Sygn. akt: KIO 507/19

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Sitno 1, 78-400 Szczecinek, J. C. Usługi Wielobranżowe, ul. Leśna 10/10, 77-220 Koczała, Z. C. PHU Biozbyt, ul. Lipowa 18, 78-425 Biały Bór,** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie, ul. Człuchowska 71, 77-320 Przechlewo,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie w całości,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług leśnych Forest Sp. z o.o., Sitno 1, 78-400 Szczecinek, J. C. Usługi Wielobranżowe, ul. Leśna 10/10, 77-220 Koczała, Z. C. PHU Biozbyt, ul. Lipowa 18, 78-425 Biały Bór, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług leśnych Forest Sp. z o.o., Sitno 1, 78-400 Szczecinek, J. C. Usługi Wielobranżowe, ul. Leśna 10/10, 77-220 Koczała, Z. C. PHU Biozbyt, ul. Lipowa 18, 78-425 Biały Bór, tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza kwotę 5 015 zł 54 gr (słownie: pięć tysięcy piętnaście złotych pięćdziesiąt cztery grosze) od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług leśnych Forest Sp. z o.o., Sitno 1, 78-400 Szczecinek, J. C. Usługi Wielobranżowe, ul. Leśna 10/10, 77-220 Koczała, Z. C. PHU Biozbyt, ul. Lipowa 18, 78-425 Biały Bór, na rzecz Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie, ul. Człuchowska 71, 77-320 Przechlewo, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Słupsku.**

Przewodniczący:……

KIO 507/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie, ul. Człuchowska 71, 77-320 Przechlewo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w latach 2019 - 2020".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 240-548326 dniu 13.12.2019 r. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp".

Dnia 13.03.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług leśnych Forest Sp. z o.o., Sitno 1, 78-400 Szczecinek, J. C. Usługi Wielobranżowe, ul. Leśna 10/10, 77-220 Koczała, Z. C. PHU Biozbyt, ul. Lipowa 18, 78-425 Biały Bór o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty konsorcjum P. P. i J. K.

W dniu 25.03.2019 r. ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Sitno 1, 78-400 Szczecinek, J. C. Usługi Wielobranżowe, ul. Leśna 10/10, 77-220 Koczała, Z. C. PHU Biozbyt, ul. Lipowa 18, 78-425 Biały Bór (dalej jako Odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w odniesieniu do pakietu VI przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie P. P. oraz J. K. (dalej jako „konsorcjum P. i K.") od zaniechania odrzucenia ww. oferty konsorcjum i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołujących oraz utajnieniu części wyjaśnień konsorcjum P. i K. złożonych w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum P. i K. jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia przesłanek do jej odrzucenia z powodu niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień konsorcjum P. i K. złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, że wyjaśnienia te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i konsorcjum P. i K. nie uzasadniło w dostateczny sposób konieczności objęcia tych wyjaśnień klauzulą poufności;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum P. i K. jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia przesłanek do jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny;

4.art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum P. i K. jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia przesłanek do jej odrzucenia z powodu błędu
w obliczeniu ceny i kosztu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum P. i K. jako najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającego powtórzenia czynności oceny ofert, ujawnienia informacji przedstawionych przez konsorcjum P. i K. i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a następnie odrzucenia oferty konsorcjum P. i K. i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że zgodnie z postanowieniem 13.2 SIWZ, *„Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności Wpisanie w jakiejkolwiek pozycji Kosztorysu Ofertowego ceny jednostkowej 0 zł skutkowało będzie odrzuceniem oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.*

Zdaniem Odwołującego kosztorys ofertowy złożony przez konsorcjum P. i K. jest niezgodny z powyższą dyspozycją w zakresie w jakim obejmuje wycenę usługi „Ponownej zrywki drewna" zawartą w wierszu nr 45 kosztorysu. Rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy za wskazaną stawkę w wysokości 1 PLN/m3 nie jest w stanie pokryć nawet minimalnych i absolutnie koniecznych kosztów związanych z taką usługą, co oznacza, że ww. konsorcjum, wbrew SIWZ, doliczyło te koszty do kosztów realizacji innych czynności.

Odwołujący podnosi, że ponowna zrywka drewna (w dokumentacji Zamawiającego oznaczona symbolem „ZRYWKA 2") polega na tym, że wcześniej ścięte i ułożone
w stosy drewno jest ponownie ładowane na maszynę transportującą i przewożone dalej,
a następnie znowu rozładowywane i układane w stosy. Dopiero z docelowego miejsca drewno odbiera samochodem ciężarowym kupiec surowca. Dodatkowego przewozu dokonuje się np., z powodu ryzyka uszkodzenia dróg leśnych czyli po to, aby umożliwić kupującemu wywóz drewna z lasu. Ponowna zrywka drewna jest w terminologii branżowej zwana także „podwozem".

Odwołujący podnosi, że celem wykazania nierealności wynagrodzenia należy ustalić przeciętny koszt podwozu 1 m3 drewna, a następnie porównać go z zaproponowaną przez konsorcjum P. i K. stawką. Odwołujący przeprowadził taką kalkulację i przedstawił ją w ośmiu przykładowych, tabelarycznych wariantach, załączonych do odwołania (dalej: „Scenariusze"). Scenariusze te uwzględniają one następujące dane i założenia:

a.Przeciętna pracochłonność podwozu surowca:

Ustaleń dotyczącej przeciętnej pracochłonności podwozu Odwołujący dokonał
w oparciu o urzędowy dokument obowiązujący w Lasach Państwowych, rejestrujący pracochłonność wszystkich prac wykonywanych w gospodarce leśnej. Jest to zarządzenie Dyrektora Generalnego z dnia 21 listopada 2003 r. w sprawie wprowadzenia katalogów norm czasu pracy dla prac leśnych. Zgodnie z § 2 tego dokumentu, katalogi norm czasu pracy należy stosować do planów finansowo - gospodarczych jednostek organizacyjnych LP oraz można stosować do kształtowania cen na usługi wykonywane przez podmioty zewnętrzne. Katalogi powstały w oparciu o szczegółową analizę czasochłonności pojedynczych czynności i zawierają uśrednione dane będące miarodajną bazą do wyceny prac, w szczególności przy określaniu przez Nadleśnictwa szacunkowych wartości przedmiotów zamówień publicznych. Podnosi, że na podstawie zarządzenia powstał m.in. Katalog Norm Czasu dla Prac Na Składnicach Manipulacyjno - Spedycyjnych. Obejmuje on prace związane
z przeładowywaniem i przetransportowaniem składowanego drewna, a zatem także te, których dotyczy niniejszej odwołanie. Katalog ustala pracochłonność prac w przeliczeniu na 1 m3 surowca. Wywodzi, że w praktyce Lasów Państwowych obliczanie czasochłonności podwozu ma miejsce przy użyciu tego Katalogu. Spośród czynności opisanych w Katalogu Odwołujący powołał się na pozycję pt.: „Transport drewna stosowego ciągnikiem", ze str. 77 dokumentu. W tabeli opisano szacunkowy czas przewożenia 1 m3 drewna w zależności od odległości oraz rodzaju przewożonego surowca.

b.Przeciętna pojemność maszyny, którą dokonywany jest podwóz.

Odwołujący wskazuje, że celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu konsorcjum P. i K. zadeklarowało posiadanie następującego sprzętu:
-ciągnik Belarus 920.2,
-ciągnik Valmet 8100,
-ciągnik Ursus C385,
-przyczepa samozaładowawcza Palms 4.70,
-przyczepa samozaładowawcza Palms 13D,
-forwarder Timberjack 1010D (maszyna służąca do zrywki drewna).

Odwołujący podaje, że pojemność forwardera Timberjack wynosi nie więcej niż 10m3, podczas gdy wspomnianych przyczep zrywkowych - ok. 7m3.

c. Przeciętny i minimalny koszt 1 godziny pracy maszyny, którą dokonywany jest podwóz.

Odwołujący wskazuje, że obliczeń w zakresie kosztu pracy maszyny należy dokonać
w szczególności w odniesieniu do zużycia paliwa.

Na potrzeby kalkulacji przyjął zużycie:
(i)5l ON na godzinę pracy maszyny - w odniesieniu do ciągników,
(ii)10l ON na godzinę pracy maszyny - w odniesieniu do forwardera.

Odwołujący podkreśla, że są to założenia absolutnie minimalne jeżeli chodzi
o eksploatację wspomnianego sprzętu w ramach podwozu i oparte są o osobiste, wieloletnie doświadczenie.

Dla zobrazowania skali zużycia paliwa forwardera Timberjack 101 OD przedstawia fotografię pulpitu tej maszyny zrobioną podczas wykonywania zrywki. Zdaniem Odwołującego dowodzi ona spalania na poziomie 7,5l 1/h. Podczas podwozu, w przeciwieństwie do zrywki, z uwagi na ciągłe przemieszczanie się maszyny, wielkość ta musi być co najmniej o jedną trzecią większa. Podnosi, że przeciętny koszt pracy maszyny należy obliczyć przy założeniu ceny paliwa netto za litr w wysokość 3,5 PLN. Jest to założenie przyjęte na podstawie aktualnych stawek cen, z uwzględnieniem rabatów możliwych do uzyskania przy hurtowym zakupie paliwa. Wskazuje, że tę samą cenę, jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 8 marca 2019 r., przyjęło konsorcjum P. i K. w swoich wyjaśnieniach. Dalej Odwołujący podnosi, że do przeciętnego kosztu 1 godziny pracy maszyny doliczyć należy także minimalny koszt pracy

kierowcy/operatora w wysokości 14,70 PLN, wynikający z powszechnie obowiązujących w 2019 r. przepisów prawa.

Odwołujący wniósł, w przypadku kwestionowania przez stronę przeciwną opisane powyżej koszty pracy maszyny o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu leśnictwa na okoliczność ustalenia wysokości tych kosztów oraz o przesłuchanie świadka M. R. na okoliczność ustalenia wysokości tych kosztów ponoszonych przez Odwołującego.

