

Sygn. akt: KIO 1191/18

WYROK
z dnia 28 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 r. przez **GRAMAR SP. Z O.O., ul. Chłopska 15, 42-700 Lubliniec** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 42-700 Lubliniec, 45-085 Opole**

przy udziale wykonawcy **Inwestycje, Budownictwo, Handel INWEST-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Góry Chełmskie 15, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **GRAMAR SP. Z O.O., ul. Chłopska 15, 42-700 Lubliniec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GRAMAR SP. Z O.O., ul. Chłopska 15, 42-700 Lubliniec** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem pn. „Budowa obwodnicy m. Myślina w ciągu drogi krajowej nr 46”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 015-030757. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej Pzp.

W dniu 18 czerwca 2018r. Odwołujący - Gramar sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest - Complex Sp. z o. o., (dalej „Inwest”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;
2. zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Ekocentrum Sp. z o.o. (dalej „Ekocentrum”) w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia ofert Inwest i Ekocentrum, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy ci nie złożyli odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny;
4. niezgodnej z przepisami Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Inwest i Ekocentrum w trybie art. 90 Ustawy;
5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum Inwest i Ekocentrum, pomimo iż treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. ponowną ocenę ofert,
4. udostępnienie wyjaśnień złożonych przez Ekocentrum na podstawie art. 90 Pzp,
5. odrzucenia ofert wykonawców Inwest i Ekocentrum

W zakresie nieskutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Ekocentrum wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący podniósł w odwołaniu, że nie udostępniono mu wyjaśnień a także samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Udostępniono mu jedynie wezwania do udzielenia wyjaśnień z dnia 20.03.2018r. oraz 6.04.2018r.

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności, które powinny skutkować udostępnieniem zastrzeżonych wyjaśnień:

- brak wykazania kumulatywnego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji przedsiębiorstwa;
- brak wykazania posiadania przez zastrzeżoną informację wartości gospodarczej;
- brak przedłożenia czy nawet wskazania jakichkolwiek dowodów w zakresie rzeczywistego istnienia klauzul poufności w umowach (czy to o pracę, czy też cywilnoprawnych);
- brak przedłożenia czy nawet wskazania jakichkolwiek dowodów w zakresie wskazywanej polityki prywatności;
- brak wykazania, że informacje nie zostały nigdzie upublicznione,
- brak wskazania, które elementy zastrzeżonych wyjaśnień są indywidualne i dobrane w sposób specyficzny - a to wobec faktu, że Zamawiający prowadzi szereg postępowań, gdzie wymagania SIWZ są analogiczne, co powoduje, że wykonawcy składają takie same wyjaśnienia, nie indywidualizując wyjaśnień ani nie tworząc ich w sposób specyficzny.

W ocenie Odwołującego, Ekocentrum nie wykazał, że informację objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dodatkowo podniósł, że zastrzeżeniu mogą podlegać informacje a nie dokumenty a zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów łącznie z samą treścią uzasadnienia.

Odnosnie zaniechania odrzucenia ofert Inwest oraz Ekocentrum z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że zarzut ten w stosunku do oferty Ekocentrum może zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z tym przedmiotowy zarzut w odniesieniu do tego wykonawcy jest podnoszony jedynie z ostrożności procesowej. Wniósł o nierozpatrywanie tego zarzutu w sytuacji, gdy Izba uzna za zasadny zarzut dotyczący nieprawidłowego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Ekocentrum.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofertach Inwest oraz Ekocentrum, co wynika z porównania cen ofert ze średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert. Cena oferty Ekocentrum odbiega od średniej ceny wszystkich ofert o 69,03%, a cena oferty Inwest o 39,70%. Powstałe domniemanie wykonawcy wezwani winni byli obalić. Zdaniem Odwołującego,

wyjaśnienia złożone przez Inwest i Ekocentrum nie pokazały, na czym miałyby polegać specyfika ofert tych wykonawców, dająca przewagę konkurencyjną i możliwość zaoferowania niższej ceny niż inne podmioty występujące na rynku. Opierając się na wezwaniach Zamawiającego Odwołujący stwierdził, że wykonawca Ekocentrum nie przedstawił żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że Ekocentrum składał wyjaśnienia aż 2-krotnie, co samo w sobie stanowi naruszenie przepisów Ustawy. Zamawiający oceniając, czy dany wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, powinien oceniać przede wszystkim pierwsze złożone wyjaśnienia i pomijać wszelkie nowe okoliczności, które pojawiają się w dalszych wyjaśnieniach. O ile bowiem dopuszczalne jest ponowne wzywianie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to jedynie w przypadku, gdy wezwanie to obejmuje okoliczności nowe, o które Zamawiający uprzednio nie pytał, a konieczność wyjaśnienia których pojawiła się dopiero po zapoznaniu się z treścią pierwszych wyjaśnień. Zamawiający był uprawniony do wzywania do kolejnych wyjaśnień wyłącznie w zakresie doszczegółowienia treści, która już znalazła się w pierwszych wyjaśnieniach. Jednak nie mógł wzywać ponownie o złożenie wyjaśnień w zakresie, który już uprzednio był przedmiotem wyjaśnień. Powyższe skutkuje tym, że tylko pierwsze wyjaśnienia powinny być oceniane, gdyż każdy wykonawca zobowiązany jest wskazać wszystkie czynniki wpływające na zaoferowanie danej ceny ofertowej już w pierwszych wyjaśnieniach. Natomiast w drugim wezwaniu w zakresie rażąco niskiej ceny skierowanego do Ekocentrum dnia 6 kwietnia 2018r., Zamawiający ponownie pyta potwierdzając brak udzielenia wyjaśnień w zakresie wezwania z dnia 20 marca 2018r.

Wykonawca Inwest również pominął sprecyzowane przez Zamawiającego pytania. W wezwaniu z dnia 20 marca 2018r Zamawiający zadał 6 szczegółowych pytań. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach, zignorował i nie udzielił w ogóle odpowiedzi na dwa pytania: 2 i 4. Odwołujący wskazał, że w cenie oferty wykonawców Inwest i Ekocentrum nie ujęto między innymi poniżej wskazanych czynników cenotwórczych, tj.:

1. wszystkich kosztów zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego na umowę o pracę,
2. kosztów personelu w okresie realizacji robót oraz gwarancji,
3. kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego.
4. kosztów biura oraz środków transportu

W zakresie kosztów personelu w okresie realizacji robót i gwarancji, Odwołujący powołał się na zapisy tomu II§ 3 SIWz Termin realizacji umowy, z którego wynika, że wykonawca zobowiązany jest pełnić usługę nadzoru w okresie gwarancji przez 15 miesięcy. W zakresie tych kosztów Inwest przewidział 115 000zł, zaś Ekocentrum 189 530zł, co wg wyliczeń Odwołującego zawartych w odwołaniu uwzględniających koszty zatrudnienia pracownika w

wysokości 2532,81 i okres 15 miesięcy jest niewystarczające na pokrycie tych kosztów. Minimalny koszt zatrudnienia tego personelu winien wynieść 227 952,90zł., z zastrzeżeniem że koszt ten uwzględnia jedynie minimalne wynagrodzenie za które nie jest możliwe zatrudnienie wysokospecjalistycznego personelu.

W zakresie kosztów sprzętu geodezyjnego, Inwest nie oświadczyło, że część usługi związanej z pracami geodezyjnymi zamierza powierzyć podwykonawcom, zatem należy rozumieć, że dysponuje swoim sprzętem i taka informacja winna się znaleźć w wyjaśnieniach. Nie jest to elementy pomijalne, bo zakup jednego profesjonalnego tachimetru (urządzenia do pomiarów kątów oraz odległości) do rząd wielkości 20 000 PLN, a to tylko jedno z wymaganych do obsługi urządzeń. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że posiada już taki sprzęt i nie jest konieczne dokonywanie zakupów na potrzeby realizacji zamówienia, natomiast nie poparł tego twierdzenia żadnymi dowodami.

W zakresie kosztów biura i środków transportu, Odwołujący podniósł, że w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca Inwest, nie podał żadnego wyliczenia ani żadnego dowodu w zakresie zapewnienia środków transportu oraz biura inżyniera zgodnie z zapisami SIWZ, TOM 111 OPZ, 2.2.1.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że złożone przez Inwest i Ekocentrum wyjaśnienia nie wykazują, że wykonawca ten ujął w cenie oferty wszystkie koszty, które muszą być poniesione w toku realizacji umowy i które powinny być uwzględnione w cenie oferty. Skoro koszty takie nie zostały wskazane w wyjaśnieniach, to oczywistym jest, że nie zostały one ujęte w cenie oferty.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiami SIWZ i zapewniając osobę na każdą z pozycji (personel biurowy i pomocniczy) wykonawcy muszą ponieść koszty w wysokości 2 532,81 zł, a poziom zaoferowanych cen nie pokrywa nawet minimalnego wynagrodzenia za pracę. Do kosztów tych należy dodać także koszty, które wynikają z kodeksu pracy (urlopy pracownicze, absencja chorobowa).

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 2 155 747,20zł brutto. W postępowaniu wpłynęło 10 ofert. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wyniosła 2 743 313,07zł. Najtańsza oferta opiewała na kwotę 1 089 103,50zł, najdroższa na kwotę 4 846 024,38zł.

Cena oferty Odwołującego wynosząca 2 158 918,16zł została uplasowana na 3 pozycji w rankingu kryterium cena oferty. Oferta wybrana - wykonawcy Inwest - opiewa na kwotę 1 199 865 zł, zaś oferta Ekocentrum (druga pozycja w rankingu oceny ofert) na kwotę 1 893 648,84zł.

Zamawiający dokonał wstępnego badania ofert i ustalił, że ceny ofert Ekocentrum, Inwest oraz konsorcjum Prokom Constructions sp. z o.o. i Er Grupa Sp. z o.o. są ponad 30% niższe od wartości zamówienia jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i wobec tego zachodzą przesłanki do wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp.

W dniu 20 marca 2018r. Zamawiający, w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp wystosował wezwania do wykonawców, wnosząc o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyliczeń, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę ofertową.

W wyznaczonym terminie w dniu 28 marca 2018r. wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją ceny. Wykonawca Ekocentrum zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość wyjaśnień wraz z uzasadnieniem objęcia ich tą tajemnicą.

W dniu 6 kwietnia 2018r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Ekocentrum o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wskazując, że udzielone w dniu 20 marca br. wyjaśnienia są niekompletne i nie odnoszą się do wyjaśnienia zagadnienia zatrudnienia personelu pomocniczego i biurowego tj. poz. 4.1 i 4.2 formularza cenowego. Wykonawca nie wskazał w odpowiedzi na pytanie w jaki sposób zostały wycenione poz. 4.1. i 4.2 formularza cenowego. W odpowiedzi, pismem z dnia 10 kwietnia 2018r., wykonawca Ekocentrum udzielił wyjaśnień, które również objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 8 czerwca 2018r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Inwest.

W dniu 21 czerwca 2018r, po wniesieniu odwołania, Zamawiający poinformował wykonawcę Ekocentrum, iż po ponownym badaniu wyjaśnień, dokonał odtajnienia złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w dniu 28 marca oraz 10 kwietnia za wyjątkiem tabeli stanowiącej „Szczegółową kalkulację poz. 2.1”, która nadal pozostaje „utajniona”.

W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że Zamawiający udostępnił mu wyjaśnienia udzielone w dniach 28 marca i 10 kwietnia przez Ekocentrum, za wyjątkiem szczegółowej kalkulacji poz. 2.1. Z uwagi na powyższe, Odwołujący ograniczył swoje żądanie w tym zakresie do udostępnienia mu jedynie tego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego, kwestionowane w odwołaniu mogą pozbawić Odwołującego uzyskania zamówienia publicznego.

