

Zbrojenie konstrukcji monolitycznych prętami stalowymi okrągłymi, żebrowanymi fi 14-20mm. Średnia cena jednostkowa robót w regionie śląskim wynosi: 3667,52 zł/t, czyli 3,67 zł/kg

M. 11.03.00 Pale fundamentowe wielkośrednicowe. Pale wiercone w osłonie rurowej.

Łączna ilość dla obiektów inżynierskich: 1.622 m

Łączna wartość tych robót z oferty Konsorcjum B: 1.869.415,80 zł

Wartość za tą pozycję, wyliczona jako średnia z dostępnych 14 ofert wykonawców, złożonych w Postępowaniu, wynosi: 2.665.754,60 zł.

Wynika z tego, że ceny za pozycję „Pale wiercone w osłonie rurowej” podane przez Banimex są za niskie. Tym samym został zaniżony koszt tych robót o ok. 0,8 mln zł. (2.665.754,60zł - 1.869.415,80zł).

M. 11.02.00 (M. 11.02.09.10) Wbicie ścianki szczelnej

Łączna ilość dla obiektów inżynierskich: 542,60 m (w tym 3218,4 m² - ścianki tymczasowe, z odzyskiem materiału stalowego oraz 811,2 m² ścianki „tracone” - z pozostawieniem materiału stalowego w gruncie)

Łączna wartość tych robót z oferty Konsorcjum B: 686.219,20zł

Wartość za tą pozycję, wyliczona jako średnia z dostępnych 14 ofert wykonawców, wynosi 1.273.418,97 zł.

Wynika z tego, że ceny za pozycję „Wbicie ścianki szczelnej” podana przez Konsorcjum B są za niskie. Prawdopodobnie nie uwzględniło ono w wycenie, że część ścianek jest „tracona”. Tym samym został zaniżony koszt tych robót o ok. 0,6 mln zł (1.273.418,97zł - 686.219,20 zł).

M. 16.03.01.11 Ścieki skarpowe betonowe

Cena jednostkowa z oferty Konsorcjum B: 55,00 zł/m

Ceny z ofert pozostałych wykonawców: od 102,59 zł/m do 220,00 zł/m.

Jednostkowa cena za tą pozycję, wyliczona jako średnia z dostępnych 14 ofert wykonawców, wynosi 139,32 zł/m.

Wynika z tego, że cena jednostkowa podana przez Konsorcjum B została zaniżona ponad dwukrotnie.

M.11.01.00 Wykopy pod fundamenty

Cena jednostkowa z oferty Konsorcjum B: 15,00 zł/m³.

Ceny jednostkowe większości pozostałych oferentów oscylują pomiędzy 30-40 zł/m³

(w zależności od tego, czy grunt jest spoisty, czy jest wymagane umocnienie oraz czy należy uwzględnić odwóz materiału).

Wynika z tego, że cena jednostkowa za pozycję „Wykopy pod fundamenty” podana przez Konsorcjum B została zaniżona ponad dwukrotnie.

I.2. ROBOTY DROGOWE

D.06.01.01.61 Umocnienie dna rowu elementami prefabrykowanymi korytkowymi

Łączna ilość: 9.740 m

Cena jednostkowa z oferty Konsorcjum B: 75,00 zł/m.

Ceny z pozostałych ofert: od 105 do 228,39 zł/m.

Jednostkowa cena za tą pozycję, wyliczona jako średnia z dostępnych 14 ofert wykonawców złożonych w Postępowaniu: 162,68 zł/m.

Z analizy powyższych danych wynika, że cena za pozycję „Umocnienie dna rowu elementami prefabrykowanymi korytkowymi” podana przez Konsorcjum B jest rażąco niska.

Wynika to z faktu, że Konsorcjum B skalkulowało swoją cenę niezgodnie z SIWZ, STWIORB, PB, PW.

Do dokumentacji przetargowej Zamawiający załączył Przedmiar robót, gdzie - oprócz lokalizacji - dokładnie opisał, jakie elementy umocnienia rowów o przekroju szerszym niż 3,0 m powinna przedmiotowa pozycja. Są to:

- 1) Umocnienie dna rowu ściekiem korytkowym (wymiary 90x50x15cm) na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 grubości 5 cm;
- 2) Ława z mieszanki kruszywa naturalnego układana pod ściekiem korytkowym (wymiar ławy 00x15cm);
- 3) Płyty chodnikowe o wymiarach 50x50x7 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 grubość 5 cm układane na skarpach i przeciwskarpach rowu;
- 4) Geomembrana uszczelniająca układana pod umacnianymi odcinkami rowów i skarp (średnia szerokość geomembrany w przekroju poprzecznym 3,0 m). Zamocowanie geomembrany za pomocą szpilek (2 szt/1 mb rowu, na skarpie i przeciwskarpie).

