

Kamienica 04.04.2025r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Mszana Dolna
Ul. Spadochroniarzy 6
34-730 Mszana Dolna
Email: gmina@mszana.pl

Odwołujący:

ZIBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa
Kamienica 1000
34-608 Kamienica
KRS 0000838277
NIP 7372221327
Tel. 18 33 23 408
Email: biuro@zibud.com
oferty@zibud.com
przedstawiciel: Grzegorz Zajac

postępowanie:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r- Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024r., poz. 1320) [zwanej dalej także „ustawą” lub „pzp”], z możliwością prowadzenia negocjacji, na roboty budowlane pod nazwą ROZBUDOWA DROGI GMINNEJ NR 604301K „KASINA WIELKA – SZYMONY – GRUSZOWIEC” W MIEJSCOWOŚCI KASINA WIELKA

Znak:

ZP.271.4.2025.PK

Numer ogłoszenia:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00109965/01

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Oferenta - Zibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kamienicy (zwanym dalej „Odwołującym”), informuję, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający podjął czynności niegodne z przepisami PZP: zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawców Konsorcjum firm: Lider konsorcjum - Profeksim Spółka Jawna H.J. Duda i partner konsorcjum – Bildex Dariusz Duda [zwanym dalej: „Konsorcjum firm Profeksim i Bildex”].

Przedmiotem zamówienia jest **„ROZBUDOWA DROGI GMINNEJ NR 604301K „KASINA WIELKA – SZYMONY – GRUSZOWIEC” W MIEJSCOWOŚCI KASINA WIELKA” (numer referencyjny: ZP.271.4.2025.PK)**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00109965/01.

Zaskarżona czynność:

Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to zaniechanie czynności odrzucenia wykonawcy Konsorcjum firm Profeksim i Bildex oraz uniemożliwienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez zaniechanie czynności jawności postępowania.

Zarzuty odwołania:

Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, z późn. zm.) [dalej: „ustawa Pzp”] poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm Profeksim i Bildex, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ceny lub kosztu oraz naruszenie przepisu art. 16 poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) ponowne dokonanie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum firm Profeksim i Bildex;

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

Interes prawny:

Odwołujący wskazuje interes w uzyskaniu zamówienia z uwagi, że jako jeden z oferentów brał udział w niniejszym postępowaniu. Odwołujący przygotował ofertę, podejmując w toku jej opracowania niezbędne czynności weryfikacyjne, jak też pozyskując oferty na materiały i prace niezbędne do realizacji oraz jest zainteresowany wykonaniem przedmiotu zamówienia. Powyższe uzasadnia do skorzystania z środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Termin na wniesienie odwołania

Odwołanie wniesione jest w terminie, jako że informacja o wyborze oferty została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 31.03.2025r.

dowód: link do strony postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/1064925#proceedingBuyerCommunicationsSection>

Opłata:

Opłata od niniejszego odwołania została uiszczona przelewem w dniu 03.04.2025r.

dowód: potwierdzenie wniesienia opłaty

UZASADNIENIE

Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust 1 i 2 ustawy PZP wezwał Wykonawcę Konsorcjum firm Profeksim i Bildex do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaoferowana cena na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 16 383 516,06zł.

Wykonawca Konsorcjum firm Profeksim i Bildex złożył na formularzu oferty, ofertę na realizację zamówienia w wysokości 10 438 792,86zł.

Jak wynika z powyższego zaoferowana cena jest niższa od wartości zamówienia o 36,28%.

Wykonawca Konsorcjum firm Profeksim i Bildex za pośrednictwem platformy zakupowej został wezwany o przedstawienie wyjaśnień czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ i jej załącznikach oraz przedstawienie jakie okoliczności np.(cena prac budowlanych, materiałów lub inne) miały wpływ na obniżenie ceny oferty do dnia 18 marca 2025r. do godz. 12.00

Wykonawca Konsorcjum firm Profeksim i Bildex przesłał za pośrednictwem platformy zakupowej swoje wyjaśnienia w dniu 18 marca 2025r. o godz 9.33.

Przedstawione wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum firm Profeksim i Bildex nie powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego i oferta Konsorcjum firm Profeksim i Bildex powinna zostać odrzucona ze względu na nie sprostaniu przez wykonawcę obowiązku wynikającego z art. 224 ust 6 ustawy PZP.

Przedłożone wyjaśnienia Konsorcjum firm Profeksim i Bildex są mocno ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca przedstawił dowody na poparcie swoich twierdzeń w postaci wykazu sprzętu, wykaz sprzętu i faktury na zakup materiałów – załączniki nr 1, 2 i 3 do wyjaśnień wykonawcy.

Z przedstawionych wykazach sprzętu wynika, że wykonawca oświadcza jakim sprzętem dysponuje ale brak faktycznego potwierdzenia posiadania w postaci np. wykazów posiadanych środków trwałych, dowodów rejestracyjnych, itp. dokumentujących ich faktyczne posiadanie. W przedstawionych wyjaśnieniach i fakturach na zakup materiałów wykonawca Konsorcjum firm Profeksim i Bildex argumentuje, że posiada strategię zakupową polegającą na uzupełnieniu zapasów materiałowych i dokonał zakupu części materiałów budowlanych.

Przedstawione faktury nie posiadają danych sprzedawcy i nie sposób ustalić ich autentyczności.

Dodatkowo należy nadmienić, że tylko niewielka część materiału widniejącego w fakturach można by było użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, a mianowicie:

1. Faktura nr FVK/TBK/2859/24 w pozycji 1. widnieją rury fi 300 które nie występują przy realizacji przedmiotowego zamówienia.
2. Faktura nr 795/2024/12/FA_N w pozycji 1 i 2. widnieje cement w workach 25kg który posiada ograniczony czas utrzymania deklarowanych parametrów jakościowych zgodnie z danymi producenta i nie jest możliwe jego użycie do realizacji przedmiotowego zamówienia.
3. Faktura nr F/335/11/2024, F/350/11/2024, F/357/11/2024 i F/364/12/2024 we wszystkich pozycjach obejmują korytka które nie występują przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym przedłożone przez wykonawcę Konsorcjum firm Profeksim i Bildex faktury nie powinny być uwzględnione przy ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Na dowód przedstawiamy zestawie średnic rur i rodzaju korytek - fragment opisu technicznego dokumentacji projektowej, które należy użyć przy realizacji przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 i 2 do niniejszego odwołania).

Zgodnie z naszym pismem przekazany Zamawiającemu za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 20 marca 2025r informowaliśmy Zamawiającego, że przedłożone wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum firm Profeksim i Bildex nie spełniają wymogów udowodnienia, że zaoferowana cena przez wykonawcę nie jest rażąco niska. Dodatkowo Odwołujący poinformował Zamawiającego, że nie dopełnił swoich obowiązków poprzez rzetelnego przeanalizowania złożonych wyjaśnień.

Faktura zgodnie z definicją jest dokumentem potwierdzającym zaistniałą transakcję pośredniczących ze sobą stron. Faktura może być wystawiana w formie elektronicznej (e-faktura), jak i papierowej. Wystawienie i przekazanie faktury powoduje powstanie obowiązku podatkowego. Faktura nawet podpisana nie jest, sama w sobie, dowodem spełnienia świadczenia, faktura nie zastępuje umowy i nie jest dowodem na zawarcie umowy. Faktura nie jest dowodem na wydanie towaru. Faktura jest dokumentem rozliczeniowym sporządzonym przez wystawcę w celu umożliwienia odbiorcy dokonania zapłaty.

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

Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie posiadania zgromadzonych materiałów. Nie przedstawił dowodów na zapłatę na zgromadzone materiały. W związku z powyższym nie można uznać, że wykonawca w przedstawionych fakturach faktycznie te materiały posiada. Nie jest możliwe również uznanie, że materiał widniejący na fakturach zostanie skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia czy nie został użyty do realizacji już innej inwestycji w tym zakończonej.

Dodatkowo należy stwierdzić fakt, że wykonawca Konsorcjum firm Profeksim i Bildex nie przedstawił wyjaśnień i nie przedstawił dowodów w zakresie poprawności wyliczenia ceny ofertowej. Tym samym nie jest możliwe uznanie, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna i możliwa do wykonania, poparta stosownymi wyliczeniami i dowodami. Nie sposób ustalić i sprawdzić czy wykonawca ujął w zaoferowanej cenie cały zakres zamówienia, nie przedstawił żadnych dowodów dokumentujących spełnienia wymogów zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ.

Wykonawca ma ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje min. :

- w wyroku z dnia 24.08.2023 sygn. Akt KIO 2363/23 *„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”*.

- w wyroku z dnia 9.09.2022 sygn. akt KIO 2200/22 *„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 właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać”*

„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. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.”

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

Wykonawca Konsorcjum firm Profeksim i Bildex w piśmie z dnia 28 marca 2025 r. wyjaśniają zanonimizowanie danych wystawców faktur i zastrzegają je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie neguje woli wykonawcy do utajnienia informacji mających dla wykonawcy kluczowe znaczenie. Odwołujący zarzuca niepoprawne wykonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego i sprzeczne stwierdzenia wykonawcy w przedłożonych wyjaśnieniach z dnia 18 i 28 marca br.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zgodnie z przepisem art. 18 ustawy Pzp zasadą jest jawność postępowania. Utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności i nie może być interpretowane rozszerzająco. W związku z powyższym uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno zostać skrupulatnie przygotowane. Nawet w przypadku uwzględnienia skuteczności zastrzeżenia przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istnieje ryzyko wystąpienia przez wykonawcę konkurencyjnego z odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej, która może dokonać odmiennej od zamawiającego oceny uzasadnienia zastrzeżenia.

Wykonawca powinien skupić się na zastrzeżeniu konkretnych, zindywidualizowanych informacji (np. wyłącznie określonych danych liczbowych). Praktyka polegająca na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień ceny, całej treści poszczególnych załączników do wyjaśnień lub większych fragmentów wyjaśnień czy ich załączników w orzecznictwie KIO jest postrzegana jako negatywna. Powyższy pogląd

podzielony został w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21.

Reasumując, dokonując zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wynikających z wyjaśnień ceny, poza łącznym wykazaniem wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, należy również:

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

Przedłożone przez wykonawcę faktury jako załącznik do wyjaśnień z dnia 18 marca br nie były przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatajeniu nie podlegały informacje dotyczące ilości, ceny i wartości. W związku powyższym Zamawiający nie powinien uznać zasadności zastrzeżenia załączników do wyjaśnień z dnia 28 marca br. z uwagi, że kluczowe informacje zostały ujawnione przez samego wykonawcę i nie stanowią zagrożenia istotnym interesom wykonawcy. Wykonawca w wyjaśnieniach sam stwierdza „*danymi kluczowymi z punktu widzenia Wykonawcy były w tym wypadku ceny, po jakich materiał został zakupiony, a dane Dostawców nie mają tutaj istotnego znaczenia*”

W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest spójne i konsekwentne (np. KIO/UZP 528/10, KIO 51/11): „*aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. (...) bardzo precyzyjnie i dokładnie należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może bowiem wystąpić sytuacja, iż tajemnicą*

przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione”.

Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia badania w zakresie skuteczności zastrzeżenia i jeżeli dojdzie do wniosku, że wykonawca nadużył prawa lub dokonał zastrzeżenia niezgodnie z wymogami art. 18 ust. 3 pzp zobowiązany będzie do odtajnienia informacji. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy z dwóch perspektyw. Po pierwsze czy dana informacja w ogóle może być utajniona, czy nie jest ona jawna z mocy prawa lub już znana, oraz czy samego zastrzeżenia dokonano zgodnie z wymogami art. 18 ust. 3 pzp. Wbrew pozorom nie jest to zadanie łatwe i z uwagi na odpowiedzialność zarówno cywilną jak i karną powinno być przeprowadzane szczególnie starannie.

Zasada jawności postępowania oznacza, że wykonawcy mają zagwarantowany dostęp do wszystkich informacji o prowadzonym postępowaniu, w tym do dokumentów postępowania sporządzonych przez zamawiającego oraz dokumentów złożonych w postępowaniu przez konkurentów. Zasada umożliwia weryfikację, czy czynności zamawiającego są zgodne z prawem, i w tym sensie wzmacnia realizację zasady transparentności postępowania.

Mając na uwadze, iż powołane wyżej naruszenia należy uznać za niezmiernie istotne, wystąpienie z niniejszym odwołaniem oraz sformułowane w nim wnioski uznać należy za konieczne i uzasadnione.

w imieniu Odwołującego

Załączniki:

- nr 1: strona 18 opisu technicznego dokumentacji projektowej
- nr 2: strona 19 opisu technicznego dokumentacji projektowej
- nr 3: dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- nr 4: odpis z KRS