

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Zakład Odzysku Surowców Madrohut Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowski Holding Komunalny Spółka Akcyjna w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu oraz J. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa AMPLIZ z Olkusza,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu oraz J. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa AMPLIZ z Olkusza na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) i w części 2 zamówienia nakazuje

zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu oraz J. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa AMPLIZ z Olkusza na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.),

2. kosztami postępowania obciąża **Krakowski Holding Komunalny Spółka Akcyjna w Krakowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Zakład Odzysku Surowców Madrohut Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Krakowskiego Holdingu Komunalnego Spółka Akcyjna w Krakowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Zakład Odzysku Surowców Madrohut Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Sukcesywny odbiór (wywóz i zagospodarowanie) odpadów pozostających po procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych w Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów (ZTPO) przez okres 12 miesięcy*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Zakład Odzysku Surowców Madrohut Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie w zakresie jego Części 2 pn. „*Odbiór i zagospodarowanie żużli*” wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez wykonawców MB EKO S.A., ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec oraz J. C. działającego pod firmą J. C. Firma Handlowo Usługowa AMPLIZ, ul. Storczykowa 7, 32-300 Olkusz (dalej „Konsorcjum MB EKO”) oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MB EKO mimo, iż na wezwanie zamawiającego z dnia 10 marca 2017 r. nie przedstawiło wyjaśnień w zakresie, w jakim zażądał tego zamawiający, a w pozostałym zakresie z wyjaśnień, które zostały złożone przez Konsorcjum MB EKO wynika, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, a jej zniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie,
2. art. 8 ust. 3, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień z dnia 15 marca 2017 r. i 22 marca 2017 r. (zarówno treści pisma z dnia 15 marca 2017 r., jak i załączników do wyjaśnień z dnia 15 marca 2017 r. jak i z dnia 22 marca 2017 r.), mimo iż odnośnie informacji tam zawartych Konsorcjum MB EKO nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jednocześnie z treści wyjaśnień wynika, iż wniosek o utajnienie odnosił się do informacji, które nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. art. 7 ust. 1, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu

dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w Postępowaniu, w tym wyjaśnień Konsorcjum MB EKO, podczas gdy prawidłowe ustalenia winny prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum MB EKO, jak i do odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum MB EKO

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania, jego uwzględnienie oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu, w tym dowodów z opinii biegłych jak wskazano w treści odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu w zakresie Części 2:

1. unieważnienia czynności zamawiającego, polegających na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty Konsorcjum MB EKO jako najkorzystniejszej,
2. odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum MB EKO,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum MB EKO,
4. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jego konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, w sytuacji, gdyby Izba uznała, iż nie ma podstaw na tym etapie do odrzucenia oferty Konsorcjum MB EKO (w miejsce punktów 3-6) o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty Konsorcjum MB EKO jako najkorzystniejszej,
2. odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum MB EKO,
3. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, po tym jak informacje w pełnej wersji zostaną przedstawione odwołującemu

tylko bowiem takie działanie, stwierdził odwołujący, w sytuacji uznania przez Izbę braku na tym etapie istnienia podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum MB EKO, pozwoli odwołującemu na realizację jego uprawnień przewidzianych przepisami ustawy Pzp związanymi z dochodzeniem ochrony jego praw.

Wniósł nadto (w każdym przypadku) o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego

Odwołujący podał, że zamawiający poinformował go o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 31 marca 2017 r. drogą elektroniczną (przesłał mu mailowo pismo z 30 marca 2017 r.).

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest sukcesywny odbiór (wywóz i zagospodarowanie) odpadów pozostających po procesie termicznej utylizacji odpadów komunalnych w Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów (ZTPO) przez okres 12 miesięcy – postępowanie zostało podzielone na dwie części, część druga dotyczy odbioru

i zagospodarowania żużli (pkt 3.2 SIWZ). Podał, że w ramach drugiej części zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający podał, iż do wywozu i zagospodarowania przewidziane jest 70.000 Mg (ton) żużla i popiołów innych niż określone kodem odpadu 19 01 11 (dalej wspólnie jako „żużle” lub „odpady”).

Stwierdził na tej podstawie, że zadaniem wykonawcy było odebranie określonej ilości odpadów z miejsca wskazanego w SIWZ (Zakład Termicznego Przekształcania Odpadów, Kraków ul. Giedroycia 23), a następnie ich zagospodarowanie.

Podkreślił, że wskazana ilość odpadów została określona jako maksymalna, a zamawiający żądał wskazania w ofertach ceny za 1 Mg (tonę) „odbioru i zagospodarowania” żużla, którą należało przemnożyć przez maksymalną liczbę Mg (ton), czyli 70.000.

Odwołujący wskazał nadto na postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) pkt 2, zgodnie z którym:

- *maksymalna ilość odpadów do odbioru w ciągu jednego dnia wynosi 600 Mg dla części 2,*
- *minimalna ilość odpadów zamawianych do odebrania w ciągu jednego dnia będzie nie mniejsza niż 24 Mg (nie oznacza to zobowiązania do codziennego przekazywania odpadów przez zamawiającego),*
- *zamówienie dotyczące liczby odpadów do odebrania składane będzie na 1 dzień roboczy przed realizacją, do godziny 14:00 w formie wiadomości e-mail lub telefonicznej potwierdzonej mailowo*

oraz pkt 3.6, zgodnie z którym zamawiający wymaga, aby 100% odebranych odpadów zostało zagospodarowane w sposób inny niż poprzez składowanie

Odwołujący podał, że zwycięskie Konsorcjum zaoferowało cenę na poziomie 2,548 mln zł za wykonanie zamówienia (36,40 zł brutto za tonę) i cena ta była niższa o 30% od średniej arytmetycznej ofert pozostałych wykonawców – pozostali wykonawcy złożyli bowiem oferty, których średnia cena wynosiła 3.940.825,00 zł (cena Konsorcjum wynosiła ok. 64% ww. średniej).

Wskazał, że zamawiający wezwał Konsorcjum MB EKO w myśl art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i przedstawienia stosownych dowodów, co w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp spowodowało – stwierdził odwołujący – iż Konsorcjum MB EKO winno było wykazać, iż jego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał także, iż Konsorcjum MB EKO przedstawiło wyjaśnienia w dniu 16 stycznia 2017 r., w których wskazało, iż zaoferowana cena jest, w ocenie tego Konsorcjum, ceną rynkową, przedstawiając – w jego mniemaniu – wszystkie koszty, które składają się na wykonanie zadania.

W konsekwencji powyższego, 9 lutego 2017 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, z czym nie zgodził się odwołujący, który złożył odwołanie – podał, że w szczególności zarzuty odnoszą się do tego, iż Konsorcjum MB EKO wyliczyło koszt wykonania usługi przy założeniu, że ponosi koszt stały ok. 6 pojazdów, co – wedle odwołującego nie jest prawidłowe w świetle wskazania przez Konsorcjum MB EKO, iż jeden pojazd (z uwagi na odległość między miejscem odbioru a miejscem przewozu odpadów) jest w stanie przewieźć w ciągu jednego dnia maksymalnie 50 ton odpadów oraz w świetle wymogu wynikającego z SIWZ, zgodnie z którym w ciągu jednego dnia do przewozu może być przekazanych 600 ton, a co powoduje, iż Konsorcjum MB EKO, aby móc wywiązać się z zadania publicznego musi zaangażować 12 pojazdów i przynajmniej 12 pracowników (co stanowi wynik dzielenia 600 ton/50 ton).

