

Sygn. akt: KIO 1205/14

WYROK

z dnia 27 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014r. r. przez **odwołującego:** Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. PI. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa

przy udziale **przystępującego:** VECTOR Sp. z o.o. ul. Krzemowa 6 81-577 Gdynia zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie przystępującego w sprawie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nakazuje odtajnienie informacji zastrzeżonych w ofercie przystępującego w sprawie w zakresie: Wykaz osób stanowiący załącznik nr 4 do oferty, Wykaz wykonanych głównych dostaw lub usług stanowiący załącznik nr 5 do oferty, Potwierdzenie praw do dysponowania osobami, Referencje potwierdzające wykonanie głównych dostaw lub usług i Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 7 do oferty

2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. PI. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. PI. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa na rzecz Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia:

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę systemu zdalnego odczytu wodomierzy w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy - dostawa oraz montaż i uruchomienie urządzeń pomiarowo - transmisyjnych służących do rejestrowania wskazań wodomierzy i transmisji danych pomiarowych przez sieć GSM.

Miejsce publikacji o ogłoszeniu:

Miejscem publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 05 kwietnia 2014r. numer 2014/S 068-117501.

Zarzuty odwołania:

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie zastosowania w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę Vector Sp. z o.o. przeprowadzenia procedury w celu ustalenia czy oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 86 ust. 4 poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w formularzu cenowym złożonym przez wykonawcę Vector Sp. z o.o. jako załącznik nr 7 do oferty w zakresie informacji o cenie oraz informacji powszechnie znanych i podanych przez zamawiającego do publicznej wiadomości, a także zaniechanie przeprowadzenia jakiegokolwiek badania, czy inne zastrzeżone przez tego wykonawcę części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- art. 5 kodeksu cywilnego poprzez nadużycie przysługującego prawa, związanego z oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Wnioski odwołania:

- unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 czerwca 2014 roku,
- przeprowadzenie w stosunku do wykonawcy Vector Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp procedury wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy złożona oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną względnie ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w przypadku braku wyjaśnień albo uznana że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę albo jest ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na oferowaniu towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia - odrzucenie oferty tego wykonawcy.
- odtajnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Vector Sp z o.o. w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy zgodnie z przepisami Pzp nie mogą być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie w stosunku do pozostałych zastrzeżonych informacji procedury mającej na celu wyjaśnienie, czy stanowią one rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyników przeprowadzonych wskazanych wyżej procedur,
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazanie interesu w uzyskaniu zamówienia:

Niniejsze odwołanie wnoszone jest od czynności zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu wobec zaniechania przeprowadzenia nakazanych prawem procedur wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz zakresu dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie, gdyż jego interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy zakwalifikowanego na drugiej pozycji doznaje uszczerbku w przypadku utrzymania w mocy wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Vector Sp. z o.o. z siedziba w Gdyni, gdyż to jego oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Argumentacja formalna i prawna odwołania:

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty Vector sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w dniu 4 czerwca 2014r. Natomiast sama czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty miała miejsce w dniu 3 czerwca 2014r. Przywołał przepis art. 90 ust. 1 Pzp zgodnie z którym zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W trakcie postępowania, zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązanie techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielanej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący zauważa, że konstrukcja przepisu obliguje zamawiającego do przeprowadzenia takich wyjaśnień w każdej sytuacji, gdy zachodzi chociażby podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z konsekwencją odrzucenia oferty wykonawcy zarówno w sytuacji, gdy nie złoży wymaganych wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sytuacją taką może być na przykład sytuacja, w której cena złożonej oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, przy założeniu, że wartość ta została przez zamawiającego wyceniona z należytą starannością. W postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia została oszacowana na kwotę powyżej 414 000 EURO powiększoną o podatek VAT. Zamawiający podczas otwarcia ofert wskazał kwotę 26.761.725,00 zł jako tę, która zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (z podatkiem VAT). Przy takim szacunku wartości zamówienia, zostały złożone w postępowaniu dwie oferty. Oferta odwołującego z ceną 18.254.114,95 zł, co stanowi 68,21% szacunkowej wartości przedmiotu postępowania oraz oferta wykonawcy Vector Sp. z o.o. z ceną 9.088.224,00 zł, co stanowi zaledwie 33,96% szacunkowej wartości przedmiotu postępowania. Zaistnienie tak wielkiej różnicy w cenach dwóch ofert, ale przede wszystkim różnicy aż 66,04% pomiędzy ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą a szacunkową wartością zamówienia jest samoistną przesłanką do zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do oferty rzekomo najkorzystniejszej. Celem wyjaśnień, których obowiązek przeprowadzenia nakłada na zamawiającego Pzp, jest natomiast ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Brak definicji ustawowej terminu

„rażąco niska cena” nie jest przeszkodą dla przeprowadzenia wyjaśnień przez zamawiającego, nie może być również usprawiedliwieniem dla ewentualnie innego rozumienia tego terminu przez zamawiającego. Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że istnieje konsensus w zakresie rozumienia pojęcia rażąco niskiej ceny. Najczęściej możemy odnaleźć w nim pogląd, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Taka sytuacja grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny wypowiedział się również niejednokrotnie ETS, orzekając, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (choćby wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 *Lombardini i Mantovani*, Rec. s. 1-9233, pkt 46-49).

KIO wielokrotnie wypowiadała się również na temat konieczności i podstaw podjęcia przez zamawiającego wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W wyroku KIO 1131/11 Izba stwierdziła, iż analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Jeżeli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, i.: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeżeli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Taka praktyka zaniżania cen może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jak chociażby przedstawianie ofert zawierających cenę zaniżoną lub nawet poniżej w stosunku do kosztów wytworzenia oferowanych towarów lub usług.

Dodatkowo, odwołujący analizował rynek właściwy, na którym konkuruje z wykonawcą Vector Sp z o.o., uznając za rynek właściwy dostawę zbliżonych urządzeń do Zamawiającego. Nie sposób pominąć prostych kalkulacji dokonanych na podstawie oferty Vector Sp z o.o. złożonej w postępowaniu nr 73/WS/PW/DI-IK/II/K na "Rozbudowę systemu zdalnego odczytu wodomierzy", która to wynosiła 2.271.145,80 zł netto, co w przeliczeniu na oferowaną liczbę urządzeń daje nam wartość jednostkową za urządzenie 1892,62 zł. Zauważyć również należy, że urządzenia oferowane w tamtym przetargu miały gorsze parametry techniczne niż wymagane w tym postępowaniu. Podobna analiza oferty wykonawcy Vector Sp. z o.o. złożona w postępowaniu wskazuje, że cena jednostkowa urządzenia bardziej zaawansowanego technologicznie została wyliczona na poziomie 382,00 zł, a więc ponad 4 razy niższą. Zamawiający musi mieć świadomość tak odbiegających od siebie cen w dwóch prowadzonych przez siebie postępowaniach i nawet jeżeli powyższe obliczenia są tylko symulacją odwołującego, to wydaje się, że powinny one budzić u zamawiającego wątpliwości na tyle istotne, że skłaniające do zastosowania wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że podstawą do dokonania wyceny szacunkowej wartości zamówienia w postępowaniu mogła być między innymi średnia cena oferowanych we wcześniejszych postępowaniach urządzeń z uwzględnieniem wyższych parametrów technicznych.

Reasumując, zamawiający w ocenie odwołującego dopuścił się zaniechania zastosowania powszechnie obowiązującego przepisu Pzp nakazującego mu przeprowadzenie wyjaśnień, czy złożona oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jedną z podstawowych zasad rządzących ustawą Prawo zamówień publicznych jest zasada jawności. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem może być dokonane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Ustawa wskazuje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Vector Sp. z o.o. zastrzegł w złożonej ofercie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa min. formularz ofertowy złożony wraz z ofertą (załącznik nr 7 do oferty). Odwołujący podkreśla, że zamawiający nie przeprowadził, nawet w podstawowym zakresie badania, czy istnieją przesłanki do uznania, iż informacje zawarte w tym formularzu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, co wydaje się naruszeniem

podstawowych zasad organizowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp).

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że szczególnej ochronie podlegają jedynie te informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem takie, które są łącznie informacjami o określonych charakterze (technicznym, technologicznym, organizacyjnym), mającymi wartość gospodarczą, w stosunku do których wykonawca podjął odpowiednie działania w celu ich ochrony. Ochronie podlegają przy tym informacje, nie zaś całe dokumenty, w których zawarte są informacje różnego typu, w tym informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.. Zamawiający jest zatem zobowiązany do analizy wszystkich przedkładanych przez wykonawców informacji, w tym informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pod kątem uznania czy wykonawca nie przekroczył przewidzianej prawem granicy ochrony informacji.

W szczególności, w ocenie odwołującego, wykonawca Vector Sp z o.o. w sposób nieuzasadniony uznał, iż może skutecznie objąć tajemnicą przedsiębiorstwa cały formularz cenowy oferty.

Odwołujący podnosi, że część informacji zawartych w formularzu została określona przez zamawiającego i ogłoszona wraz z wzorem formularza w SIWZ. Są to informacje dotyczące wymaganego asortymentu oraz ilości oferowanych sztuk. Te dane nie mogły ulec zmianie, pochodzą od zamawiającego i były publicznie dostępne, a zatem nie mogą być uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Vector Sp. z o.o. i powinny zostać przez zamawiającego ujawnione bez konieczności przeprowadzania jakiegokolwiek badania w tym zakresie.

Formularz cenowy zawiera informacje dotyczące ceny, w szczególności zaś jej składowych. Informacje takie, zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 Pzp nie mogą być przez wykonawcę uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie chociażby z wyrokiem KIO 1072/11 Izba uznała, że formularz cenowy, w szczególności formularz sporządzony na wzorcu przygotowanym przez Zamawiającego ogłoszonym w SIWZ, stanowiący zestawienie cen jednostkowych i oferowanych usług i urządzeń nie jest i nie może być uznany za informację będącą tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła przy tym, iż przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Również i te informacje powinny być przez zamawiającego

ujawnione bez przeprowadzania badania w tym zakresie, gdyż już z mocy przepisu prawa informacje te nie mogą korzystać z ochrony przewidzianej dla tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się do informacji dotyczących oferowanych urządzeń i usług wskazanych i wycenionych w formularzu ofertowym, Odwołujący zaznacza, iż również te informacje nie stanowią i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę na orzeczenie KIO 2398/13, w którym Izba orzekła, iż okoliczność, że nawet jeżeli pewne elementy oferty wymagają wypełnienia poprzez podanie producenta i modelu urządzenia, tudzież producenta, nazwy, wersji oprogramowania nie stanowi to wystarczającej podstawy do uznania twórczego, koncepcyjnego charakteru takiej informacji. „Naturalnie „dopasowanie” zaoferowanego asortymentu do wymagań zamawiającego ma pewien rodzaj pracy koncepcyjnej, ale w ocenie Izby, w tym stanie faktycznym, jest on niewystarczający do uznania zaistnienia podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.” Zatem i ten element formularza ofertowego nie stanowi informacji będącej tajemnicą przedsiębiorstwa i powinien być przez zamawiającego ujawniony. Zaznaczyć należy, że przedmiotem postępowania jest rozbudowa istniejącego i funkcjonującego już u zamawiającego systemu zdalnego odczytu wodomierzy, w tym dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń pomiarowo - transmisyjnych, a jak wynika z OPZ zamawiający wprost zaznaczył, że nie dopuszcza możliwości zmiany istniejącego systemu. SIWZ za to dokładnie wskazywał jakiego rodzaju i typu urządzenia mają zostać dostarczone. Przedmiotem dostawy nie było zatem twórcze, indywidualne, niepowtarzalne zestawienie urządzeń tworzące nowy system, które ewentualnie mogłoby stanowić informację prawnie chronioną, chociaż bardziej patentem niż ochroną właściwą dla tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedmiot dostawy wskazany w formularzu cenowym nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i dlatego powinien zostać ujawniony.

W pozostałym zakresie informacji objętych przez wykonawcę Vector Sp z o.o, jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołujący wnosi o przeprowadzenie odpowiedniego postępowania wyjaśniającego, co jest obowiązkiem zamawiającego. Zamawiający bowiem zobowiązany jest do prowadzenia postępowania w sposób jawny, a każde odstępstwo od tej zasady winno podlegać szczególnej procedurze wyjaśnień ze strony wykonawcy dokonującego zastrzeżenia.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Pzp, należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, odwołujący wnosi jak w odwołaniu. Odwołujący wnosi również w pierwszej kolejności o rozważenie przez zamawiającego możliwości uwzględnienia odwołania oraz wykonania wnioskowanych przez odwołującego czynności bez rozprawy w KIO, co spowodować może dalsze koszty po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), kopia dowodu wniesienia wpisu stanowi załącznik do niniejszego odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu.

Stanowisko przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego (wykonawca wybrany):

Pismem z dnia 16 czerwca 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie nastąpiło w terminie ustawowym 3 dni od wezwania zamawiającego co wyczerpuje art. 185 ust.2 ustawy.

W piśmie z dnia 25 czerwca 2014r. przystępujący przedstawił szczegółowe stanowisko w sprawie przedstawiając następującą argumentację formalną i prawną w sprawie. Podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości oraz wniósł o dopuszczenie dowodów w postaci informacji o wartościach usług i dostaw produktów identycznych lub tożsamy z usługami i towarami objętymi przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

I. Uznanie odwołania jako naruszającego wynikające z art. 5 kodeksu cywilnego zasady współżycia społecznego oraz przeznaczenia społeczno - gospodarczych uprawnień przewidzianych w PZP.

Zdaniem uczestnika (przystępującego w sprawie) z treści odwołania daje się odczytać cel tegoż odwołania, który nie ma na celu właściwie skorzystanie z środków ochrony prawnej. Uwzględnienie bowiem odwołania skutkować będzie koniecznością ujawnienia przez uczestnika postępowania szeregu informacji, w tym w zakresie wykraczającym daleko poza podstawowe zakresy informacyjne wynikające z PZP, a tym samym ujawnienie tajemnic przedsiębiorstwa uczestnika postępowania. Już samo ujawnienie dokumentów zastrzeżonych przez uczestnika (jak zostało to wyłuszczone poniżej) pozwoli odwołującemu np. na poznanie ofert cenowych (a przynajmniej maksymalnych cen) podmiotów współpracujących z uczestnikiem w toku prowadzenia działalności usługowej (lista podmiotów współpracujących w powiązaniu z jednoznacznie wskazaną ceną nabywanych usług). Natomiast dalsze uwzględnienie wniosku odwołującego w postaci wszczęcia postępowania wyjaśniającego przerzucającego na uczestnika postępowania ciężar dowodu w zakresie wykazania prawidłowości sposobu wyliczenia ceny i co najmniej wkalkulowania zysku, ujawni odwołującemu specyfikę działania uczestnika, wszelkie elementy budowania jego pozycji rynkowej, zwłaszcza w zakresie kreowania polityki cenowej i źródeł przewagi

konkurencyjnej. Uczestnik postępowania jako producent części dostarczanych towarów de facto zostanie zmuszony do wskazania kosztów własnych produkcji towarów oraz zakładanej minimalnej marży, co pozwoli innym podmiotom na rynku opierać się na powyższym w toku negocjacji cenowych z uczestnikiem. Wszystkie te informacje uczestnik na skutek wszczęcia stosownego postępowania wyjaśniającego będzie zmuszony przedstawić w toku postępowania, co skutkować będzie prawdopodobnym ich ujawnieniem odwołującemu, który co należy podkreślić jest głównym konkurentem na rynku telemetrii uczestnika postępowania.

Powyższe pozwala ocenić wskazane działania jako mogące prowadzić do ujawnienia istotnych tajemnic przedsiębiorstwa uczestnika i tym samym utraty przez niego przewagi konkurencyjnej w innych przetargach, w których będzie konkurował z odwołującym, jako działanie stanowiące nadużycie przez odwołującego przeznaczenia społeczno-gospodarczego uprawnień przewidzianych w PZP, które mają na celu zachowanie zasad uczciwej konkurencji, nie zaś zapewnianie uczestnikom postępowań dostępu do tajemnic przedsiębiorstwa podmiotów konkurencyjnych. Tym samym należy uznać odwołanie jako wniesione bez podstawy prawnej i nie zasługujące jako nie podlegające ochronie, na uwzględnienie, co skutkować winno jego oddaleniem.

II. Naruszenie art. 90 ust. 1 PZP (nie żądanie wyjaśnień w sytuacji podejrzenia rażąco niskiej ceny).

Uczestnik przywołuje orzecznictwo KIO oraz doktrynę, które mają wskazać, iż pewnego rodzaju quasi postępowanie wyjaśniające podejmowane jest przez zamawiającego przy ocenie każdej złożonej oferty. To dopiero wynik tej „prekwalifikacji” stanowi przesłankę do wszczęcia tak uciążliwej i szkodliwej dla uczestników postępowania, procedury z art. 90 PZP. Jej specyfika skutkująca w istocie „obnażeniem” sytuacji gospodarczej, organizacyjnej uczestnika postępowania, sprawia, iż skorzystanie z tego typu instytucji poprzedzone musi być nie tylko analizą ofert złożonych w przetargu czy własnej oceny wartości przedmiotu postępowania, ale także sytuacji rynkowej. Nie bez powodu „ustawodawca nie wskazał żadnych konkretnych wytycznych, pozostawiając zamawiającemu podjęcie decyzji, czy w danych okolicznościach faktycznych uzasadnione jest podejrzenie zaofferowania rażąco niskiej ceny (wyrok KIO 21.01.2010 r. KIO/UZP 1906/09). „[...] to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji.” (wyrok KIO z 15/07/2013 r. KIO 1567/13). W powyższym zakresie opieranie się wyłącznie na arytmetycznym porównaniu ofert konkurentów, czy szacowanej wartości przedmiotu zamówienia, choć z punktu widzenia oderwanej od realiów obrotu gospodarczego specyfiki działania niektórych zamawiających wydaje się proste i zasadne, to jednak racjonalnie działający i dbający o zachowanie uczciwej konkurencji dysponent środków publicznych

powinien pamiętać o szeregu orzeczeń KIO wskazujących rzetelne podstawy dla tego typu ocen. Tymi podstawami zaś powinna być zawsze konstatacja, iż za ofertę z rażąco niską ceną można zatem uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych (wyr. SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10; IV Ca 28/06; wyr. KIO z 14.2.2008 r.; KIO/UZP 73/08; wyr. ZA z 29.10.2007 r., UZP/ZO/0-1273/07; 25.10.2007 r., UZP/ZO/0-1251/07).

W związku z powyższym decyzja zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień nie podlega przy tym, co do zasady, kryteriom arytmetycznym, zamawiający może według własnego uznania zażądać wyjaśnień na podstawie wątpliwości wynikających z danych okoliczności sprawy.

Odnosząc powyższe rozważania do konkretnej sytuacji faktycznej występującej w sprawie uczestnik podniósł: znane zamawiającemu (ustalone w toku spotkań z uczestnikiem postępowania, również na etapie udzielenia w 2011 r. zamówienia „pilotażowego”) wyceny rynkowe produktów o parametrach odpowiadających realizowanemu zamówieniu. Analiza zaś przedmiotowych postępowań wskazuje jednoznacznie na rynkowe ceny oferty uczestnika postępowania i choć powyższe są rozbieżne z przyjętą wartością przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, to w kontekście determinacji w zakresie osiągnięcia pozytywnego zakończenia przetargu będącego istotnym pilotażem dla zmiany całego systemu telemetrii u zamawiającego, wskazują jedynie na to iż zamawiający priorytetowo traktując modernizację sieci kładł nacisk na pozytywne zakończenie przetargu, chcąc uniknąć braku jego rozstrzygnięcia ze względu na niskie zainteresowanie udziałem w nim (a w istocie małą podażą tego typu usług na rynku).

Odwołujący przedstawił podsumowanie analizy:

1. Orientacyjna cena ofertowa za urządzenie w niniejszym postępowaniu - 535 PLN brutto
 2. Inne oferty rynkowe tożsame lub o bardziej rozbudowanych funkcjonalnościach z przedmiotem zamówienia - od 436 PLN brutto do 735 PLN brutto
 3. Rozpiętość ofert cenowych - cena najniższa, obniżona o ok. 20% w stosunku do niniejszego postępowania
 4. Rozpiętość ofert cenowych - cena najwyższa, oferta w zamówieniu niższa o ok. 25 %
 5. Wyjaśnienie rozpiętości ceny najwyższej - w okresie ostatnich 7 lat istotne znaczenie miał spadek (4-5 krotny) cen kluczowych komponentów elektronicznych wchodzących w skład urządzenia oraz zdobycie w tym czasie doświadczenia w realizacji tego typu dostaw (zwiększenia know-how i ogólnie rozumianego doświadczenia produkcyjnego wpływającego na koszt realizacji usług i dostaw).
- Oferta objęta przedmiotowym zamówieniem

Zaoferowana cena realizacji zamówienia - w przeliczeniu na urządzenie sieci - ok. 535 PLN brutto

Analiza w kontekście danych znanych zamawiającemu (ceny rynkowe przedstawiane przez uczestnika zamawiającemu zarówno w toku postępowania u zamawiającego w 2011 r. jak i w toku realizacji niniejszego postępowania), sprawiła iż brak było jakichkolwiek podstaw ku temu aby zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do charakteru wartości rynkowej oferty uczestnika postępowania, a tym bardziej podjęcia żądanego przez odwołującego postępowania wyjaśniającego. Tym samym zarzut odwołującego nie znajduje podstaw i winien podlegać oddaleniu.

Zupełnie inną kwestią jest, to że nie poparte szerszą argumentacją zarzuty odwołującego na obecnym etapie postępowania są niewystarczające do wzruszenia wyniku postępowania i stanowią jedynie polemikę z rozstrzygnięciem zamawiającego. Aktualnie Odwołujący winien przedstawić dowody uzasadniające twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie zamówienia za cenę wskazaną przez VECTOR Sp. z o. o. (wyr. KIO z dnia 14 lutego 2011, KIO 228/11) czemu uchybił. Postępowanie przed Kolegium Izby Odwoławczej ma bowiem charakter kontradyktoryjny, co nakłada na odwołującego obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń (wyr. KIO z dnia 12 lutego 2011, KIO 37/10), a samo wskazanie wartości przedmiotu zamówienia i ofert odwołującego w kontekście przywołanego jednolitego stanowiska doktryny i linii orzeczniczej nie jest wystarczające. Odwołujący bowiem w ogóle nie analizuje tu cen rynkowych, czy nawet nie czyni zarzutu, aby skalkulowana przez uczestnika postępowania nie pozwalała mu osiągnąć zysku z zamówienia. W tym zakresie należy w całości podzielić rozważania objęte wyrokiem z dnia 10 września 2010 roku, KIO/1857/10, że ciężar dowodowy - wykazania okoliczności ceny rażąco niskiej w ofercie, z której to okoliczności Odwołujący wywodzi określone skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia tej oferty, stosownie do art. 6 kodeksu cywilnego - spoczywa na odwołującym. Zarzut wskazany w odwołaniu nie był w żaden sposób udowodniony, a nawet uprawdopodobniony ze strony odwołującego.

III. Art. 8 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 86 ust. 4 (obowiązek podania danych dotyczących cech przetargu oraz obowiązku odtajnienia tychże danych wraz z zaniechaniem obowiązku przeprowadzenia postępowania co do odtajnienia innych danych)

Rozpatrując przedmiotowy zarzut nie sposób oderwać się od realiów niniejszego postępowania i nie wskazać w istocie czego dotyczy żądanie odwołującego. Otóż w istocie, odwołujący domaga się aby ujawnić mu m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zgodnie z specyfiką konkretnej konfiguracji sposobu realizacji oferty uczestnika postępowania, wskazania kwoty jaką tymże osobom uczestnik postępowania ma zamiar zapłacić. Trudno tu o lepsze unaocznienie, iż potwierdzona przez zamawiającego ocena prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, została

dokonana prawidłowo. Podkreślić ponownie należy iż za zasadny i znajdujący odzwierciedlenie w doktrynie i orzecznictwie, należy uznać wniosek (analogicznie jak w wypadku postępowań wyjaśniających dot. rażąco niskiej ceny) iż formalne wszczęcie stosownego postępowania, w tym żądania wyjaśnień, może być poprzedzone „prekwalifikacją” na etapie której bazując na podstawie posiadanych informacji Zamawiający może dojść do wniosku iż przedstawione jako tajemnica przedsiębiorstwa dane oferenta w istocie są takowymi (vide uchwała SN z 21.10.2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 „w razie wątpliwości zamawiający jest obowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy [...]). Co więcej „przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują żadnego szczególnego trybu przeprowadzenia tej weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do części oferty, a zatem zamawiający nie mają obowiązku informowania „z urzędu” wykonawców o negatywnym lub pozytywnym wyniku przeprowadzonej weryfikacji .

Powyższe w przedmiotowym wypadku bez wątpienia tyczy się źródeł nabywania usług budujących portfolio produktowe uczestnika postępowania (uzupełniających jego usługi i produkty) a zwłaszcza dane umożliwiające jednoznacznie określić maksymalne ceny nabycia tychże usług od imiennie wskazanych osób trzecich. Podobnie w zakresie dostawy własnych produktów (uczestnik postępowania jest jednocześnie producentem części dostarczanego oprzyrządowania), przekazanie stosownych informacji pozwoli dla celów późniejszych negocjacji cenowych na rynku zainteresowanym podmiotom ustalenie jaka jest rzeczywista cena produkcji i minimalna marża zakładana przez uczestnika a tym samym znacznie pogorszy jego sytuację rynkową. Oczywistym jest bowiem, iż tak ustalone wartości pozwolą potencjalnie zainteresowanym towarami uczestnika postępowania nabywcom żądanie ustalenia identycznych cen dla siebie, bez możliwości prowadzenia polityki cenowej mającej na celu maksymalizację zysku.

Odnosnie referencji i zakresu wykonanych usług wskazać należy, iż nie wszystkie one były zrealizowane w zakresie przetargów publicznych, tym samym ujawnienie danych tychże kontrahentów pozwoli na ocenę portfolio produktowego firmom konkurencyjnym i określenie tym samym potencjalnych odbiorów usług i towarów konkurencyjnych względem uczestnika postępowania. KIO 667/10 „wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwej wartości dla firmy informatycznej [...]. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób.”. Podobnie wskazuje również wyrok KIO z 1.03.2010 r. KIO/UZP 6/10, gdzie „informacje zawarte w ww. załącznikach należy oceniać łącznie [...]. Informacje powyższe, jako zbiór ściśle powiązanych ze sobą danych stanowią informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia i w tym aspekcie z pewnością przedstawiają wartość gospodarczą

dla przedsiębiorcy." W powyższym wypadku mamy zaś do czynienia, z wskazanym w pierwszym akapicie niniejszego pkt. fakcie zawarcia w dokumentacji wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zgodnie z specyfiką konkretnej konfiguracji sposobu realizacji oferty uczestnika postępowania, wskazania kwoty jaką tymże osobom uczestnik postępowania ma zamiar zapłacić.

Wskazać należy także iż zakres odwołania dotyczący obowiązku ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa obarczony jest brakiem dowodowym uniemożliwiającym jego uwzględnienie. „Odwołujący na którym spoczywał w tym zakresie z mocy art. 190 ust. 1 ustawy obowiązek dowodowy, nie wykazał że informacje [...] nie mogą mieć wartości gospodarczej czy organizacyjnej, ani nie wykazał, że informacja o podmiotach które udostępniają przystępującemu swoje zasoby jest informacją podaną przez te podmioty lub przystępującego do publicznej wiadomości. Dobór partnera umożliwiającego realizację usługi ma w ocenie Izby znaczenie i wartość gospodarczą i wykonawca może mieć uzasadnioną potrzebę ochrony takiej informacji, choćby uwagi na możliwość podjęcia prób wpływu na osobę udostępniającą zasób w toku badania i oceny oferty" (vide wyrok KIO z 7.01.2013 r. KIO/UZP 2819/12)

IV. Art. 5 kodeksu cywilnego (nadużycie praw do oceny ofert przetargowych)

Całkowicie chybiony jest powołany przez Odwołującego zarzut art. 5 kodeksu cywilnego albowiem nie istnieją żadne podstawy do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia prawa podmiotowego przez zamawiającego. Co więcej Odwołujący wskazuje jedynie w petitum odwołania na jego naruszenie nie podając przy tym żadnej argumentacji.

Zamawiający na rozprawie wniósł do protokołu o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców odwołujący i przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany.

Odwołujący złożył ofertę z wynagrodzeniem: 18.254.114,95 złotych.

Wykonawca wybrany: Vector Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego) złożył ofertę z wynagrodzeniem 9.088.224,00 złotych.

W dniu 4 czerwca 2014 roku odwołującego poinformowano faksem o dokonanej wyborze w dniu 3 czerwca 2014 roku jako najkorzystniejszej oferty Vector Sp. z o.o. z s. w Gdyni.

Tym samym odwołanie wniesione w dniu 13 czerwca 2014r. dotrzymuje ustawowy termin 10 dni od zawiadomienia zamawiającego o wyniku postępowania. Powyższe jest zgodne z art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy, ponieważ w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11. ust.8 ustawy termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni.

Pismem z dnia 16 czerwca 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie nastąpiło w terminie ustawowym 3 dni od wezwania zamawiającego co zgodnie z kolei z art. 185 ust.2 ustawy.

Zgodnie z protokołem postępowania prowadzonym przez zamawiającego wartość zamówienia została określona na kwotę 21.757.500,00zł. co stanowi równowartość 5.149.826,03 euro. W ogłoszeniu o zamówieniu jako rodzaj zamówienia określono „Dostawy, Kupno”.

Tak więc w postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia została oszacowana na kwotę powyżej 414 000 EURO powiększoną o podatek VAT. Zamawiający podczas otwarcia ofert wskazał kwotę 26.761 725,00 zł jako tę, która zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia (z podatkiem VAT). Przy takim szacunku wartości zamówienia, zostały złożone w postępowaniu dwie oferty. Oferta odwołującego z ceną 18.254.114,95 zł, co stanowi 68,21% szacunkowej wartości przedmiotu postępowania oraz oferta wykonawcy Vector Sp. z o.o. z ceną 9.088.224,00 zł, co stanowi zaledwie 33,96% szacunkowej wartości przedmiotu postępowania. W ocenie odwołującego zaistnienie tak wielkiej różnicy w cenach dwóch ofert, ale przede wszystkim różnicy aż 66,04% pomiędzy ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą a szacunkową wartością zamówienia jest samoistną przesłanką do zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do oferty rzekomo najkorzystniejszej.

Odwołujący ustalił mając wgląd w dokumentację postępowania, że zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą nie przeprowadzając ustalenia czy złożona oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną, czy złożenie tej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji oraz czy wszystkie informacje zastrzeżone w ofercie przez wykonawcę Vector Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w rzeczywistości spełniają warunki dla ich uznania jako takie.

Po wniesieniu odwołania pismem z dnia 18 czerwca 2014r. zamawiający w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, dotyczącym przedmiotowego zamówienia,

zwrócił się z uprzejmą prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie ujawnienia treści zastrzeżonych przez wykonawcę wybranego jako tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wyrażenie zgody na odtajnienie całości lub części dokumentów wskazanych poniżej:

- Wykaz osób stanowiący załącznik nr 4,
- Wykaz wykonanych głównych dostaw lub usług stanowiący załącznik nr 5,
- Potwierdzenie praw do dysponowania osobami,
- Referencje potwierdzające wykonanie głównych dostaw lub usług
- Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 7

albo o uzasadnienie podstawy utajnienia, całości lub części ww. dokumentów.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca wybrany w dniu 24 czerwca 2014r. udzielił negatywnej odpowiedzi uzasadniając ją następująco

„Wskazujemy co następuje.

Podtrzymujemy nasze stanowisko w zakresie określenia informacji zawartych w treści wymienionych załączników jako tajemnicę przedsiębiorstwa VECTOR Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni (dalej jako Wykonawca"). W powyższym zakresie ujawnienie informacji podanych przez Wykonawcę naszym zdaniem stanowić będzie ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Podkreślić należy iż „zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa [...] musi znajdować oparcie w przepisach ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [...], która w art. 11 ust. 4 stanowi, 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." (wyrok z 7.06.2011 r. KIO 1072/11). Wskazać należy także, iż tajemnica. przedsiębiorstwa definiowana jest również jako informacje o źródłach zaopatrzenia i zbytu (vide postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15.05.1996 r. XVII Amz 1/96, Wokanda 1997, nr 10 s. 55).

W tym kontekście ujawnienie informacji takich jak dane naszych kontrahentów świadczących usługi zewnętrzne w ramach realizacji prac objętych ofertą (lista osób z którego doświadczenia mamy zamiar korzystać) oraz dane pozwalające jednoznacznie ustalić maksymalny poziom ich wynagrodzenia (kwota wyceny prac informatycznych w/w podmiotów zawarta w formularzu cenowym) pozwoli firmie konkurencyjnej na hipotetyczne rozpoczęcie negocjacji z tymi podmiotami w komfortowej sytuacji gdy znane są maksymalne ceny jakie w/w zaproponowali Wykonawcy.

Analogicznie wskazać należy iż w formularzu cenowym wskazane zostały ceny dostawy zewnętrznych komponentów, wraz z opisem umożliwiającym ustalenie dostawcy. Ponownie powyższe pozwoli firmie konkurencyjnej na próby uzyskania co najmniej tak niskich cen,

jakie uzyskał Wykonawca dzięki prowadzeniu żmudnych i długotrwałych negocjacji. Podobnie w zakresie dostawy własnych produktów (Wykonawca jest jednocześnie producentem części dostarczanego oprzyrządowania), przekazanie stosownych informacji pozwoli dla celów późniejszych negocjacji cenowych na rynku zainteresowanym podmiotom ustalenie jaka jest rzeczywista cena produkcji i minimalna marża zakładana przez Wykonawcę a tym samym znacznie pogorszy sytuację rynkową Wykonawcy. Oczywistym jest bowiem, iż tak ustalone wartości pozwolą potencjalnie zainteresowanym towarami Wykonawcy nabywcom żądanie ustalenia identycznych cen dla siebie, bez możliwości prowadzenia polityki cenowej mającej na celu maksymalizację zysku. Powyższe w toku analizy zasadności zastrzeżenia danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa sprawia iż zasadna jest konieczność analizowania poszczególnych dokumentów załączonych w ofercie, jako dokumentów nierzadko komplementarnych co do treści, nie tyle merytorycznej, co faktycznie możliwej do wywnioskowania bez istotnego nakładu pracy. Tytułem przykładu wskazać należy tu za wyrokiem KIO z 13.05.2010 r. KIO 667/10 „wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwiej wartości dla firmy informatycznej [...]. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób.". Podobnie wskazuje również wyrok KIO z 1.03.2010 r. KiO/UZP 6/10, gdzie „informacje zawarte w ww. załącznikach należy oceniać łącznie [...]. Informacje powyższe, jako zbiór ściśle powiązanych ze sobą danych stanowią informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia i w tym aspekcie z pewnością przedstawiają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy.". Odnośnie referencji i zakresu wykonanych usług wskazać należy, iż nie wszystkie one były zrealizowane w zakresie przetargów publicznych, tym samym ujawnienie danych tychże kontrahentów pozwoli na ocenę port folio produktowego firmom konkurencyjnym i określenie tym samym potencjalnych odbiorów usług i towarów konkurencyjnych względem Wykonawcy. W powyższym zakresie wskazać należy również analogiczne podstawy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wskazanego wykazu zakresów zrealizowanych usług i dostaw towaru. Sposób wskazania powyższych informacji umożliwi firmie konkurencyjnej ocenę minimalnych cen za dostawę produktów znajdujących się w ofercie produktowej Wykonawcy, tj, ceny do jakiej jest w stanie Wykonawca prowadząc negocjacje cenowe zejść bez uszczerbku dla swojego zysku. Określenie jaka była wartość dostaw towarów, pozwoli przedmiotowe dane uzyskać pomimo podejmowania przez Wykonawcę działań zmierzających do nie ujawniania kosztu produkcji i minimalnych marż jakie są dla niego do zaakceptowania (tajemnice handlowe i organizacyjne), a tym samym znacząco wpłynie na sytuację rynkową Wykonawcy.

Izba zważyła jak poniżej

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Izba dopuściła dowody wskazane przez strony oraz przystępującego w sprawie zarówno w pismach procesowych jak i na rozprawie.

Izba nie dopuściła jedynie dowodu z dokumentu przedłożonego na rozprawie przez zamawiającego a odnoszącego się do wydruku ze strony internetowej Apator Telemetryria będącym cennikiem modułów telemetrycznych na okoliczność, że przy zakupie większej ilości urządzeń to jest powyżej 1000 sztuk, sprzedawca oferuje obniżkę ceny o 50 % w stosunku do ceny wyjściowej. Tego producenta moduły telemetryczne oferuje odwołujący w złożonej w przedmiotowym postępowaniu ofercie. Izba jednak przyjęła za wiarygodne oświadczenie odwołującego, że nie są to urządzenia, które będą przedmiotem dostawy w niniejszym postępowaniu a czemu odwołujący nie zaprzeczył. Dodatkowo odwołujący wyjaśnił, że oferowane urządzenia to jest moduły telemetryczne, nie są urządzeniami katalogowymi tylko urządzeniami specjalnie produkowanymi pod zamówienie a czemu również zamawiający nie zaprzeczył. W związku z powyższym, że urządzenia w postępowaniu objętym sporem są innymi urządzeniami niż podane na wskazanej stronie katalogowej oraz, że będą produkowane pod tzw. zamówienie to dowód ze strony internetowej na wskazaną okoliczność nie jest miarodajny do określenia rynkowej ceny modułu telemetrycznego przedmiotowego zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska uczestnika, który uważa, że wezwanie jego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny czy ujawnienia zastrzeżonych w ofercie informacji ma na celu osłabienie jego pozycji rynkowej poprzez dostęp do informacji chronionych takich jak koszty produkcji czy stawki negocjacyjne. Przede wszystkim naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ujawnienie informacji na etapie składania ofert nie tylko nie umożliwia wyeliminowanie oferentów, którzy złożyli nieprawidłowe oferty a także uniemożliwia kontrolę na etapie realizacji zamówienia, a w szczególności co do dotrzymania zobowiązań w zakresie realizacji zamówienia np.: w zakresie osób przy pomocy, których wykonawca będzie wykonywał zamówienie. W ocenie uczestnika ustawa Pzp przede wszystkim daje prawo do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa jako dobrze pojętym rozumieniu gwarancji uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Według uczestnika, odwołujący domaga się zarówno odtajnienia zastrzeżonych dokumentów jak i żąda wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny tylko i wyłącznie w celu osłabienia pozycji rynkowej – negocjacyjnej uczestnika poprzez ujawnienie polityki

cenowej i osłabienie jego pozycji negocjacyjnej na przyszłość. Z takim stanowiskiem uczestnika Izba nie zgadza się, ponieważ priorytetem w zamówieniach publicznych jest umożliwienie wykonawcom szeroko rozumianej kontroli oferentów będących konkurentami w danym postępowaniu, co gwarantują środki ochrony prawnej. W szczególności art.90 ust.2 ustawy zobowiązuje każdego z wykonawców do wskazania elementów mających wpływ na kształtowanie ceny. Przy czym chodzi o obiektywne czynniki właściwe danemu wykonawcy, które umożliwiają oferowanie zaniżonych cen wobec funkcjonującego i dostępnego rynku, a w szczególności wobec wyceny sporządzonej przez zamawiającego. Wykonawcy przez prawo są równo traktowani, ponieważ każdy z nich ma prawo żądać zarówno odtajnienie zastrzeżonych w ofercie informacji jak i ma prawo żądać sprawdzenia ceny w zakresie podejrzenia jej rażąco niskiego charakteru. Jest to prawo każdego wykonawcy uczestniczącego w danym postępowaniu. Argumentacja uczestnika skierowana na zakaz odtajniania informacji ma na celu ochronę interesu wykonawcy, z pokrzywdzeniem zasady jawności, przejrzystości procedur zamówień publicznych mających na celu zapewnienie gwarancji zakupu inwestycji po optymalnej cenie, gwarantującej po pierwsze wykonanie zamówienia, jak i jego należytego wykonania gwarantującego eksploatację po optymalnych kosztach. W przypadku zamówień publicznych to zamawiający ma obowiązek dołożenia należytej staranności. Przedmiotem zamówienia są zaangażowane technologicznie urządzenia służące do zdalnego odczytu wodomierzy. Pomimo to zamawiający decyduje się na jedyne kryterium oceny ofert cena i nie poddaje pod wątpliwość oferty z ceną poniżej 40 % jego wyceny (zaledwie 33,96% szacunkowej wartości przedmiotu postępowania). Wobec zaistniałej sytuacji nieuprawniane jest stanowisko uczestnika, który wymaga ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak znaczne rozbieżności cenowe ewidentnie winny po stronie zamawiającego inicjować sprawdzenie przyczyn poziomu zaoferowanych cen. Owszem jest to przede wszystkim kompetencja zamawiającego co wynika wprost z treści art.90 ust.1 ustawy. Niemniej argumentacja uczestnika w piśmie z 25 czerwca 2014r., o wyłącznym prawie zamawiającego co do decyzji o wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest poglądem odosobnionym. Bowiem z treści tego przepisu wynika, że zamawiający się zwraca a nie, że może się zwrócić o wyjaśnienie. Obowiązek po jednej stronie rodzi prawo po drugiej stronie. Tym prawem jest prawo wykonawcy konkurującego do żądania wezwania do złożenia wyjaśnień.

Izba nie podzieliła argumentacji uczestnika zawartej w jego piśmie z dnia 25 czerwca 2014r. a odnoszącej się do poziomu cen urządzeń do zdalnego odczytywania pomiarów w energetyce cieplnej, podniesionej na okoliczność, iż ceny te odpowiadają cenom urządzeń wskazanych w przedmiotowym postępowaniu przez przystępującego z następujących powodów. Przede wszystkim twierdzeniom uczestnika w sposób oczywisty zaprzeczył odwołujący podając, zresztą jak również czynił to uczestnik, przyczyny wyższego

skomplikowania w szczególności z uwagi na warunki montażu i eksploatacji w wodociągach jako bardziej uciążliwe w stosunku do warunków w ciepłownictwie. Ponadto okoliczność oferowania zbliżonych cen modułów telemetrycznych w innych postępowaniach nie oznacza, że są to ceny rynkowe nie mające charakteru rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uczestnik nie wykazał, że chociażby zamawiający weryfikowali ceny w tych postępowaniach w zakresie rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak więc Izba nie uwzględnia jako wiarygodnych dowodów, wskazujących wysokość cen modułów telemetrycznych w innych postępowaniach w ciepłownictwie, na okoliczność nie zaniżenia rażąco ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak znaczne zaniżenie cen w stosunku do wyceny zamawiającego i oferty odwołującego wydaje się również niewiarygodne z powodu jak same strony wskazywały braku konkurencji na rynku. Powyższe potwierdza również okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło tylko dwóch wykonawców to jest odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego.

W związku z powyższym różnica aż o 66,04% pomiędzy ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą a szacunkową wartością zamówienia jest samoistną przesłanką do zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do oferty rzekomo najkorzystniejszej.

Izba nie podziela poglądu reprezentowanego przez przystępującego, że porównania arytmetyczne nie mają znaczenia przy wszczęciu procedury wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nieuprawniony jest również pogląd uczestnika, że wycena przez zamawiającego nie ma żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości ceny wykonawcy w tym wypadku uczestnika. Uczestnik bowiem co do zasady dyskredytowania wyceny zamawiającego nie przedstawił żadnej argumentacji na jej nieprawidłowe ustalenia. Przeprowadzony w toku rozprawy dowód z ustalenia wartości zamówienia z dnia 3 lutego 2014r. nie budzi żadnych zastrzeżeń Izby zarówno co do jego treści formalnej jak i merytorycznej.

Uczestnik postępowania nie przedstawił żadnej racjonalnej argumentacji dyskredytującej wycenę zamówienia przez zamawiającego.

Natomiast z dokumentu wynika, że kalkulację sporządzono w dwóch wersjach: kalkulacja dotychczasowa na kwotę brutto: 34.882.062,00zł. oraz nową kalkulację na kwotę brutto: 26.761.725,00zł. Obydwie kalkulacje sporządzono na podstawie rozeznania rynku.

W tym stanie rzeczy dla Izby nie do zrozumienia jest argumentacja uczestnika, że nałożenie na niego obowiązku wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi niejako zamach na jego pozycję rynkową i negocjacyjną przez odwołującego („Powyższe pozwala ocenić wskazane działania jako mogące prowadzić do ujawnienia istotnych tajemnic

przedsiębiorstwa uczestnika i tym samym utraty przez niego przewagi konkurencyjnej w innych przetargach, w których będzie konkurował z odwołującym, jako działanie stanowiące nadużycie przez odwołującego przeznaczenia społeczno-gospodarczego uprawnień przewidzianych w PZP, które mają na celu zachowanie zasad uczciwej konkurencji, nie zaś zapewnianie uczestnikom postępowań dostępu do tajemnic przedsiębiorstwa podmiotów konkurencyjnych). Przystępujący składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się z wezwaniem do wyjaśnienia oferty w trybie art.90 ust.1 ustawy.

Natomiast reasumując skuteczność żądania odwołującego wezwania uczestnika (wykonawcy wybranego) do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy należy mieć na uwadze, że zarówno uczestnik w swojej argumentacji jak i zamawiający w swojej wycenie szacunkowej zamówienia posługują się pojęciami "ceny rynkowe" oraz „rozeznanie rynku” co należy traktować zamiennie.

Co do żądania zamawiającego odtajnienia zastrzeżonych dokumentów to wyjaśnienie z dnia 24 czerwca 2014r. na wezwanie zamawiającego z dnia 18 czerwca 2014r., nie przedstawia żadnej usprawiedliwiającej argumentacji co do dalszego utrzymania zastrzeżenia tajemnicy tychże dokumentów. Zasadniczym argumentem wykonawcy wybranego co do utrzymania w mocy jego zastrzeżenia tajemnicy jest możliwość wykorzystania w toku realizacji przedmiotowego zamówienia informacji o uzyskanych cenach czy właściwie upustach lub też podmiotach współpracujących przy wykonaniu zamówienia. Taka argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ po pierwsze na dzień składania wyjaśnień wykonawca wybrany miał wykonywać zamówienie a nie odwołujący. Po drugie odwołujący nie będzie korzystał czy to ze źródeł uczestnika, czy to z jego podwykonawców, ponieważ składając ofertę skalkulowali i podał zasoby z których będzie korzystał czy to z własnych czy to z cudzych ale nie z źródeł znanych wykonawcy wybranego.

Reasumując żądanie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie, Izba dokonując oceny złożonych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego nie stwierdziła narażenia jakichkolwiek interesów przystępującego poprzez odtajnienie tych dokumentów. Podnoszone w tych wyjaśnieniach ryzyko związane z odtajnieniem dokumentów ma charakter wysoce teoretyczny i nie opiera się na żadnych faktycznych uzgodnieniach czy ustaleniach uzasadniających utajnienie dokumentów. Natomiast co do charakteru podmiotów na rzecz których wykonywane były usługi przez wykonawcę wybranego to są to podmioty dostarczające energię ciepłą czyli mające charakter podmiotów użyteczności publicznej świadczących dostawę gwarantowane przez samorządy terytorialne. W takiej sytuacji nie ma podstaw to powoływania się na ich prywatny charakter działania.

Odwołujący wykazał prawo do wniesienia odwołania, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę uzyska zamówienie, co wypełnia przesłanki ustawowe przewidziane w art.179 ust.1 ustawy.

W związku z powyższym wobec wykazania przez odwołującego podniesionych zarzutów odwołanie zasługuje ono na uwzględnienie na podstawie art. 192 ust.2 ustawy, ponieważ wskazane naruszenia przepisów ustawy mają wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: