Sygn. akt KIO 2543/17

WYROK
z dnia 18 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 grudnia 2017 r.,** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. J. z siedzibą w Drużbicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej oraz Przedsiębiorstwo „MIK" Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą w Raciążu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. J. z siedzibą w Drużbicach** 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 zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-**

Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. J. z siedzibą w Drużbicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. J. z siedzibą w Drużbicach** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt KIO 2543/17

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad,

w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, dalej: „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 części.* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2017 pod numerem 2017/S 121-245107.

W dniu 30 listopada 2017 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. oraz J. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J. z siedzibą w Drużbicach - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zadania nr 6 na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Ostrołęce na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. oraz Przedsiębiorstwo „MIK" Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, dalej: „JEDZ", nieprawdziwe oświadczenie w Części II Sekcji D polegające na niewskazaniu znanych wykonawcy na etapie składania ofert podwykonawców;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie za spełniające wymagania wyjaśnienia wykonawcy z dnia 13 listopada 2017 r. i zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie ceny istotnych elementów świadczenia, dotyczących zimowego utrzymania dróg oraz pielęgnacji zieleni;
4. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odmowę odtajnienia wyjaśnień złożonych

przez wybranego wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z wyrokiem KIO 2098/17, z uwagi na wadliwe dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania w zakresie zadania nr 6 zamówienia następujących czynności:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - udokumentowanie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską;
3) odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską z uwagi na fakt, iż złożone przez niego w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnienia nie wypełniają wymagań zakreślonych przepisami art. 90 ustawy Pzp oraz wyrokiem KIO o sygn. akt 2098/17;
4) dokonania wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) ujawnienie wadliwie zastrzeżonych w złożonych wyjaśnieniach informacji objętych w nieuprawniony sposób klauzulą *„tajemnicy przedsiębiorstwa";*
3) powtórzenie czynności ponownego badania i oceny oferty;
4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz nieuprawnionego przyjęcia przez Zamawiającego, iż pismo Wykonawcy z dnia 13 listopada 2017 r. „Wyjaśnienia *wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oferty" spełnia wymagania przepisu art. 90 ustawy Pzp oraz stanowi wypełnienie wyroku KIO o sygn. akt*

2098/17 i zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Zgodnie z postanowieniami pkt 10.9. lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ", każdy wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

zobowiązany był **-** między innymi - wypełnić Cześć II Sekcja D jednolitego dokumentu, w tym - o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców. Wybrany Wykonawca, składając wraz z ofertą JEDZ, w Części II lit. D *„Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega"* oświadczył - zaznaczył odpowiedź „Tak" (str. 39 oferty) - iż zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo niektórych części zamówienia, jednak nie wskazał w tym dokumencie żadnego podwykonawcy. Jednocześnie składając swoje wyjaśnienia w dniu 13 listopada 2017 r. przedstawił szereg dokumentów - oświadczeń podwykonawców - zawierających dane, na podstawie których kalkulował swoją cenę ofertową, stwierdzając wprost, iż niektórzy ze wskazanych podwykonawców świadczyć będą określone usługi. Oznacza to, że już na etapie przygotowywania oferty Wykonawcy znani byli podwykonawcy. Przy czym nie jest to drobne przeoczenie jednego czy dwóch podwykonawców - zgodnie z treścią materiałów załączonych do wyjaśnień jest to lista co najmniej 9 podwykonawców. Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, iż kalkulując swoją cenę ofertową, a teraz dokumentując podstawy do jej obliczenia, Wykonawca złożył nieprawdziwa informację poprzez niedopełnienie obowiązku wskazanego przez Zamawiającego (pkt. 10.9. lit.a) SIWZ) i zaniechania podania *„proponowanych podwykonawców"* zgodnie z treścią JEDZ.

Powyższa okoliczność winna zostać uznana przez Zamawiającego jako zaistnienie okoliczności wskazanych przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co skutkować winno wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Żaden z tych dokumentów - załączniki Nr 2, 5 - 9, 14 i 15 - poza oświadczeniami podwykonawców, nie zawiera żadnego wyjaśnienia dotyczącego kalkulacji oferowanej ceny, które mogłoby wskazywać na rzetelność jej wysokości.

Celem uniknięcia próby pominięcia przez Wykonawcę przedstawienia rzetelnej kalkulacji ceny, wraz z dowodami - Krajowa Izba Odwoławcza w sentencji wyroku z dnia 24 października 2017 r. wyraźnie wskazała na obowiązek Zamawiającego - zwrócenie się do Wykonawcy o *„udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów".* Jest to w pełni zgodne z treścią przepisu art.90 ust. 1, który odnosząc się do udzielanych wyjaśnień i składanych dowodów, jednoznacznie wskazuje na obowiązek *„wyliczenia cen".*

Należy podkreślić, iż oferty podwykonawców - ich oświadczenia o gotowości do świadczenia określonych usług lub oferty wykonania określonych świadczeń za wskazaną cenę - pochodzą w większości z listopada 2017 r., co oznacza, że wbrew uprzednim twierdzeniom, składanym również na rozprawie w dniu 19 października 2017 r. Wykonawca kalkulując swoją cenę ofertowa, nie dysponował większością zobowiązań podwykonawców do wykonywania określonych świadczeń za wskazane wynagrodzenie. Zdecydowana

większość oświadczeń podwykonawców została złożone już po wydaniu wyroku przez Izbę w dniu 24 października 2017 r. Poszczególne załączniki do wyjaśnień z dnia 13 listopada 2017 r. obejmują: A.

zobowiązania podwykonawców do wykonania określonych świadczeń objętych przedmiotem zamówienia za wskazaną cenę

- Załącznik nr 2 - 6 oświadczenia podwykonawców o „gotowości do świadczenia usług" we wskazanym zakresie - bez żadnej kalkulacji cenowej, która mogłaby świadczyć, iż zaoferowane przez nich ceny nie są cenami rażąco niskimi;
- Załącznik nr 7 - oferta firmy TIP-TOP z Sierpca na ustawianie i rozbieranie zasłon przeciwśnieżnych - bez żadnej kalkulacji ceny. Przy czym, zgodnie z aktualną informacją, firma TIP-TOP prowadzona jest w formie jednoosobowej działalności gospodarczej, w której zatrudniona jest 1 osoba. Ma to szczególnie istotne znaczenie, gdyż mając na uwadze zakres świadczenia podwykonawcy - ustawianie i rozbieranie zasłon przeciwśnieżnych oraz wymagania określone w pkt 5.4. SIWZ Zamawiający wymagał: „zatrudnienia *przez Wykonawcę lub podwykonawcę*

na podstawie umowy o *pracę, o których mowa w art. 29 ust 3a ustawy* Pzp, *osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności* w *zakresie realizacji zamówienia",* szczególnie istotnym brakiem jest wykazanie kosztów pracy sprzętu oraz zatrudnienia pracowników.

- Załącznik nr 14 - oferta firmy Jocker z Wyszkowa na zimowe utrzymanie chodników i ścieżek rowerowych. Podwykonawca podaje ryczałtową cenę za sezon, bez żadnej kalkulacji tej ceny. Wykonawca w *„Wyjaśnieniach* ..."(str.10-12) przedstawił własną kalkulację kosztu, wskazując iż powyższą usługę świadczyć będzie firma Jocker „za *wynegocjowaną stawkę"* objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

B. oferty dostaw lub świadczenia usług najmu, stanowiące podstawę do kalkulacji cenowej

- Załącznik Nr 4 - stanowi zobowiązanie T. R. z Nagoszczy do sprzedaży Wykonawcy paliwa - oleju napędowego - za nieujawnioną cenę jednostkową. Oświadczenie datowane jest na dzień 9 listopada 2017 r. Dokonując oceny realności zaoferowanej ceny wnosi do Izby o uwzględnienie następujących okoliczności:

i. hurtowa cena sprzedaży oleju napędowego Ekodiesel dwóch największych krajowych producentów i dystrybutorów paliw: Orlen i Lotos, wynosiła na dzień 9 listopada 2017 r. - 3.656 zł/1000 dm ^{3} , co daje koszt jednostkowy 3,66 zł/1000 dm ^{3} ;

ii. aktualnie obowiązująca akcyza na olej napędowy wynosi 1.171,00 zł /1000 dm^3 ;

iii. aktualnie obowiązująca opłata paliwowa wynosi 288,05 zł/1000 dm ^{3}

iv. co oznacza, że suma akcyzy i opłaty paliwowej w przeliczeniu na cenę 1 dm ^{3} (litr) paliwa - bez względu na to kto jest dostawcą- wynosi ok. 1,46 zł/litr.

- Załącznik nr 6 - oferta firmy Ozamet wynajmu sprzętu do zimowego utrzymania dróg - solarki 6 zestawów. Przy czym wskazano, iż integralną częścią tej oferty, zgodnie z jej treścią, stanowią Ogólne Warunki Sprzedaży Ozamet Sp. z o.o. Aktualne Ogólne Warunki Sprzedaży, do których w swojej ofercie odwołuje się firma Ozamet nie zawierają żadnych postanowień związanych z wynajmem sprzętu.
- Załącznik nr 8 - informacja firmy „KRUSZNAT" z Kawęczyna dotycząca kosztu pracy ładowarki. Bez podania żadnych informacji związanych z kalkulacją tego kosztu oraz wyspecyfikowania kosztów, jakie ujęte są podaną stawką.
- Załącznik nr 9 - informacja firmy WODBUD z Różana dotycząca kosztów pracy koparko-ładowarki oraz równiarki. Bez podania żadnych informacji związanych z kalkulacją tego kosztu oraz wyspecyfikowania kosztów, jakie ujęte są podaną stawką.
- Załącznik nr 15 - oferta firmy Ozamet wynajmu 2 ciągników rolniczych przy czym wskazano, iż integralną częścią tej oferty, zgodnie z jej treścią, stanowią Ogólne Warunki Sprzedaży Ozamet Sp. z o.o. Aktualne Ogólne Warunki Sprzedaży, do których w swojej ofercie odwołuje się firma Ozamet nie zawierają żadnych postanowień związanych z wynajmem sprzętu.

C. stawki wynagrodzenia godzinowego pracowników

- Załącznik nr 12 - niewiele wnosi do wyjaśnień załączenie kopii dwóch umów o pracę pracowników Wykonawcy, w sytuacji gdy:

i. z drugiej umowy nie sposób wywieść informacji chociażby jakiego stanowiska dotyczy;

ii. dołączone aneksy wskazujące na stawkę godzinową 13,00 zł/godzinę wskazują na nieaktualną stawkę w świetle okresu świadczenia przedmiotowego zamówienia. Mając na uwadze obowiązujące przepisy w zakresie minimalnego wynagrodzenia - rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. - minimalna stawka godzinowa już od początku 2018 r. wynosi 13,70 zł.

Podkreślić należy, że w żadnej z ofert podwykonawców nie odniesiono się

do przyjętego przez nich poziomu wynagrodzenia pracowników. Jest to tym bardziej istotne, że jak wskazuje sam Wykonawca *(„Wyjaśnienia* ..." str.3) - to *„Podwykonawcy będą*

zapewniać pracowników lub osobiście świadczyć usługi wyjazdów na wskazane odcinki do zapewnienia zimowego utrzymania dróg (...)

Mając na uwadze fakt, iż to na Wykonawcy spoczywał obowiązek złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów, zastępowanie wyjaśnień oświadczeniami podwykonawców (ofertami lub informacjami), nie czyni zadość wymaganiom obowiązującego prawa. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek uzyskania od tych podwykonawców stosownych wyjaśnień, kalkulacji lub innych informacji potwierdzających, iż zaproponowane przez nich ceny nie są cenami rażąco niskimi.

Odwołujący ponadto wskazuje, że:

1. Brak kalkulacji szczegółowej, wskazującej na przyjęty do wyceny procentowy poziom narzutów (koszty pośrednie, zysk i koszty zakupu). Brak cen jednostkowych i wysokości nakładów robocizny (R), materiałów (M) oraz pracy sprzętu (S) przyjętych do wyceny robót i pozostałych świadczeń. Dla przykładu w ofercie, Wykonawca w tabeli zawierającej wykaz stawek i narzutów wykazał stawkę obliczeniową robocizny 19 złotych, koszty zakupu 10%, koszty pośrednie 65% a zysk kalkulacyjny 25%. Przyjmując te wartości do kalkulacji otrzymujemy ceny za utrzymanie zdecydowanie wyższe niż te zakładane w wyjaśnieniach.
2. Kalkulacja powinna potwierdzać, że proponowana cena nie jest niższa niż koszty własne Wykonawcy i powinna uwzględniać godziwy zysk. Wyliczenie kosztów na podstawie 2 ostatnich sezonów zimowego utrzymań dróg nie może być miarodajne i stanowić podstawy obliczeń. Jako przykład wystarczy wskazać, że średni koszt zimowego utrzymania dróg na terenie zadania nr 6 w latach 2013 - 2016 wyniósł około 3,450 min złotych. Natomiast koszty utrzymania tylko w roku 2013 wyniosły 5,150 mln złotych, czyli 149% średniej z podanych wyżej lat.
3. Istnieje uzasadnione przypuszczenie, że utajnienie najmu sprzętu OZAMET i samochodów DAF spowodowane jest nierynkowymi cenami najmu tych sprzętów. Ponadto w przypadku samochodów DAF z EURO 6 - wedle ogólnie dostępnej wiedzy - nie ma możliwości najmu na okresy zimowe przez cały okres kolejnych 4 lata. Koszty leasingu w okresie 48 m-cy przy pierwszej wpłacie 10% wynoszą co najmniej 68.000 złotych rocznie bez kosztów ubezpieczenia i kosztów naprawy. Wskazanych 6 nośników z EURO 6 wygeneruje koszty sprzętu - bez paliwa - na poziomie ponad 400.000 złotych rocznie. W przypadku solarek, opierając się np. na ofercie rynkowej z firmy Schmidt na leasing 48 miesięcy, którego koszt roczny, analogicznie do wskazywanych powyżej, wynosi 26.100 złotych - bez kosztów ubezpieczenia i kosztów napraw. Leasing wskazanych solarek wygeneruje koszty sprzętu bez paliwa na poziomie ponad 156.000 złotych rocznie.

Miesięczne koszty amortyzacji samochodu DAF o wartości początkowej 250.000 złotych netto wynoszą 4.167 złotych. Dla 6 aut w okresie 48 miesięcy koszty amortyzacji wyniosą więc 1.200.000 złotych. Roczna amortyzacja 6 samochodów wyniesie około 300 000 złotych. Miesięczne koszty amortyzacji solarki o wartości początkowej 96.000 złotych netto wynoszą 1,600 złotych. Dla 6 aut w okresie 48 miesięcy koszty amortyzacji wyniosą więc 460.800 złotych. Roczna amortyzacja 6 sprzętów to 115.000 złotych.

4. Przedstawione kalkulacje ceny wykazują że koszty pracy przyjęte do oceny oferty są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę bądź minimalnej stawki godzinowej. Ponadto kalkulacje powinny uwzględniać zakładany wzrost najniższego wynagrodzenia w latach 2018- 2021. W przedstawionej kalkulacji dotyczącej kosztów osobowych np. dyżurni rejonów koszty osobowe na miesiąc wynoszą 17.000 zł i obejmują całodobowy nadzór w dwóch lokalizacjach. Uwzględniając podane w kalkulacji uwarunkowania stawka godzinowa wyniesie: 17 000:2 lokalizacje: 30 dni: 24 H = 11,8 zł/godzinę.

Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za skuteczne i dokonane zgodnie z przepisami obowiązującego prawa zastrzeżenie przez Wykonawcę znaczącego zakresu informacji klauzulą „tajemnicy przedsiębiorstwa" i odmowa ich udostępnienia Odwołującemu.

Po uzyskaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący pismem z dnia 23 listopada 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie informacji zastrzeżonych, jako „tajemnica *przedsiębiorstwa"* przez wybranego Wykonawcę, wskazując w swoim piśmie, na wadliwość, a tym samym na nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia.

W udostępnionym Odwołującemu przez Zamawiającego materiale Wykonawca uzasadnił dokonanie zastrzeżenia - *„Element jawny: zastrzeżenie dotyczące tajemnicy*

przedsiębiorstwa". Przywołując dwa wyroki KIO wykonawca wskazuje, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mając dla niego istotną wartość, która nie może być wykorzystana przez konkurencję. Do tej części elementów jawnych Wykonawca załączył kopie 2 umów o zobowiązaniu zachowania poufności w stosunkach handlowych.

Mając na uwadze treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącego wyjątek od zasady jawności postępowania, a zwłaszcza istotną zmianę wprowadzoną do jego treści ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z dnia 18 września 2014 r. Poz. 1232), która nakłada na wykonawców dodatkowy obowiązek - oprócz dokonania, w zakreślonym terminie zastrzeżenia, że wskazane informacje nie mogą być udostępniane - wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W udostępnionych Odwołującemu dokumentach brak jest wykazania,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zapewne nie czyni zadość tak sformułowanemu warunkowi wskazanie, iż *„w niektórych przypadkach"* zobowiązano podwykonawców do zachowania poufności.

Wskazuje również na to instrumentalne i bardzo wybiórcze traktowanie informacji objętych wyjaśnieniem. W trakcie rozprawy przed KIO w dniu 19 października 2017 r.
Wykonawca - nie dokonując żadnych zastrzeżeń - przedłożył Izbie i Odwołującemu dwie oferty podwykonawców: M. M. z Załuzia (odśnieżanie pasa drogowego pługiem średnim) i ER-TRANS z Przasnysza (koszenie pasa drogowego). Jednocześnie oferta tego samego podwykonawcy – M. M. z Załuzia - w oświadczeniu podwykonawcy o gotowości do świadczenia usług, w tym odśnieżania wykonywanych pługiem (załącznik do wyjaśnień z dnia 13 listopada 2017 r.) w zakresie cen - objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej oraz Przedsiębiorstwo „MIK" Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą w Raciążu, dalej również: „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron przedłożył pismo procesowe wskazując, co następuje.

Umowy dotyczące zimowego utrzymania dróg w 2013 r. oraz w okresie 2014-2017 r. oparte były o tzw. rozliczenie za wykonywane usługi. Tworzono w nich różne systemy rozliczeń, które były zbliżone do tzw. systemu „akord", tj. płatność wyłącznie za zlecone
i wykonane usługi. W tym miejscu należy podkreślić, że poprzednie systemy wynagrodzenia były ściśle uzależnione od warunków pogodowych jakie w danym sezonie występowały. Wykonawcy działali wtedy w zakresie całkowitej niepewności co do liczby otrzymanych zleceń. Było to też kompensowane przez wykonawców przez kalkulację cen jednostkowych na poziomie 3-4 krotnie wyższym niż rzeczywiste koszty wykonania danej jednostki cenowej. „Jednostki cenowe" różniły się od siebie diametralnie w praktycznym wykonaniu,
a cena za nie była taka sama. Wykonawcy podnosili ceny w kierunku ustalenia najwyższej możliwej za daną jednostkę rozliczeniową. Dodatkowo sposób zarządzania był również odmienny (zwłaszcza w latach 2010-2013) mianowicie dyżurni, którzy dysponowali pracą sprzętu byli z firmy zewnętrznej, co mogło również wpływać na zwiększenie kosztów.

W przedmiotowym postępowaniu system rozliczeń jest zupełnie inny niż poprzednio, jest ryczałtem miesięcznym, niezależnym od ilości pracy, wypłacanym przez cały rok, zbliżony do specyficznej „umowy o pracę" zawartej na okres 4 lat, z pełną odpowiedzialnością podmiotu za ew. „utrzymanie standardu" (Zasady utrzymania standardu

określono w Zarządzeniu Nr 15 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 września 2016 roku). Stawki usług od podwykonawców dotyczą usług prostych, które stanowią pojedyncze składniki usługi i są niemożliwe do dalszego „rozbicia" z uwagi na niemożność przewidzenia przez podwykonawców ilości zlecanych im usług.

Wskazuje również, że Przystępujący ujawnił wszystkie elementy w taki sposób, żeby Wykonawca konkurencyjny miał pełną jasność odnośnie składników ceny w każdym zakresie — zimowego utrzymania dróg (w tym zimowego utrzymania chodników i ścieżek

rowerowych), jak również w zakresie zieleni. Utajnienie wyłącznie stawek i rabatów w ofertach — jest związane z tym, że są to dane wrażliwe, których ujawnienie powodowałoby trudności we współpracy z tymi partnerami, którzy nie życzą sobie ich ujawniania.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów postawionych w odwołaniu Przystępujący wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp:

Na etapie składania ofert członkowie Konsorcjum analizowali wiele możliwości w zakresie podwykonawstwa i na dzień składania ofert nie mieli listy podwykonawców, których mogą zadeklarować w ofercie. Tym samym, zarzucanie Wykonawcy, że nie wpisał podmiotów do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jest bezzasadne, ponieważ na dzień składania ofert nie było wykonawcy wiadome, którzy zostaną zaangażowani. Nie jest to więc „nieprawdziwa informacja" w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Tym bardziej nie można zarzucić Przystępującemu lekkomyślności czy niedbalstwa. Należy również podkreślić, że przedmiotowa informacja nie miałaby żadnego wpływu na czynności Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp:

Kalkulacja oferowanej ceny zawiera główny dokument wyjaśnień, w którym szczegółowo opisano kalkulację ceny „zimowego utrzymania dróg", w tym „zimowego utrzymania chodników i ścieżek rowerowych" oraz „zieleni", natomiast załączniki dotyczą ofert lub potwierdzeń pojedynczych składników ceny, które nie podlegają dalszemu „rozbiciu". Przystępujący dysponował przede wszystkim pełną wiedzą na temat możliwości uzyskania poszczególnych usług za daną cenę. Nie musiał mieć ofert w formie pisemnej, należy podkreślić, że stosunki gospodarcze w przypadku usług utrzymania zimowego dróg bardzo często związane są z ustnymi uzgodnieniami ceny za poszczególne czynności.

Odnośnie tego, że do oświadczeń podwykonawców należałoby dołączyć jakąś ich własną kalkulację cenową podkreślenia wymaga, że są to usługi proste, stanowiące

pojedyncze czynności w ramach zimowego utrzymania dróg (usługi solarką, płużenia). Podwykonawcy w żaden sposób nie są w stanie przewidzieć jakie będą opady i w jakim okresie. W związku z tym nie można od nich żądać wyjaśnień odnoszących się do kosztów ponoszonych np. w danym okresie. W praktyce ich ceny nie są możliwe do rozbicia. Tworzenie takiego rozbicia miałoby charakter sztuczny i nie byłoby związane z rzeczywistymi kosztami.

W zakresie firmy TIP-TOP W. S., wskazuje, że Tip Top W. S. działa na rynku od 1995 r. Świadczy usługi związane z zimowym i bieżącym utrzymaniem dróg dla Starostwa Nowy Dwór Mazowiecki i Legionowo, gmin: Jabłonna, Pomiechówek, Nasielsk, Zakroczym oraz dla podmiotów prywatnych, które wykonują usługi dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, tj. np. firma Wardex. W skład jej parku maszynowego wchodzi 12 ciągników, 24 pojazdy samochodowe (dostawcze i ciężarowe), oraz sprzęt specjalistyczny, w tym: frezarki do asfaltu i pni, walce, malowarka do pasów wiertnice mechaniczne i ręczne, kosiarki, podkaszarki, piły itd. Właściciel firmy W. S. zatrudnia tylko na stałe 4 osoby.

Firma Tip Top usługę ustawienia oraz demontażu zasłon przeciwśnieżnych świadczy od 20 lat. W przeszłości była ona wykonywana dla Rejonu Dróg Publicznych, Rejon Warszawa, Rejon Boża Wola, obecnie jako podwykonawca dla firm, które świadczą usługi dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, takich jak np. firma Wardex. Przykładowe odcinki dróg objętych wyżej wymienioną usługą tylko w 2017 roku to : DK S8 484+300-498+400, DK 7325+992-339+750, DK 61 0+600-6+730 oraz 32+950-33+780, DK 62 167+550-185+760 itd.

Firma Jocker prowadzi działalność od roku 2014 i specjalizuje się w zimowym i letnim utrzymaniu chodników oraz utrzymaniem zieleni. Obecnie na stałe zatrudnione są 4 osoby. Firma Jocker świadczy usługi dla Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o.(utrzymanie chodników na autostradzie A2, S2, S8, S79) oraz dla firmy Partner (utrzymanie chodników administrowanych przez Zarząd Oczyszczania Miasta Warszawa). Firma Jocker (łącznie z Zielonym Światem) dysponuje 5 samochodami dostawczymi, 3 traktorami oraz sprzętem mechanicznym i ręcznym, niezbędnym do utrzymania chodników, np. odśnieżarki, łopaty, szczotki.

W zakresie Stacji Paliw, z którą współpracuje Konsorcjant, wskazano, że nie ma obowiązku zaopatrywania się przez stacje prywatne czy hurtowników w olej napędowy

od Orlenu czy Lotosu. Hurtownicy mogą swobodnie importować olej napędowy do Polski i obracać nim na rynku krajowym. W Polsce jest kilka podmiotów mających koncesje na wytwarzanie oleju napędowego. Urząd Regulacji Energetyki prowadzi „Rejestr przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję w zakresie paliw ciekłych". Z rejestru wynika, że koncesje na wytwarzanie paliw ciekłych (WPC) posiadają łącznie 32

podmioty, w tym Orlen i Lotos (jednak niektóre nie zajmują się w ogóle wytwarzaniem oleju napędowego, tylko np. gazu). Zakup oleju napędowego przez hurtowników posiadających koncesje na obrót paliwami ciekłymi (OPC) jest możliwy również za granicą. Łącznie w rejestrze jest 6399 podmiotów, które posiadają licencję OPC. Wydaje się, że większość jednak zaopatruje się w Orlenie lub Lotosie, co wynika z informacji na ich stronach internetowych.

Cena podana przez Odwołującego 3,66 zł/l faktycznie obowiązywała dnia 9.11.2017 r. Obecnie obowiązuje cena 3,57 zł/l. Wysokość opłaty paliwowej będzie wyższa w 2018 r. i wyniesie 293,05 zł za 1000 l oleju napędowego (Obwieszczenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa w sprawie wysokości stawki opłaty paliwowej na rok 2017 z dnia 14.11.2017 r. LM.P. z 2017 r. poz. 10441). Stawka podana w odwołaniu - 288,05 zł — dotyczy 2017 r. Wysokość akcyzy na olej napędowy w 2018 r. jest taka sama jak w 2017 r., tj. 1171,00 zł/ 1000 litrów (Obwieszczenie Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie stawek akcyzy na paliwa silnikowe w roku 2018 z dnia 21.11.2017 r. LM.P. z 2017 r. poz. 10781). Wszystkie ww. kwestie Przystępujący uwzględnił, zarówno w zakładanym nadwyżkowym koszcie paliwa, jak również w ewentualnej rezerwie.

Odnośnie twierdzeń dotyczących OZAMET i tego, że na stronie internetowej istnieją Ogólne warunki sprzedaży podkreśla, że OZAMET Sp. z o.o. — producent maszyn oraz dystrybutor maszyn (m.in. ciągników rolniczych) — od wielu lat dostarcza na różnych zasadach prawnych maszyny do odśnieżania i koszenia m.in. dla Wykonawcy obecnie wykonującego usługę w Rejonie Ostrołęka (Konsorcjum z udziałem Transport Towarowy Szabłowski S.C.). Warunki współpracy z Ozamet Sp. z o.o. ustalane są indywidualnie i Ozamet Sp. z o.o. nie ma zakazu oddawania urządzeń w najem (zarówno urządzeń własnej produkcji, jak również urządzeń, które są wyprodukowane przez inne podmioty).

W zakresie firmy „Krusznat" dotyczącej usługi ładowarki oraz firmy „Wodbud" dotyczącej koparko — ładowarki oraz równiarki podnosi, że żądanie od tych usługodawców podania szczegółowych kosztów pracy ww. urządzeń jest bezzasadne. Te elementy stanowią wyłącznie pojedyncze szczegółowe składniki kosztu zimowego utrzymania dróg i ani wartościowo ani funkcjonalnie nie stanowią „istotnej części składowej" zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak podkreślenia wymaga, że każdy z ww. kosztów oparty został o typowe ceny rynkowe „detaliczne" (a więc wyższe od tego, co może założyć Wykonawca w tym postępowaniu).

Podkreśla, że będzie aneksował stawki umów o pracę i dostosowywał do wszelkich przepisów, jakie będą obowiązywały (same umowy są przedstawione również z aneksami, co wskazuje właśnie na taką praktykę). Stawki podwykonawców z uwagi na to, że są to proste usługi, stanowiącej wyłącznie pojedyncze elementy usługi oferowanej przez

Wykonawcę, nie stanowią tzw. „istotnej części składowej oferty" w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do twierdzenia, że w ogólnej tabeli ofertowej Wykonawca określił wykaz stawek i narzutów, należy podkreślić, że odnosi się on do oferty jako całości (uwzględniającej również roboty budowlane, roboty asfaltowe itd.) i uwzględnia całościową kalkulację oferty, natomiast nie ma bezpośredniego zastosowania do oderwanych od całości oferty jej części składowych, tym bardziej, że nie są one robotami budowlanymi, tylko typowymi usługami utrzymaniowymi w zakresie odśnieżania i utrzymania zieleni.

Odwołujący bezzasadnie usiłuje twierdzić, że „nie ma możliwości najmu na okresy zimowe przez cały okres kolejnych 4 lat". W przypadku Przystępującego jest taka możliwość, natomiast nawet jeśli Przystępujący uzyska samochód na cały rok, to w okresach letnich może wykorzystywać przekazane mu pojazdy przy działalności transportowej (transport towarów stanowi również element działalności S. s.c.) i uzyskiwać zysk przez działalność transportową. W związku z tym nie będą one tworzyły dodatkowego kosztu

w tym okresie. Po drugie, odnoszenie sztucznie tworzonych kosztów „amortyzacji" w sytuacji gdy wszelkie koszty poza paliwem i czynszem najmu będą obciążały wynajmującego jest całkowicie nieadekwatne. Argumentacja oparta o koszty amortyzacji ma charakter sztuczny i nie uwzględnia tego, że Przystępujący nie będzie nabywał na własność samochodów.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ Wykonawca ma zapewnić dyżurnych do ZUD na okres ZIMY, okres ZIMY został opisany w SIWZ (od 15 października do 1 kwietnia). Jest to 5,5 miesiąca. W niniejszym przypadku Przystępujący uwzględnił nawet dłuższy okres, tj. 6 miesięcy. Ujęcie miesięczne odnosi się do 12 miesięcy i pokazuje ujęcie odnoszone do kwoty miesięcznej w kosztorysie ofertowym (który odnosi się do 12 miesięcy). Natomiast faktyczny koszt miesięczny (ponoszony od 15 października do 15 kwietnia) to 34 000 zł. W związku z powyższym podzielenie przez odwołującego 17 000 zł przez 2 lokalizacje i 30 dni oraz 24 godziny jest niezrozumiałe.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp

W niniejszych wyjaśnieniach zostały utajnione wyłącznie elementy cenowe lub upustowe oraz szczegółowe rozwiązania opracowane przez Przystępującego stanowiące jego know — how odnośnie wykonywania usług utrzymania. W uzasadnieniu utajnienia Przystępujący określił wyraźnie, że wypracowane w trakcie działalności ceny dają mu przewagę konkurencyjną. Podanie tych drażliwych danych może spowodować, że poniesie znaczne straty.

Zamawiający na posiedzeniu przedłożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości odwołania i wskazując, co następuje.

Nawiązując do zarzutu naruszenia art. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający wyjaśnia, że zastosowanie tego przepisu będzie miało miejsce wyłącznie, gdy zachowanie Wykonawcy wprowadzi w taki błąd Zamawiającego, który skutkować będzie możliwością istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że takiego skutku nie może wywołać niewskazanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia przez Wykonawcę wszystkich znanych mu podwykonawców. Podkreślić bowiem należy, że nie była to informacja, która mogła mieć jakikolwiek wpływ na rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią SIWZ (10.2) weryfikacji Zamawiającego podlegały wyłącznie podmioty, na których zasoby powoływał się wykonawca. Takiej weryfikacji nie podlegali natomiast podwykonawcy, którym Wykonawca zamierzał powierzyć wykonywanie części zamówienia.

Na nieistotny charakter informacji o podwykonawcach wskazuje również zawarte w pkt 10.9 lit. a) SIWZ wyrażenie „o ile jest to wiadome". Oznacza to, że sam fakt świadomości o tym za pomocą jakich podwykonawców Wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia, nie mógł mieć więc żadnego wpływu na decyzję Zamawiającego o udzieleniu zamówienia publicznego.

Podkreślenia również wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, oświadczenie o podwykonawcach nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Nie ulega zatem wątpliwości, że niewskazanie w JEDZ podwykonawców, za pomocą których Wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia, pomimo wiedzy w tym względzie, nie stanowi błędu o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie może to mieć bowiem żadnego wpływu na decyzję Zamawiającego o udzieleniu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazuje, że celem instytucji z art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Na gruncie niniejszej sprawy badana cena dotyczyła wyłącznie dwóch elementów przedmiotu zamówienia, tj. zimowego utrzymania drogi i utrzymania zieleni. Co więc istotne, zakwestionowanie dokonanej przez Zamawiającego oceny wymaga przedstawienia przez Odwołującego konkretnych dowodów wskazujących, że nie jest

możliwe wykonanie tych części zamówienia za zaoferowaną cenę. Obowiązkowi temu jednak Odwołujący nie sprostał.

W szczególności zauważyć należy, że część argumentacji Odwołującego dotycząca przedmiotowego zarzutu w ogóle nie odnosi się do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę:

- Data złożenia oświadczeń podwykonawców,
- Prowadzenie firmy TIP-TOP w formie jednoosobowej działalności gospodarczej,
- Nieaktualne Ogólne Warunki Sprzedaży Ozamet Sp. z o.o. zamieszczone na stronie internetowej.

Ponadto, część argumentacji Odwołującego dotycząca rażąco niskiej ceny, jak miało to już miejsce w sprawie o sygn. KIO 2098/17, oparta jest na domysłach i subiektywnych przeczuciach. Odwołujący natomiast nie przedstawia konkretnych i sprawdzalnych dowodów pozwalających zakwestionować przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny. Niewątpliwie stanowi to próbę przerzucenia ciężaru dowodzenia okoliczności, z których Odwołujący wywodzi określone skutki, na inne podmioty biorące udział w postępowaniu odwoławczym.

W opozycji zaś do twierdzeń Odwołującego, wyjaśnienia złożone w dniu 13 listopada 2017 r. obejmują swym zakresem pełen wachlarz czynności opisanych w OPZ dotyczących kosztorysu na „Rutynowe utrzymanie dróg" (pozycji kosztorysowych: 1a - zimowe utrzymanie dróg, 10 - chodniki i ścieżki rowerowe - zimowe utrzymanie dróg, 9 - zieleń). Z treści złożonych wyjaśnień wynika więc, że Wykonawca posiada dużą wiedzę na temat poruszanych zagadnień. Jednocześnie w wielu pozycjach Wykonawca przyjmuje nakłady większe niż wynikające z powielenia ilości prac do ZUD wykonanych w poprzednich sezonach zimowych, w tym m.in:

1. Do wyliczenia kosztów pracy pługów Wykonawca użył zwiększenia liczby km płużenia aż o 65% w stosunku do ilości tych prac wynikających z przyjęcia analogii do dwóch poprzednich sezonów zimowych. W załączniku nr 3 do wyjaśnień średnia liczba km płużenia w sezonie została określona na poziomie 4 844 km, natomiast do wyliczeń w wyjaśnieniach przyjęto 8 000 km płużenia w sezonie. Do obu dokumentów posiadał również dostęp Odwołujący.
2. Przy określeniu kosztów zużytych materiałów chemicznych do zimowego utrzymania dróg Wykonawca przyjął większe wartości zużycia niż tylko wynikające z doświadczeń lat poprzednich. Średnie zużycie soli drogowej w poprzednich sezonach wynosiło 1 800 Mg w tym 122 Mg soli DS, natomiast do wyjaśnień

założono zużycie na poziomie 2 200 Mg w tym 150 Mg soli DS, co daje zwiększenie ilości zużycia o 22%. W przypadku określenia ilości zużycia chlorku wapnia potrzeby zwiększono o 55% z 20 do 31 Mg.

3. Przy wyliczeniu kosztów osobowych np. dyżurnych Wykonawca założył najbardziej niekorzystny przypadek zakładający współczynnik bezpieczeństwa na wypadek wystąpienia zim ostrzejszych niż występujące w przeciągu ostatnich lat. Wykonawca przyjął wydłużenie sezonu zimowego do 15 kwietnia podczas gdy zgodnie z zapisem pkt 5.1.4 OST utrzymanie rutynowe - cześć B - Zimowe Utrzymanie Dróg, terminy pełnienia dyżurów zimowych można zmienić w przypadku wystąpienia korzystnych warunków atmosferycznych, co jest bardziej prawdopodobne niż założone wydłużenie czasu pełnienia dyżurów.
4. W przypadku liczby godzin pracy koparko-ładowarki Wykonawca przyjął 35% zwiększenia długości czasu pracy z 74 do 100, a przy określeniu liczby godzin pracy równiarek 11% z 45 do 50 godzin.

Zamawiający nie widzi również podstaw do kwestionowania deklaracji i oświadczeń złożonych przez podwykonawców i usługodawców Wykonawcy, świadczących usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg. Każdy przedsiębiorca posiada swobodę w kształtowaniu sposobu prowadzenia swojej działalności oraz ma pełne prawo do składania oświadczeń woli względem swoich kontrahentów. Obowiązki którymi Odwołujący próbuje obciążyć Zamawiającego charakteryzować się będą zbytnim formalizmem i skutkować będą przewlekłym prowadzeniem postępowania, uniemożliwiając jednocześnie wybranie oferty najlepszej dla użytkowników dróg i najkorzystniejszej z punktu widzenia finansów publicznych.

Zauważyć przy tym należy, że część firm, które złożyły oświadczenia Wykonawcy

są znane Zmawiającemu z pełnienia różnych funkcji i wykonywaniu różnych kontraktów na rzecz Zamawiającego. Fakt ten dodatkowo uwiarygodnia prawidłowość i rzetelność złożonych oświadczeń. Jedną z takich firma jest Ozamet Sp. z o.o. zajmująca się produkcją i sprzedażą sprzętu do zimowego utrzymania dróg. Firma ta jest największym krajowym producentem sprzętu w swojej branży.

Cena oferty Wykonawcy jest niższa od kosztorysu inwestorskiego o 16%. Co równie istotne, przedmiotowe postępowanie jest usługą o charakterze kompleksowym w zakres którego wchodzą usługi zimowego jak i letniego utrzymania dróg podzielone na pozycje obmiarowe oraz ryczałtowe. W świetle przedstawionych w odwołaniu zarzutów brak jest zatem podstaw do zakwestionowania wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, a w konsekwencji uznania, że jego oferta winna zostać odrzucona jako oparta na cenie rażąco niskiej.

17

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazuje, że zgodnie z treścią przywołanego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co zatem istotne odmowa udzielenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa aby była skuteczna i legalna, musi wystąpić po spełnieniu dwóch przesłanek: formalnej i materialnej. W zakresie przesłanki formalnej przedsiębiorca musi zamanifestować w sposób zewnętrzny wolę zachowania określonych informacji w poufności. W zakresie zaś przesłanki materialnej, informacja ta, objęta manifestacją przedsiębiorcy, musi być tego rodzaju, że ma obiektywnie charakter informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej lub innej posiadającej realnie określoną wartość gospodarczą, wykluczającą możliwość udostępnienia informacji i przeważającą nad zasadą jawności (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 czerwca 2017 r. sygn. I OSK 2347/15).

Z przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika m.in., że zawarte w zastrzeżonych dokumentach stawki wynegocjowane z poszczególnymi kontrahentami stanowią wartość umożliwiającą konkurencję z innymi wykonawcami. Ujawnienie zaś tych istotnych gospodarczo informacji spowoduje poniesienie niewymiernych strat dla wykonawcy. Ponadto, Wykonawca wskazał i załączył wraz z ofertą umowy o zachowanie poufności z kontrahentami, z których wynika, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa, do której zachowania w poufności zobowiązują się strony, rozumie się informacje o warunkach współpracy, knowhow, danych finansowych, handlowych, technicznych oraz operacyjnych. Jednocześnie w części jawnej Wykonawca zanonimizował wynegocjowane z kontrahentami kwoty.

W świetle przedstawionego wywodu, nie może budzić wątpliwości, że dokumenty, których udostępnienia odmówił Zamawiający stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zamanifestował bowiem wolę zachowania w poufności przedmiotowych dokumentów, a także podjął działania niezbędne do zachowania tych informacji w poufności. To zaś w ocenie Zamawiającego wyczerpuje w pełni definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

18

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 6 jest całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Ostrołęce. Zgodnie z pkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia w ramach Umowy Wykonawca będzie prowadził prace w zakresie utrzymania rutynowego i utrzymania strukturalnego. Prace z zakresu utrzymania rutynowego rozliczane będą co miesiąc w ramach miesięcznego (cyklicznego) wynagrodzenia (ryczałt). Prace w zakresie utrzymania strukturalnego rozliczane będą w ramach wystawianych przez Zamawiającego zleceń na wykonanie poszczególnych robót. Termin realizacji prac strukturalnych będzie każdorazowo określany w zleceniu.

Utrzymaniem rutynowym objęte są następujące elementy:

- utrzymanie czystości nawierzchni (w tym usuwanie martwych zwierząt, przedmiotów stanowiących zagrożenie dla użytkowników drogi i ładunków, które spadły z przejeżdżających pojazdów),
- sprzątanie śmieci z pasa drogowego (w tym gałęzi i skoszonej trawy),
- utrzymanie poboczy drogi,
- utrzymanie skarp nasypu i wykopu,
- mycie i bieżące utrzymanie oznakowania pionowego oraz oznakowania aktywnego,
- utrzymanie urządzeń brd obejmujących osłony zabezpieczające przed ochlapaniem, barieroporęcze i słupki prowadzące,
- utrzymanie ekranów akustycznych,
- utrzymanie zieleni przydrożnej (m.in. koszenie traw i chwastów oraz przycinanie drzew i krzewów, bez wycinki drzew),
- utrzymanie czystości chodników i ścieżek rowerowych,
- utrzymanie parkingów,
- utrzymanie przekazanych elementów Obwodów Utrzymania,
- utrzymanie przepompowni,
- zimowe utrzymanie dróg,
- patrolowanie dróg zgodnie z wymogami niniejszego OPZ.

W postępowaniu złożono 2 oferty:

1. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. oraz Przedsiębiorstwo „MIK" Roboty Drogowe i Ziemne Sp. z o.o. z ceną 34 989 406,93 zł;
2. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada" Sp. z o.o. oraz J. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J. z ceną 40 439 880, 96 zł.

Wykonując wyrok KIO z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt KIO 2098/17, Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2017 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia cen dotyczących zimowego utrzymania dróg (poz. 1 a i 10) oraz pielęgnacji zieleni (poz. 9).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. oraz Przedsiębiorstwo „MIK" Roboty Drogowe i Ziemne Sp. z o.o. złożyli wyjaśnienia, w których oświadczyli, że w cenie oferty uwzględnili wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Wskazali również główne czynniki mające wpływ na wysokość ceny w zakresie zimowego utrzymania dróg, w szczególności koszt podwykonawców wykonujących usługi na konkretnych odcinkach dróg, koszt materiałów (przewidywane zużycie soli i soli specjalnej, chlorek wapnia, piasek, paliwo do pługosolarek), koszt urządzeń (samochody, nośniki solarek, solarki, pługi, ładowarki, równiarki), koszty osobowe, koszt ustawienia i zdjęcia zasłon przeciwśnieżnych, koszt zimowego utrzymania ścieżek i chodników. W zakresie zaś utrzymania zieleni i rowów przydrożnych wskazano w szczególności na koszt podwykonawcy, koszty osobowe, koszty ciągników wraz z kosiarkami, koszty samochodów dostawczych użytkowanych przez zespoły utrzymaniowo-monitorujące, koszty samochodów dostawczych przy koszeniu i wywozie pokosu, koszt doprowadzenia do standardu zieleni wysokiej, koszt utrzymania drzew. Podano również rezerwę oraz zysk.

Szczegółową kalkulację kosztów, oferty podwykonawców, wykaz osób zatrudnionych, przykładowe umowy o pracę, mapy z przyporządkowaniem zespołów Przystępujący przedstawił w dalszej części pisma, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując że zastrzeżone elementy są związane z konkretnymi rozwiązaniami, opierającymi się o wypracowany know-how, a w niektórych przypadkach warunkiem współpracy było zawarcie umowy w zakresie poufności lub podjęcie zobowiązania dochowania tajemnicy handlowej. Przystępujący przygotował również załączniki w wersji umożliwiającej odtajnienie, możliwe do udostępnienia innym wykonawcom.

W dniu 20 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. oraz Przedsiębiorstwo „MIK" Roboty Drogowe i Ziemne Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością 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.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej cny, informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego (z zastrzeżeniem tych wymienionych poniżej) w toku rozprawy w dniu 13 grudnia 2017 r.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 grudnia 2017 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z kosztorysu ofertowego Firmy Handlowo Usługowej ER TRANS E. B. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wardex A. W., Transport Towarowy S. S.C. H. S., M. S., M. P. oraz P.H.U. ROSA B. R. na okoliczność wykazania, że zaoferowana przez Przystępującego cena jednostkowa jest nierealna, nierynkowa, a także dowodu z kosztu pracy równiarek wraz z fakturami VAT na okoliczność, że zarówno cena, jak i liczba godzin przyjęta przez Przystępującego są nierealne. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto, sam fakt, iż inne podmioty w sposób odmienny kalkulowały ceny w innych postępowaniach, których zakres przedmiotowy nie musi być tożsamy z niniejszym, nie może stanowić zarzutu wobec Zamawiającego.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Przystępującego dowodów z umowy z Zamawiającym z roku 2010 oraz 2014, na okoliczność wykazania

nieporównywalnych stawek w stosunku do obecnej umowy, w tym innego sposobu rozliczeń i systemu zleceń oraz dowodu z zarządzenia Zamawiającego z dnia 23 września 2016 r. oraz 9 września 2015 r. w sprawie standardów utrzymani dróg karkowych, dla których zarządcą jest Zamawiający na okoliczność, iż standardy te zostały uwzględnione w cenie Przystępującego. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył w JEDZ nieprawdziwe oświadczenie w Części II Sekcji D polegające na niewskazaniu znanych wykonawcy na etapie składania ofert podwykonawców, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z pkt 5.5 SIWZ Instrukcja dla wykonawców, dalej: „IDW", Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, zgodnie z pkt 10.9 IDW, który stanowi, że Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców;
b) nie jest zobowiązany do przedstawienia dla każdego podwykonawcy informacji wymaganych w części II Sekcja A i B oraz części III jednolitego dokumentu.
c) jest zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

W ocenie Izby wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Ponadto, art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje stricte żądania podania „wszystkich firm podwykonawców", a jedynie pewnego projektu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej słuszne z uwagi na kształt i treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dopuszczającego sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał

wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Także sam fakt, że nie wskazano firm podwykonawców nie oznacza, że zaoferowano rażąco niską cenę.

Takiego wykonawcy nie można też wykluczyć, bowiem katalog przesłanek wykluczenia jest zamknięty, żadna z nich nie przewiduje możliwości wykluczenia w sytuacji niewskazania firm podwykonawców. Ponadto, Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia określonego w art. 25a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić, że będzie dokonywał oceny braku podstaw do wykluczenia wobec podwykonawcy. Niemniej, nawet gdyby taka procedura została przewidziana to ustalenie przez zamawiającego, iż w stosunku do wskazanego podwykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia nie daje również podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Pojęcie „wprowadzenia w błąd" jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała.

Warto zaznaczyć, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy wszystkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Decydujący jest skutek w postaci wpływu na wynik, niezależnie od tego czego informacja dotyczy. Przesłanka ta aktualizuje się więc jedynie gdy wprowadzenie w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czyli *de facto* jedynie w przypadku gdyby brak wskazania nazw podwykonawców w JEDZu stanowił przesłankę wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy.

Zatem, skoro brak wskazania podwykonawców w niniejszym stanie faktycznym nie skutkuje ani wykluczeniem wykonawcy ani nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty, oznacza to że sytuacja wykonawcy nie może ulec zmianie, wciąż Przystępujący jest wykonawcą najkorzystniejszym, niezależnie czy wypełniłby czy nie Część II Sekcji D standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp mającego się wyrażać zaniechaniem odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie ceny istotnych elementów świadczenia, dotyczących zimowego utrzymania dróg oraz pielęgnacji

zieleni. Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Przystępujący wskazał koszty realizacji zamówienia, opisał również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag

ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Wyjaśnienia te należy uznać za wystarczające.

Z uwagi zaś na specyfikę przedmiotu zamówienia (usługa), przedstawienie dodatkowych kalkulacji, których oczekiwał Odwołujący, należy uznać w niniejszym stanie faktycznym za zbędne. Izba podziela pogląd, że co do zasady ceny oferowane przez podwykonawców nie powinny być bezrefleksyjnie przyjmowane, aczkolwiek nie oznacza to, że istnieje obowiązek przedkładania zamawiającemu przez wykonawców, którzy składają wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, dodatkowych kalkulacji pochodzących od podmiotów trzecich, potwierdzających realność zaoferowanej stawki. Powoływanie się na brak kalkulacji szczegółowej przyjętej do wyceny robót jest również niezrozumiałe, skoro przedmiotem zamówienia jest usługa.

W ocenie Izby, na podstawie udzielonych wyjaśnień, Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Istnieją różne metody kalkulacji kosztów, a wynikać mogą one chociażby z odmiennego sposobu alokacji tych kosztów w ramach danego zadania. Sposób uwzględnienia w poszczególnych projektach kosztów bieżącej działalności przedsiębiorcy oraz rozliczania wydatków pośrednich (koszty pracownicze) wynika ze stosowanej przez przedsiębiorcę polityki i może zasadniczo różnić się nawet pomiędzy przedsiębiorcami działającymi w tym samym segmencie rynku. Izba wskazuje, że odnoszenie się Odwołującego do minimalnej wysokości wynagrodzenia w 2018 r. nie jest do końca zrozumiałe, gdyż Zamawiający w SIWZ przewidział stosowne klauzule waloryzacyjne. Zgodnie z §7 ust. 4 wzoru umowy wynagrodzenie wykonawcy określone w § 4 ust. 1 ulegnie zmianie o poniesione przez wykonawcę koszty w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 4. Umowa zostanie zawarta na 4 lata, a minimalna stawka godzinowa ustalana jest corocznie i może każdorazowo ulec zmianie. Nawet gdyby uznać, że profesjonalny wykonawca winien uwzględnić w kosztach minimalną stawkę godzinową przewidzianą na najbliższy rok, nie sposób stwierdzić, że przedstawione w wyjaśnieniach

koszty osobowe są zaniżone, jak twierdził Odwołujący, o prawie 40%. Brak bowiem podstaw do uznania, że koszty osobowe w wysokości 17.000 zł dotyczą dwóch lokalizacji.

Ponadto, należy podkreślić, iż przedstawionych na rozprawie wyliczeń nie można uznać za rzetelne, z uwagi chociażby na fakt, że wyliczenia w zakresie zieleni i rowów zawierają pewne nieścisłości. Przykładowo z wyjaśnień Przystępującego wynika, że koszt roczny doprowadzenia do standardu zieleni wysokiej to ponad 19.000 zł, a nie jak wskazał Odwołujący 14.100 zł. Ponadto, z wyjaśnień Przystępującego wynika, że kwota 8.148 zł stanowi rezerwę i zysk w ujęciu miesięcznym, a nie jak wskazał Odwołujący w ujęciu rocznym. Dodatkowo, niezrozumiałe jest wskazanie kwoty 510.000 zł jako rocznego kosztu wykaszania trawy, skoro powierzchnia jednorazowego koszenia wynosi ok. 170 ha, przy stawce dla podwykonawcy wynoszącej 0,06 zł/m2 koszenia. Przystępujący wyraźnie wskazał, że zakłada jedynie pierwsze wykoszenie wszystkich traw po zimie przez podwykonawcę, a kolejne wykaszanie wykona własnymi zasobami. Zatem, koszt roczny wykaszania trawy, zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego, to koszt podwykonawcy (102.000 zł) oraz koszty osobowe (134.400 zł + 145.600 zł), co nie daje kwoty 510.000 zł.

Izba podzieliła natomiast stanowisko Odwołującego co do odmowy ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności i nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia swojego stanowiska. Nawet jeśli można by było objąć mapy oraz oferty cenowe skierowane do konkretnego podmiotu gospodarczego w związku z realizacją konkretnego zamówienia tajemnicą przedsiębiorstwa, należało wykazać istnienie przesłanek umożliwiających ich zastrzeżenie. Ogólne deklaracje, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorcy są niewystarczające, aby uznać zastrzeżenie za skuteczne w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności poszczególnych informacji ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:
1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby, Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania przesłanek określonych powyżej, w szczególności nie wskazał czy, a jeśli tak, to jakie, podjęto

25

---

niezbędne działania w celu zachowania poufności (stwierdzenie jedynie, że w niektórych przypadkach warunkiem współpracy było zawarcie umowy w zakresie poufności lub podjęcie zobowiązania dochowania tajemnicy handlowej zdaniem Izby jest niewystarczające). Co więcej, treść ww. oświadczenia Przystępującego wskazuje, że nie podjął on nawet próby wykazania, że zastrzeżone przez niego w piśmie z dnia

13 listopada 2017 r. informacje

stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem Przystępujący poprzestał jedynie na przytoczeniu treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dwóch wyroków KIO i ogólnych deklaracji, że wskazane informacje mają istotną wartość techniczną, technologiczną oraz organizacyjną, czego w ocenie Izby w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedstawiona przez Przystępującego na rozprawie uzupełniająca argumentacja stanowi w efekcie dodatkowe wykazanie istnienia przesłanek uzasadniających wyłączenie jawności i winna być przedłożona i ocenione przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, a zatem przed wyborem oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do dokumentu przedstawianego na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nim informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu, a nie dopiero w trakcie postępowania odwoławczego.

Niemniej, odtajnienie i udostępnienie ww. informacji, które nawet jeśli mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, a czego nie wykazano, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, zważywszy na fakt, że Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym nakazanie odtajnienia zastrzeżonych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania, a ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w ocenie Izb brak jest podstaw do jego uwzględnienia. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia, gdyż postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym podpisanie umowy. Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem (np. w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki lub w innych trybach niekonkurencyjnych). Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do naruszenia uregulowanego w ww. przepisie wymogu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

26

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: ……..……..……..……..…