Odwołujący wskazał, że:

- złożone przez niego odwołanie z dnia 20 lutego 2017 r. zostało na początku rozprawy odwoławczej uznane przez zamawiającego, co – stwierdził odwołujący – oznacza, że zamawiający uznał, iż oferta Konsorcjum MB EKO zawiera rażąco niską cenę, jak i że wyjaśnienia, które przedstawiło Konsorcjum MB EKO nie były prawidłowe,
- Konsorcjum MB EKO wniosło sprzeciw od uznania przez zamawiającego zarzutów podniesionych przez odwołującego, w konsekwencji czego Izba przeprowadziła rozprawę, w szczególności w toku postępowania odwoławczego Konsorcjum MB EKO wskazało, iż sposób w jaki dokonało wyliczenia kosztów związanych z odbiorem maksymalnie 600 ton jest prawidłowy, gdyż jeden z konsorcjantów, tj. J. C. ma zawartą inną umowę na wywóz odpadów z huty w Krakowie (ArcelorMittal); Konsorcjum nie wskazywało żadnych innych umów, które miałyby powodować, że koszt pracowników i pojazdów niewykorzystywanych na potrzeby niniejszego zadania (w dniu, w którym do odbioru będzie mniej niż 600 ton) będzie finansowany z takiego innego źródła – innymi słowy koszt 12 pojazdów i 12 pracowników zaangażowanych do niniejszego zadania w dniu, w którym osoby takie nie będą potrzebne do jego realizacji jest finansowany w ten sposób, iż w takim dniu osoby takie i pojazdy wykonują inne zadania, będąc opłacani z innego kontraktu.
- w wyniku postępowania odwoławczego Izba uznała, że zamawiający winien był wyjaśnić z Konsorcjum MB EKO w jaki sposób zamierza zapewnić odbiór 600 ton odpadów, skoro nie przedstawiło w tym zakresie wyliczenia kosztów dla zwiększonej ilości pojazdów i kierowców" (str. 40 uzasadnienia wyroku).

Odwołujący ocenił, że Izba wskazała, iż wyliczenia dokonane przez Konsorcjum MB EKO w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2017 r. nie są prawidłowe, gdyż nie uwzględniają kosztów dla zwiększonej ilości pojazdów i kierowców – Izba uznała, iż zamawiający winien

wezwać Konsorcjum MB EKO do „*wyjaśnienia w jaki sposób przystępujący zamierza zapewnić zamawiającemu wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu 12 pojazdów w okresach zwiększonego odbioru odpadów i jakie przyjął założenia do kalkulacji tego kosztu, w jakiej wysokości*”

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że Izba uznała wyliczenia związane z kosztami zapewnienia pojazdów przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2017 r. za nieprawidłowe – Izba wskazała, iż pierwotne wyliczenia nie zawierały „*wyliczenia kosztów dla zwiększonej ilości pojazdów i kierowców*” (str. 40 uzasadnienia).

Odwołujący stanął na stanowisku, że w toku postępowania odwoławczego Konsorcjum MB EKO starało się „wybronić” kalkulację przedstawioną w wyjaśnieniach (opartą o wyliczenia dokonane dla około 6 pojazdów) przez twierdzenia, iż przedmiotowe koszty stałe są finansowane z innego zadania.

Zauważył, że gdyby argumentacja taka została podzielona przez Izbę, ta nie nakazywałaby w swoim wyroku, by zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MB EKO o wyjaśnienia w odniesieniu do wykorzystania 12 pojazdów, jak i przedstawienia w tym zakresie właściwych wyliczeń. W ocenie odwołującego Izba uznała, że zamawiający ma wezwać do złożenia stosownych wyjaśnień ze wskazaniem sposobu wyliczenia takich kosztów dla 12 pojazdów, a tym samym także i 12 kierowców – wszak do obsługi danego pojazdu konieczny jest zawsze przynajmniej „1 etat”, w rzeczywistości więcej, gdyż pracownik nie pracuje 100% dni w roku, tylko ma prawo do urlopów, jak i pracodawca musi założyć, iż zawsze istnieje możliwość choroby pracownika.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2017 r. Konsorcjum MB EKO nie przedstawiło żadnych nowych wyliczeń w odniesieniu do „zwiększonej ilości pojazdów i kierowców”, a jedynie wyjaśniło w ten sam sposób, jak uczyniło to w toku rozprawy przed Izbą, iż korzysta z efektu skali, mając na uwadze fakt, iż posiada ona znaczną liczbę pracowników (zostało to „utajnione”), jak i że J. C. (działający pod firmą AMPLIZ) obsługuje inny kontrakt na tej samej relacji „*i tym bardziej z łatwością może alokować środki transportu w taki sposób, aby zrównoważyć ewentualne chwilowe wzrosty zapotrzebowania na transport żużla o kodzie odpadu 190112 pozyskiwanego od Zamawiającego*”.

Podkreślił, że z SIWZ wynika jednak, że nie mamy do czynienia z „chwilowymi” wzrostami zapotrzebowania, ale to, iż wykonawca może oczekiwać, że odbiór 600 ton odpadów (bądź podobnie znacznej ilości) będzie miał miejsce stosunkowo często.

Wedle odwołującego Konsorcjum MB EKO wyprowadza w swoich wyjaśnieniach twierdzenia nie znajdujące żadnego oparcia o treść SIWZ, gdyż twierdzi, iż „*Realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami przedstawionymi przez Zamawiającego wymaga stałej obecności 6 kierowców*”, co nie jest prawdą, gdyż SIWZ w odniesieniu do Konsorcjum MB

EKO (które przy pomocy jednego kierowcy może przewieźć dziennie do 50 ton odpadów) wymaga, by na stałe było zaangażowanych przynajmniej 12 kierowców (12 + kwestia chorób/urlopów) i pojazdów – tyle jest potrzebne dla MB EKO do odbioru 600 ton odpadów.

Zdaniem odwołującego całkowicie nieuzasadnione są także twierdzenia Konsorcjum MB EKO, iż taki poziom odpadów może mieć miejsce jedynie w okresach świątecznych (zamawiający w swoim wezwaniu wskazał, że wyjaśnienia i wyliczenia mają się opierać na wynikającym z SIWZ wymogu, by wykonawca był w stanie zapewnić możliwość „ciągłego i powtarzalnego” odbioru 600 Mg) oraz, iż zwiększona ilość odpadów miałaby być „związana z mniejszą dostępnością pracowników u Zamawiającego”.

Odwołujący podniósł, że twierdzenia takie nie znajdują żadnego uzasadnienia w treści SIWZ, gdzie powiedziano, że w dniu objętym umową (dni robocze, SIWZ nie wymaga odbiorów w dni świąteczne, co wynika z załącznika nr 1 do SIWZ „*odbiór odpadów w porze dziennej w dni robocze od 7:30 do godziny 24:00*”) ilość odpadów do odbioru będzie wahała się od 0 do 600 ton (zamawiający wskazuje, że od 24 do 600, zastrzegając, iż mogą być dni kiedy nic nie będzie do odbioru).

W konsekwencji w sytuacji, gdy do odbioru może być i 600 ton odpadów, a informacja o tym jest przekazywana poprzedniego dnia roboczego (pod jego koniec) to – wywodził odwołujący – oczywiste jest, iż Konsorcjum MB EKO musi mieć zapewnione przynajmniej 12 pojazdów, jak i 12 kierowców dla realizacji tego zadania; inaczej nie będzie w stanie się z tego wywiązać.

Uznał, że tym samym uzasadnione wątpliwości budzą twierdzenia Konsorcjum MB EKO, iż dla realizacji zadania potrzebnych jest na stałe 6 pracowników (i 6 pojazdów).

Zdaniem odwołującego niezrozumiałe są twierdzenia Konsorcjum MB EKO w zakresie, w jakim twierdzi, iż dni kiedy jest więcej odpadów do odbioru są związane „z mniejszą dostępnością pracowników u Zamawiającego”, i z okresami świątecznymi, ponieważ zwiększona ilość odpadów do odbioru jest powiązana z większą ilością odpadów produkowanych przez społeczeństwo, a więc spada wówczas, gdy mamy okresy świąteczne, jak i wakacyjne (wtedy, w szczególności w mieście takim jak Kraków, gdzie znaczna część osób to osoby przyjeżdżające do tego miasta na studia, zmniejsza się liczba osób przebywających w Krakowie, a tym samym zmniejsza się ilość odpadów dostarczanych do spalarni). Jednocześnie, kontynuował odwołujący, przy mniejszej dostępności pracowników u zamawiającego spalarnia produkuje mniej odpadów.

Stwierdził, że nie jest tak, że zwiększona liczba odpadów (600 ton) to tylko okresy świąteczne Konsorcjum MB EKO, przeciwnie – wówczas ilość odpadów jest co do zasady zmniejszona.

Podkreślił, że nie zmienia to jednak najważniejszej kwestii, tj. iż wyjaśnienia nie odnoszą się do tego do czego wzywał zamawiający (a czego w wyroku zażądała Izba, która

nakazała, aby wyjaśnione zostały koszty, z poparciem tego odpowiednimi wyliczeniami, związane z koniecznością obsługi odbiorów 600 ton odpadów.

Stwierdził, że zamiast tego Konsorcjum MB EKO powtórzyło jedynie swoje wcześniej przedstawiane twierdzenia, z których wynika, iż nie musi takich kosztów uwzględniać, gdyż korzysta z efektu skali, jak i możliwości alokacji osób pomiędzy tym zadaniem a drugim, które jest realizowane przez AMPLIZ na terenie miasta Krakowa. Uzupełnił, iż oznacza to, że Konsorcjum MB EKO powtórzyło te same twierdzenia, które były podstawą do wyliczeń ujętych w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2017 r., a które to zostały uznane przez Izbę za niewystarczające (inaczej KIO nie nakazywałoby, by zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MB EKO o przedstawienia informacji jakie Konsorcjum MB EKO przyjęło założenia do kalkulacji tego kosztu, w jakiej wysokości, wskazując w uzasadnieniu, iż Konsorcjum MB EKO nie przedstawiło wyliczenia kosztów dla zwiększonej ilości pojazdów i kierowców).

Dodatkowo podniósł, iż w wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2017 r. nie można doszukać się jakichkolwiek wyliczeń dla kosztów związanych z odbiorem odpadów, mimo faktu, iż Izba w wyroku z dnia 7 marca 2017 r. wymagała, by Konsorcjum MB EKO w swoich wyjaśnieniach przedstawiło stosowne wyliczenia (*jakie zostały przyjęte założenia do kalkulacji tego kosztu, w jakiej wysokości*), ponieważ Konsorcjum MB EKO powtórzyło jedynie, iż koszt transportu odpadu wynosi 22,69 zł tonę (i to jedynie w tabelce stanowiącej podsumowanie ceny), a wyliczenia przedstawiła dla dwóch pozostałych kategorii kosztów, a to kosztów nadzoru i kosztu przetworzenia odpadu (w tym także pozyskania komponentów).

Podsumował, że powyższe prowadzi do konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum MB EKO w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a to dlatego, iż nie można w takiej sytuacji uznać, by Konsorcjum MB EKO przedstawiło wyjaśnienia – Konsorcjum MB EKO, będąc do tego zobowiązany przez zamawiającego, wiedząc jaka jest treść orzeczenia Izby, miało obowiązek wykazać, że cena pokrywa koszt 12 pojazdów i przynajmniej 12 pracowników, a zamiast tego wyjaśnienia (mimo wskazania przez KIO, iż konieczne jest wyjaśnienie *jakie przyjął założenia do kalkulacji tego kosztu, w jakiej wysokości*) sprowadziły się do twierdzenia, iż wyjaśnienia z dnia 16 stycznia 2017 r. są prawidłowe.

Stanął na stanowisku, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazujący, iż podstawą do odrzucenia oferty jest przypadek, gdy „Wykonawca nie udzielił wyjaśnień” nie może być rozumiany jedynie w ten sposób, iż nie udzielenie wyjaśnień polega na braku złożenia dokumentu opisanego jako wyjaśnienia, ponieważ w takiej bowiem sytuacji przepis byłby iluzoryczny, gdyż udzielenie jakichkolwiek wyjaśnień (w tym także niezgodnych z tym, czego żądała Izba) oznaczałoby, iż oferta takiego wykonawcy nie mogłaby być odrzucona.

Dodał, że gdyby przyjąć zapatrywanie, iż odrzucenie oferty winno nastąpić gdy wyjaśnienia w ogóle (jako pismo) nie zostały złożone i ocena złożonych wyjaśnień potwierdza,

że cena jest rażąco niska, to oferta wykonawcy mogłaby nigdy nie być odrzucona – wykonawca składałby wyjaśnienia, które nie potwierdzałyby, iż cena jest rażąco niska (żaden wykonawca nigdy takiego oświadczenia nie złożyłby), a jedynie nie wskazywałby określonych kosztów.

Uznał, że powodowałoby to też, że wyroki Izby mogłyby nie być wykonalne, gdyż nawet jeżeli Izba nakazałoby zamawiającemu, by ten zażądał wyjaśnień w określony sposób od wykonawcy, a ten złożyłby wyjaśnienia nie odnoszące się do problemu zauważonego przez Izbę (według odwołującego – jak w niniejszej sprawie), które nie przedstawiałyby wystarczających danych matematycznych (określone koszty zostałyby pominięte), to zamawiający nie miałby podstaw do uznania, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę (gdyż nie zostały w nich ujęte określone kwoty, których zamawiający może nie znać, a ponadto żaden wykonawca nie będzie tak konstruował swoich wyjaśnień, aby dać zamawiającemu asumpt do twierdzenia, iż cena jest rażąco niska), jak i nie mógłby odrzucić oferty, gdyż w końcu wykonawca „złożył wyjaśnienia”.

Podsumował, że powoduje to, iż konieczna jest taka wykładnia art. 90 ust. 3 Pzp, która to wskazuje, iż „brak złożenia wyjaśnień” oznacza brak odniesienia się przez wzywanego wykonawcę do problemów zauważonych przez zamawiającego, tym bardziej, gdy wynika to z treści orzeczenia Izby.

Odwołujący podniósł nadto, iż choć Izba uznała, iż w określonych przypadkach istnieje podstawa do ponownego zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia, to sytuacja taka nie zachodzi w niniejszym przypadku – Izba uznała, że taka możliwość jest związana z sytuacją, gdy zapytanie ze strony zamawiającego nie było jasne; w niniejszej sytuacji Konsorcjum MB EKO otrzymało dokładne wezwanie zamawiającego, jednocześnie „uzupełnione” wyrokiem KIO.

Zauważył, iż w zakresie nowych wyjaśnień MB EKO nieprawidłowo opisuje poszczególne koszty np.