Konsorcjum B w wycenie ujęło wyłącznie element prefabrykowany - ściek korytkowy. Nie zostały uwzględnione pozostałe elementy (płytki chodnikowe na podsypce cementowo-piaskowej na skarpach, warstwa geomembrany hydroizolacyjnej PCV gr. 1 mm na dnie i skarpach rowu).

Z analizy powyższych danych wynika, że wycena za pozycję „Umocnienie dna rowu elementami prefabrykowanymi korytkowymi” podana przez Konsorcjum B jest nie tylko rażąco niska, ale również niezgodna z SIWZ, STWIORB, PB, PW. Tym samym został zaniżony koszt tych robót o ok. 0,854 mln zł $[(162,68 \text{ zł/m} - 75,00 \text{ zł/m}) \times 9.740 \text{ m}]$

Podsumowując, wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum B nie mogą obalić powstałego domniemania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest rażąco niska, bowiem:

- a) nie zawierają odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania I do VII, a tym bardziej dowodów w tym zakresie;
- b) w zakresie odpowiedzi na pytania 1-23 zawierają ogólnikowe stwierdzenia, które w żadnej mierze nie wskazują ani na konkretne okoliczności dostępne wyłącznie Konsorcjum B, które pozwoliły na obniżenie ceny, ani nie wskazują na jakiegokolwiek konkretne oszczędności, które dzięki tym okolicznościom Konsorcjum B rzekomo osiągnęło;

c) nie wyjaśniają w żaden sposób, dlaczego Konsorcjum B zaoferowało w wyżej wskazanym przez Odwołującego zakresie, ceny jednostkowe, które tak drastycznie odbiegają od cen rynkowych, pomimo tego, że w wezwaniu Zamawiający wskazał, że oczekuje wskazania w wyjaśnieniach wszelkich innych nie wymienionych przez niego okoliczności, które mogłyby wyjaśnić zaoferowaną cenę, wraz z załączeniem dowodów na potwierdzenie tych okoliczności.

II. Zarzut nieuzasadnionego uznania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum B

Odwołujący przytoczył przepisy art. 8 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie. W jego ocenie Konsorcjum B nie wykazało tej okoliczności, przy czym pod pojęciem wykazania należy, zdaniem Odwołującego, rozumieć coś więcej, niż tylko oświadczenie o spełnianiu przez zastrzegane informacje przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk.

Odwołujący podkreślił następnie, że Konsorcjum B nie wykazało jakie rzekomo przedsięwzięło środki w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie przedstawiło dowodów na okoliczność przedsięwzięcia takich czynności (np. kopii umów z pracownikami zawierających klauzule poufności, zobowiązanie się pracowników do nieujawniania wskazanych informacji, regulamin obiegu dokumentów zawierających tajemnice przedsiębiorstwa itp.). Nie wspomniało nawet czy zobowiązało podwykonawców, których oferty zostały przedstawione, do ich nieujawniania.

Uzasadnienie zastrzeżenia jest nader ogólne i lakoniczne, nie zawiera konkretnego odniesienia się do załączonych ofert, ani nie wyjaśnia dlaczego ich ujawnienie mogłoby wyrządzić Konsorcjum B rzekomą szkodę. Wyjaśnienia te, poza przytoczeniem orzecznictwa KIO i poglądów doktryny, zawierają właściwie jeden akapit na str. 2, który stanowiłby treść własną wykonawcy - pozostała treść to przytoczenie przepisów ustaw i orzecznictwa. Wyjaśnienia takie mogłyby posłużyć jakimkolwiek wykonawcy, w jakimkolwiek postępowaniu i nie mają waloru wykazania przez Konsorcjum B, że załączone do wyjaśnień oferty podwykonawców rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa całego konsorcjum.

W konsekwencji Zamawiający winien uznać dokonane przez Konsorcjum B zastrzeżenie za bezskuteczne i odtajnić oraz ujawnić Odwołującemu tę część wyjaśnień Konsorcjum B.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści następujących dokumentów załączonych do odwołania:

1. wyciągu z SIWZ;
2. wyciągu z oferty Konsorcjum B;
3. informacji z otwarcia ofert;
4. wezwania Konsorcjum B z 23 maja 2018 r.;
5. wyjaśnień Konsorcjum B z 8 czerwca 2018 r.;
6. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 16 lipca 2018 r.;
7. wniosku Odwołującego o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum B z 18 lipca 2018 r.;
8. odpowiedzi Zamawiającego na ww. wniosek z 19 lipca 2018 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Zarzut I

Zamawiający podał, że zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 i 1a oraz art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Konsorcjum B o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

W toku Postępowania przeprowadzono analizę wszystkich cen ofertowych w celu ustalenia czy zachodzą podstawy do zastosowania art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, co wykazano w jednym z załączników do protokołu Postępowania. Przy analizie cen ofertowych brano pod uwagę również istotne części składowe tych cen zawarte w kosztorysie ofertowym. W wyniku tej analizy ustalono, że zachodzi konieczność uruchomienia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum B, ponieważ cena oferty ww. wykonawcy była niższa o 32,14% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększoną o podatek od towarów i usług, wynoszącą 158.000.442,27 zł brutto.

W związku z powyższym 23 maja 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Konsorcjum B do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wezwany wykonawca złożył wymagane wyjaśnienia. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum B wykazało, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz została skalkulowana prawidłowo i obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Szczegółowe informacje o kalkulacji ceny oferty zawierające odpowiedź na wątpliwości Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień nie pozostawiają wątpliwości u Zamawiającego co do możliwości realizacji przez wykonawcę zamówienia za cenę ofertową, z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji określonych w SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że szczegółowe informacje zawarte w dowodach załączonych do odpowiedzi z 8 czerwca 2018 r. (będące informacją niejawną) uznać należy za wiarygodne i potwierdzające możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą. W szczególności Konsorcjum B:

- a) oparło ofertę na wizji w terenie, gdzie szczegółowo zapoznało się z warunkami terenowymi w których będzie realizowany przedmiot zamówienia;
- b) cenę ofertową skalkulowało w oparciu o składane przez dostawców oferty cenowe (załączone jako dowody do wyjaśnień), stanowiące podstawę do zawarcia umów pozwalających nabyć materiały w cenach i ilościach umożliwiających realizację zamówienia zgodnie z SIWZ;
- c) rozpoznało rynek kruszyw, pozyskując oferty handlowe od producentów i dostawców, stanowiących podstawę do podpisania umów w zakresie dostarczania kruszyw na etapie realizacji; dotychczasowe doświadczenie wykonawcy (w tym polityka scentralizowanych zakupów) potwierdzają, że ceny ofertowe dostawców składane na etapie tworzenia oferty przetargowej następnie w toku negocjacji przed docelowym ich zleceniem do realizacji są obniżane średnio od 5-15 %;
- d) potwierdziło ujęcie w kosztorysie ofertowym osobistego wykonania kluczowej części zamówienia, tj. nawierzchni bitumicznych, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 80% ilości) i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług;
- e) wskazało przesłanki pozwalające na oszczędną metodę wykonania zamówienia, w tym między innymi fakt posiadania: znacznej liczby wielkotonażowych żurawi, różnego typu koparek, samochodów samowładowczych, doświadczonych brygad ciesielko-zbrojarskich, własnej wytwórni konstrukcji stalowych z odpowiednim zapleczem sprzętowym oraz kadrowym, wykwalifikowanej kadry inżynierów i pracowników fizycznych posiadającą bogate doświadczenie zdobyte na naszych licznych budowach, na których zespoły osobowe oddelegowywane do realizacji poszczególnych zadań są ze sobą zgrane co pozwala na sprawne wykonywanie powierzonych zadań a tym samym wygenerowanie dodatkowych oszczędności czasu i pieniędzy, własnego zaplecza biurowego i socjalnego niezbędnego do organizacji zaplecza budowy.

Zamawiający stwierdził, że lakoniczne wskazanie przez Odwołującego, jakoby to średnia cen zaoferowanych w Postępowaniu stanowiła wskaźnik poziomu cen rynkowych właściwych dla przedmiotu zamówienia, nie znajduje potwierdzenia. Jako uzasadnienie Odwołujący wskazał, że: „Nie może być jednak mowy, aby różniły się one na tyle drastycznie, że Odwołujący - jak w niniejszej sprawie - jest w stanie bez wątpliwości stwierdzić, iż są one nie tylko nierynkowe, ale także, nie jest możliwe, aby w ramach takiej

ceny wykonać jakkolwiek zamówienie. Ponadto w tym przypadku nie zachodzą na rynku aż takie różnice cenowe pomiędzy oferowanymi pracami podwykonawców (...)"

W ocenie Zamawiającego nie można przez odniesienie się wyłącznie do średniej cen złożonych w Postępowaniu ofert wywnioskować, że zaoferowana cena jest niewiarygodna i rażąco niska. Jak jednoznacznie podkreśla się w doktrynie, automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena oferty poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywane jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą lub z najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

W ocenie Zamawiającego nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które - prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk - prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Ergo fakt zaoferowania wyższych cen przez konkurentów nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej przez Konsorcjum B. Zamawiający dodał, że cena ofertowa Konsorcjum B jest jedynie tylko w niewielkim stopniu niższa (tj. o 19,08 %) ceny od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Oferta Odwołującego jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 8,09 %. Ceny złożonych ofert zawarte są w przedziale od 107.212.582,87 zł do 157.889.478,10 zł. Średnia złożonych ofert wynosi 132.447.442,24 zł, przy czym różnica pomiędzy ofertą złożoną przez Konsorcjum B a ofertą Odwołującego, wynosi 14.557.366,23 zł. Co więcej, fakt, że cena ofertowa Konsorcjum B jest niższa ok. 32,14% od wartości zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług, aktualizuje „jedynie” obowiązek Zamawiającego do zwrócenia się do takiego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny, o czym przesądza przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Niewypełnienie przez

Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w art. art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp mogłoby bowiem stanowić naruszenie przepisów w tym zakresie.

Zamawiający wskazał ponadto, że z przeprowadzonej przez niego analizy dotyczącej cen ofertowych wynika, że wykonawcy wyceniali indywidualnie poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego, z uwzględnieniem specyfiki realizowanych robót, w oparciu o posiadane doświadczenie w wykonywaniu podobnych zamówień oraz przewidywane warunki terenowe i klimatyczne wpływające na zaangażowanie w dostosowaniu do nich odpowiednich sił i środków. Nie może budzić wątpliwości, że okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia. Należy podkreślić, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o występowaniu rażąco niskiej ceny. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta ma znamiona rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że każda z ofert charakteryzuje się pewną odmiennością i przyjmuje inne założenia strategii cenowej. Podkreślenia wymaga, że wartości ofert złożonych w Postępowaniu są do siebie zbliżone, co wysoce uprawdopodobnia, że odzwierciedlają realny, rynkowy poziom wartości zamówienia. Wobec tego różnice w cenach oferowanych przez poszczególnych wykonawców należy traktować jako najzupełniej naturalne zjawisko występowania konkurencji w określonej branży. Uwzględniając powyższe, Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień i dołączonych do nich dowodów przyjął, że przedstawiona przez Konsorcjum B cena ofertowa nie odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych co sprawia, że należy tę cenę uznać za realną i umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił, jakoby określone pozycje kosztorysowe tak znacząco zostały zaniżone, że w konsekwencji mogą one świadczyć o złożeniu przez Konsorcjum B oferty z rażąco niską ceną. W konsekwencji, w przytoczonych okolicznościach za bezzasadne uznać należy twierdzenie Odwołującego, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i Zamawiający powinien ją odrzucić.

Zamawiający podkreślił wreszcie, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy tylko wtedy, gdy wezwany wykonawca „nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Ponadto, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie taka

sytuacja nie ma miejsca, ponieważ informacje zawarte w piśmie Konsorcjum B z dnia 8 czerwca 2018 r. uznać należy za wiarygodne, obszerne i wskazujące na realną możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą oraz wymogami zawartymi w SIWZ.

Zarzut II

Zamawiający podał, że czynność badania skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum B dokumentów i informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa została przeprowadzona ze szczególną starannością, w oparciu o złożone wyjaśnienia.

W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum B wykazało, że zastrzeżone informacje należą do kategorii informacji podlegających ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ mają dla niego wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może przynieść szkodę, stanowią bowiem m.in. informację o źródle zaopatrzenia. Należy mieć na względzie, że to, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie, zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Konsorcjum B dowody (oferty cenowe kontrahentów) potwierdzające stanowisko wykonawcy co do zaoferowanej ceny i nie mają ogólnego charakteru. Stanowią szczegółowe zestawienie informacji na temat wysokości cen jednostkowych i uwzględniając powyższe, w ocenie Zamawiającego, uprawnione było zastrzeżenie poufności tych informacji przez Wykonawcę. Załączone do wyjaśnień dowody zawierają informacje dotyczące kalkulacji ceny i nie sposób uznać, aby informacje w zakresie przyjętych przez wykonawcę relacji gospodarczych z innymi podmiotami były udostępnione publicznie. W tym zakresie Konsorcjum B, jak zaznaczyło w złożonych wyjaśnieniach, podjęło działania mające na celu zachowanie poufności tych informacji.