Z uwzględnieniem powyższych danych Odwołujący sporządził 8 Scenariuszy kosztów podwozu. Zostały one przedstawione w tabelach załączonych do odwołania. Scenariusze zakładały, że:

a) wszystkie dotyczą podwozu rodzaju surowca generującego najmniejszą pracochłonność według Katalogu, pomimo że przedmiot zamówienia ma w tym zakresie charakter zróżnicowany,

b) dla każdej, analizowanej odległości podwozu sporządzono dwa Scenariusze, w zależności od maszyny używanej do tej czynności (ciągnik z przyczepą lub forwarder). Efektywność podwozu tymi maszynami różni się z powodu innego zużycia paliwa oraz z powodu ich odmiennej ładowności,

c) opracowano je w odniesieniu do czterech różnych odległości podwozu, przy czym już w tym miejscu należy stanowczo zastrzec, że podwozy na odległość krótszą niż 1000 mb w praktyce usług leśnych nie występują. Odwołujący wskazuje, że są niejako „pochłaniane" przez czynność zrywki - innymi słowy, zamiast wyodrębniać podwóz na niewielką odległość w zlecanych czynnościach, Zamawiający po prostu zleca zrywkę na większą odległość (vide: tabela stanowiąca załącznik nr 3.2. do SIWZ).

Odwołujący wywodzi, że analiza Scenariuszy pozwala na stwierdzenie, że cena podwozu obliczona według stawki zaoferowanej przez konsorcjum P. i K. nie jest w stanie pokryć choćby minimalnych kosztów usługi nawet przy minimalnej odległości transportu, a w szczególności potencjalnego zysku oferenta. Podnosi, że każdy ze Scenariuszy pokazuje, że koszt wykonania pracy jest większy niż zaoferowana cena. Wskazuje, że przyjęte w odwołaniu wyliczenia zostały dokonane przy założeniu maksymalnego uproszczenia usługi oraz minimalnych, wręcz teoretycznie niskich wydatków związanych z jej świadczeniem, a zatem w sposób najbardziej korzystny dla konsorcjum P. i K. Wskazuje, że nawet przy tych założeniach kosztorys okazuje się oczywiście niezgodny z treścią SIWZ, a za wynagrodzenie zaoferowane w kosztorysie nie ma możliwości zrealizowania zaoferowanej usługi, a tym bardziej uzyskania jakiegokolwiek zysku. Zastrzega, że w przypadku:

-podwozu innych rodzajów drewna, które także wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia, podwozu na dalszą odległość niż 1000 mb,

-wyższej ceny 1 litra oleju napędowego, większego zużycia paliwa przez maszynę transportującą,

-uwzględnienia dodatkowo kosztów zakupu lub leasingu maszyny;

-uwzględnienia dodatkowo kosztów zużycia maszyny lub ewentualnych innych kosztów (np. BHP, inne niż paliwo wydatki eksploatacyjne, procent innych kosztów funkcjonowania firmy przypadający na tę usługę, np. obsługa biura lub księgowość), musiałoby dojść do zwielokrotnienia wskazanego, szacunkowego kosztu usługi.

Odwołujący zauważa, że tego typu ryzyka powinny także, zgodnie z pkt. 13.2. SIWZ, byćuwzględniane przy określaniu danej pozycji kosztorysu.

Dla dodatkowego zobrazowania, że przyjęte założenia są skrajnie korzystne dla Konsorcjum w załączeniu przedstawił fragmenty ekspertyzy pt.: „Katalog Kosztów Minimalnych Prac Leśnych. Aktualizacja na 2016 r.", autorstwa, jak wskazuje - najlepszych specjalistów z zakresu gospodarki leśnej w Polsce z Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu. Wskazuje, że obliczona w ww. dokumencie dla badanej czynności podwozu stawka godzinowa kosztu usługi jest wielokrotnie większa niż zaoferowana przez konsorcjum P. i K..

Dodaje, że w pozycjach kosztorysu o nr 25 i 36, obejmujących godzinowe prace ciągnikiem (np. podwożenie słupków do grodzeń, wyciąganie samochodów z kolein i rowów w lesie) konsorcjum P. i K. wyceniło koszt tych usług na 60 PLN netto za godzinę. Gdyby przyjąć, że ta pozycja kosztorysu została określona zgodnie z pkt 13.2 SIWZ, należałoby uznać, że koszt jednej godziny pracy ciągnika przy podwozie musi być co najmniej taki sam, a zatem także wynosi 60 PLN netto. Wskazuje, że zarówno podczas podwozu jak i innych czynności konieczne jest poniesienie tych samych kosztów eksploatacyjnych lub kosztów pracy.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że minimalna wysokość ceny podwozu 1m3 musiałaby być co najmniej dwukrotnie wyższa niż skalkulowana w odwołaniu.

Odwołujący powołuje się na kolejne rozbieżności - na tle kosztorysu złożonego przez członka konsorcjum p. P. P. wraz z innym wykonawcą na pakiet V przedmiotowego zamówienia. Te same prace w przypadku innego leśnictwa kosztować mają o połowę więcej, czyli 1,5 PLN/m3, przy czym warunki ich wykonania na tym terenie są zbliżone do warunków wykonania podwozu na terenie objętym pakietem nr VI.

Uzupełniając powyższe, Odwołujący wskazuje, że stawka za podwóz zaoferowana przez Odwołującego wyniosła sześciokrotnie więcej niż stawka ww. konsorcjum. Z kolei stawka zaoferowana przez wykonawców G. K. oraz K. R. (w odniesieniu do pakietu V) wyniosła aż dziesięciokrotnie więcej niż Konsorcjum. Wskazane rozbieżności dodatkowo potwierdzają zasadność odwołania i dowodzą, że dopiero kilkukrotnie wyższa cena za $1m^3$ ponownej zrywki jest w stanie zrekompensować przeciętne jej koszty.

Dalej Odwołujący odnosi się do wyjaśnień złożonych przez konsorcjum P. i K. w toku postępowania. Informuje, że Zamawiający dwukrotnie wzywał ww. konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie zastrzeżeń sformułowanych w treści odwołania. Odwołujący wskazuje, że konsorcjum P. i K. de facto nie złożyło wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego. Jak wynika z pisma Nadleśnictwa z dnia 21 lutego 2019 r. kwestią wymagającą dodatkowych informacji miała być zgodność oferty z pkt 13.2. SIWZ. Zamawiający w ogóle nie wymagał od ww. konsorcjum przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W obydwu złożonych pismach konsorcjum P. i K. przedstawiło jednak obszerną argumentację dotyczącą rażąco niskiej ceny, nie mającą nic wspólnego z zastrzeżeniami Zamawiającego. Odwołujący podnosi, że jeżeli Zamawiający miał zastrzeżenia do oferty uzasadniające skorzystanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oferent wymaganych wyjaśnień nie złożył, istnieje samoistna podstawa do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia konsorcjum P. i K. są w przeważającej części gołosłowne, teoretyczne, a także bez znaczenia dla istoty badanego zagadnienia. Samo doświadczenie w realizacji usług leśnych nie powoduje, że podwóz będzie wykonany bez poniesienia absolutnie podstawowych i minimalnych kosztów. Posiadane przez ww. konsorcjum referencje nie wyeliminują bowiem konieczności zapłaty za paliwo czy zużycie sprzętu lub uiszczenia na rzecz pracownika co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Podnosi, że Scenariusze zakładają niezbędne koszty

świadczenia podwozu, a jakiekolwiek wyjaśnienia ww. konsorcjum nie powodują, że odpadnie konieczność ich poniesienia.

Odwołujący podnosi także, że z wyjaśnień konsorcjum P. i K. może wynikać, że czynnikiem uzasadniającym zaoferowaną cenę w wybranych pozycjach kosztorysu jest samodzielna praca oferenta, bez konieczności zaangażowania pracownika. W tej sytuacji Odwołujący kwestionuje, że osoby prowadzące działalność gospodarczą będące członkami rzeczonego konsorcjum są w stanie samodzielnie wykonać prace objęte zamówieniem. Wskazuje, że z informacji dostępnych w Biuletynie Informacji Publicznej wynika bowiem, że

-p. P. P. uzyskał zamówienia na świadczenie usług z zakresu gospodarki leśnej w; (i) Nadleśnictwie Rytel - pakiet IV, (ii) Nadleśnictwie Przymuszewo - pakiet II;

-p. J. K. uzyskała zamówienia: (i) w Nadleśnictwie Czersk - pakiety IV i IX (ii) w Nadleśnictwie Przymuszewo - pakiet VIII.

Wskazuje, że osoby te zawarły kontrakty opiewające na łączną wartość kilku milionów złotych, obejmująca tereny w promieniu do 50 km od siedziby ich firm. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze konieczność koordynacji prac w kilku Nadleśnictwach, nie istnieje w tej sytuacji fizyczna możliwość osobistego zaangażowania właścicieli firm w prace terenowe, tym bardziej tak marginalne jak podwóz. Podnosi, że takie zaangażowanie jest nierealne i z punktu widzenia interesu ekonomicznego firmy - oczywiście nieopłacalne.

W odniesieniu do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący podnosi, że ww. wyjaśnienia konsorcjum P. i K. zostały wbrew przepisom ustawy objęte przez Zamawiającego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, że utajnienie informacji w postępowaniu przetargowym jest odstępstwem od zasady jawności, podlegającym wyjątkowemu stosowaniu. Obowiązek wykazania, że wybrane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży na zainteresowanej stronie. Podnosi, że w orzecznictwie wskazuje się, że obowiązek ten oznacza coś więcej aniżeli tylko wyjaśnienie przyczyn co do objęcia tajemnicą, za wykazanie nie można uznać ogólnego uzasadnienia, sprowadzającego się de facto do przytoczenia jedynie definicji legalnej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie do takiego wykazania nie doszło - obydwa pisma konsorcjum P. i K. (omyłkowo opatrzone tą samą datą) mają w zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa charakter ogólnikowy. W istocie jedynym stwierdzeniem uzasadniającym objęcie informacji tajemnicą jest następujące zdanie powtórzone w obydwu pismach: *Wskazane w treści niniejszego wyjaśnienia informacje, w szczególności wykazane koszty przychodu oraz zysku dotyczące usługi stanowią (...) wartość gospodarczą.* Wskazuje także, że w piśmie mowa jest także o bliżej nieokreślonych „spersonalizowanych elementach kalkulacyjnych" czy „taktyce przyjętej przy realizacji zamówienia". Odwołujący podnosi, że z pism nie wynika:

-które konkretnie koszty lub inne elementy cenotwórcze mają charakter zastrzeżony (oczywiście bez ujawnienia ich wysokości jako potencjalnie objętej tajemnicą);

-na czym polega specyfika tych kosztów (oczywiście bez ujawnienia tej specyfiki jako potencjalnie objętej tajemnicą, np. Konsorcjum ma możliwość zakupu paliwa po zaniżonej cenie, bez podania tej ceny oraz bez podania źródła zakupu);

-czym są spersonalizowane elementy kalkulacyjne;

-jakich czynności dotyczy taktyka przyjęta przy realizacji zamówienia (bez ujawniania szczegółów tej taktyki jako potencjalnie objętych tajemnicą).

Odwołujący wywodzi, że możliwe było rzeczowe i przekonujące uzasadnienie objęcia części informacji klauzulą poufności, a jego zdaniem pisma złożone przez konsorcjum P. i K. dowodzą jednak, że wniosek w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp został złożony wyłącznie w celu ograniczenia uprawnień Odwołującego i nie zasługiwał na uwzględnienie i wobec tego doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podnosi, że Kosztorys Ofertowy konsorcjum P. i K. jest niezgodny z pkt 13.2 SIWZ także w pozycji nr 39 - odśnieżanie szlaków zrywkowych. Zgodnie z opisem technologii wykonawstwa prac leśnych (załącznik nr 4 do SIWZ), prace te polegają na mechanicznym odśnieżaniu powierzchni do celów wykonania pozyskania drewna. Realizowane są zatem także przy użyciu ciągnika. Odwołujący wskazuje, że załączone do odwołania kalkulacje odnośnie minimalnych kosztów używania ciągnika pokazują, że nie jest możliwe mechaniczne odśnieżanie trwające 1 godzinę i kosztujące 10 zł, co potwierdza także stawka zaoferowana przez ww. konsorcjum w pozycji 25 i 36 kosztorysu. Zdaniem Odwołującego opisana w rozbieżność jest samoistną przyczyną odrzucenia oferty Konsorcjum, Nie została ona także w sposób dostateczny objęta wyjaśnieniami Konsorcjum.

Odwołujący podnosi również, że pozycjami kosztorysu niespełniającymi wymagań pkt 13.2 SIWZ są także kwoty opisane w pkt 42 i 43. Pozycje te obejmują prace przy tzw. trzebieżach późnych oraz m.in. cięciach przygodnych i sanitarnych - są to usługi polegające w uproszczeniu, na selektywnym wycinaniu wybranych drzew. Wskazuje, że realność stawek podanych w kosztorysie należy ocenić także w odniesieniu do katalogu pracochłonności, w tym wypadku będzie to „Katalog Norm Czasu dla Prac w Pozyskaniu Drewna". Odwołujący wywodzi, że katalog ten przewiduje, że trzebież późna lub cięcia przygodne drewna średniowymiarowego stosowego (a zatem surowca będącego najistotniejszą częścią przedmiotu niniejszego zamówienia) pochłaniają odpowiednio 2,05 h i 2,55 h na 1 m3 (vide: str. 34 Katalogu, wiersz 10. kolumna 6 i 7 - pozycje Katalogu właściwe dla trzebieży późnych i cięć przygodnych). Odwołujący podnosi, iż mając na uwadze, że:

-czynności z zakresu pozyskania i zrywki drewna polegają na wykonywaniu pracy, a zatem wymagają zatrudnienia na umowę o pracę (pkt 3.5. SIWZ),

-konsorcjum P. i K. nie zadeklarowało zamiaru powierzenia podwykonawcom prac wchodzących w zakres zamówienia;

- to okazuje się, że choćby pokrycie minimalnego kosztu zatrudnienia pracownika wynikającego z przepisów prawa, wygeneruje wydatek większy niż zaoferowana w kosztorysie cena. Rzeczone konsorcjum oczekuje bowiem zapłaty rzędu odpowiednio 20 i 25 zł, natomiast koszt tej usługi musiałby wynieść ok. dwukrotności tych kwot. Na dowód Odwołujący przedstawił kalkulator stawki minimalnej dla pracowników zakładów usług leśnych, określonej na podstawie minimalnej płacy wynikającej z przepisów prawa, obowiązującej w 2019 r. - algorytm opracowany przez branżową organizację Stowarzyszenie Przedsiębiorców Leśnych, dostępny na stronie internetowej miesięcznika „Drwal". Wskazuje, że z dokumentu wynika, że zaoferowana przez ww. konsorcjum cena nie pokrywa minimalnych kosztów trzebieży i cięć przygodnych.

Odwołujący informuje, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy - wynika to z §10.3. wzoru umowy o zamówienie - załącznika nr 10 do SIWZ. Dlatego właśnie kosztorys jest

obligatoryjnym elementem oferty, a jego treść musi być sporządzona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Podnosi, że
w literaturze przedmiotu wskazuje się, że „ *(...) nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym żądany kosztorys ofertowy stanowi istotną merytoryczną część oferty, którą wykonawca musi złożyć i która musi być sporządzona prawidłowo. Jednym wyjątkiem (...) są sytuacje, gdy zamawiający sami wskazali, że kosztorysu żądają „informacyjnie*", *„pomocniczo*", *choć nie ma on znaczenia ani dla oferty ani dla realizacji umowy."* Zdaniem Odwołującego, przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy dojść do wniosku, że tym bardziej w przypadku przedmiotowego postępowania kosztorys jest kluczową częścią oferty. Wywodzi, że celem wprowadzenia do SIWZ pkt 13.2. jest spowodowanie weryfikowalności i porównywalności ofert - chodzi o zapewnienie, że wysokość wynagrodzenia będzie określona przez wszystkich oferentów według tych samych zasad. Wskazuje, że o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach kwoty, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców z zachowaniem tych samych reguł. Tylko w ten sposób może dojść do zagwarantowania uczciwej konkurencji. Podnosi, że porównywalność ofert służy m.in. umożliwieniu sprawdzenia czy nie zachodzą przesłanki
z art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Dlatego właśnie oferenci zostali obarczeni zakazem „przerzucania" wydatków pomiędzy pozycjami w kosztorysie. Wywodzi, że przykładem tego zakazu jest stwierdzenie, że ujęcie w którejkolwiek pozycji kosztorysu stawki 0 zł spowoduje odrzucenie oferty. Zaznacza, że zapis ten nie oznacza jednak, że wyłącznie stawka „ 0 zł" musi skutkować odrzuceniem, gdyż każda inna fikcyjna kwota nie spełniająca dyspozycji pkt 13.2 SIWZ powinna spotkać się z sankcją z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wywodzi, że nie ulega wątpliwości, że kosztorys przedstawiony przez konsorcjum P. i K. jest istotnym elementem oferty. Podnosi, że jego wypełnienie w sposób niezgodny
z wymaganiami SIWZ, wywołujące nieporównywalność ofert, podlega sankcji z art. 89 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wpisanie do pozycji nr 45 kosztorysu stawki
w wysokości 1 zł należy uznać za działanie pozorowane, bowiem jego skutek jest dokładnie taki sam, jak skutek wpisania w tej pozycji stawki 0 PLN - przy zaoferowanym wynagrodzeniu nie ma możliwości pokrycia minimalnych wydatków niezbędnych do wykonania tej usługi.

Odwołujący, na wypadek uznania przez Izbę, że Zamawiający nie naruszył art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp
z powodu obarczenia kosztorysu konsorcjum P. i K. błędem w obliczeniu ceny
i kosztów świadczenia usług omówionych w treści odwołania.

Odwołujący podnosi, że kalkulacje przedstawione w odwołaniu obrazują przy okazji, że oferta konsorcjum P. i K. jest nie tylko niezgodna z SIWZ, ale została także sporządzona w oparciu o rażąco zaniżoną cenę. Zarzut ten odnosi się w szczególności do pozycji 42 i 43 szczegółowo przeanalizowanych powyżej. Cena za usługi w zakresie trzebieży wczesnej oraz cięć sanitarnych i przygodnych, a także cena za usługi ponownej zrywki mają charakter nierealny. Wskazuje, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie tej części zamówienia przez ww. konsorcjum za podane ceny byłoby nieopłacalne. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze, że wspomniane usługi oraz usługa ponownej zrywki stanowią łącznie istotną część zamówienia (ich zsumowana wartość kosztorysowa wynosi ok. 290.000 zł), zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest w pełni uzasadniony. Podnosi, że wbrew argumentom ww. konsorcjum zawartym w wyjaśnieniach, dotyczy to istotnej części przedmiotu zamówienia.
Zamawiający w dniu 9.04.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł
o oddalenie odwołania w całości.
W toku rozprawy przed Izbą strony podtrzymały swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, załączonymi dowodami i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.
Przystępując do rozpoznania sprawy, Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy w zakresie wezwań konsorcjum P. i K. do wyjaśnień, brzmienia postanowień SIWZ oraz treści kosztorysu ofertowego wykonawcy konsorcjum P. i K. przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany.
Izba zważyła, co następuje.
Odwołanie, jako bezzasadne, podlegało oddaleniu w całości.
Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mającego polegać na wyborze jako oferty najkorzystniejszej konsorcjum P. i K., pomimo jej niezgodności z pkt 13.2 SIWZ.

Zgodnie z powołanym postanowieniem SIWZ, ceny jednostkowe wskazane
w kosztorysie ofertowym miały pokrywać wszelkie koszty i ryzyka związane z realizacją czynności, której cena dotyczy. Zamawiający zabronił doliczania kosztów realizacji danej czynności do kosztów innych czynności, natomiast wpisanie kwoty 0 zł skutkować miało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak było podstaw dla uznania, że w którejkolwiek z kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego konsorcjum P. i K. podało cenę, która nie pokrywała wszystkich wydatków i ryzyk. Powyższa konkluzja podyktowana została poniższymi ustaleniami odnoszącymi się do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego:
Pozycja 45 – Zrywka 2. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że – jak słusznie podniósł Zamawiający – katalogi norm czasu pracy wprowadzone zarządzeniem Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych, nie mają charakteru wiążącego i nie obowiązują wykonawców przy sporządzaniu ofert (por. też np. wyrok KIO z 17.12.2014 r., KIO 2480/14). Podkreślenia wymaga również, że jak wskazał sam Odwołujący, ww. katalogi zawierają „uśrednione dane" – co za tym idzie, nie mogą

stanowić podstawy uznania, że niemożliwe jest wykonanie prac w czasie nawet znacznie odbiegającym od wskazanego w katalogu. Izba za nieudowodnione uznała twierdzenia dotyczące pojemności forwardera i przyczep zrywkowych. Dowody dołączone do odwołania nie wskazywały na pojemność ww. maszyn wyrażoną w metrach sześciennych, a jedynie w tonach. W zakresie kosztów pracy maszyny oraz innych kosztów omawianej pozycji należy stwierdzić, że przedstawione przez Odwołującego dowody i wyliczenia nie podważają wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum P. i K., w szczególności przedstawionych przez nich wyliczeń. Nieudowodnione pozostały również twierdzenia Odwołującego w zakresie minimalnej odległości zrywki 2 mającej wynosić co najmniej 1000 metrów. Nie można za udowodnienie poczytać odwołania do załącznika 3.2 do OPZ, gdzie jako maksymalną odległość zrywki „1", która wg. Odwołującego miałaby „pochłaniać" ew. „zrywkę 2", w ramach pakietu 6 w dwóch jedynie w dwóch grupach czynności określono na 400 m, w większości przypadków wartość ta nie przekracza 200 m. Izba dokonała wnikliwej analizy i porównania wyliczeń Odwołującego i ww. konsorcjum, w rezultacie czego uznała, że nie ma podstaw dla stwierdzenia niezgodności oferty ww. konsorcjum w omawianym zakresie z SIWZ. Szczegółowe odniesienie się do rzeczonych wyliczeń nie jest możliwe ze względu na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum P. i K.

Na powyższe ustalenie nie wpływa również treść złożonego przez Odwołującego dowodu, w postaci Katalogu Kosztów Minimalnych Prac Leśnych. Katalog ten bardzo ogólnie określa koszty pracy, przewiduje pozycje kosztowe, którymi nie każdy z wykonawców musi być obciążony – przy czym nie przypisuje im konkretnej wartości, ogólnie określając wydatki związane z pracą forwardera. Nadto należy zauważyć, że najniższy koszt pracy określony ww. katalogiem – 137,94 zł na godzinę – niemalże trzykrotnie przenosi wysokość stawki wyliczonej w scenariuszach przez Odwołującego – 49,7 zł. Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowy dowód nie może stanowić podstawy podważenia wyliczeń przedstawionych przez konsorcjum P. i K..

Bez wpływu na ocenę okoliczności w rozpoznawanej sprawie pozostaje także fakt znacząco odmiennego wycenienia innych pozycji kosztorysu odnoszących się do pracy ciągnikiem, wyższej wyceny tej samej pozycji w innym pakiecie (części) postępowania,
a także różnicy pomiędzy wycenami Odwołującego i jeszcze innego wykonawcy w innej części postępowania a wyceną konsorcjum P. i K. w tym postępowaniu. Porównywanie różnych pozycji, o różnym zakresie i charakterze prac nie można uznać za skuteczne podważenie wyceny dokonanej przez ww. konsorcjum. Nawet wycena tej samej pozycji w różnych leśnictwach może się różnić, w szczególności, że jak sam określił Odwołujący warunki wykonania prac nie są takie same, ale „zbliżone". Ponadto wykonawca ma prawo do dowolnego, w granicach prawa i SIWZ, kształtowania ceny wykonywanych prac. Konsorcjum P. i K. w wyjaśnieniach ceny pozycji wykazał, że cena jest realna i obejmuje wszystkie wydatki i zysk, przedstawione przez konsorcjum szczegółowe wyliczenia nie mogą być podważone jedynie przez porównanie wykazanej ceny z innymi cenami.

Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego
i przesłuchania świadka na okoliczność kosztów pracy maszyny. Odwołujący zastrzegł, że wniosek ów ma charakter warunkowy i sformułowany został na wypadek kwestionowania ww. wyliczeń w zakresie kosztów pracy maszyn. Z uwagi na treść wyjaśnień konsorcjum P. i K. w tym przedmiocie, należało uznać, że sformułowana przez Odwołującego przesłanka przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego i przesłuchania świadka, nie zaktualizowała się.
Pozycja 39 – Odśnieżanie szlaków zrywkowych.
Izba uznała, że wyjaśnienia konsorcjum P. i K. w tym zakresie są w pełni spójne, logiczne oraz poparte wyliczeniami w zakresie kosztów pracy. Z kolei Odwołujący argumentację w zakresie tej pozycji oparł jedynie o porównanie stawek zaoferowanych przez konsorcjum w pozycji 39 i pozycji 25. W przedmiocie nieskuteczności podważenia stawki poprzez jej porównanie z innymi stawkami Izba odsyła do rozważań dotyczących pozycji 45 *in fine*. Twierdzenia Odwołującego w żaden sposób nie podważają logicznych i spójnych wyjaśnień konsorcjum P. i K. w tym zakresie. Szczegółowe odniesienie się w tym zakresie nie jest możliwe z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.
Izba uznała, że wykonawca konsorcjum P. i K. wykazał zgodność oferty w pozycji 39 z punktem 13.2 SIWZ.
Pozycje 42 i 43 – trzebieże późne, cięcia selekcyjno-sanitarne i pozostałe cięcia.
Odwołujący argumentację w tym zakresie oparł o stwierdzenie, ze stawki zaoferowane przez konsorcjum P. i K. są nierealne wobec pracochłonności określonej w Katalogu Norm Czasu dla Prac w Pozyskaniu Drewna. Jak Izba oceniła w odniesieniu do poz. 45, rzeczone katalogi nie mają charakteru wiążącego i nie mogą stanowić samodzielnej podstawy dla uznania zaoferowanej stawki za nierealną
i nieuwzględniającą wszystkich kosztów realizacji. Wyjaśnienia konsorcjum P. i K. pozwalają na uznanie, że wszystkie koszty oraz zysk zostały uwzględnione w ww. pozycjach. Rzeczone wyjaśnienia pozwalają również na uznanie, że prawidłowo zostały wycenione koszty pracy, wbrew twierdzeniom Odwołującego w tym zakresie. Reasumując, brak było podstaw dla uznania, że zachodzi niezgodność wyceny pozycji 42 i 43 oferty konsorcjum P. i K. z pkt 3.12 SIWZ.
W tym miejscu odnieść się należy do twierdzeń odwołania oraz z rozprawy w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia przez członków konsorcjum, bez ponoszenia kosztów pracownika – nie przesądzając przy tym, czy było to przedmiotem wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Wywód Odwołującego w tym zakresie był w ocenie Izby nieprzekonujący. Zasadnie podniósł Zamawiający, że okoliczność uzyskania innych zamówień nie przesądza o możliwości wykonywania czynności w tym zamówieniu. Dla uwzględnienia przedmiotowej argumentacji Odwołującego koniecznym byłoby wykazanie, że konsorcjum w tych innych postępowaniach powołało się na samodzielne wykonywanie przewidzianych usług.
Odwołujący podniósł także, że oferta konsorcjum P. i K. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty. Odwołujący twierdzenie to wywodził z okoliczności, że wyjaśnienia ww. konsorcjum przybrały charakter wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. W ocenie Izby twierdzenia te są bezpodstawne. Zamawiający żądał wyjaśnień w zakresie ww. pozycji kosztorysu w odniesieniu do pkt 13.2 SIWZ, w szczególności wyjaśnienia, czy ceny w tych pozycjach pokrywają wszystkie koszty i ryzyka i czy nie zostały one doliczone do innych pozycji. Jak wskazano powyżej, konsorcjum P. i K. wykazało, że cena ww. pozycji pokrywa wszystkie koszty, ryzyka i uwzględnia zysk. Nie można zatem uznać, że wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, a zbieżność charakteru wyjaśnień z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wynika ze specyfiki wezwania do wyjaśnień, opartego o pkt 13.2 SIWZ i pozostaje bez znaczenia dla oceny aktywności konsorcjum P. i K. w omawianym przedmiocie.
Nie można też uznać, jak podniósł Odwołujący, że wyjaśnienia konsorcjum P. i K. były gołosłowne. Jak Izba wskazała powyżej, wykonawca ten przedstawił wyliczenia, wyjaśnił ceny w odniesieniu do poszczególnych pozycji, a także złożył dowody na ich potwierdzenie.
Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że brak jest podstaw dla uznania, że wbrew postanowieniu pkt 13.2 SIWZ cena oferty konsorcjum P. i K. w pozycjach 39, 42, 43 i 45 kosztorysu nie zawierała wszystkich wymaganych

elementów, wobec czego zarzut 1 odwołania - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Wobec ustaleń poczynionych ad zarzutu 1, za bezpodstawne należało również uznać zarzuty 3 i 4 odwołania, tj. odpowiednio, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący naruszenie tych zarzutów wywodził z tych samych, co w zarzucie 1, okoliczności. Jak Izba stwierdziła powyżej, konsorcjum P. i K. wykazało, że cena zaoferowana w pozycjach 42-45 kosztorysu ofertowego jest ceną realną, uwzględniającą wszystkie koszty i zysk. W tej sytuacji brak jest podstaw dla uznania ceny oferty ww. wykonawcy za rażąco niską, nie zachodzi zatem przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak jest również podstaw uznania, że oferta konsorcjum P. i K. zawiera błąd w obliczeniu ceny i kosztu, co miałoby stanowić podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzuty 3 i 4 odwołania należało uznać za bezpodstawne i podlegające oddaleniu.

Ad zarzutu 2 odwołania – naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca konsorcjum P. i K. jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł część wyjaśnień udzielonych na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Część zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierała wyliczenia kosztów, projektowany zysk, informacje o przyjętym sposobie wyliczenia ceny, który wynikał m.in. z założonego sposobu realizacji zamówienia.

W ocenie Izby bezpodstawnym jest stanowisko Odwołującego, który twierdzi,

iż zastrzeżenie tajemnicy nie było skuteczne, gdyż ww. konsorcjum nie wskazało, które konkretnie koszty lub inne elementy cenotwórcze mają charakter zastrzeżony i na czym polega ich specyfika, czym są spersonalizowane elementy kalkulacyjnej i jakich czynności dotyczy taktyka przyjęta przy realizacji zamówienia. Lektura zastrzeżonej części wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, nie pozostawia wątpliwości, że cały agregat ww. informacji, jako zestawienie i zbiór, o którym mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przy tym zauważyć, że konsorcjum P. i K. nie zastrzegło całości pisma zawierającego rzeczone wyjaśnienia, ale jedynie kilka stron, które zawierały informacje wskazane w akapicie powyżej, stricte dotyczące wyliczenia ceny pozycji kosztorysu, które przekładały się na przewagę konkurencyjną oferty. Zastrzeżenie tajemnicy sporządzone bardziej drobiazgowo, poprzez wykreślanie poszczególnych wartości czy zdań być może było możliwe, jednakże fragmenty które pozostałyby jawne nie miałyby żadnej wartości informacyjnej, stanowiłyby urywki zdań, zdania urwane z kontekstu czy równoważniki zdań pozbawione znaczenia. Wobec powyższego należy stwierdzić, że sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie naruszał zasady jawności postępowania o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił również, że ww. konsorcjum nie wykazało na czym polega wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Jak już Izba wskazała powyżej, zawarte w wyjaśnieniach informacje o charakterze organizacyjnym i technologicznym decydowały o możliwości zaoferowania oferty z niższą ceną, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową wykonawcy.

Reasumując należy stwierdzić, że Zamawiający zasadnie uznał, że omawiane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne. Konsorcjum P. i K. wykazało, że zastrzeżona część wyjaśnień ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego należy uznać, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……