- zamawiający został zobowiązany do zwrócenia się o wyjaśnienie kosztów transportu odpadów (czyli odbioru odpadów ze spalarni i przewiezienia ich do miejsca ich przetwarzania), a Konsorcjum MB EKO część swoich wyjaśnień, które się do tego odnoszą tytułuje „transport komponentów” (str. 7), podczas gdy komponenty są elementem dodawanym do odpadów po to, by nastąpiło ich przetworzenie (inny rodzaj kosztów),
- na stronach 5 i 6 wyjaśnień, gdzie Konsorcjum MB EKO wskazało, iż zostało wezwane do wyjaśnienia kosztów związanych z odbiorem 600 ton (czyli kosztów transportu odpadów), a w ramach tych wyjaśnień pisze o przetworzeniu komponentów, co oznacza, że wyjaśnienia w ogóle nie odnoszą się w tym zakresie do tego, co było przedmiotem

zapytania ze strony zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia przedstawione pismem z dnia 15 marca 2017 r. zawierają nowe twierdzenia Konsorcjum MB EKO odnośnie sposobu wyliczenia ceny ofertowej, przypominając iż MB EKO podzieliło koszty na trzy główne kategorie: I koszty transportu odpadów, II. koszty przetworzenia odpadów (w tym także pozyskania komponentów do tego), oraz III. koszty pośrednie.

Staął na stanowisku, że Konsorcjum MB EKO w wyjaśnieniach nie odniosło się do kosztu transportu odpadów w zakresie wymogu zapewnienia możliwości odbioru maksymalnie 600 ton dziennie, w konsekwencji czego już tylko z tego tytułu oferta tego wykonawcy winna być odrzucona.

Odnosząc się do kosztów pośrednich, zauważył, iż wyliczenia Konsorcjum MB EKO w pierwotnych wyjaśnieniach były nieprawidłowe i zamiast 0,28 zł za tonę, wykonawca uwzględnił w dalszych wyliczeniach koszt 0,63 zł za tonę.

W odniesieniu do kosztów przetworzenia odpadów (w tym i pozyskania komponentów) podniósł, że Konsorcjum MB EKO wskazało istnienie dodatkowych opcji minimalizacji kosztu. Uzasadnił, że do tej pory wykonawca wyliczał dwa warianty (dwie możliwości) „zagospodarowania” (przetworzenia) odpadu (w zależności od rodzaju dodawanego do odpadu komponentu), tak obecnie twierdzi, iż w odniesieniu do jednego z tych wariantów jest w stanie uzyskać jeszcze dalej idące oszczędności, a to z uwagi na zawarcie umów podwykonawczych.

Podniósł, iż działanie takie nie powinno być na tym etapie dopuszczone bowiem Konsorcjum MB EKO już złożyło swoje wyjaśnienia w dniu 16 stycznia 2017 r., a obecne stanowią ich uzupełnienie w zakresie żądanym przez zamawiającego. Nie oznacza to jednak – wywodził odwołujący, że Konsorcjum MB EKO może obecnie zmieniać sposób ustalania ceny, który wyjaśniało już po wezwaniu ze strony zamawiającego. Wskazał, że sposób kalkulacji ceny powinien być badany na etapie składania oferty, nie powinny być natomiast brane pod uwagę inne okoliczności.

Zauważył, że gdyby rzeczywiście za pomocą podwykonawcy Konsorcjum MB EKO budowało swoją ofertę to z pewnością wskazałoby tą okoliczność przedstawiając pierwotne wyliczenia kosztów (pierwotne wyjaśnienia), a także, iż dopuszczenie nowych wyjaśnień mogłoby powodować, iż postępowania o udzielenie zamówienia mogłoby istotnie się przedłużać, naruszając przy tym istotę postępowania odwoławczego.

Odwołujący stwierdził nadto, iż Konsorcjum MB EKO zostało zobowiązane do tego, by wyjaśnić w jaki sposób wyliczyło koszt szeroko pojętego BHP, koszty urlopów, koszty absencji etc. m.in. kierowców i w tym zakresie wskazało, iż koszty te są pokryte z różnicy między kwotą

wynagrodzenia, jakie wskazało w pierwotnych wyliczeniach (3.117 zł) a kosztem, jaki wynika z obecnie przedstawianych umów o pracę (utajnionych). Podniósł, że Konsorcjum MB EKO nie przedstawiło żadnych wyliczeń, które uzasadniałyby iż rzeczywiście koszty te mogą być w ten sposób pokryte – całość twierdzeń to jedynie oświadczenie, nie poddające się stosownej weryfikacji. Oceniał, że budzi to istotne wątpliwości, a to mając na uwadze okoliczność, iż w pierwotnych wyjaśnieniach Konsorcjum MB EKO wskazało, iż jest to koszt wynagrodzenia jednego pracownika (3.117 zł), podczas gdy obecnie stara się twierdzić, iż w koszcie wynagrodzenia jednego pracownika są koszty wynagrodzenia osób, które zastępują takiego pracownika, gdy jest on chory, albo gdy jest on na L-4.

Uznał, że rozumowanie to jest niezgodne z jednoznacznym wskazaniem pierwotnie przez Konsorcjum MB EKO, iż chodzi o wynagrodzenie miesięczne kierowcy (str. 2 wyjaśnień z dnia 16 stycznia 2017 r.). Podniósł, że w wynagrodzeniu miesięcznym kierowcy nie mieści się koszt zatrudnienia innej osoby w sytuacji, gdy kierowca jest na urlopie (26 dni w skali 252 dni pracujących w ciągu roku), jak i przypadków, gdy taki pracownik jest na L-4.

Podsumował, że w konsekwencji twierdzenia, jakoby kwota wskazana na poziomie 3.117 zł i opisana przez Konsorcjum MB EKO jako wynagrodzenie miesięczne kierowcy obejmowała także i wynagrodzenia innych pracowników, którzy będą pracowali wówczas, gdy pracownik, którego wynagrodzenie miesięczne wynosi średnio 3.117 zł, jest na urlopie bądź L-4, jest całkowicie bezpodstawne.

Podał, że wyjaśnienia Konsorcjum MB EKO są jedynie iluzoryczne mimo faktu, iż Izba nakazała w tym zakresie wyjaśnić koszty pracy, a więc pokazać stosowne wyliczenia – Konsorcjum MB EKO ograniczyło się do stwierdzenia, iż wszelkie koszty pokrywane są z różnicy między wynagrodzeniem, jakie wynika z umów przez nich przedstawionych.

Oświadczył, że są to okoliczności, których nie może sprawdzić i wnosi o analizę tych okoliczności przez stosownego biegłego: zadaniem biegłego byłoby ustalenie, czy kwoty umowy o pracę mogą pokrywać koszty innych pracowników (na etapie zastępstw z powodu choroby, czy L- 4), kosztów z zakresie BHP, innego rodzaju narzutów właściwych dla tego rodzaju prac (w tym tzw. kosztów pracodawcy związanych z zawartą umową o pracę).

Wyjaśnił, iż dowód ten (jak i inne dowody z opinii biegłych) powołuje z daleko idącej ostrożności (jeżeli bowiem Izba uzna, iż zasadne są argumenty, które zostały wskazane we wcześniejszej części odwołania, a to w szczególności związane z faktem, iż Konsorcjum MB EKO w rzeczywistości nie wywiązało się z obowiązku złożenia wyjaśnień zgodnie z treścią rozstrzygnięcia KIO z dnia 7 marca 2017 r. to nie będzie podstaw – z punktu widzenia ekonomiki postępowania – do przeprowadzania takiego dowodu, gdyż oferta taka będzie musiała zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu utajnienia treści wyjaśnień z dnia 15 marca 2017 r., jak

i załączników do tego pisma, jak i pisma z dnia 22 marca 2017 r. podniósł, że utajnienie (żądanie nieujawniania przez danego wykonawcę określonych informacji z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa), stanowiąc wyjątek od zasady jawności musi znaleźć swoje uzasadnienie zarówno merytoryczne jak i formalne; do wymogów formalnych odwołujący zaliczył to, by podmiot powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając określone informacje jednocześnie wykazał, iż w odniesieniu do nich rzeczywiście zachodzą przesłanki uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa – brak właściwego zastrzeżenia powoduje, iż nawet bez badania ze strony zamawiającego merytorycznej treści takich informacji, powoduje, iż niezasadnym byłoby dokonanie utajnienia takich danych.

Wskazał, iż okoliczności uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa mają istnieć, tzn. być konkretne, a ich wykazanie nie może polegać na przytoczeniu przesłanek ujętych w przepisie, konieczne jest pokazanie przez dany podmiot w jaki sposób przesłanki te zostały spełnione, a jednocześnie, iż przepis jednoznacznie wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Uznał w konsekwencji, że Konsorcjum MB EKO winno było wykazać, że informacje jakie są ujęte w wyjaśnieniach:

- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zestawił powyższe z treścią zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum MB EKO („Wykonawca zastrzega, że treść wyjaśnień ukryta w wersji jawnej, jak również dokumenty załączone do wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane o takim charakterze mają wartość gospodarczą. Ich ujawnienie mogłoby spowodować Konsorcjum, a także poszczególnym członkom szkodę. Załączniki zawierają informacje handlowe, które nie zostały podane do publicznej wiadomości. Pracownicy Konsorcjum zostali zaś zobowiązani do zachowania poufności co do informacji pozyskanych przez każdego członka Konsorcjum”) i stwierdził, że Konsorcjum MB EKO jedynie powtórzyło słowa ustawy, wskazując, iż dane mają dla nich wartość gospodarczą, gdyż załączniki zawierają informacje handlowe, które nie zostały podane do publicznej wiadomości oraz, że w konsekwencji Konsorcjum MB EKO wskazało, iż załączniki zawierają informacje handlowe, które nie zostały podane do publicznej wiadomości.

Stanął na stanowisku, że pierwszy z formalnych warunków jest spełniony

oświadczeniem Konsorcjum MB EKO tyle, że zastrzeżenie zostało poczynione wyłącznie w odniesieniu do załączników, a Konsorcjum MB EKO zastrzegło jako tajemnice także i pismo z dnia 15 marca 2017 r.

Zauważył, że Konsorcjum MB EKO nie wskazało, że informacje zawarte w treści samych pism nie zostały podane do publicznej wiadomości, a mimo to pismo z dnia 15 marca 2017 r. zostało także w znacznej mierze utajnione. W odniesieniu do załączników zauważył, że Konsorcjum MB EKO nie spełniło w prawidłowy sposób dalszych przesłanek, ponieważ:

po pierwsze jako wykazanie drugiej przesłanki podało, iż dokumenty te zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, gdyż zawierają informacje handlowe, co oznacza, że Konsorcjum MB EKO wykazuje spełnienie tej przesłanki przez zacytowanie przepisu ustawy, przez podanie paru słów (informacje tam zawarte mają wartość gospodarczą bo są tam informacje gospodarcze, których ujawnienie mogłoby powodować szkodę), co w ocenie odwołującego nie jest skuteczne, gdyż nie wskazuje na czym polega wartość gospodarcza (np. pokazuje poziom cen możliwych do uzyskania od podwykonawców etc.),

po drugie co do spełnienia trzeciej przesłanki, a to wykazania przez Konsorcjum MB EKO, iż podjęło stosowne działania mające na celu zachowanie poufności – „wykazanie” polegało na tym, iż wskazano: „pracownicy Konsorcjum zostali zobowiązani do zachowania poufności”, co w ocenie odwołującego jest tłumaczenie nader ogólnym, którego nie można uznać za spełnienie przesłanki opisanej w ustawie (brak jest w szczególności informacji na czym miałyby polegać takowe „zobowiązanie”)

Co do „merytorycznego punktu widzenia” zauważył, iż Konsorcjum MB EKO jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło dane, które są znane (zostały ujawnione) np. „utajniło” informację od kogo AMPLIZ odbiera inne odpady z terenu Krakowa (mimo, iż w ramach postępowania odwoławczego wprost powiedziało, że są to odpady z Huty w Krakowie – ArcelorMittal), na stronie 9 u samej góry wprost zostało wskazane, iż mamy do czynienia z „utajnioną” umową w sprawie zamówienia publicznego, co oznacza, że Konsorcjum MB EKO jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazało, iż nieznaną podmiot dokonuje określonych czynności w ramach „utajnionego” zadania publicznego określonych czynności.

Podniósł, iż nie sposób było uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które w ramach pierwotnych wyjaśnień nie zostały przez wyjaśniającego „utajnione”.

Podsumował, iż działanie Konsorcjum MB EKO nie zmierza do niczego innego, aniżeli tylko do uniknięcia możliwości skonfrontowania kwot przez odwołującego.

Stwierdził, że znajduje się obecnie w położeniu, które nie zapewnia równego traktowania wykonawców, jak i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, ponieważ jego prawo do odwołania się zostało praktycznie ograniczone gdyż bezpodstawnie został ograniczony w dostępie do danych, z których wynika, jakie błędy można

zarzucić ofercie Konsorcjum MB EKO.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby nie zostały uwzględnione zarzuty związane z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o powołanie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych (zespołu biegłych) o specjalności w zakresie kalkulacji cen (wycen), jak i kadrowych celem wykazania, iż cena ujęta w ofercie Konsorcjum MB EKO, w świetle wyjaśnień złożonych w dniu 15 marca 2017 r., uzupełnionych wyjaśnieniami z dnia 22 marca 2017 r., które bazują na wyjaśnieniach z 16 stycznia 2017 r., jest rażąco niska, w tym prawidłowości wyliczeń odwołującego ujętych w niniejszym odwołaniu, przy czym w opinii tej powinny być uwzględnione dwie wersje wynagrodzenia kierowców:

- pierwsza zgodnie z tym, co zostało wyjaśnione w pierwszych wyjaśnieniach zgodnie z którymi wynagrodzenie miesięczne kierowcy zostało wskazane na kwotę 3.117 zł, do której to kwoty należy dodać wszelkie koszty dodatkowe, jak koszty związane z BHP (m.in. z uwzględnieniem tych kosztów, które zostały wskazane przez Odwołującego w poprzednim odwołaniu), jak koszty związane z nieobecnościami pracowników z powodu urlopów jak i L-4, oraz uwzględnieniem wszelkich innych narzutów, które winny być poniesione,
- druga wersja badająca, czy możliwe jest poniesienie tych wszystkich kosztów w całkowitym koszcie kierowcy wynoszącym 3.117 zł miesięcznie z uwzględnieniem kwoty wynagrodzenia podanej w obecnych wyjaśnieniach,

a następnie wyliczenie całkowitego kosztu realizacji zadania z uwzględnieniem kwoty 3.117 zł powiększonej o ww. narzuty (pierwsza opcja z ww.) lub – przy drugiej opcji – kwoty 3.117 zł (jako kwoty wskazanej przez Konsorcjum MB EKO jako wynagrodzenie miesięczne, jeżeli koszt wynagrodzenia obliczony z niepodanym przez Konsorcjum MB EKO poziomem kosztów „BHP, L-4, urlopów etc.” będzie realny na tym poziomie, ewentualnie wedle wyższej kwoty - w zależności od ustaleń biegłego z zakresu kadr [księgowości]).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem (wpły w dniu 21 kwietnia 2017 r.), stanowisk pisemnych złożonych na posiedzeniu: *Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 25 kwietnia 2017 r. oraz Pisma przystępującego z dnia 24 kwietnia 2017 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.*

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek

skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę. Uznał natomiast, o czym w dalszej części, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest zarzutem spóźnionym.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie odrzucenia jego oferty oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu II).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający trzykrotnie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, tj. pismem z dnia 11 stycznia 2017 r. (z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp), pismem z dnia 10 marca 2017 r. (w nawiązaniu do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 321/17), a także pismem z dnia 21 marca 2017 r. (w nawiązaniu do wyjaśnień z dnia 16 marca 2017 r.), żądając w tym ostatnim przypadku „*przedłożenia pełnej treści dokumentów wskazanych w liście załączników do wersji tajnej pod pozycją 1 i 2*”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 321/17) zapadł po wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, który to wybór nastąpił po ocenie przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego z dnia 16 stycznia 2017 r.

W wyroku z dnia 7 marca 2017 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 321/17 Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy oraz nakazała zamawiającemu: „*unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie*

zamówienia Konsorcjum firm MB EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Długa 90 i J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. C. Firma Handlowo Usługowa AMPLIZ z siedzibą w Olkuszu, ul. Storczykowa 7 do złożenia wyjaśnień następujących elementów oferty mających wpływ na cenę:

- kosztów pracy ze wskazaniem, czy skalkulowane wynagrodzenie kierowców, pracowników, obsługi ciągu technologicznego, pracowników nadzoru uwzględnia wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę i w jakiej wysokości przystępujący skalkulował koszty absencji pracowników z powodu urlopów, chorób i zabezpieczenia bhp,

- wyjaśnienia, w jaki sposób przystępujący zamierza zapewnić zamawiającemu wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu 12 pojazdów w okresach zwiększonego odbioru odpadów i jakie przyjął założenia do kalkulacji tego kosztu, w jakiej wysokości,

- wyjaśnienia sposobu kalkulacji kosztów komponentów,

- wyjaśnienia w jaki sposób nowa receptura wpływa na organizację pracy, w tym ilość pracowników i ich zaangażowanie i jak się przekłada na ilość używanego sprzętu, w tym spycharek i ładowarek,

oraz Izba nakazuje zamawiającemu sprawdzenie złożonych wyjaśnień pod względem rachunkowym”.

Pismem z dnia 10 marca 2017 r. zamawiający skierował do przystępującego wezwanie:

„W nawiązaniu do przedstawionych w dniu 16.01.2017 r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 marca 2017 r., Zamawiający wskazuje, iż przedłożone wyjaśnienia uznaje za niewystarczające. W związku z tym wnosi o ich rozszerzenie i dodatkowe wyjaśnienia w zakresie co najmniej wskazanym poniżej:

1. Prosimy o wyjaśnienie i przedstawienie stosownych dowodów potwierdzających, że zarówno zatrudniani przez Wykonawcę kierowcy jak i pozostałe osoby, które będą zaangażowane w realizację zamówienia (w tym obsługa mieszalnika i osoby sprawujące nadzór nad procesem przetwarzania odpadów) są lub będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a ich wynagrodzenie nie będzie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę określane na podstawie stosownych przepisów.
2. Prosimy o wyjaśnienie i przedstawienie stosownych dowodów, które potwierdzą w jaki sposób Wykonawca zamierza zabezpieczyć ciągłość realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku chorób lub innych absencji pracowników delegowanych do jego realizacji, w tym przedstawienie wyjaśnień dotyczących kosztów tego typu sytuacji, które winny być ujęte w kalkulacji ceny ofertowej.
3. Prosimy o wyjaśnienie i przedstawienie stosownych dowodów, które potwierdzą w jaki

sposób Wykonawca zamierza zapewnić ciągłość realizacji przedmiotu zamówienia w sytuacji w której Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia będzie zlecał Wykonawcy odbiór następnego dnia roboczego odpadów w ilości 600 Mg (również przy założeniu powtarzalności takiej sytuacji).

4. Prosimy o wyjaśnienie i przedstawienie stosownych dowodów, które wyjaśnią co Wykonawca miał na myśli twierdząc, że „koszty pozyskania komponentów do produkcji przedmiotowych mieszanek mineralno-skalnych (odpady wydobywcze kod 01 04 12 oraz uboczne produkty spalania kod 10 01 82) są pokrywane w całości przychodami wynikającymi z odrębnych umów i kontraktów handlowych”. Czy Wykonawca ponosi jakiegokolwiek koszty „użycia” w ramach zagospodarowania odpadów tych komponentów?
5. Prosimy o wyjaśnienie i przedstawienie stosownych dowodów, które wyjaśnią w jaki sposób opracowana nowa receptura na którą powoływał się Wykonawca podczas rozpraw) przed Krajową Izbą Odwoławczą, ma wpływ na koszty realizacji przedmiotu zamówienia i konieczność użycia dodatkowych komponentów do produkcji mieszanek mineralno-skalnych.
6. Prosimy o wyjaśnienie dlaczego w wyjaśnieniach przedstawionych w dniu 16.01.2017 r. na stronie 5, koszt pozostałych pracowników „nadzoru” w przeliczeniu na tonę odpadów został określony poprzez podzielenie określonej rocznej wartości przez 155 000 a nie przez 70 000 (co odpowiada ilości odpadów do odebrania w niniejszym postępowaniu).
7. Prosimy o wyjaśnienia i przedstawienie stosownych dowodów, wyjaśniających i potwierdzających, że Wykonawca w ramach wskazanej ceny ofertowej ujął koszty związane z szeroko pojętymi kosztami BHP, w tym z zakresu kosztów zakupu środków ochrony indywidualnej i zbiorowej dla pracowników.
8. Prosimy o wyjaśnienia i przedstawienie stosownych dowodów, wyjaśniających dlaczego przedstawiony w ofercie jednostkowy koszt odbioru tony odpadów od Zamawiającego jest tak istotnie różny od jednostkowego kosztu odbioru tony odpadów od Zamawiającego jako Wykonawca wyliczył w ramach prowadzonego wcześniej postępowania o numerze: KHK/ZP/PN/1/2015.

Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaferowania danej ceny oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazuje, iż wyjaśnienia lakoniczne lub nie poparte stosownymi dowodami mogą być zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uznane jako niezłożone w ogóle, co skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.”

Przystępujący wyjaśnienia z dnia 15 marca 2017 r. przedstawił „w wersji poufnej (tj. do wglądu wyłącznie Zamawiającego” oraz „w wersji jawnej (tj. do wglądu dla podmiotów trzecich)”.

Przedstawiając żądane przez zamawiającego dokumenty, przy piśmie z dnia 22 marca 2017 r., przystępujący zastrzegł (nie ujawnił zamawiającemu) niektóre informacje zawarte w dokumencie stanowiącym załącznik nr 1, uzasadniając że „nie dotyczą czynników kosztotwórczych dla realizacji zadania” (przedmiotowego zadania).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Ze względu na zastrzeżenie przez przystępującego informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach skład orzekający Izby odniósł się poniżej do treści wyjaśnień w sposób, który nie ujawnia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby zauważyła na wstępie, że przystępujący miał obowiązek złożyć wyjaśnienia z dnia 15 marca 2017 r. wyłącznie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10 marca 2017 r., nie zaś w odpowiedzi na to wezwanie „z uwzględnieniem” wyroku zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 321/17.

Podnieść bowiem należy, że adresatem nakazów Izby w wyroku z 7 marca 2017 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 321/17 był wyłącznie zamawiający. O ile w ocenie odwołującego, poprzez wezwanie z dnia 10 marca 2017 r., zamawiający nieprawidłowo wykonał wyrok Izby to mógł złożyć odwołanie, czego nie uczynił.

Powyższą uwagę skład orzekający Izby poczynił z tego względu, iż argumentacja odwołującego zaprezentowana w odwołaniu częściowo oparta została na błędnym założeniu, iż konieczna jest ocena wyjaśnień przystępującego w zakresie szerszym niż w oparciu o wezwanie zamawiającego.

Zastrzeżenia odwołującego sprowadzają się do następujących kwestii:

1. w nowych wyjaśnieniach (z dnia 15 marca 2017 r.) przystępujący nie przedstawił żadnych nowych wyliczeń w odniesieniu do „zwiększonej ilości pojazdów i kierowców”, a jedynie wyjaśnił, że korzysta z efektu skali związanego z posiadaną liczbą pracowników oraz obsługą innego kontraktu (str. 8 odwołania trzeci akapit), przy czym odwołujący za niezbędne uznał wyliczenia dla 12 pojazdów i 12 pracowników w przypadkach nie chwilowego, ale „stosunkowo częstego” odbioru 600 ton odpadów (str. 8 odwołania czwarty akapit), nie precyzując jednak jak stosunkowo częsty odbiór należy rozumieć,
2. w nowych wyjaśnieniach (z dnia 15 marca 2017 r.) przystępujący nie przedstawił, w jaki sposób wyliczył „koszt szeroko pojętego BHP, kosztów urlopów, kosztów absencji etc. m.in. kierowców” (str. 14 odwołania trzeci akapit)

W odniesieniu do pierwszej kwestii skład orzekający Izby zauważa, że żądanie przedstawienia wyliczeń nie zostało przez zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu z 10 marca 2017 r. Zamawiający nałożył na przystępującego obowiązek (pkt 2 i 3) „przedstawienia stosownych dowodów, które potwierdzą w jaki sposób Wykonawca zamierza zabezpieczyć ciągłość realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku chorób lub innych absencji pracowników delegowanych do jego realizacji” oraz „przedstawienie stosownych dowodów, które potwierdzą w jaki sposób Wykonawca zamierza zapewnić ciągłość realizacji przedmiotu zamówienia w sytuacji w której Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień w opisie przedmiotu zamówienia będzie zlecał Wykonawcy odbiór następnego dnia roboczego w ilości 600 Mg (również przy założeniu powtarzalności takiej sytuacji)”.

Oznacza to, że wybór sposobu udowodnienia zabezpieczenia ciągłości realizacji przedmiotu zamówienia został pozostawiony przystępującemu, który mógł także posłużyć się wyliczeniami.

W odniesieniu do pkt 2 i 3 Przystępujący złożył wyjaśnienia (str. 5-7) i załączył dokumenty (dwa oświadczenia z dnia 14 marca 2017 r.), konstruując je tak, jakby członek konsorcjum był podmiotem trzecim, nie zaś podmiotem, który złożył ofertę.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że załączone przez przystępującego dokumenty – oświadczenia z dnia 14 marca 2017 r. zawierają jedynie twierdzenia własne przystępującego, wymagające udowodnienia (skoro oświadczenie składa wykonawca składający ofertę). Przede wszystkim udowodnienia wymagało twierdzenie o możliwości zapewnienia bez uszczerbku dla poprawnej realizacji przedmiotowego zamówienia zastępstw (I oświadczenie), jak i o zapewnieniu dostępności wskazanej ilości pojazdów i kierowców (II oświadczenie) w kontekście równoległej realizacji innego zamówienia

„z wykorzystaniem” tych samych pojazdów i pracowników. Wyjaśnień, popartych dowodami, w tym zakresie przystępujący nie złożył.

Nadto skład orzekający Izby zauważyła, że załączniki nr 4 i 5 do umowy złożonej przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 22 marca 2017 r. (umowa z listopada) nie potwierdzają nawet dysponowania pojazdami i kierowcami w liczbach wskazanych w oświadczeniu.

W odniesieniu do drugiej kwestii skład orzekający Izby ponownie zauważyła, że żądanie przedstawienia wyliczeń nie zostało przez zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu z 10 marca 2017 r. Zamawiający nałożył na przystępującego obowiązek (pkt 7) „*przedstawienia stosownych dowodów, wyjaśniających i potwierdzających, że Wykonawca w ramach wskazanej ceny ofertowej ujął koszty związane z szeroko pojętymi kosztami BHP, w tym z zakresu kosztów zakupu środków ochrony indywidualnej i zbiorowej dla pracowników*”.

Oznacza to, że wybór sposobu wykazania „szeroko pojętych kosztów BHP” został pozostawiony przystępującemu, który mógł także posłużyć się wyliczeniami.

Przystępujący złożył wyjaśnienia (str. 11), odwołując się do tego, iż „*korzysta z efektu skali prowadząc jednocześnie, na tym samym obszarze, usługę sprzętem budowlanym w ramach rekultywacji technicznej wyrobisk górniczych*” oraz podając, że „*Szeroko pojęte koszty BHP w tym z zakresu kosztów środków ochrony indywidualnej i zbiorowej są pokrywane (...) w ramach wynagrodzeń z umów zawartych z (...)*”.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wyjaśnienia przystępującego zawierają jedynie twierdzenie własne przystępującego, wymagające udowodnienia (skoro oświadczenie składa wykonawca składający ofertę). Udowodnienia w pierwszej kolejności wymagało, że w ogóle możliwym jest oparcie realizacji przedmiotowego zamówienia „na pracownikach” realizujących jednocześnie inne zamówienia, a dopiero w dalszej kolejności, w jaki sposób „szeroko pojęte koszty BHP” są pokrywane w ramach wynagrodzeń tych pracowników z innych umów. Wyjaśnień, popartych dowodami, w tym zakresie przystępujący nie złożył.

Powyższe oznacza, że wyjaśnień przystępującego nie można zakwalifikować jako takich, które odpowiadają żądaniom zamawiającego w wezwaniu z dnia 10 marca 2017 r. i nie obalają domniemania zaferowania ceny rażąco niskiej, które legło u podstaw wezwania przystępującego z dnia 11 stycznia 2017 r. (a następnie 10 i 21 marca 2017 r.).

Skład orzekający Izby podzielił także stanowisko odwołującego, iż uwzględnienie dodatkowych oszczędności („*w porównaniu do pierwotnej kalkulacji*” – str. 2 wyjaśnień z 15 marca 2017 r.) nie jest możliwe, ponieważ ocena ceny ofertowej pod kątem jej rażąco niskiego charakteru winna zostać dokonana wyłącznie w oparciu o kalkulację pierwotną –

aktualną na dzień składania ofert.

Skład orzekający Izby pominął dokumenty załączone do pisemnego stanowiska przystępującego oraz nowe informacje z rozprawy dotyczące równoległej realizacji przez członka konsorcjum innych umów (np. co do innych, nie pozostających w kolizji godzin odbioru odpadów), ponieważ nie były one znane zamawiającemu w toku czynności badania i oceny oferty przystępującego, którą to czynność – pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy Pzp – ocenia Izba w sprawie o sygn. akt KIO 699/17.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

Przystępujący, co najmniej w zakresie pkt. 2,3 i 7 wezwania zamawiającego z dnia 10 marca 2017 r., nie wykazał, jak wymaga tego przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, nie obalił tym samym domniemania zaoferowania takiej ceny, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 15 marca 2017 r. i 22 marca 2017 r., pomimo iż odnośnie informacji tam zawartych przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jednocześnie z treści wyjaśnień wynika, iż wniosek _____ o utajnienie odnosił się do informacji, które nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Pismem z dnia 16 marca 2017 r., przesłanym zamawiającemu drogą elektroniczną dnia 17 marca 2017 r. o godz. 15:04 odwołujący złożył „*Wniosek o udostępnienie dokumentów postępowania*” „*w szczególności w zakresie treści ponownych wyjaśnień konsorcjum*”.

Zamawiający (osoba do kontaktów ze strony zamawiającego – Dawid Studencki) drogą elektroniczną (e-mail z dnia 22 marca 2017 r. godz. 12:15) wskazał, iż „*wgląd do dokumentacji postępowania możliwy będzie w dniu 23.03.2016 r. między godziną 10:30 a 12:00 w Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów, ul. Giedroycia 23*” (oczywista omyłka co do roku, winno być: 23.03.2017 r.).

Na posiedzeniu strony były zgodne co do tego, że w dniu 23 marca 2017 r. osobie ze strony odwołującego (D. R.) udostępniono dokumentację postępowania.

Odwołujący utrzymywał jednak, że w ramach udostępnionej dokumentacji nie znalazło

się wezwanie skierowane przez zamawiającego do przystępującego do złożenia kolejnych (po wezwaniach z dnia 11 stycznia i 10 marca 2017 r.) wyjaśnień, tj. wezwanie z dnia 21 marca 2017 r.

Pismem z dnia 31 marca 2017 r. odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego z „*Wezwaniem do przesłania pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami*”, w którym zażądał przesłania „*pisma stanowiącego wyjaśnienia konsorcjum (...) z dnia 15 marca 2017 r. bez jakichkolwiek utajnień (wraz z załącznikami)*.” Wyznaczył zamawiającemu termin „*nie później niż do godziny 12.00 dnia 3 kwietnia 2017 r.*”

Pismem z dnia 5 kwietnia 2017 r. zamawiający odpowiedział na pismo z dnia 31 marca 2017 r., odmawiając udostępnienia wyjaśnień przystępującego z 15 marca 2017 r., w całości uzasadniając, że: „*wnioskowane pismo zawiera co do zasady skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedyne elementy wyjaśnień które podlegają odtajnieniu to treści, które nie zostały objęte na wcześniejszym etapie wyjaśnień. Załącznikami do niniejszego pisma są zatem wyjaśnienia w wersji utajnionej oraz wyciąg z wyjaśnień zawierający dodatkowe odtajnione wyjaśnienia. W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję z dnia 23.03.2017 r. o utajnieniu treści wyjaśnień.*”

W odwołaniu, wykazując zachowanie terminu do jego wniesienia, odwołujący wskazał: „*Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w dniu 31 marca 2017 r., gdy to przesłał mu mailowo pismo z daty 30 marca 2017 r., gdzie jako najkorzystniejsza została (ponownie) wskazana oferta Konsorcjum MB. Tym samym tego dnia Odwołujący uzyskał informację o czynności Zamawiającego, która stanowi podstawę do wniesienia niniejszego odwołania.*”

W odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego z dnia 15 marca 2017 r. skład orzekający Izby ustalił, że zarzut jest spóźniony, ponieważ o odmowie udostępnienia tych wyjaśnień odwołujący powziął informację już w dniu 23 marca 2017 r., kiedy to miał wgląd w dokumentację postępowania.

Wśród udostępnionych mu dokumentów nie było pełnych wyjaśnień przystępującego z dnia 15 marca 2017 r., o czym świadczy zarówno kolejny wniosek odwołującego o ich udostępnienie (z dnia 31 marca 2017 r.), jak i treść pisma zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2017 r., gdzie wskazał: „*W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję z dnia 23.03.2017 r. o utajnieniu treści wyjaśnień.*”

Odwołujący winien zatem wnieść odwołanie i podnieść zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 15 marca 2017 r. w 10-cio dniowym terminie,

który upłynął w dniu 3 kwietnia 2017 r. (zważywszy, że 2 kwietnia 2017 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy – niedziela).

Podniesienie spóźnionego zarzutu w ramach odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r. nie skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jedynie ze względu na inne podniesione w odwołaniu, z zachowaniem ustawowych terminów, zarzuty.

W odniesieniu do zarzutu w części dotyczącej zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego z dnia 22 marca 2017 r. bezsporne jest to, że odwołujący, skoro zarzuca zamawiającemu to zaniechanie, powziął co najmniej informację o obowiązku złożenia tych wyjaśnień przez przystępującego.

W ocenie składu orzekającego Izby wniosek odwołującego o udostępnienie mu dokumentacji postępowania z dnia 16 marca 2017 r. stanowił podstawę domagania się udostępnienia całości dokumentacji zgromadzonej przez zamawiającego do dnia wglądu, tj. do dnia 23 marca 2017 r.

Odwołujący na posiedzeniu utrzymywał, że o fakcie skierowania do przystępującego kolejnego wezwania, tj. wezwania z dnia 21 marca 2017 r. dowiedział się bądź to z pisma zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2017 r. bądź to z osobistej rozmowy z pracownikiem zamawiającego.

W piśmie zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2017 r. brak jednak jakiegokolwiek wzmianki o skierowaniu do przystępującego wezwania z dnia 21 marca 2017 r., czy odpowiedzi na nie (pismo referuje wyłącznie do wezwania z dnia 10 marca 2017 r. i odpowiedzi na to wezwanie z dnia 15 marca 2017 r.). Oznacza to, że pismo to nie mogło stanowić dla odwołującego informacji o wezwaniu z 21 marca 2017 r.

Tego natomiast, w jakiej dacie (i jakiej treści) odbyła się rozmowa osobista osób ze strony zamawiającego i odwołującego, odwołujący nie wykazał (abstrahując nawet od zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Skład orzekający Izby za wiarygodne uznał wyjaśnienia zamawiającego, iż udostępniając odwołującemu w dniu 23 marca 2017 r. w godzinach porannych (zgodnie z zaproszeniem w godzinach 10.30-12.00), na wniosek odwołującego z 16 marca 2017 r., dokumentację postępowania udostępnił także, stanowiące jej część, kolejne wezwanie do przystępującego z dnia 21 marca 2017 r. (z wyznaczoną datą złożenia wyjaśnień na dzień 23 marca 2017 r. godz. 10). Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby przypisać zamawiającemu „zatajenie” wezwania.

Przyjąć zatem należy, skoro zamawiający nie udostępnił odwołującemu w dniu 23 marca 2017 r. wyjaśnień przystępującego na wezwanie z dnia 21 marca 2017 r., których termin złożenia już upłynął (abstrahując od faktu, czy zamawiający 23 marca 2017 r.

w godzinach porannych pod adresem udostępniania dokumentacji dysponował tymi wyjaśnieniami złożonymi pod innym adresem), że odwołujący zarzut zaniechania udostępnienia mu tych wyjaśnień mógł skutecznie podnieść w terminie do 3 kwietnia 2017 r. (2 kwietnia 2017 r. – niedziela).

Złożenie odwołania w dniu 10 kwietnia 2017 r. oznacza, że zarzut zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego z dnia 22 marca 2017 r. jest zarzutem spóźnionym.

Podniesienie spóźnionego zarzutu w ramach odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r. nie skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jedynie ze względu na inne podniesione w odwołaniu, z zachowaniem ustawowych terminów, zarzuty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, w tym wyjaśnień przystępującego, podczas gdy prawidłowe ustalenia winny prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego, jak i do odtajnienia wyjaśnień tego wykonawcy potwierdził się w części dotyczącej niedochowania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, tj. wyjaśnień przystępującego.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego w związku z tym, iż nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się w części dotyczącej niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, tj. wyjaśnień przystępującego.

Skład orzekający Izby pozostawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień przystępującego bez rozpoznania, a to w konsekwencji pozostawienia bez rozpoznania zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego z dnia 15 marca 2017 r. oraz z dnia 22 marca 2017 r.

Skład orzekający Izby oddalił wnioski odwołującego o powołanie dowodów z opinii biegłych, ponieważ zgromadzony materiał dowodowy w wystarczający sposób potwierdził

zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: