

Sygn. akt: KIO 1218/13, 1225/13

WYROK

z dnia 6 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2013 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce (sygn. akt KIO 1218/13),

B. Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku (sygn. akt KIO 1225/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Białystok, w imieniu i na rzecz którego działa Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o. w Białymstoku

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych:

A. Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1218/13),

B. MPO Sp. z o.o. w Białymstoku po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1218/13 oraz KIO 1225/13),

C. W..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSBUD W..... P..... w Białymstoku po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1218/13 oraz KIO 1225/13),

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1225/13)

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru ofert najkorzystniejszych we wszystkich częściach postępowania; unieważnienie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce w części II postępowania; powtórzenie badania i oceny ofert we wszystkich częściach postępowania, w tym odrzucenie ofert złożonych przez MPO Sp. z o.o. w Białymstoku i Walentego Pacewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSBUD W..... P..... w Białymstoku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce (sygn. akt KIO 1218/13) oraz przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku (sygn. akt KIO 1225/13) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce (sygn. akt KIO 1218/13) oraz na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku (sygn. akt KIO 1225/13) kwotę łącznie 37 610 zł 82 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy sześćset dziesięć złotych osiemdziesiąt dwa grosze) – w tym dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce (sygn. akt KIO 1218/13) kwotę 19 010 zł 82 gr (dziewiętnaście tysięcy dziesięć złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, reprezentacji i dojazdu, a dla Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku (sygn. akt KIO 1225/13) kwotę 18 600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i reprezentacji.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

I. Miasto Białystok, w imieniu i na rzecz którego działa Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o. w Białymstoku (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 19 stycznia 2013 r., poz. 2013/S 014-019526. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), w sześciu częściach.

W tymże postępowaniu, w dniu 23 maja 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostały wniesione dwa odwołania.

Sygn. akt KIO 1218/13

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce (dalej: Odwołujący, Konsorcjum Czyścioch) kwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I, II, III i IV. W ocenie Odwołującego nieprawidłowe było:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w odniesieniu do części I, II, III i IV zamówienia oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Walentego Pacewicza (TRANSBUD) w odniesieniu do części I, II, III i IV zamówienia - oferty te zdaniem Odwołującego złożone zostały w warunkach umowy przetargowej, co stanowi czyn określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez co doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części II zamówienia;
- 3) zaniechanie wyboru ofert Odwołującego - w odniesieniu do części I, II, III i IV zamówienia jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższym zaniechaniom i czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, przez uniemożliwienie wykonawcom ubiegania się o uzyskanie zamówienia w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców pozostających w zмовie przetargowej;
- art. 89 ust 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia w związku z wadliwym uznaniem, iż oferta ta zawiera cenę rażąco niską;
- art. 90 ust 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie przyjęcia wyjaśnień i kalkulacji Odwołującego w zakresie kosztów związanych z realizacją części II zamówienia, a w konsekwencji uznanie, iż cena ofertowa jest rażąco niska.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o powtórzenie badania i oceny ofert w skarżonych częściach postępowania, a w tym:

- a) unieważnienie czynności wyboru ofert złożonych przez:
 - W..... P..... - w odniesieniu do części I oraz IV zamówienia;
 - MPO sp. z o.o. - w odniesieniu do części II i III zamówienia;
- b) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców:
 - W..... P..... - w odniesieniu do części I, II, III oraz IV zamówienia;
 - MPO sp. z o.o. - w odniesieniu do części I, II, III i IV zamówienia;
- c) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie II części zamówienia;
- d) wyboru ofert złożonych przez odwołującego - w odniesieniu do części I, II, III oraz IV zamówienia.

Sygn. akt KIO 1225/13

Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku (dalej: Odwołujący, ASTWA) kwestionowało prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I, III, V i VI, do czego doszło poprzez:

- 1) wybór jako oferty najkorzystniejszej w części I i VI oferty złożonej przez Walentego Pacewicza (TRANSBUD), pomimo, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę oraz której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a Wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania;

- 2) wybór jako oferty najkorzystniejszej w części III i V oferty złożonej przez MPO Sp. Z o.o. pomimo, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę oraz której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w I i III przez Konsorcjum Czyścioch jako zawierających rażąco niską cenę;
- 4) zaniechanie odtajnienia ofert przedsiębiorców MPO oraz W..... P..... w zakresie szczegółowej kalkulacji kosztowej pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 87 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. Z art. 90 ust.3 Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 4) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części I, III, V i VI zamówienia;
- 5) odtajnienie ofert przedsiębiorców MPO, W..... P..... (TRANSBUD), Konsorcjum Czyścioch w zakresie szczegółowej kalkulacji kosztowej;
- 6) odrzucenia ofert złożonych przez W..... P..... (TRANSBUD) w części I i VI oraz wykluczenie tego Wykonawcy z postępowania;
- 7) odrzucenia ofert złożonych przez MPO w części III i V;
- 8) odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Czyścioch w części I i III zamówienia;
- 9) ponownego badania i oceny ofert z pominięciem ofert ww. Wykonawców;
- 7) wyboru jako oferty najkorzystniejszej w części I, III, V i VI zamówienia oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w obu odwołaniach.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia:

- A. Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1218/13),
- B. MPO Sp. z o.o. w Białymstoku po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1218/13 oraz KIO 1225/13),
- C. W..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSBUD W..... P..... w Białymstoku po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1218/13 oraz KIO 1225/13), dalej: W..... P....., TRANSBUD,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Czyścioch sp. z o.o. w Białymstoku, MPK sp. z o.o. w Ostrołęce po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1225/13)

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującym w obu postępowaniach odwoławczych przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący mieliby szansę na uzyskanie zamówienia w częściach zamówienia, w których wnieśli odwołanie, ponieważ ich oferty były na kolejnym miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania są uzasadnione.

Sygn. akt KIO 1218/13, sygn. akt KIO 1225/13

Zarzut wspólny dla obu postępowań odwoławczych naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych

Obaj Odwołujący podnosili, wobec zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez TRANSBUD i MPO, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców pozostających w zмовie przetargowej (zarzut ten w odwołaniu sygn. akt KIO 1218/13 dotyczył I, II, III i IV części postępowania, a w odwołaniu sygn. akt KIO 1225/13 – części V i VI). Zasadniczo nie były sporne powiązania różnego rodzaju, zarówno kapitałowe, jak i osobowe, pomiędzy MPO a TRANSBUD (m.in. W..... P..... sprawuje kontrolę nad spółką MPO Sp. z o.o. - jest większościowym udziałowcem oraz prezesem zarządu spółki MPO), zbieżność w formułowaniu pism składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i postępowaniu odwoławczym, posługiwanie się potencjałem jednego wykonawcy przez drugiego wykonawcę z nim powiązanego, reprezentowanie przez tego samego pełnomocnika obu wykonawców w obu postępowaniach odwoławczych – jednak zdaniem MPO i W..... P..... nie miały one żadnego znaczenia. W ocenie składu orzekającego same te okoliczności nie musiałyby przesądzić o tym, że doszło do „zмовy

przetargowej” (art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nakazuje odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast czynem nieuczciwej konkurencji jest zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub konsumenta; z kolei zgodnie z art. 6. ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów i podziale rynków zbytu lub zakupu), jednak efekt, do którego doprowadziły – uzyskanie zamówienia przez obu wykonawców we wszystkich częściach postępowania - nie pozwala na akceptację poglądu, że był to jedynie przypadkowy zbieg zdarzeń.

Bezspornie obaj wykonawcy – MPO i W..... P..... (TRANSBUD) - zaoferowali najniższe ceny we wszystkich częściach postępowania, a w części III i VI - doszło niejako do „ustąpienia miejsca” wykonawcy, który złożył ofertę droższą (wskutek wskazania we własnej ofercie błędu w obliczeniu ceny). W ten sposób doszło do podziału rynku – każda z tych firm otrzymała po trzy części zamówienia, przy czym dla części III i VI ewidentnie nie odbyło się to w warunkach walki konkurencyjnej. W takich okolicznościach Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, stwierdzając, że Prawo zamówień publicznych nie daje mu ku temu odpowiednich instrumentów. Jednak Zamawiający podjął daleko idące wątpliwości w tej kwestii, skoro zdecydował się zawiadomić o faktach zaistniałych w postępowaniu Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Biorąc pod uwagę tak ustalone okoliczności, Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia ofert MPO i TRANSBUD. Efektem szeregu działań podejmowanych przez TRANSBUD i MPO był podział rynku – i skład orzekający uznał efekt tych działań za wystarczającą podstawę do uznania, że doszło do zмовы wykonawców. Niewątpliwie wykonawcy ci zaoferowali najniższe ceny we wszystkich częściach zamówienia – ze względu na całokształt sytuacji, można przypuszczać, że spodziewanie się uzyskanie zamówienia w całości przez obie te firmy umożliwiło kalkulację cen na możliwie niskim poziomie. Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w obu odwołaniach za uzasadniony. W konsekwencji Izba nakazała odrzucenie ofert MPO i W..... P..... (TRANSBUD) we wszystkich częściach postępowania, w których złożyli oferty, przy czym nie ma dla powyższego znaczenia, że Zamawiający już odrzucił oferty tych wykonawców w części III i VI (uczynił to na innej podstawie prawnej, co

do której Izba nie zajmowała stanowiska, bowiem nie była objęta żadnym zarzutem rozpatrywanych odwołań).

Sygn. akt KIO 1218/13

Zarzut nieprawidłowego odrzucenia Odwołującego – Konsorcjum Czyścioch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawo zamówień publicznych w II części postępowania

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w kilku częściach postępowania (I, II, II). Po ich otrzymaniu, jedynie w części II uznał, że Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną - zdaniem Zamawiającego złożone wyjaśnienia dla tej części potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Tymczasem z akt postępowania nie wynika, że Zamawiający w jakikolwiek sposób badał wyjaśnienia Odwołującego, ponieważ brak jakiegokolwiek odniesienia się do bardzo szczegółowych kalkulacji Odwołującego. Wydaje się, że Zamawiający jedynie porównywał – w celu ustalenia, czy dla określonej części postępowania zaoferowano rażąco niską cenę – cenę oferty z wyliczeniami eksperta. Mianowicie Zamawiający powołał eksperta, który obliczył kwoty minimalne, które jego zdaniem (zdaniem eksperta) pozwalają na realizację zamówienia. Cena oferty Odwołującego dla części II (tj. 1 143 316,00 zł) była poniżej kwoty obliczonej przez eksperta (tj. 1 204 316,81 zł) i w konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w części II. Wyliczenia eksperta mają charakter uśredniony, a cena oferty Odwołującego różni się od kwoty obliczonej przez eksperta o kwotę rzędu 60 000 zł, co wobec ceny „minimalnej” obliczonej przez eksperta mieści się w granicach błędu, i w ocenie Izby nie jest różnicą, w okolicznościach niniejszej sprawy, uprawniającą stwierdzenie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji w ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego, bez analizy jego wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, jest niezgodne z przepisami, dlatego Zamawiający powinien unieważnić czynność polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego w części II postępowania.

Sygn. akt KIO 1225/13

Zarzut zaniechania wykluczenia TRANSBUD z postępowania

Izba nie uznała za zasadną wskazywaną przez Odwołującego podstawę wykluczenia TRANSBUD z postępowania w związku ze złożeniem oświadczenia w ofercie, że nie zamierza on korzystać z podwykonawców - Odwołujący argumentował, że powyższe oświadczenie stoi w sprzeczności z posługiwaniem się potencjałem podmiotu trzeciego. Izba nie dopatrzyła się takiego związku.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert MPO, TRANSBUD i Konsorcjum Czyścioch z powodu rażąco niskiej ceny

Izba nie dopatrzyła się powodów do odrzucenia ofert konkurencyjnych wobec oferty Odwołującego ASTWA z powodu rażąco niskiej ceny. Odwołujący wnioskował o odrzucenie tych ofert w częściach I, III, V i VI. Zasadniczo, wobec nakazania przez Izbę odrzucenia ofert TRANSBUD i MPO na innej podstawie prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), zarzut ten ma znaczenie jedynie wobec ofert złożonych przez Konsorcjum Czyścioch w części I i III, bowiem w części V i VI to cena Odwołującego jest niższa, niż cena oferty Konsorcjum Czyścioch. Izba uznała, że argumentacja Odwołującego jest zbyt ogólna, aby się do niej odnieść w taki sposób, aby można było uznać, że złożono w skarżonych częściach zamówienia ofertę z rażąco niską ceną – Odwołujący nie wskazał (nie wyliczył) żadnych cen minimalnych, poniżej których nie można byłoby zrealizować zamówienia. Takie obliczenia mogłyby stanowić punkt odniesienia, który podlegałby ocenie składu orzekającego. Tymczasem Odwołujący opisał jedynie rodzaje kosztów, które należy ponieść w celu realizacji zamówienia, bez wskazania ich wysokości. Ponadto argumentacja Odwołującego odnosi się zbiorczo do części I, III, V i VI, do trzech najtańszych ofert złożonych w tych częściach, tymczasem, zgodnie z protokołem z otwarcia ofert (kopia w aktach sprawy) w części V i VI oferta Odwołującego ASTWA jest niższa, niż oferta Konsorcjum Czyścioch – a więc Odwołujący de facto w odwołaniu kwestionuje również wysokość własnej cen.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał podnoszonego zarzutu w tym zakresie, dlatego zarzut zaniechania odrzucenia MPO, TRANSBUD i Konsorcjum Czyścioch z powodu rażąco niskiej ceny oddaliła.

Zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów

Izba uznała zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów za podniesiony zasadnie. Izba nie neguje, że kalkulacje cenowe mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden z wykonawców, składających wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny, jednak na rozprawie nie wskazał, które konkretnie elementy z kalkulacji mają dla niego walor o określonej wartości, i dlaczego akurat ta wartość musi podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; w ocenie Izby nie wynika to również ze złożonych wcześniej wyjaśnień. Oczywiście jest, że ceny ofert (a więc i kalkulacje) nie powinny być upubliczniane przed złożeniem oferty – jednak po złożeniu ofert ceny są jawne; ich składniki mogą w pewnych okolicznościach, po wykazaniu, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podlegać utajnieniu, co w niniejszej sprawie w ocenie składu orzekającego nie nastąpiło.

Konsorcjum Czyścioch twierdziło co prawda, że obliczenia (zaprezentowane Zamawiającemu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny) zostały dokonane za pomocą

specjalnie opracowanego arkusza programu Excel, objętego prawem autorskim – przy czym wykonawca ten podkreślał, że arkusz Excel ma tak olbrzymie znaczenie, że bez jego użycia nie można należycie przeanalizować obliczeń widocznych jedynie na wydruku. Skoro taka jest rola arkusza (którego formuł Izba nie nakazała odtajnić) – w ocenie Izby nie ma powodów, aby nie ujawnić efektów obliczeń, skoro ostateczne ceny zaproponowane przez wykonawców w poszczególnych częściach zamówienia są już znane.

Izba nie dopatrzyła się również cech tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach TRANSBUD I MPO. Należy zauważyć, że szczegółowe wyjaśnienia tych wykonawców (nieznane Odwołującym na dzień składania odwołań i na dzień rozprawy) w częściach III i VI wskazują na „błąd w obliczeniu ceny”, przy czym TRANSBUD wskazał, że nie uwzględnił kosztu zakupu pojemników, ponieważ założono, że „będą dzierżawione lub użyzione od MPO”, a po otwarciu ofert „spółka MPO poinformowała nasze przedsiębiorstwo, iż w zaistniałej sytuacji nie będzie mogła udostępnić pojemników”, z kolei MPO informuje, że w kalkulacji cenowej nie uwzględniło kosztów pracy dwóch samochodów. Powyższe oświadczenia w ocenie składu orzekającego mogą potwierdzać popełnienie czynu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, i brak w ich treści innych powodów, mogących być celem utajnienia.

W konsekwencji uznania rozpatrywanego zarzutu za uzasadniony, jednak Izba nie nakazała Zamawiającemu ujawnienia informacji, bowiem stwierdziła, że na tym etapie postępowania nie będzie to miało wpływu na wynik postępowania.

Reasumując, stwierdzono mające wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (sygn. akt KIO 1218/13, sygn. akt KIO 1225/13) i naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych (sygn. akt KIO 1218/13), dlatego orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....
.....
.....