

Sygn. akt: KIO 807/15

WYROK
z dnia 6 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu, Remondis Tarnowskie Góry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BIOEKOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Nowym Chechle w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Miasto Sosnowiec

przy udziale wykonawcy P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "JAMPICH" P. W. w Sosnowcu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert, i - wraz z ponowną informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej - odtajnienie zastrzeżonych, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, przez wykonawcę P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "JAMPICH" P. W. w Sosnowcu, części oferty oraz wyjaśnień dotyczących elementów ceny w następującym zakresie:

1.1. zobowiązania trzech podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów (strony 35-64 oferty),

- 1.2. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci potencjału technicznego (strona 67 oferty),
- 1.3 umowa przedwstępna warunkowej sprzedaży będąca zobowiązaniem do udostępnienia zasobów w postaci potencjału technicznego (strony 69-70 oferty),
- 1.4 oferta handlowa dotycząca zakupu odkurzaczy i ssawy, z zastrzeżeniem, że niejawnie pozostają zaproponowane ceny i wysokość procentowa rabatu (strona 68 oferty),
- 1.5 zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci potencjału technicznego (strony 71-72 oferty),
- 1.6 akt notarialny – pełnomocnictwo do działania w imieniu podmiotu trzeciego (strony 73-74 oferty),
- 1.7 wykaz wykonanych usług, w zakresie, który pozwolił Zamawiającemu na ustalenie, że P. W. spełnia warunki udziału w postępowaniu (strony 32-34 oferty),
- 1.8 wykaz narzędzi w zakresie, który pozwolił Zamawiającemu na ustalenie, że P. W. spełnia warunki udziału w postępowaniu (strony 65-66 oferty),
- 1.9 wykaz osób, z zastrzeżeniem, że niejawnie pozostają imiona i nazwiska osób umieszczonych w wykazie (strony 75-78 oferty),
- 1.10 załącznik nr 1 a do formularza oferty (strona 31 oferty),
- 1.11. informacja z banku potwierdzająca zdolność kredytową P. W. (strona 79 oferty),
- 1.12. wyjaśnienia P. W. z dnia 3 kwietnia 2015 r., złożone w sprawie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, wraz z załącznikami, z zastrzeżeniem, że niejawnie pozostają:
 - wartości i kwoty w złotych podane w kolumnach tabel przedstawiających kalkulacje indywidualne cen jednostkowych (strony 15-20, 52-65, 81-83, 87-90, 96-103, 94-105 wyjaśnień), jednak informacje podane w kolumnie „opis czynności” w tabelach przedstawiających kalkulacje indywidualne cen jednostkowych, są jawne,
 - oferta sprzedaży piasku w zakresie zaoferowanych cen (strona 91 wyjaśnień);

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Sosnowiec 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 Remondis Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu, Remondis Tarnowskie Góry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BIOEKOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Nowym Chechle, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gminy Miasta Sosnowiec na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

w Opolu, Remondis Tarnowskie Góry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BIOEKOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Nowym Chechle, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Miasto Sosnowiec (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie porządku i czystości na terenie Miasta Sosnowca”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 31 stycznia 2015 r., poz. 2015/S 022-026213. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 20 kwietnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Remondis Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu, Remondis Tarnowskie Góry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, BIOEKOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Nowym Chechle (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy JAMPICH (dalej: „Jampich”), mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Jampich nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Jampich, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
3. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty (dokumenty załączone na stronach 25-79 oferty Jampich, a wymienione w pkt 1 -9 Zawiadomienia o utajnieniu informacji z dnia 10.04.2015 r.) oraz wyjaśnień złożonych przez Jampich (wyjaśnienia z dnia 3.04.2015 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie dotyczącym podstaw

zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa), mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Jampich z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał na dzień składania ofert spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wymaganych uprawnień, o których mowa w pkt 5.1.1 SIWZ, ewentualnie zaniechanie wezwania Jampich do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, co narusza art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (następnie Odwołujący do protokołu oświadczył, że wycofuje ten zarzut);
5. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. ujawnienia zastrzeżonych części oferty Jampich oraz złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa i ceny oferty;
4. wykluczenia Jampich z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty;
5. dokonania wyboru oferty Konsorcjum Remondis jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca P. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "JAMPICH" P. W. w Sosnowcu, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo Jampich).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji podnosił m.in., iż w treści wezwania do wyjaśnień, skierowanego do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z dnia 31 marca 2015 r., Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a także udokumentowania adekwatności wyliczonej ceny do ponoszonych

kosztów. Wyjaśnienia powinny być odpowiednio szczegółowe i poparte dowodami oraz uwzględniać trzyletni okres realizacji zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Nie wystarczające przy tym jest jedynie ogólne stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej, wskazanie w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy, i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał skuteczność zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa całości złożonych przez Jampich wyjaśnień, chociaż nie jest możliwe, aby cały dokument zawierał w swojej treści tylko i wyłącznie informacje kluczowe dla przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, które spełniałyby wszystkie przesłanki wymagane dla skutecznego wyłączenia zasady jawności postępowania. Dlatego, Odwołujący nie miał możliwości odniesienia się bezpośrednio do treści tego dokumentu. Natomiast, z Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 kwietnia 2015 r. wynika, iż *„dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wykazanie doświadczenia w realizacji tego typu usług, bazy sprzętowej oraz efektywne gospodarowanie zasobami ludzkimi przekonały o możliwości realizacji tego*

zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego przy osiągnięciu zysku”. Opierając się, chociażby na tak określonych motywach dokonanej przez Zamawiającego oceny, Odwołujący zauważał, że:

- a. Ani doświadczenie w realizacji tego typu usług, ani posiadanie bazy sprzętowej nie stanowią okoliczności, które wyróżniałyby Jampich na tle pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Nie można zatem uznać, że okoliczności te uzasadniają zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie, jak oferta Jampich.
- b. W szczególności, nie sposób twierdzić, że doświadczenie Jampich wyróżnia tego wykonawcę na tyle, aby być czynnikiem umożliwiającym mu obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia chociażby w stosunku do Odwołującego, dysponującego doświadczeniem czterech konsorcjantów, działających zarówno na rynku lokalnym, jak i ogólnopolskim, a którego cena oferty została złożona na poziomie 673 186,79 zł (czyli o ponad 64% więcej niż cena oferty Jampich).
- c. Dysponowanie bazą sprzętową - oprócz tego, że stanowiło warunek udziału w postępowaniu, który miał zostać spełniony przez wszystkich wykonawców, również nie jest okolicznością wyróżniającą Jampich. Poza tym, oprócz wskazania samego dysponowania bazą sprzętową, konieczne jest wykazanie i udokumentowanie, w jakim stopniu okoliczność ta przekłada się na cenę złożonej oferty, jakiego rodzaju i jakiej wielkości są to oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia.
- d. Jeżeli w swoich wyjaśnieniach Jampich powoływał się na „*efektywne gospodarowanie zasobami ludzkimi*”, to konieczne było wskazanie przez wykonawcę wysokości ponoszonych kosztów pracy (w tym kosztów związanych z wynagrodzeniem należnym za godziny nadliczbowe), wielkości i formy zatrudnienia zasobów ludzkich wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia, które zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych należy przyjąć do wyliczenia wartości kosztów pracy ujmowanych w cenie oferty. Ponownie, nie jest wystarczające samo powołanie się na tę okoliczność, bez wskazania wymiernego przełożenia organizacji pracy na cenę oferty, w szczególności, gdy brak podstaw do przyjęcia, że jest ona bardziej efektywna, niż w przypadku pozostałych wykonawców.
- e. W kontekście uzasadnienia oceny złożonych przez Jampich wyjaśnień, należy podkreślić, iż wartości dowodów nie posiadają oświadczenia i kalkulacje własne wykonawcy, które wskazywałyby jedynie deklarowane czynniki i wartości, nie poparte w żaden sposób dokumentami umożliwiającymi ich obiektywną ocenę (w szczególności, pochodzącymi od podmiotów trzecich niezwiązanych w wykonawcą). Same oświadczenia Jampich nie są wystarczające, aby wykazać rzetelność zaoferowanej ceny (w istocie, niczym nie różnią

się od ogólnego zapewnienia, że wykonawca oferuje realizację przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę) i nie umożliwiają obiektywnej weryfikacji prawidłowości kalkulacji ofertowej. Skoro w wezwaniu Zamawiający podkreślał konieczność udokumentowania czynników mających wpływ na wysokość ceny, nie mogą zostać uznane za wystarczające wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie przedstawiające przekonujących dowodów, a bazujące jedynie na oświadczeniach Jampich, co do rodzaju i wysokości ponoszonych kosztów.

Ponadto na rozprawie wnosił o powołanie biegłego zakresu gospodarki komunalnej bądź finansów przedsiębiorstw na okoliczność, że ceny wskazane w pozycjach 1.13, 14, 16, 17, 20, 21, 47, 55, 56 oferty Przystępującego nie pozwalają na pokrycie kosztów związanych z realizacją tych czynności z uwzględnieniem wymogów zamawiającego i minimum wynagrodzenia za pracę.

W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony odmówił Odwołującemu ujawnienia jakiegokolwiek części złożonych przez Jampich wyjaśnień z dnia 3 kwietnia 2015 r. (dotyczących rażąco niskiej ceny oraz tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz dokumentów zawartych w ofercie Jampich, które Zamawiający wymienił w pkt 1-9 Zawiadomienia o utajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważał, iż jako szczególny przypadek takiego działania, zmierzającego przede wszystkim do utrudnienia innym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, jest utajnienie samego uzasadnienia czy też wyjaśnień złożonych w celu wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, mimo iż one same nie zawierają lub zawierają w stopniu znikomym, jakiegokolwiek informacji, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zważywszy, iż takie uzasadnienie dotyczące informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu zupełnie lub też w znikomym stopniu ujawnia jakiegokolwiek informacje ujawnione w zastrzeżonej części dokumentacji, nie sposób uznać za zasadne zaniechania ich ujawnienia. Zważyć należy, iż w sytuacji, w której wykonawca zastrzega jawność całej treści przedmiotowego uzasadnienia, konieczne jest również wykazanie, iż cała ich treść również spełnia wszystkie z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk.

Nie jest dopuszczalne zdaniem Odwołującego całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym, Odwołujący wskazywał na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożonych przez Jampich. Przy czym, brak dołączenia do oferty jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa lub też dołączenie uzasadnienia niewykazującego zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, powinien skutkować ujawnieniem przedmiotowych informacji, ze względu na niedopełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jak również - wobec zaniechania podjęcia przez przedsiębiorcę koniecznych kroków w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania, wskazywał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - wraz z wykazaniem, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zostało załączone do oferty Przystępującego str. 25 do 30. Te strony oferty zostały również zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zdaniem Zamawiającego jest dopuszczalne na zasadach ogólnych, bowiem wyjątek stanowią jedynie informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4. Niezależnie od powyższego, na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, takie wyjaśnienia otrzymał i uznał je za uzasadnione. Podtrzymując zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez przystępującego opierał się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m. in. KIO 1032/14 (wykaz osób).

Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny podnosił, że art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych pozwala na odrzucenie oferty tylko w sytuacji, kiedy udzielone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Otrzymał od przystępującego bardzo obszerne wyjaśnienia, które były dla niego przekonujące. Niezależnie od powyższego zauważa, że 41 pozycji z formularza ofertowego Przystępującego nie były to ceny najniższe spośród zaoferowanych w postępowaniu, a 11 pozycji oferowało ceny najwyższe. Oparł się również na dowodach 7, 14 do 17, 24, 28, 30, 32 załączonych do tychże wyjaśnień.

Odnosząc się do kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego zauważał, że zostały wykonane przez biegłego o innych kompetencjach, niż mógłby się spodziewać w odniesieniu do przygotowania do wykonania kalkulacji w takim zakresie.

Zarzut niezgodności ze specyfikacją odnośnie braku możliwości przerzucenia kosztów z jednej pozycji do drugiej nie był objęty odwołaniem. W jego ocenie kalkulacje załączone do wyjaśnień Przystępującego są szczegółowe, indywidualne, zawierają minimalne wynagrodzenie, koszty pracy sprzętu, zakładają zysk i są należycie udokumentowane.

Co do wniosku o powołanie biegłego zauważał, że nie odnosi się on bezpośrednio do zarzutu odwołania, a dodatkowo wskazuje na ewentualne trudności w znalezieniu

biegłego z zakresu gospodarki komunalnej, który to zakres jest bardzo pojemnym pojęciem. Zauważał, że pomiędzy ofertą Przystępującego, a Odwołującego była jeszcze inna oferta złożona przez FB Serwis S.A. z Warszawy, która została odrzucona, ponieważ nie podano w formularzu ofertowym podstaw do oceny w drugim kryterium.

Złożył zestawienie cen ofert, z uwzględnieniem tejże oferty. Analizując to zestawienie stwierdza, że rozkład cen jest wynikiem normalnej gry rynkowej.

Przystępujący popierając stanowisko Zamawiającego, w odniesieniu do zarzutu odnośnie rażąco niskiej ceny wskazuje, że zarzut w tym zakresie został podniesiony po terminie. Podtrzymuje stwierdzenie o posiadanym doświadczeniu – obecnie świadczy usługę dla miasta, więc zna dobrze jego topografię, podwykonawcami są również doświadczone firmy lokalne. Posiada zatem istniejące bazy, co obniża koszty rozpoczęcia działalności i pozwala z dnia na dzień rozpocząć świadczeni usługi. Posiada również odpowiednią bazę sprzętową i zgodnie z przepisami skalkulował koszty pracy nie przewidując godzin nadliczbowych. Wskazywał, że wszystkie koszty wymienione w odwołaniu na str. 9 od A do E ujął w cenach ofertowych. Zauważa, że u niego koszty pośrednie są opisane jako koszty ogólne. Odwołujący błędnie zakładał, że Przystępujący wszystkich pracowników zatrudnił na umowę o pracę, tymczasem sam zatrudnia na umowę o dzieło.

Stanowczo twierdził, że każdą cenę jednostkową kalkulował odrębnie i indywidualnie, i nie ujmował jej wyceny w innych pozycjach. Musiał zrelatywizować ceny do powierzchni 100m². Na stronie 15 wyjaśnień z 3 kwietnia br. odnośnie rażąco niskiej ceny określił wynagrodzenie na godzinę pracy wynikające z umów cywilno-prawnych. Uwzględnił zysk dwucyfrowy. Zauważał również, że koszt ogólny to znaczący procent kalkulacji. Wydajność urządzeń oparł na kartach urządzeń i ekspertyzach załączonych do wyjaśnień, a w kalkulacjach przyjął ostrożnie wartości niższe (porównanie strony 21 ze str. 16 i 18). Strona 16 – założył wywóz zanieczyszczeń z wykorzystaniem urządzeń samowyladowczych – nie wie, czy Odwołujący uwzględnił to wyliczając jego cenę. Wskazuje, że nawet te ostrożne kalkulacje, które uzyskał za pomocą wyliczeń przedstawionych w wyjaśnieniach, zawyżył oferując ceny w formularzu ofertowym. I tak wyliczenie ze str. 17 zawyżono w ofercie do 0,5 zł, ze str. 20 - do 1,20 zł, ze str. 53 – do 1 zł, ze str. 55 – do 6 zł, ze str. 56 – do 11 zł, ze str. 65 – do 5 zł.

Ponosząc powyższe wnosil o zaliczenie wyjaśnień z dnia 3 kwietnia br. w poczet materiału dowodowego.

Ponadto zauważał, że na str. 18 wyjaśnień założył wysoki stopień bezpieczeństwa w wycenie jednostkowej oraz wydajności. Zatem wszystkie koszty, na które wskazuje Odwołujący są uwzględnione w cenie nawet z naddatkiem. Na str. 60 wyjaśnień przedstawił kalkulację dla koszenia trawników, wymienił konieczne czynności, w tym koszenie skarp

wymagające koszenia ręcznego, przy czym zwiększył margines koszenia ręcznego znając specyfikę terenu. Dodatkowo kalkulacji dokonywał w rozbiu w zależności od szerokości kosiarek. Wydajność jest podana w ekspertyzach na str. 66-68.

Podkreślał, że obecnie miejsce składowania odpadów zapewnia Zamawiający, a Przystępujący załączył na str. 79 odpowiedni cennik i nie wie, czy Odwołujący uwzględnił ten fakt w swojej wycenie. Na str. 63 wyjaśnień przedstawił kalkulację grabienia skoszonej mechanicznej trawy wskazując, że nie ma kosztów ręcznego załadunku, ponieważ pryzmowanie odbywa się równocześnie.

Złożył wniosek o zaliczenie w poczet materiału dowodowego pliku dokumentów zaczynającego się od dwóch zestawień rynkowych cen jednostkowych, w pozostałej części w dokumentach zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa tj. kalkulacje, poświadczenia podwykonawców o wysokości wynagrodzenia pracowników, oraz umowy z pracownikami i umowy zlecenia z niższym wynagrodzeniem, niż w kalkulacji. Odnosząc się do własnych utajnionych wyjaśnień wskazuje że na 81 stronie założył, podobnie jak wcześniej, ładowność niższą niż rzeczywista. Z kalkulacji wynika podział na czynności ręczne i mechaniczne i w tym zakresie brak jakiegokolwiek analizy ceny przez Odwołującego. Wskazywał, że cenę ze strony 83 zawyżył w ofercie do 1 400 zł. Podobnie ze strony 87 do 0,9 zł. W odniesieniu do standardu A również obliczał koszty z podziałem na prace ręczne i mechaniczne na stronie 87, na stronie 88 zawarł osobne wyliczenie dla standardu B i D kalkulował cenę z uwzględnieniem użycia miniciągników ze specjalnym przeznaczeniem. Podkreślał, że tak tutaj, jak i w innych pozycjach często dokonywał agregacji czynności i racjonalizacji kosztów przez równoczesne realizowanie różnych zadań. Na stronie 91 zawarł ofertę piasku, na stronie 92 kalkulacja zbierania zanieczyszczeń, przy czym, zaznacza, że obsługuje na podstawie długoterminowych umów 9 parków położonych na terenie Sosnowca, co właśnie pozwala na zagregowanie zadań i wykonywanie ich pracownikami wykonującymi już realizowane umowy. Na stronie 94 i 95 zawarł ceny rynkowe zbierania zanieczyszczeń. Takie zestawienia cen rynkowych znajdują się już na wstępie wyjaśnień na str. od 4 do 5.

W odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, dlaczego utajnił zestawienia cen rynkowych, odpowiedział, że są one elementem wyjaśnień.

Odnosząc się do kalkulacji Odwołującego zauważał, że w kalkulacji pierwszej dla koszenia trawników (A) założono użycie ciągnika Zetor Proxima100, który jest ciągnikiem rolniczym, dużym, mało zwrotnym, przez co może wyrządzić szkody, a dodatkowo zawyża cenę. Wskazywał, że w swoich kalkulacjach Odwołujący w większości przyjął jako wysoki składnik cenowy amortyzację, tymczasem Przystępujący ma sprzęt w większości

zamortyzowany. Odwołujący zakłada również koszt utrzymania baz, tymczasem Przystępujący już te bazy posiada, kosztów ich funkcjonowania nie pokrywa tylko z tego kontraktu, wykorzystuje również bazy podwykonawców, co pozwala na racjonalizację kosztów.

Odnosnie tajemnicy przedsiębiorstwa podnosił, że na str. 123 do 125 przedstawił zasadność utajnienia. Wyjaśnienia obrazują powiązania gospodarcze, wiążą go umowy o zachowaniu poufności. Złożył Izbie i Zamawiającemu (bez kopii dla Odwołującego) umowy o zachowaniu poufności (trzy sztuki) oraz umowy zlecenia nr 28/Z.

Decyzja o utajnieniu dokumentacji w dużej mierze wiąże się z doświadczeniem podbierania pracowników - Pan K. B. wcześniej zatrudniony przez Przystępującego obecnie pracuje dla pana W. (innego wykonawcy).

W wykazie na stronie od 75 do 78 zawarto szczegółowe kwalifikacje pracowników w 80% zatrudnionych u podwykonawców, a obowiązują go zastrzeżenia o poufności. Dodatkowo wyjaśniał, że umowy z pracownikami Pana P. W. są załączone w pierwszej grupie dowodów, zawierają zastrzeżenia poufności, zatem zastrzeżenie to obejmuje 100% osób z wykazu.

Odnosnie wykazu narzędzi w wykazie usług podawał, że zawierają one informacje szersze niż wymagał Zamawiający i w zakresie rozszerzonych informacji Przystępującego również obowiązują umowy o poufności. Usługi mogą być realizowane w rzeczywistości w nieco innym zakresie i terminie, niż pierwotnie zakładane.

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

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego została odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że został on podniesiony w terminie. W ocenie Zamawiającego termin do zakwestionowania tajemnicy przedsiębiorstwa biegł od dnia, kiedy udostępniono Odwołującemu ofertę tj. od dnia 18 marca 2015 r. i dlatego wnosil o nierozpoznawanie tego zarzutu jako wniesionego po upływie przepisane go terminu, jednak Izba nie mogła się przychylić do takiego wniosku.

Zamawiający opisując sposób udostępnienia oferty wyjaśniał, że okazał Odwołującemu do wglądu oryginał oferty, bez części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Z kolei w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, czy takie udostępnienie oferty było opatrzone jakimś komentarzem, Zamawiający oświadczył, że nie i wyjaśnia, że trwał proces badania i oceny oferty, w tym również w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Zamawiający okazał oryginał pisma z 21 marca 2015 r. skierowanego do dwóch wykonawców, m. in. do Odwołującego, w którym stwierdzono, że kwestia odtajnienia dokumentów załączonych do oferty Przystępującego jest w trakcie rozpatrywania, a o jej wynikach zostanie poinformowany odrębnym pismem.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, wobec informacji udzielonej przez Zamawiającego pisemnie w dniu 21 marca 2015 r., Izba uznała, że Odwołujący złożył odwołanie w terminie. Skoro Zamawiający zapowiedział, że jest w trakcie badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie miał podstaw, aby bieg terminu do wniesienia odwołania liczyć od dnia 18 marca br., tj. od dnia, w którym udostępniono mu ofertę Przystępującego. Termin na wniesienie odwołania liczy się od dnia dokonania czynności przez Zamawiającego, a w przywołanym przez samego Zamawiającego piśmie informował on, że czynności (zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) jeszcze nie wykonał. Bez znaczenia przy tym jest fakt, że Odwołujący w dniu 20 marca br. złożył Zamawiającemu pismo informujące, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego jest jego zdaniem nieuzasadnione.

Co do merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutu odnośnie bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego – Izba uznała, że zarzut podniesiony w odwołaniu jest uzasadniony. Pogląd powyższy Izba oparła na analizie treści dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego i na jego stanowisku prezentowanym na rozprawie. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może wykorzystywać możliwości utajnienia oferty i dokumentów do niej załączonych (a także wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny) wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej oferty. Wykonawca zastrzegając tajemnicę, musi wykazać, że dokumenty rzeczywiście taki walor posiadają. Przystępujący co prawda formalnie dochował wymogów określonych przez art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (do oferty załączono zastrzeżenie odnośnie nieujawniania części dokumentów), jednak w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że kwestionowane dokumenty rzeczywiście są tajemnicą przedsiębiorstwa. Sam Przystępujący na rozprawie, przynajmniej fragmentarycznie, ujawniał informacje tamże zawarte. Co do części dokumentów, nie może być kwestionowane, że zawierają informacje publicznie dostępne (np. zestawienia cen rynkowych, cennik za składowanie odpadów) – Przystępujący na pytanie zadane na rozprawie, dlaczego utajnił te informacje, oświadczył, iż dlatego, że są

częścią wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Takie stanowisko nie może zasługiwać na ochronę. Nieujawianie informacji zastrzeżonych jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i nie można akceptować zastrzeżenia całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegając łącznie wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. Zamawiający, ze względu na priorytet zasady jawności, nie może chronić całego pliku dokumentów, jeżeli jedynie kilka informacji tam zawartych może być objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca powinien wyraźnie wskazać, które informacje, i dlaczego, są objęte taką tajemnicą. Tymczasem Przystępujący, poza ogólnikami, przywołaniem orzecznictwa, powołaniem się na powiązania gospodarcze, oraz na klauzule poufności w zawartych umowach nie wskazał żadnych powodów, dla których zastrzeżone jako tajemnica dokumenty mają być objęte ochroną. Sam fakt powiązań gospodarczych jest neutralny, bowiem każdy podmiot takie powiązania posiada. W ocenie Izby, aby skutecznie powoływać się na konieczność utajnienia określonych powiązań, należałoby podać istotne powody takiego utajnienia. Na pewno za taki powód nie może być uznany fakt, że podmioty trzecie realizują inwestycje „z zakresu usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości obszarów publicznych” (pkt 1 na stronie 28 oferty Przystępującego, w części zawierającej „oświadczenie wykonawcy w sprawie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”, które to oświadczenie, na stronach 25-30 oferty, również zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a którego Izba nie ujawniała, ponieważ uznała, że nie ma ono znaczenia ani dla rozstrzygnięcia odwołania, ani nie ma wpływu na wynik postępowania). Jeżeli podmioty trzecie świadczą usługi na rzecz podmiotów publicznych (co rzeczywiście wynika z danych podanych przez Przystępującego w wykazie usług), to informacje na temat tych podmiotów są jawne. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy.

W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma w ocenie Izby żadnych generalnych wytycznych, iż, przykładowo, wykaz usług czy informacja z banku stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy ma bowiem znaczenie wyłącznie treść danego dokumentu i podane odnośnie niej uzasadnienie dla dochowania tajemnicy, prezentowane przez zastrzegającego. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ze względu na treść dokumentów, negatywną ocenę uzasadnienia ich

utajnienia, oraz biorąc pod uwagę wypowiedzi Przystępującego na rozprawie, Izba stwierdziła, że przeważająca część dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego, nie zasługuje na ochronę, bowiem w rzeczywistości nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji, Izba uznała za zasadne odtajnienie zastrzeżonych, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, części oferty oraz wyjaśnień dotyczących elementów ceny w następującym zakresie:

1.1. zobowiązania trzech podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów (strony 35-64 oferty), ponieważ w zobowiązaniach tych trudno dopatrzyć się jakichkolwiek elementów wskazujących na tajemnicę przedsiębiorstwa, a przynajmniej Przystępujący tego nie wykazał; jak wyżej w uzasadnieniu wskazano, sam fakt istnienia powiązań gospodarczych jest neutralny, oczywiście nie można negować, że niektóre z powiązań mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ale w takiej sytuacji, należy wykazać, dlaczego stało się to konieczne. Skoro ujawnieniu podlegają zobowiązania podmiotów trzecich, to nie ma powodu, aby nie ujawniać pozostałych dokumentów dotyczących tych podmiotów (odpisów z publicznych rejestrów, oświadczeń, itd.);

1.2. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci potencjału technicznego (strona 67 oferty); potencjał udostępniono na podstawie najmu, nie wyjaśniając, dlaczego to konkretne zobowiązanie, o takiej treści, ma zasługiwać na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa;

1.3 umowa przedwstępna warunkowej sprzedaży będąca zobowiązaniem do udostępnienia zasobów w postaci potencjału technicznego (strony 69-70 oferty); Izba nie dopatrzyła się cech tajemnicy przedsiębiorstwa, w umowie brak nawet ceny (odwołuje się do „złożonej oferty cenowej”);

1.4 oferta handlowa dotycząca zakupu odkurzaczy i ssawy, z zastrzeżeniem, że niejawne pozostają zaproponowane ceny i wysokość procentowa rabatu (strona 68 oferty); Izba uznała, że ceny uzgodnione między kontrahentami i wysokość zaproponowanego rabatu mogą posiadać walor tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie dostrzegła powodu, dla którego utajniony miałby pozostać cały dokument;

1.5 zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci potencjału technicznego (strony 71-72 oferty), z uzasadnieniem, jak w pkt 1.2. powyżej;

1.6 akt notarialny – pełnomocnictwo do działania w imieniu podmiotu trzeciego (strony 73-74 oferty); pełnomocnictwo upoważnia „do reprezentowania Spółki we wszelkich sprawach dotyczących zamówień publicznych, w tym składania ofert i wszelkich oświadczeń woli, do zawierania umów, podpisywania wszelkich dokumentów, związanych ze składaniem ofert, a także do składania protestów i odwołań oraz do występowania przed Urzędem Zamówień

Publicznych”, a także do udzielania dalszych pełnomocnictw. W tak sformułowanym dokumencie trudno się dopatrzeć powodów, dla którego nie może on być ujawniony;

1.7 wykaz wykonanych usług, w zakresie, który pozwolił Zamawiającemu na ustalenie, że Patryk Walasek spełnia warunki udziału w postępowaniu (strony 32-34 oferty);

1.8 wykaz narzędzi w zakresie, który pozwolił Zamawiającemu na ustalenie, że P. W. spełnia warunki udziału w postępowaniu (strony 65-66 oferty).

Odnośnie wykazu narzędzi i wykazu usług, Przystępujący na rozprawie oświadczył, że zawierają one informacje szersze, niż wymagał Zamawiający i w zakresie rozszerzonych informacji Przystępującego również obowiązują umowy o poufności, a usługi mogą być realizowane w rzeczywistości w nieco innym zakresie i terminie, niż pierwotnie zakładane.

Takie uzasadnienie utajnienia wykazów nie może, w ocenie Izby, zasługiwać na ochronę. Jak zostało wcześniej wskazane, wykonawca powinien wyraźnie i jednoznacznie podać, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z wypowiedzi Przystępującego wynika, że wykazy z zakresie potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie zawierają takiej tajemnicy. Zresztą obejmują usługi realizowane na rzecz podmiotów publicznych. Jeżeli Odwołujący podaje w wykazach inne informacje, niż konieczne do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym nie zastrzega wyraźnie skonkretyzowanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, musi mieć świadomość ryzyka ich ujawnienia;

1.9 wykaz osób, z zastrzeżeniem, że niejawnie pozostają imiona i nazwiska osób umieszczonych w wykazie (strony 75-78 oferty); Izba nie dopatrzyła się konieczności utajnienia samego wykazu, jednak niejawnie mogą pozostać imiona i nazwiska osób, podane w wykazie, co jest wystarczające dla uniemożliwienia ewentualnego przejścia pracowników do konkurencji. Kwalifikacje (np. „wieloletnie wykonywanie prac porządkowych”), zakres wykonywanych czynności (np. „kierowca, pracownik porządkowy”) i informacja o podstawie dysponowania (np. „umowa cywilnoprawna”) nie są na tyle unikalne, aby umożliwiły identyfikację konkretnych osób fizycznych;

1.10 załącznik nr 1 a do formularza oferty (strona 31 oferty); załącznik ten zawiera wykaz przewidywanych podwykonawców i zakres prac, jaki zostanie im zlecony; Izba nie dopatrzyła się powodów utajnienia dokumentu;

1.11. informacja z banku potwierdzająca zdolność kredytową P. W. (strona 79 oferty); Izba nie dopatrzyła się powodów utajnienia dokumentu – Przystępujący powoływał się na orzeczenie KIO, z którego miało wynikać, że informacja z banku (złożona w innym postępowaniu) nie podlega ujawnieniu, ponieważ zawiera szerszy zakres danych, niż wymagane w postępowaniu – jednak takich cech w dokumencie ze strony 79 oferty Przystępującego Izba się nie dopatrzyła;

1.12. wyjaśnienia P. W. z dnia 3 kwietnia 2015 r., złożone w sprawie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, wraz z załącznikami, z zastrzeżeniem, że niejawne pozostają:

- wartości i kwoty w złotych podane w kolumnach tabel przedstawiających kalkulacje indywidualne cen jednostkowych (strony 15-20, 52-65, 81-83, 87-90, 96-103, 94-105 wyjaśnień), jednak informacje podane w kolumnie „opis czynności” w tabelach przedstawiających kalkulacje indywidualne cen jednostkowych, są jawne,
- oferta sprzedaży piasku w zakresie zaoferowanych cen (strona 91 wyjaśnień).

Przystępujący, w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, dlaczego utajnił zestawienia cen rynkowych, odpowiedział, że są one elementem wyjaśnień. W ocenie Izby należy więc uznać, że Przystępujący nie wykazał, dlaczego wyjaśnienia w całości mają być objęte ochroną. Na taką ochronę nie zasługują informacje powszechnie dostępne. Sporą część informacji Przystępujący ujawnił w toku rozprawy (przykładowo – informacje znajdujące się przed tabelami, w których wyliczono ceny jednostkowe – sposób wykonania zamówienia, rodzaj przewidywanego sprzętu), poziom różnic pomiędzy cenami wynikającymi z kalkulacji, a cenami podanymi w ofercie. Nie zasługują również na ochronę informacje ogólne, zawarte w części wstępnej wyjaśnień – definicje rażąco niskiej ceny, cytaty z orzeczeń KIO i z SIWZ, fakt posiadania baz na terenie Sosnowca i prowadzenie w tym samym czasie innych inwestycji na terenie Sosnowca (co do dwóch ostatnich - sam Przystępujący ujawnił je podczas rozprawy). Okoliczność, że Przystępujący referował na rozprawie z własnej inicjatywy informacje, co do których, zastrzegając je w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny, twierdził, że są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, dodatkowo przemawia za zasadnością ich ujawnienia. Niejawna może pozostać cena, uzgodniona między kontrahentami, bowiem można założyć, że podana cena jest realna. Jednak Izba uznała, że ujawnione powinny zostać informacje odnośnie bezpłatnego udostępnienia sprzętu przez podmioty trzecie. Przystępujący nie uzasadniał, dlaczego dochodzi do tego typu rozliczeń (brak odpłatności w umowach zobowiązaniowych) między podmiotami (a więc nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy), a w ocenie Izby nie można akceptować, bez istotnego powodu, braku ekwiwalentności świadczeń z umów wzajemnych, bowiem taki sposób rozliczeń wykracza, ogólnie rzecz ujmując, poza normalne stosunki gospodarcze.

Reasumując, Izba uznała, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 uznk - jest uzasadniony. W ocenie Izby konieczność odtajnienia informacji ma istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ dopiero po zapoznaniu się z odtajnionymi dokumentami Odwołujący będzie miał możliwość efektywnego podnoszenia zarzutów wobec oferty Przystępującego oraz wobec jego wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej, zatem aby poprawnie sformułować zarzut, Odwołujący musi

zapoznać się z okolicznościami faktycznymi, pozwalającymi na ustalenie podstawy prawnej wskazywanych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Rację miał Zamawiający, że w odwołaniu nie podniesiono zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (przez niezgodne z SIWZ przenoszenie wyceny z jednej pozycji do innej) – jednak zarzut ten nie mógł być podniesiony wcześniej, skoro Odwołujący nie znał sposobu kalkulacji cen Przystępującego w poszczególnych pozycjach oferty. Dopiero na rozprawie Przystępujący ujawniał, że zamierza „agregować zadania” itd., a wcześniej powoływał się na taką możliwość w utajnionych wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny. Zatem dopiero po ujawnieniu treści oferty Przystępującego, załączonych do niej dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny (w podanym wyżej zakresie) Odwołujący będzie mógł podjąć skuteczną polemikę z Przystępującym. Na obecnym etapie nie jest więc możliwe rozstrzygnięcie o zarzutach co do naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Jampich, mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Jampich nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych; oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Jampich, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia. Odwołujący na dzień wniesienia odwołania nie znał podstaw faktycznych tak sformułowanych zarzutów, dodatkowo bez ujawnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica nie była możliwa polemika ze stanowiskiem Przystępującego na rozprawie. W tym sensie zarzuty te można uznać za przedwczesne.

Konkludując, Izba zdecydowała się uwzględnić odwołanie, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazać Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert, i - wraz z ponowną informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej – odtajnienie informacji zastrzeżonych, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

Izba oddaliła wniosek o powołanie biegłego, ponieważ uznała, że bez przeprowadzenia tego dowodu jest możliwe rozstrzygnięcie niniejszego odwołania.

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:

.....