Zarzuty dotyczące oferty Inwest nie potwierdziły się. W ocenie Izby udzielone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w piśmie z dnia 28 marca br. są wyczerpujące i odnoszą się do wszystkich kwestii zawartych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 20 marca br. W szczególności nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż w udzielonych wyjaśnieniach nie podano odpowiedzi na pytanie 2 i 4. Zauważyć należy, że pytania ujęte w wezwaniu mają charakter ogólny a pytanie nr 2 dotyczące czynników lub wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, które wpłynęły na wynagrodzenia określone w pkt 2.1 Formularza ofertowego nawiązuje do pytania nr 1, które również dotyczy tego punktu. Odpowiedź na te pytania została ujęta przez wykonawcę na stronie 2 wyjaśnień z dnia 28 marca, gdzie wskazał m.in., że kalkulacja została oparta o zasoby własne personelu wyposażonego w sprzęt inżynierski, informatyczny, środki komunikacji, transportu, środki BHP, które są własnością firmy co daje możliwość znacznego obniżenia kosztów zespołu nadzoru. Wykonawca posiada zdolność do samodzielnego realizowania kontraktu, dysponuje własnym personelem w niezbędnych do realizacji kontraktu branżach, co niewątpliwie jest czynnikiem sprzyjającym, pozwalającym na obniżenie kosztów. Odnośnie pytania nr 6 dotyczącego tego w jaki sposób wykonawca ma zamiar zorganizować pracę personelu konsultanta oraz personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy itp. Wykonawca Inwest udzielił odpowiedzi w pkt 3 Koszty administracyjne poz. 1 i 4 Formularza cenowego oraz przedstawiając

szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztu zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego poz. 1.3, poz. 1.4.

Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że z przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie postanowień pkt 2.1 OPZ i § 3 ust.2 oraz §13 projektu umowy, wynika, że pełnoetatowe zatrudnienie na umowę o pracę osób wykonujących funkcje kluczowe oraz personelu biurowego i pomocniczego jest wymagane wyłącznie przez okres realizacji usługi do dnia Wydania Świadectwa Przejęcia – podczas wykonywania I Etapu Kontraktu. Po wydaniu Ostatniego Świadectwa Przejęcia to jest na Etapie II – w okresie przeglądów i rozliczenie kontraktu wymagane jest zatrudnienie na umowę o pracę, ale niekoniecznie w wymiarze pełnego etatu. Z tych względów, zgodzić się należy z Zamawiającym, że zawarte w treści odwołania wyliczenia dotyczące kosztu Personelu Kluczowego są oparte na błędnych założeniach i nie mogą stanowić odniesienia do oceny rzetelności kalkulacji cen ofert zarówno wykonawcy Inwest jak i wykonawcy Ekocentrum.

Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Inwest wynika, że uwzględnił on powyższe postanowienia i przewidział w wycenie zatrudnienie 2 osób tj. 1 osoba personelu biurowego i 1 osoba personelu pomocniczego w wymiarze pełnego etatu na podstawie umowy o pracę na czas wykonywania robót (16 miesięcy) oraz 2 osób tj. 1 osoba personelu biurowego i 1 osoba personelu pomocniczego w wymiarze ½ etatu na podstawie umowy o pracę, każda w okresie od wystawienia Ostatniego Świadectwa Płatności do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Przyjęte przez wykonawców wynagrodzenie dla osób zatrudnionych na umowy o pracę jest zgodne z minimalnym wynagrodzeniem za pracę w roku 2018, ustalonym na poziomie 2 100zł

Niezasadny jest także zarzut dotyczący zaniżenia kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu geodezyjnego przez Inwest. Wykonawca ten oświadczył w złożonych wyjaśnieniach, że dysponuje własnym sprzętem geodezyjnym, inżynierskim, co znacznie wpływa na zmniejszenie kosztów. Argumentacja Odwołującego co do zaniżenia kosztów sprzętu sprowadzała się jedynie do braku potwierdzenia przez wykonawcę, iż taki sprzęt faktycznie posiada. Zamawiający jednak nie żądał przedstawienia dowodów potwierdzających posiadanie sprzętu, opierał się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, stąd argumentacja Odwołującego w zakresie braku takiego potwierdzenia jest zupełnie nieuzasadniona. Podobnie brak podstaw, aby wymagać od wykonawcy przedstawienia dowodów w zakresie zapewnienia środków transportu i kosztów biura.

Izba nie podzieliła także zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegającego na niezgodności treści ofert Inwest oraz Ekocentrum z wymaganiami SIWZ i niezapewnieniu pracy biura przez 8 godzin dziennie. Odwołujący wskazywał w tym zakresie, że przyjęcie przez Inwest zatrudnienia 2 pracowników w wymiarze 0,5 etatu każdy jest niewystarczające dla zagwarantowania pracy biura przez 8 godzin dziennie. Podnosił, że wykonawca nie uwzględnił ewentualnych kosztów, wynikających z możliwości choroby lub urlopu jednego z pracowników. Stanowisko Odwołującego jest nietrafne, bowiem wykonawca w sytuacji urlopów/ zwolnień lekarskich może skorzystać z personelu zatrudnionego u wykonawcy na umowę o pracę a niezależnie od tego twierdzenie Odwołującego jest niezasadne z uwagi na to, że wykonawca przewidział rezerwę finansową na zastępstwa pracowników, którą wskazał w udzielonych w dniu 28 marca wyjaśnieniach. W ocenie Izby wykonawca w ten sposób zagwarantował nieprzerwaną pracę biura przez 8 godzin dziennie w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa płatności do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

W zakresie oferty Ekocentrum Izba uznała, że Zamawiający wzywając wykonawcę ponownie w dniu 10 kwietnia do udzielenia wyjaśnień nie naruszył art. 90 ust. 1 Pzp. Udzielone w dniu 28 marca wyjaśnienia były niepełne i pozostawiały nadal pewne wątpliwości a kwestie sformułowane w piśmie z dnia 10 kwietnia dotyczyły spraw poruszonych, aczkolwiek nie do końca wyjaśnionych w pierwszym piśmie. Izba przy tym podziela pogląd, zgodnie z którym dopuszczalne jest ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp, ale jedynie w zakresie uszczegółowienia i doprecyzowania pierwotnie udzielonych wyjaśnień lub kwestii nowych, o których Zamawiający uprzednio nie pytał.

W ocenie Izby okoliczność, iż osoby zatrudnione jako Personel Kluczowy wynagradzane będą w sposób ryczałtowy, co wynika z załączonych przez Ekocentrum oświadczeń pracowników, nie wyklucza możliwości ich zatrudnienia w wymiarze pełnego etatu na umowę o pracę.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący bezpodstawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji cenowej załączonej do wyjaśnień wykonawcy z dnia 28 marca br. W tym zakresie wskazać należy, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne, wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp, jest podstawą zasadą a jej ograniczenie należy stosować w wyjątkowych, uzasadnionych sytuacjach. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko wtedy, gdy wykonawca w sposób skuteczny uzasadnił, iż pewne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji

legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) tj.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy.

Załączona do wyjaśnień kalkulacja cenowa pokazuje sposób obliczenia ceny oferty, która jest jawna. Ponadto w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa próżno szukać powodów objęcia tą tajemnicą załączonej kalkulacji cenowej. Przedstawione uzasadnienie jest dość ogólne i nie odnosi się do przesłanek z art. 11 uznk. Z tych względów Izba uznała, że niezasadnym jest objęcie tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa i nakazała odtajnienie tego dokumentu.

Uznanie za zasadny tego zarzutu nie może jednak skutkować uwzględnieniem odwołania, bowiem zaniechanie odtajnienia kalkulacji cenowej wykonawcy Ekocentrum pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, w sytuacji, w której zarzuty dotyczące oferty wybranej złożonej przez Inwest nie potwierdziły się.

Z tych względów, działając w oparciu o art. 192 ust. 2 Pzp, Izba oddaliła odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: