



FG GK
ADWOKACI
RADCOWIE PRAWNI

Warszawa, 06. 12. 2024 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Odwołujący:
Budosprzęt – Wałbrzych Sp. z o.o.
ul. Sportowa 11
58-305 Wałbrzych
NIP: 8862927816
REGON: 020405081
KRS: 0000265714
E-MAIL: lukaszzimny@robert-zimny.com.pl
TEL.: 74 842 65 67, 602 587 335

reprezentowany przez:
r.pr. Edytę Gosk – Grodzką
FGGK Freliszka Gosk-Grodzka Karwowski
Adwokaci Radcowie Prawni sp.p.
Ul. Dolna 10/2, 00-774 Warszawa
e mail: gosc-grodzka@fggk.pl
tel.: 22 841 2616
tel.: 608 611 713

Zamawiający:
Gmina Bolków
ul. Rynek 1
59-420 Bolków
tel. +48 75 7413213
email: um@bolkow.pl
NIP: 6140102850

REGON: 390767883

Określenie przedmiotu zamówienia:

„Przebudowa nawierzchni dróg w gminie Bolków” – RFPL Program Inwestycji Strategicznych nr Edycja8/2023/8724/PolskiLad.

Nr postępowania: ID.271.22.2023

Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane w dniu 31.10.2024r. pod numerem: 2024/BZP 00574809

Odwołanie

Działając w imieniu Budosprzęt – Wałbrzych Sp. z o.o. (zwanym dalej „**Odwołującym**”) na podstawie pełnomocnictwa stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszego odwołania, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych („PrZamPubl.”) Odwołujący wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (dalej: SPBDiM) pismem z dnia 20 listopada 2024 r., mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty tego Wykonawcy, i w konsekwencji uznanie, że informacje zawarte w załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mają wartość gospodarczą, co też nie zostało wykazane przez SPBDiM;
2. braku udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień SPBDiM w zakresie rażąco niskiej ceny wraz ze wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień, mimo że Wykonawca ten nie wykazał skutecznie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i mają wartość gospodarczą;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SPBDiM w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z postępowania z uwagi na rażąco niską cenę;
4. nieuzasadnionym wyborze oferty Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, pomimo, że podlegała ona odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) poprzez uznanie, że:

- SPBDIM wykazał, że informacje ujęte w załącznikach do wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oferty (cena, wartość), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca ten w ogóle nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a w szczególności że zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;
- Wykonawca SPBDIM dokonał zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa określone informacje;
- informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób,

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia Odwołującemu, przeprowadzenie weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta wykonawcy SPBDIM nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- 2)** art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawcę SPBDIM informacji, mimo takiego obowiązku (art. 74 ustawy Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., co stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPBDIM, pomimo nieudowodnienia, że zaoferowana cena lub jej elementy składowe nie jest rażąco niska, a co doprowadziło do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej;
a w konsekwencji
- 4) art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości
- 5) art. 17 ust. 2 PrZamPubl. poprzez udzielenie zamówienia Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów z naruszeniem przepisów PrZamPubl.,

które to naruszenia miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wnosi o:

- 6) o uwzględnienie odwołania,
- 7) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienia załączników do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SPBDIM w zakresie rażąco niskiej ceny lub odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę już na obecnym etapie z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,
- 8) zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Interes prawny

Mając na względzie art. 505 ust. 1 PrZamPubl. wskazuję, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu, a w rankingu ofert zajęła miejsce nr 2.

Zgodnie z orzecznictwem KIO podniesienie w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, która została wybrana daje odwołującemu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PrZamPubl. interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego wobec Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy prawidłowe dokonanie oceny ww. oferty przez Zamawiającego powinno skutkować jej odrzuceniem, co oznacza wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na tych zadaniach.

Zamawiający nieprawidłowo też ocenił czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez SPBDIM (pismem z dnia 20.11. 2024 r.) i w konsekwencji uznał, że informacje zawarte w tych załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (co nie zostało w ogóle wykazane przez SPBDIM).

Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, Odwołującemu uniemożliwiło to dokładną weryfikację oferty SPBDIM w zakresie rażąco niskiej ceny – Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2023 r. KIO 1091/23 „Skład orzekający stoi na stanowisku, iż **brak udostępnienia przez instytucję zamawiającą Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ogranicza prawo do wniesienia odwołania, uniemożliwiając Odwołującemu kontrolę legalności działania Zamawiającego i dokonanie kompleksowej oceny, czy postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny względem oferty przystępującego byłoby w ogóle uzasadnione.**

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Terminy

03.12.2024 - przesłanie Odwołującemu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Uzasadnienie

Przedmiotem odwołania jest wybór oferty SPBDIM która zdaniem Odwołującego została wybrana z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa.

Postępowanie dotyczyło realizacji zadania pn. „Przebudowa nawierzchni dróg w gminie Bolków” – RFPŁ Program Inwestycji Strategicznych nr Edycja8/2023/8724/PolskiLad.

Odwołujący wnosząc odwołanie z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów, zastrzeżenia tajemnicy załączników do wyjaśnień, a następnie wyboru oferty Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów jako najkorzystniejszej wskazując jak poniżej:

Ad zarzut 1, 2, 4,5:

Odwołujący wskazuje, że zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami. W odpowiedzi na ww. wniosek w dniu 04 12 2024 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty postępowania. Z analizy przesłanych dokumentów Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający wzywał SPBDIM do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten złożył wyjaśnienia pismem z dnia 20 11 2024 r. wraz z załącznikami, które w zakresie ceny i wartości **objął poufnością z uwagi że są tajemnicą jego oraz jego firmy.**

W przekazanych dokumentach był protokół postępowania, który nie zawierał jednak żadnej informacji (wzmianki) na temat badania przez Zamawiającego skuteczności i zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez SPBDIM i czy wykonawca wypełnić wszystkie przesłanki aby zastrzeżenie to było skuteczne. Zamawiający nie przekazał także żadnego innego dokumentu, który miałby dokumentować przeprowadzenie przez niego tej czynności, **co stoi w sprzeczności z ustawowym obowiązkiem Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (art. 16 PZP).**

Zamawiający poinformował Odwołującego, że udostępni dokumenty SPBDIM –poza informacjami oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Lakoniczna odpowiedź Zamawiającego potwierdziła więc odmowę udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień SPBDIM co do rażąco niskiej ceny, mimo że Wykonawca ten nie wykazał skutecznie, aby zastrzegł ich tajność i że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ww. czynności Zamawiającego naruszają postanowienia przepisów ustawy PZP wymienione na wstępie niniejszego odwołania, dlatego też Odwołujący nie zgadza się z nimi.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający niesłusznie ocenił, iż informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień (ceny i wartości) tego wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. **Zastrzeżenie tych informacji przez wykonawcę, a następnie odmowa ich udostępnienia przez Zamawiającego ma wyłącznie na celu utrudnienie weryfikacji złożonych wyjaśnień.**

Uzasadniając dalej zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazuje na prymat zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Podkreśla, że **Zamawiający, badając zastrzeżenie danego dokumentu czy informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że konkretna informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.** Wskazać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w ograniczony i ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego, czy wykonawcy. **Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu (informacji) zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu (informacje w nim zawarte).** Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

W niniejszej sprawie SPBDIM w ogóle nie wskazał żadnego uzasadnienia na zastrzeżenie tajemnicy informacji cenowych zawartych w załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ani innych przesłanek wymaganych **art. 11 ust. 2 u.z.n.k.** Wykonawca zaś zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych i **nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w szczególności nie naruszać zasady uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów zgodności jego oferty z wymogami zamawiającego i przepisami prawa.** Zastrzeganie

bowiem tajemnica przedsiębiorstwa nie może być nadużywane przez wykonawców w celu uniemożliwienia kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej. (...) **Nie wolno też stracić z pola widzenia, że celem wdrożenia art. 18 ustawy Pzp (zasada jawności postępowania) było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozproszonej, czyli przede wszystkim sprawdzanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób, aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi.**

Odwołujący podnosi, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji, czy przedstawione przez Wykonawcę informacje zasługują na ochronę. Przebieg analizy i ostateczna decyzja Zamawiającego w zakresie utajnienia zastrzeżonych informacji mogą się przy tym w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znacząco różnić – w zależności od treści żądań wykonawcy i wagi przedstawionych przez niego informacji. **Zamawiający ma obowiązek ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są.**

W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia” czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r., KIO 674/23) (por. także m.in. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 i z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22).

W niniejszej sprawie SPDBIM nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym przede wszystkim nie wykazał, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą czy też zachowana jest ich poufność.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, zarzuty nr 1,2,4 i 5 są jak najbardziej zasadne.

Ad zarzut nr 3:

Niezależnie od zarzutów wskazanych powyżej, nawet na podstawie wyjaśnień SPBDIM złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stwierdzić można, że wykonawca ten nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera niskiej ceny.

Odwołujący co prawda nie ma wiedzy o cenach i wartościach zawartych w załącznikach do wyjaśnień, na podstawie których byłby w stanie ocenić ich rynkowość i zdolności do wykonania zamówienia, jednak informacje i okoliczności, które wykonawca ten przytacza w samych wyjaśnieniach również mają ogromne znaczenie dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w niniejszej sprawie, która jest około 47 % niższa niż ta przewidziana przez Zamawiającego.

Wykonawca powołując się na rabaty do 40%, system zarządzania pracownikami pozwalający na obniżenie kosztów o 10%, które to elementy mają istotne znaczenie przy kształtowaniu ceny szczególnie w robotach budowlanych, nie załączył nic na ich poparcie, co powoduje, że są to tylko slogany, niczym nie poparte i w związku z czym uznać należy, że SPBDiM nie obronił swojej oferty cenowej i dlatego winna ona zostać odrzucona.

Zamawiający bowiem w treści wezwania wskazał, że w celu udokumentowania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny należy przedłożyć wyjaśnienia, w tym dokumenty (dowody) w zakresie wyliczenia ceny potwierdzającej możliwość wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie.

W odpowiedzi na wezwanie SPBDiM pismem z dnia 20 listopada 2024 roku znak ŚPBDiM 6.642.92.2024 udzieliło wyjaśnień elementów oferty mającej wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca wskazał w piśmie, że na warunki cenotwórcze wpływ mają:

1. *„posiadanie własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów transportu jak również brakiem konieczności najmu terenu na bazę”.*

Składający odwołanie pragnie zauważyć, że:

SPBDiM na dowód tego wyjaśnienia nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających prawdziwość tego oświadczenia. Nie sposób na podstawie tego stwierdzenia stwierdzić, jakim zapleczem technicznym, maszynowym dysponuje Oferent. Brak jest również dokumentów dotyczących lokalizacji bazy. Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. nie przedstawiło dokumentów potwierdzających ten fakt. Brak jest aktu własności lub chociażby umowy najmu terenu na którym zlokalizowana miałaby być baza oraz kosztów z tym związanych. Brak jest też wskazania adresu tej bazy co pozwoliłoby określić odległość jej od miejsca robót.

W ocenie Odwołującego więc przyjęcie takiego wyjaśnienia przez Zamawiającego było działaniem nierzetelnym i ryzykownym.

2. *„wykonawca jako firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera.”*

Odwołujący pragnie zauważyć, że:

Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. twierdzenia tego nie poparł żadnymi dokumentami. Nie jest to też okoliczność nadzwyczajna, wiadomo bowiem, że firmy lokalne zatrudniają lokalnych pracowników.

Ponadto nie sposób zgodzić się, że z uwagi na bliskie sąsiedztwo koszty dowozu pracowników spadły do zera.

Składający odwołanie pragnie zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 1985 roku I PR 19/85 (OSP 1986/3/46). W wyroku tym wskazano, że miejsce pracy może być określone na stałe bądź jako miejsce zmienne, przy czym w tym ostatnim wypadku zmienność miejsca pracy może wynikać z samego charakteru (rodzaju) pełnionej pracy. Miejsce pracy może zostać określone jako punkt, jednostka administracyjna czy pewien obszar, jednak za niedopuszczalne Sąd Najwyższy uznał zawieranie w umowach zapisów, zgodnie z którymi pracownicy wyrażaliby bezwarunkową zgodę na czasową zmianę miejsca pracy w każdym wypadku uzasadnionym potrzebami pracodawcy, tj. bez określenia miejscowości, w której praca miałaby być świadczona, oraz okresu, którego te zmiany dotyczą (wyrok SN z 16 grudnia 2008 r., I PK 96/08, podają za: A. Lankamer-Prasolek, Ł. Prasolek, *Pracodawcy muszą zmienić dotychczasowe zasady rozliczania delegacji podwładnych*, „Rzeczpospolita” z 25 marca 2009 r.). Skarżący nie zarzuca błędów w umowach ale fakt, że praca poza siedzibą firmy pociąga konieczność skalkulowania podniesionych kosztów uzyskania dochodu przez pracownika które musi pokryć pracodawca.

Zgodnie z art. 775 k.p. pracownikowi wykonującemu na polecenie pracodawcy zadanie służbowe poza miejscowością, w której znajduje się siedziba pracodawcy lub poza stałym miejscem pracy, przysługują należności na pokrycie kosztów związanych z podróżą służbową. Z tego przepisu wynika, że kodeks pracy rozróżnia miejsce pracy podwładnego oraz miejsce, w którym siedzibę ma pracodawca. Tym samym pracownikom należne są diety. Tym samym nie można mówić o tym, że koszt ten równy jest zero.

W ocenie Skarżącego przyjęcie takiego wyjaśnienia przez Zamawiającego było działaniem nierzetelnym.

3. *„wykonawca posiada wprowadzony system, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracowników o 10% poprzez usprawnienie komunikacji i logistyki między poszczególnymi budowlami a siedzibą firmy oraz unikania przestojów w zasobach ludzkich poprzez sprawna dostawę materiałów.”*

Odwołujący pragnie zauważyć, że:

Jak powyżej SPBDIM w żaden sposób nie wykazał o jaki system chodzi, jego rozwiązań, jak również, że wprowadzenie tego systemu pozwoliło na obniżenie kosztów firmy o 10%. Zatem powyższe wyjaśnienie jest tylko wyjaśnieniem, które zdaniem Odwołującego ma na celu uwiarygodnić informację, że zaproponowana cena ma realne odzwierciedlenie w działalności operacyjnej firmy.

W ocenie Skarżącego przyjęcie takiego wyjaśnienia przez Zamawiającego było działaniem nierzetelnym.

4. *„wynagrodzenie przyjęte do kalkulacji ceny oferty jest **znacznie wyższe** od aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę.”*
5. *„stawki wynagrodzenia uwzględniają średnie stawki robocizny kosztorysowe w skali województwa dolnośląskiego (III kwartał 2024 r. wg wydawnictwa SEKOCENBUD) tj. dla pracownika fizycznego przyjęto 58,66 zł/godz. Brutto a dla kierowników robót – 92,00 zł/godz. brutto*

Składający odwołanie pragnie zauważyć, że:

Spółka nie przedstawiła żadnych dowodów na poparcie swego twierdzenia. Brak jest

kalkulacji kosztów osobowych, roboczogodzin, ilości i grup pracowników (robotnicy, kierownicy) którzy mieliby być zaangażowani w realizację zlecenia. Nie przedstawiono również dowodów, że zaprezentowane stawki rzeczywiście są stawkami zgodnymi z prawem, nie wiemy bowiem czy mamy do czynienia z pracownikami, osobami na zlecenie, dzieło, czy umowę B2B. Zamawiający zatem nie miał możliwości zweryfikowania tych twierdzeń a tym samym przyjęcia czy rzeczywiście są one prawdziwe i zostały skalkulowane w ofercie w sposób zgodny z prawem.

6. *„wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia to jest: wytwórnia mas bitumicznych, koparki, samochody samowyładowcze, walce, zagęszczarki, rozkładarki mas bitumicznych, co wiąże się z brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu i skutkuje niższymi kosztami”.*

Odwołujący pragnie zauważyć, że:

Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. w żaden sposób nie poparła tego twierdzenia żadnymi dowodami chociażby wykazem środków trwałych, tabelami amortyzacji. Ponadto należy zwrócić uwagę, że własna baza maszynowa to również wydatki związane z koniecznością jej utrzymania (zakup, remont, ubezpieczenia, serwis, paliwo, koszt amortyzacji) i co również generuje koszty dla wykonawcy.

7. *„korzystanie z atrakcyjnych rabatów (często nawet do 40%) na zakup materiałów. Współpracujemy bezpośrednio z producentami i hurtowniami. Mamy blisko do kamieniołomów (tj. Kamieniołomy Czarny Bór-Grzędy, Bitunona, Cementowania Góraźdże, Wodan, PEBEK Świdnica). Materiały kamienne i asfaltowe posiadają atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na zakup.”*

Składający odwołanie pragnie zauważyć, że SPBDIM w żaden sposób nie poparła tego twierdzenia. Nie przedstawiła np. żadnych umów z kontrahentami które gwarantowałyby aż tak atrakcyjne **rabaty cenowe do 40 %**. Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował tej informacji bo było to niemożliwe z uwagi na brak dokumentów to potwierdzających.

Wykonawca oprócz powyższego **nie dołączył do wyjaśnień, żadnych innych środków dowodowych, potwierdzających chociażby fakt, że rzeczywiście korzysta z jakichkolwiek rabatów na ceny materiałów lub że któraś z hurtowni jest mu w stanie udzielić takich rabatów. Wykonawca nie przedstawił także informacji, czy rabaty te odnoszą się do wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, czy jedynie do części i do których.** Należy również zastanowić się, czy takie rabaty są dostępne w każdej chwili realizacji zamówienia, czy są uzależnione od specyficznych warunków rynkowych, co może wpływać na ostateczną cenę i dostępność materiałów. Udowodnienie tego wszystkiego było obowiązkiem SPBDIM.

8. *„Bliskość wysypiska dla robót ziemnych za które ponosimy koszty utylizacji. Wszystkie odpady segregujemy dbając o ochronę środowiska. Mamy aktualne przeglądy instalacji pyłowej na Wytwórni Mas Bitumicznych i systemów oddymiania. Posiadamy umowy do utylizacji substancji oraz materiałów innych niż niebezpieczne.”*

Składający odwołanie pragnie zauważyć, że jak powyżej SPBDIM w żaden sposób nie wykazała swych twierdzeń.

W ocenie Skarżącego przyjęcie takiego wyjaśnienia przez Zamawiającego było działaniem bezpodstawnym.

Skarżący pragnie zauważyć, że wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży więc obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jakich dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

Jest to o tyle istotne w niniejszej sprawie, że różnica pomiędzy ceną SPBDIM (1.859.036,45 zł.) a kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego (3.300.000,00 pln) jest znacząca. Obowiązkiem SPBDIM było więc udowodnienie i zapewnienie Zamawiającego, że pomimo takiej różnicy cenowej będzie on w stanie wykonać zamówienie. W przypadku nieudowodnienia zaś, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 224 ustawy Pzp, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W tym aspekcie istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, **w tym złożenia dowodów** w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Co więcej, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie szczególnie korzystnych warunków lub posiadanie szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na obniżenie ceny. W takiej sytuacji, nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą - Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2023r. sygn. akt KIO 2363/23, Wyrok KIO z dnia 18 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1200/23, KIO 1224/23.

Skarżący pragnie zauważyć, że „Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności spowodowały obniżenie ceny jego oferty. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty

zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub **udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty - Wyrok KIO z dnia 9 września 2022 r. sygn. akt KIO 2200/22.**

Do wyjaśnień rażąco niskiej ceny SPBDiM załączył jedynie przedmiar robót Mysłów, kosztorys ofertowy ul. Tęczowa w Bolkowie, kosztorys ofertowy ul. Robotnicza w Bolkowie, przedmiar robót- Kaczorów, remont mostu w M. Bolków (wszystkie z utajnionymi informacjami o cenie i wartości), oraz zestawienie.

Informacje zawarte w ww. dokumentach są jednak ogólne, nie są to bowiem kosztorysy szczegółowe, a uproszczone, więc nie zawierają wszystkich szczegółowych pozycji i kosztów, niezbędnych do wykonania zamówienia. Dokumentów tych więc nie można traktować jako dowodów na zaoferowaną przez wykonawcę cenę. Jak zostało wskazane powyżej, różnica w cenie jest bardzo istotna (ok. 47%), więc tym bardziej wykonawca winien był dopełnić należytej staranności i udowodnić swoją cenę oraz zapewnić Zamawiającego że będzie w stanie wykonać zamówienie.

Z informacji zawartych natomiast w wyjaśnieniach wynika, że założone przez SPBDiM koszty wykonania to tylko szacunki, a nie ceny za które zamówienie faktycznie zostanie wykonane. Np. w zakresie kosztów pracowniczych (pkt 5 wyjaśnień wykonawcy) - SPBDiM wskazał, że przyjął stawkę wynagrodzenia 58.66 zł./godz. brutto a dla kierowników 92,00 zł. brutto. Wykonawca ten nie udowodnił że za taką stawkę roboczogodziny będą pracować osoby i co de facto ona zawiera. Nie przedłożył żadnych umów, oświadczeń, które by to potwierdzały. Biorąc pod uwagę brak osób do pracy na rynku budowlanym oraz cenę zaproponowaną przez SPBDiM w interesie wykonawcy było to udowodnić.

To samo dotyczy m.in. braku wyliczeń realnej minimalnej ceny masy bitumicznej z otaczarni której właścicielem jest SPBDiM z uwzględnieniem kosztów transportu na poszczególne zadania w celu udowodnienia, że ich masa bitumiczna jest rzeczywiście tańsza od tych sprzedawanych w konkurencyjnych otaczarniach.

SPBDiM nie wskazuje również w wyjaśnieniach zweryfikowania ilości na podstawie wizji lokalnej, tylko wskazuje że dokonała wyliczenia na podstawie dokumentacji, PFU i odpowiedzi do przetargu.

Załączamy też przykładowe oferty z rynku, wskazując jakie są aktualnie ceny.

Powyższe jasno wskazuje, że ceny są zaniżone, a SPBDiM nie był w stanie udowodnić, skąd wynika jego niższa cena oraz że pomimo niższej ceny będzie w stanie wykonać zamówienie.

Ponadto SPBDiM wskazuje w wyjaśnieniach na zysk 11,7% oraz koszty pośrednie na

poziomie 67,6%, jednak nie mamy żadnego wyliczenia na podstawie którego można by to uwiarygodnić i sprawdzić czy faktycznie ma miejsce przy cenie niższej o ok. 47%.

Dlatego też Odwołujący wskazuje, że Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. nie wykazało, że zaproponowana cena w złożonej ofercie jest realna i może zostać za nią wykonane zamówienie bez uszczerbku dla Zamawiającego. Odpowiadając na wezwanie SPBDIM nie dochowała staranności, nie przedłożyła dokumentów które czyniłyby zadość treści wezwania. Nie rolą zamawiającego jest zastępowalność wykonawcy w wykazywaniu, że cena jego oferty jest realna. To wykonawca ma udowodnić realność tej ceny, a nie zamawiający ma poszukiwać, czy domniemywać informacji w tym zakresie. Rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień, a nie wyręczanie wykonawcy w wykazywaniu, że za podaną cenę można należycie wykonać zamówienie.

Zamawiający w podanym wyżej zakresie nie zakwestionował nieprawidłowości wykonawcy przy wykazywaniu, że cena nie jest rażąco niska. Zgodnie zaś z orzecznictwem KIO :Zamawiający obowiązany jest badać cenę oferty nie tylko na podstawie wymogów zawartych w przepisach ustawy pzp, ale również w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający jest również obowiązany badać, czy zaoferowana przez wykonawców cena nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. (Wyrok KIO nr 599/ 22).

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że w przedmiotowej sprawie ziściły się przesłanki, które obligowały Zamawiającego do odrzucenia oferty Świdnickiego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów z uwagi na niewykonanie obowiązku wynikającego z treści wezwania.

Wskazać też należy, że SPBDIM dokonał wyceny na podstawie błędnego stanu faktycznego, co też miało wpływ na cenę jego oferty.

W dniu 7 listopada 2024 roku bowiem Zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytania zainteresowanych wskazał, że:

1. powierzchnia drogi w Kaczorowie wynosi 546 m², natomiast SPBDIM w załączonym do wyjaśnień przedmiarze robót dla tej samej drogi przyjął powierzchnię 420 m², co daje różnicę 126m².
2. dla drogi w Mysłowie przyjął powierzchnię 1370 m² i powierzchnię na zjazdu 411 m², wówczas gdy Zamawiający w wyżej wymienionym dokumencie wskazał, że powierzchnia przebudowywanej nawierzchni to obszar 1870m² a zjazdu 145 m², co daje różnicę aż 500m² i 266m².

W ocenie wnoszącego odwołanie popełnione błędy w kosztorysie wykonawcy miały również istotny wpływ na kalkulację oferty. Wysokość zaproponowanej kwoty za poszczególne roboty była skonstruowana w oparciu o zaniżone parametry. W ocenie wnoszącego odwołanie, popełnione błędy, takie jak niewłaściwe powierzchnie robót, stanowią istotny dowód na potencjalne zaniżenie kosztów wykonania zamówienia. Błędy te mogą wskazywać na nieprecyzyjne lub nawet celowe działania mające na celu przedstawienie oferty, która wydaje się korzystna cenowo, ale w rzeczywistości może prowadzić do problemów z realizacją zamówienia. Biorąc pod uwagę, że powierzchnia robót jest jednym z kluczowych

elementów wpływających na koszt całkowity realizacji, nieprawidłowe dane w tym zakresie mogą skutkować poważnymi konsekwencjami zarówno dla jakości wykonania, jak i dla terminowości realizacji prac. Świadczą również w ocenie skarżącego, że Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonywał weryfikacji dokumentów złożonych przez SMBDIM.

Wskazać należy, że gdyby Zamawiający działał rzetelnie zwróciłby uwagę na te rozbieżności i zobowiązał SBDIM do ich wyjaśnienia. Co należy też podkreślić w przepisach Prawa zamówień publicznych nie została sformułowana zasada „jednokrotnego wzywania” do wyjaśnień w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu.

PODSUMOWANIE

Reasumując wszystko powyższe wskazać należy, że ogólnikowe wyjaśnienie kalkulacji i załączenie kosztorysu nie wystarczy, by uzasadnić rażąco niską cenę. Powyższe znajduje również potwierdzenie w opinii zawartej na portalu zamówień publicznych ([www.portalzp.pl : https://www.portalzp.pl/razaco-niska-cena/ogolnikowe-wyjasnienie-kalkulacji-i-zalaczenie-kosztorysu-nie-wystarczy-by-uzasadnic-cene-32509.html](https://www.portalzp.pl/razaco-niska-cena/ogolnikowe-wyjasnienie-kalkulacji-i-zalaczenie-kosztorysu-nie-wystarczy-by-uzasadnic-cene-32509.html)), gdzie w podobnym stanie faktycznym (wykonawca wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 224 ust 3 pkt 1–8 ustawy - w wyjaśnieniach odpowiedział, że cena złożonej oferty została wykonana na podstawie przedmiaru i załączył kosztorys) uznano, że oferta powinna być odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę. Wykonawca bowiem przekazał zamawiającemu jedynie **kosztorys obrazujący sposób kalkulacji ceny, z którego jak założono nie wynikają informacje istotne z punktu widzenia rażąco niskiej ceny (np. nie są wyodrębnione i jasno zobrazowane koszty pracy, czy też koszty związane z ubezpieczeniem społecznym lub też inne koszty)**. W takim stanie faktycznym należy uznać, że wykonawca nie rozwiął wątpliwości co do ceny swojej oferty. **Wszczęcie procedury badania ceny oferty powoduje domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wykonawca może je obalić poprzez złożenie wyczerpujących, konkretnych i rzeczowych wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana cena jest rynkowa (realna).** Co więcej wyjaśnienia takie, stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, powinny być poparte dowodami. Wykonawca, który składa ogólnikowe wyjaśnienia, musi liczyć się z tym, że cena jego oferty będzie uznana za rażąco niską.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe wnoszę jak na wstępie.

załączniki:

1. Oferta geodezja Mikołajczak
2. Oferta na projekty Bolków
3. Oferta na utylizację
4. Oferta drogi- gmina Bolków
5. Wezwanie + wyjaśnienia
6. Screen artykułu z portalu zamówień publicznych
7. Opłata
8. Pełnomocnictwo
9. KRS
10. Dowód wystania Zamawiającemu