Zamawiający stwierdził, że przepisy Znk nie precyzują dokładnie jakim konkretnie działaniom ochronnym muszą być poddane tajemnice przedsiębiorstwa (informacje nieujawnione), aby można było traktować je jako poufne. Wskazuje się jedynie, że działania te muszą być „odpowiednie” „rozsądne w danych okolicznościach”, zaś ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Konsorcjum B przedstawiło w wyjaśnieniach jakie kroki podjęło celem zachowania poufności przedmiotowych informacji, stąd też Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie też Zamawiający, z daleko idącej ostrożności procesowej, wskazał, że nawet gdyby uznać, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacje powinny podlegać odtajnieniu, to w świetle złożonych przez Konsorcjum B wyjaśnień brak jest podstaw do stwierdzenia, że cena jego oferty nosi znamiona rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem złożonej oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Masfalt sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Drogomex sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - po stronie Odwołującego (dalej „Konsorcjum M”);
2. Konsorcjum B - po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła ww. podmioty do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących, stwierdzając że spełnione zostały przesłanki warunkujące skuteczność zgłoszonych przystąpień (por. art. 185 ust. 2 Pzp).

Na rozprawie strony podtrzymały streszczone powyżej stanowiska, natomiast uczestnicy popierali argumentację stron, do których przystąpili.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z Informacji o cenach materiałów budowlanych IMB, zeszyt 1/2018 (1771), I kwartał 2018 r., wyd. Sekocenbud - dowód O1;

2. wyciągu z Biuletynu cen regionalnych w budownictwie BCR, zeszyt 73/2017 (1769), IV kwartał 2017 r., wyd. Sekocenbud - dowód O2;
3. zestawienia cen Konsorcjum B w kwestionowanych w odwołaniu pozycjach ze średnimi cenami obliczonymi dla tych pozycji na podstawie ofert innych wykonawców w Postępowaniu - dowód O3;
4. zestawienia cen Konsorcjum B w kwestionowanych w odwołaniu pozycjach z cenami oferowanymi w tych pozycjach przez innych wykonawców w Postępowaniu - dowód O4.

Konsorcjum M wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku zrzutu ekranu ze strony internetowej lidera Konsorcjum B z wykazem posiadanego przez niego sprzętu i dokumentacją zdjęciową (dowód KM1).

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o., Strabag sp. z o.o., w postępowaniu na budowę autostrady A1 na odcinku Tuszyn - Pyrzowice, odcinek II: węzeł Zawodzie (bez węzła) - węzeł Woźniki (z węzłem) z lutego 2015 r. - dowód Z1;
2. wyciągu z kosztorysu szczegółowego wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Gomibud na budowę zabezpieczeń przeciwhałasowych wzdłuż drogi krajowej nr 81 na odcinku w Orzeszu-Zawiści - dowód Z2;
3. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum M - dowód Z3;
4. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Roverpol sp. z o.o., Rover Alcisa S.A. - dowód Z4;
5. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego - dowód Z5;
6. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Mosty Łódź S.A. - dowód Z6;
7. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez Wykonawcę Budimex S.A. - dowód Z7;
8. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. - dowód Z8;
9. wyciągu z oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Berger Bau Polska sp. z o.o., Berger Bau SE - dowód Z9.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Konsorcjum B, wyjaśnień z 8 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami i dokumentów załączonych do odwołania oraz złożonych w trakcie rozprawy, uznając że stan faktyczny został zaprezentowany przez strony w sposób dokładny i zgodny z ww. dowodami, a zatem nie wymaga uzupełnienia.

W powyższych okolicznościach skład orzekający stwierdził, że odwołanie należało uwzględnić.

Zarzut I

Zarzut okazał się zasadny, choć Izba nie podziela wszystkich uzasadniających go argumentów Odwołującego.

Tytułem wstępu Izba przypomina, że mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę odbiegającą bez uzasadnienia od realiów rynkowych, czy też - nawiązując do brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp - cenę, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Wszczęcie postępowania zmierzającego do wyjaśnienia, czy zaoferowana zamawiającemu cena nosi znamiona rażąco niskiej, rodzi zawsze po stronie wezwanego wykonawcy obowiązek złożenia wyjaśnień w określonym przez zamawiającego zakresie, w których przedstawione muszą być powody uzasadniające zaoferowanie badanej ceny, poparte stosownymi dowodami. Należy mieć przy tym na względzie, że zaniechanie udzielenia zamawiającemu odpowiedzi mających istotne znaczenie dla oceny prawidłowości skalkulowania ceny oferty aktualizuje, po stronie zamawiającego, obowiązek odrzucenia oferty takiego wykonawcy, zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 Pzp.

Kolejno należy zauważyć, że przykładowy katalog powodów (okoliczności) mogących stanowić wy tłumaczenie wysokości zaoferowanej ceny ustawodawca zamieścił w treści przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Pzp. W zakresie relewantnym dla rozstrzygnięcia tej sprawy należy zwrócić uwagę na pkt 1 komentowanego przepisu, w którym wymieniono m.in. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy. Powołanie się na tę okoliczność wymaga, zdaniem sądu, nie tylko opisanie realiów w jakich funkcjonuje wezwany do wyjaśnień wykonawca, ale wskazania na czym polega różnica pomiędzy nimi a typową sytuacją innego podmiotu funkcjonującego w tej samej branży. W innym przypadku nie zostanie wykazane, że owe warunki wyjątkowo sprzyjają wykonawcy wyjaśniającemu wysokość zaoferowanej w postępowaniu ceny.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że - po pierwsze - Konsorcjum B zaniechało udzielenia odpowiedzi na część istotnych dla oceny charakteru ceny jego oferty pytań, przez co nie złożyło wyjaśnień w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Po drugie - przedstawione wyjaśnienia, pomimo ich obszerności, są ogólnikowe i gołosłowne, a zatem nie potwierdzają, że oferta Konsorcjum B nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kwestii wyjaśnienia wymaga, że w treści wezwania z 23 maja 2018 r. Zamawiający - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie zawarł dwóch grup pytań (od I do VII i od 1 do 23). Pierwsze wyliczenie (I-VII) stanowi jedynie określenie elementów kosztorysu ofertowego, co do których Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie poprawności skalkulowania kosztów wykonania poszczególnych czynności składających się na te elementy (zob. litery pod poszczególnymi punktami wezwania). Właściwe pytania (1-23) sformułowane zostały w dalszej części pisma, przy czym część z nich odnosiła się wprost do wskazanych wcześniej zakresów (np. pyt. 1 - „W jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji elementów cen, w szczególności (podkreślenie Izby) w zakresie wskazanych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego (...)”, czy pyt. 2 - „Prosimy o przedłożenie dowodów (...) przedstawiających sposób wyliczenia kosztów (...) jakie wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny dla ww. pozycji (podkreślenie Izby)”. Pytania te miały szczególne znaczenie dla oceny ceny badanej oferty, jako że w odpowiedzi na nie Zamawiający oczekiwał, odpowiednio, przedstawienia założeń, na podstawie których Konsorcjum B dokonało wyceny zakresów robót określonych w pkt I-VII oraz złożenia dowodów przedstawiających sposób wyliczenia kosztów i zakładany poziom zysku, wskazując przykładowo na kalkulację cenową z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych. Szereg pozostałych pytań sprowadzał się albo do odniesienia się wprost do katalogu okoliczności ujętych w art. 90 ust. 1 Pzp (zob. pyt. 18-23), albo do oczekiwania potwierdzenia okoliczności, o które pytał Zamawiający (por. pyt. 4 i 8-15).

Analizując treść wyjaśnień Konsorcjum B nie sposób nie zauważyć, że jakkolwiek załączyło ono do nich dowody w postaci ofert kontrahentów (głównie dostawców materiałów budowlanych), to jednak nie sprostало oczekiwaniom Zamawiającego wynikającym z pyt. 2. Wspomniane oferty nie obrazują bowiem sposobu wyliczenia kosztów i zakładanego poziomu zysku, do których ustalenia dążył Zamawiający. Na koszty realizacji zamówienia składają się bowiem nie tylko wydatki ponoszone na materiały niezbędne do wykonania robót, ale również koszty wykonania robót z ich użyciem (tj. koszty robocizny) i sprzętu przy tym wykorzystywanego, tym bardziej że Konsorcjum B, odpowiadając na pyt. 18-20, powołało się na „maksymalne wykorzystanie własnego potencjału - ograniczenie ilości robót podzlecanych podwykonawcom”. Informacji o pozostałych kosztach próżno szukać w

załącznikach do wyjaśnień, które - jak wspomniano - stanowią głównie oferty dostaw. Niezależnie od tego oferty takie nie dają Zamawiającemu żadnej wiedzy o zakładanym poziomie zysku Konsorcjum B, obrazując jedynie jakie koszty poniesie w związku z zapewnieniem sobie jednego z elementów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła ponadto, że także odpowiedź na pyt. 1 nie została Zamawiającemu udzielona w pełnym zakresie. Abstrahując nawet od wspomnianej powyżej kwestii niemożliwości rzetelnego przedstawienia sposobu skalkulowania ceny oferty wyłącznie na podstawie ofert kontrahentów, to zauważyć należy, że załączone do wyjaśnień oferty nie obejmują pełnych zakresów robót, które były przedmiotem zainteresowania Zamawiającego (pkt I-VII wezwania). Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum B, w odpowiedzi na to pytanie wskazało, że kalkulację ceny oferty oparło na załączonych do wyjaśnień ofertach oraz przyjmując za podstawę oceny tej kwestii odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na rozprawie (protokół, str. 8-9) należało stwierdzić, że złożone oferty nie obejmują zakresów wynikających z pkt I lit. a, c-g, i, pkt II lit. a-b, d-e, m, pkt III lit. c, d, pkt IV, V i VII wezwania do wyjaśnień. Konsorcjum B, na którym - zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp - spoczywał ciężar dowodu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (a zatem udowodnienia również i tej okoliczności, że w pełnym zakresie odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego) nie przedstawiło argumentacji uzasadniającej odmienną ocenę omawianej kwestii.

Niezależnie od powyższego skład orzekający doszedł również do przekonania, że wyjaśnienia Konsorcjum B są nie dość konkretne. Powyższe dotyczy przede wszystkim wskazywanych przez nie, w odpowiedzi na pyt. 18-20, dostępnych mu wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia. W tym aspekcie przywołano okoliczności posiadania znacznej ilości wielkotonażowych żurawi, doświadczonych i wykwalifikowanych pracowników, czy własnego zaplecza biurowego i socjalnego. Jakkolwiek hipotetycznie można by uznać każdą z nich za wyjątkowo sprzyjającą, to jednak Konsorcjum B pominęło wyjaśnienie w czym jego sytuacja, w kontekście wspomnianych właściwości, różni się od sytuacji innych uczestników rynku, ergo na czym polegają wyjątkowo sprzyjające i dostępne mu warunki, do których referuje art. 90 ust. 1 Pzp. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zasadniczo każdy konkurent Konsorcjum B, ubiegając się o udzielenie zamówienia o wysokim poziomie skomplikowania (jak w tej sprawie), legitymować będzie się odpowiednim zapleczem kadrowo-sprzętowym. Jedynie na marginesie skład orzekający zaznacza, że rozstrzygając tę kwestię nie oparł się na dowodzie KM1, odmawiając mu wiarygodności, jako że - po pierwsze - prezentuje on informacje sprzed 3 lat, a po drugie - dotyczą one wyłącznie jednego z członków Konsorcjum B.

Izba nie zgadza się natomiast ze stanowiskiem Odwołującego kwestionującym 6 kolejnych zakresów robót opisanych na str. 13-18 odwołania, tj:

1. Zbrojenie betonu stałą klasy A-IIIIN;
 2. Pale fundamentowe wielkośrednicowe. Pale wiercone w osłonie rurowej;
 3. Wbicie ścianki szczelnej;
 4. Ścieki skarpowe betonowe;
 5. Wykopy pod fundamenty;
 6. Umocnienie dna rowu elementami prefabrykowanymi korytkowymi;
- a to z następujących przyczyn.

Po pierwsze skład orzekający uznał, że Konsorcjum B nie zostało w ogóle wezwane do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pkt 2 i 4-6. Przedstawione przez Odwołującego na uzasadnienie twierdzenia przeciwnego stanowisko, opierające wezwanie do wyjaśnień tych kwestii na stwierdzeniu o konieczności odniesienia się do wszystkich elementów, które Konsorcjum B uważało za istotne w płaszczyźnie określenia wysokości ceny oferty, jest chybione. Użycie przez Zamawiającego w treści wezwania takiego sformułowania, abstrahując od braku jego precyzji, pozostawiało w istocie Konsorcjum B swobodę w określeniu czy, a jeśli tak, to jakie elementy mające wpływ na cenę oferty (poza obligatoryjnymi zakresami wynikającymi z pkt I-VII) zostaną w wyjaśnieniach ujęte. W konsekwencji, przy takiej treści wezwania, Odwołujący nie może na etapie postępowania odwoławczego w sposób dowolny rozszerzać zakresu rzekomo oczekiwanych wyjaśnień, tym bardziej, że wymienione powyżej aspekty nie rodziły po stronie Zamawiającego wątpliwości na etapie oceny ceny oferty Konsorcjum B. Nawet po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający nie widział potrzeby badania ww. kwestii.

Po drugie Izba zwróciła uwagę na okoliczność nie wykazania przez Odwołującego istotnego wpływu kwestionowanych elementów kosztorysu na określenie wysokości ceny oferty Konsorcjum B. Przypomnieć należy, że z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika możliwość badania ceny lub kosztu, jako całości, lub ich istotnych części składowych. W konsekwencji skuteczne postawienie zarzutów odwołania, zmierzających do wykazania rażąco niskiej ceny danej składowej ceny lub kosztu oferty lub nieprawidłowej oceny wyjaśnień tych kwestii, dotyczyć może wyłącznie składowych, które posiadają przymiot istotności. W tym zakresie, już chociażby z porównania sumy wskazywanego w treści odwołania niedoszacowania ceny oferty Konsorcjum B (łącznie, dla 4 z 6 ww. pozycji - ok. 4,51 mln zł) do oferowanej przez nie ceny całkowitej (ok. 107,2 mln zł), wynika, że nie jest to wartość znaczna (ok. 4,21%).

Po trzecie skład orzekający stwierdza, że opieranie omawianego zarzutu odwołania li tylko na wyliczeniach różnic w poziomach cen nie jest wystarczające dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty, podobnie jak nie świadczy o jej występowaniu co najmniej 30-procentowa różnica pomiędzy ceną danej oferty od wartości zamówienia z VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W konsekwencji przedstawiane w tym zakresie przez strony dowody (O1-O4 Z1-Z9) nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu odwołania w omówionej powyżej części.

Niemniej jednak, mając na względzie fakt, że zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B z uwagi na rażąco niską cenę potwierdził się z przyczyn wcześniej wskazanych, Izba orzekła, jak w pkt 1.1, 1.3 i 1.4 sentencji wyroku.

Zarzut II

Zarzut potwierdził się.

W kwestii korzystania z obejmowania informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Izba, wobec wyczerpującego omówienia tego zagadnienia zarówno w doktrynie, jak i judykaturze, jedynie sygnalizuje, że skuteczność tego zabiegu uzależniona jest nie tylko od dokonania zastrzeżenia w odpowiednim terminie, ale również - co stanowi *clou* sprawy - od wykazania (podkreślenie Izby), że w odniesieniu do zastrzeganych informacji spełnione zostały przesłanki wynikające z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. W tym zakresie skład orzekający wyraża zapatrywanie, że wspomniane pojęcie obejmuje również, w stosownych okolicznościach, obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczności wynikające ze wspomnianego przepisu Znk. Rzecz jasna nie jest tak, że wszystkie przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być wykazane w drodze przedstawienia stosownych dowodów, ponieważ, dla przykładu, trudno poszukiwać dowodu na okoliczność negatywną, jaką jest nieujawnienie informacji do publicznej wiadomości. Inaczej jest jednak w przypadku przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, zwłaszcza w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na tą okoliczność w uzasadnieniu decyzji o objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Ad casum Konsorcjum B wskazało na zobowiązanie pracowników, którzy negocjowali warunki załączonych do wyjaśnień ofert, do zachowania w poufności przebiegu i wyników tego procesu, tym niemniej twierdzenie takie pozostaje gołosłowne. Nie istniały bowiem obiektywne przeszkody uniemożliwiające przedstawienie na tą okoliczność dowodów, czego - w odniesieniu do omawianej przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - wymaga, w opinii składu orzekającego, użyte w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie wykazania.

Kolejno należy zauważyć, że warunkiem *sine qua non* każdej informacji mającej stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest przedstawianie przez nią wartości gospodarczej. Abstrahując od prezentowanego przez Konsorcjum B stanowiska, zgodnie z którym nie było zobowiązane do „załączania żadnych dowodów potwierdzających wartość gospodarczą” (tak w piśmie z 8 czerwca 2018 r., stanowiącym uzasadnienie zastrzeżenia, str. 2), nie sposób nie zauważyć, że jego argumentacja pozbawiona jest nawet wyjaśnienia na czym opiera przekonanie o wartości gospodarczej informacji zawartych w ofertach złożonych przez jego kontrahentów. Jedynym argumentem mogącym stanowić uzasadnienie tej kwestii (a zarazem jednym z niewielu argumentów użytych w uzasadnieniu zastrzeżenia w ogóle) jest stwierdzenie, że we wspomnianych ofertach zastosowano „warunki szczególne dedykowane Wykonawcy” (*Ibidem*). W tym przypadku zabrakło jednak wskazania na czym owe szczególne warunki miałyby polegać i na ile różnią się one od warunków proponowanych przez kontrahentów Konsorcjum B innym podmiotom zainteresowanym współpracą z nimi, ponieważ okolicznością notoryjną jest negocjowanie przez każdy podmiot gospodarczy jak najbardziej korzystnych dla siebie warunków kontraktowych.

W podsumowaniu dotychczasowych wywodów skład orzekający podkreśla, że Konsorcjum B nie sprostало повинności wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś wywód dotyczący tej kwestii ma zasadniczo teoretyczny charakter, ponieważ sprowadza się do obszernego cytowania poglądów wyrażonych w orzecznictwie KIO i sądowym. Tym samym uznanie przez Zamawiającego skuteczności takiego zastrzeżenia załączników do wyjaśnień z 8 czerwca 2018 r. i odmowa ich udostępnienia na wniosek Odwołującego stanowi obrazę przepisu art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk i art. 96 ust. 3 Pzp, przez co konieczne stało się orzeczenie, jak w pkt 1.1, 1.2 i 1.4 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie: