Sygn. akt: KIO 2411/23

WYROK
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **SAATZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Dzielna 60, 01-029 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**, ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon,**FALCONE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Ludwikowo 7, 85-502 Bydgoszcz, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1**Oddala odwołanie**.
2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – SAATZ Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2411/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – MPK w Poznaniu Sp. z o.o., w trybie podstawowym n*anaprawę główną razem z modernizacją tramwaju Solaris Tramino S100* (sygn. postępowania: AL.0140.06.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.04.2023 r.,2023/S 072-219751, wobec czynności polegających badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym zaniechania udostepnienia treści wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny (Konsorcjum: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k./Falkone Sp. z o.o.) i zaniechania unieważnienia postępowania, wniesione zostało w dniu 14.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy SAATZ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt1, art. 17 ust. 2, art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz art. 117 ust. 1, 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum SPS-Falkone do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w rozdziale VII pkt 2.1 swz złożonych celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.5.1 swz, co skutkowało wyborem oferty złożonej przez wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu;

   ewentualnie w razie nieuwzględnienia powyższego zarzutu

   - art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2, art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz art. 117 ust. 1, 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum SPS-Falkone do złożenia wyjaśnień odnośnie przedmiotowych środków dowodowych, oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w rozdziale VII pkt 2.1 swz złożonych celem wykazania spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.5.1 swz

2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") poprzez ograniczenie dostępu do informacji zawartych w zastrzeżeniu przez SPS-Falkone tajemnicy przedsiębiorstwa oraz informacji zawartych w wyjaśnieniach i dowodach załączonych do wyjaśnień, które konsorcjum SPS-Falkone złożyło w wykonaniu wezwania zamawiającego z 12.07.2023r. do złożenia – w reżimie art. 224 ust. 1 Pzp – wyjaśnień ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych pomimo, że konsorcjum SPS-Falkone nie wykazało, że informacje objęte zastrzeżeniem rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego zarzutu

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 i 6, art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum SPS-Falkone, chociaż wyjaśnienia oraz dowody złożone przez to konsorcjum w wykonaniu wezwania z 12.07.2023 r. do wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych składowych nie uzasadniały podanej w ofercie tych wykonawców ceny oraz kosztu;

3. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i ust. 5 Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 15 i pkt 16 i art. 222 ust. 1 i 3 oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo powstania wskutek zmiany swz z dnia 05.05.2023 r. niedopuszczalnych i nieusuwalnych rozbieżności wewnątrz treści swz w zakresie terminu składania ofert oraz terminu otwarcia ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie konsorcjum SPS-Falkone do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.5.1 swz, ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień w podmiotowych środków dowodowych, a także nakazanie udostępnienia informacji, w tym wyjaśnień i dowodów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 12.07.2023 r., jak również informacji zawartych w samym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum SPS-Falkone, jako zawierającej rażąco niską cenę i unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 4.08.2023 r., a o uznaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum SPS-Falkone w dniu 14.08.2023 r.

Zamawiający ostatecznie wprowadził trzy możliwe sposoby wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych.

Konsorcjum SPS-Falkone skorzystało z możliwości wykazania łącznie, że (a) posiada wdrożony u siebie system zarządzania jakością oparty o standard ISO TS (IRIS) i (b) wykonał należycie (naprawy zakończone pozytywnym odbiorem końcowym), co najmniej naprawy okresowe, na poziomie utrzymania P4 lub/i P5, szynowego pojazdu trakcyjnego (pasażerskiego elektrycznego zespołu trakcyjnego) oraz jednocześnie ,(c) że świadczył w ww. okresie lub świadczy, serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny wagonów tramwajowych, wyposażonych w system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi, oparty o pokładową sieć transmisji danych CAN lub podobną, napędzanych silnikami prądu przemiennego, z minimum 60% udziałem niskiej podłogi, dla łącznej liczby, nie mniejszej niż 12 tramwajów (rozdział V pkt 1.5.1 lit. c swz).

Konsorcjum w sposób nieuprawniony podjęło niezgodną z warunkiem próbę rozdzielenia „jednoczesnych" elementów warunku. Lider konsorcjum, który posiada certyfikat systemu zarządzania jakością IRIS oraz ma doświadczenie w zakresie 2 napraw okresowych poziomu P4 EZT, nie posiada żadnego doświadczenia w zakresie serwisu tramwajów. W konsekwencji nastąpił wybór oferty dwóch podmiotów, z których żaden nie spełnia łącznie określonego warunku. Falkone posiada jedynie wątpliwe, a przy tym niedostateczne względem przedmiotu zamówienia doświadczenie i referencje dotyczące serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego wagonów tramwajowych.

Wskazując na art. 117 ust. 4 Ustawy Odwołujący podnosił, iż w przypadku polegania przez członków konsorcjum na doświadczeniu członka takiego członka konsorcjum łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Kluczowe znaczenie odgrywa rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznego podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnego doświadczenia. Z oświadczenia o podziale zadań między członkami konsorcjum wynika, jakoby całość prac w zakresie pojazdu tramwajowego miał merytorycznie nadzorować podmiot, który nie dysponuje żadnym doświadczeniem w zakresie nie tyle budowy, naprawy czy modernizacji tramwajów, co serwisu gwarancyjnego/pogwarancyjnego pojazdów tramwajowych. Z kolej część zadań miałaby realizować podmiot, który nie wykazał, że wdrożył system zarządzania IRIS.

We wskazanych okolicznościach konsorcjum SPS-Falkone powinno być wezwane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do przedłożenia prawidłowych środków dowodowych, a na wypadek nie uwzględnienia tego zarzutu, konsorcjum winno zostać wezwane do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu niezasadnego uznania tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, iż w sytuacji gdy SPS-Falkone wspólnie ubiegają się o zamówienie, to wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazanie podjęcia przez każdy z tych podmiotów starannych, indywidualnych i konkretnych środków mających na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa musiało dotyczyć w pełnym zakresie każdego z tych wykonawców z osobna. Zamawiający uznał pismem z 14.08.2023 r. za tajemnicę przedsiębiorstwa wszelkie informacje przedłożone w wykonaniu wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Takie zastrzeżenie ma być wadliwe z uwagi na kilka powodów:

- zastrzeżeniu mogą podlegać jedynie informacje, a nie całe dokumenty (zasada minimalizacji zastrzeganych informacji), w każdym przypadku, gdy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy lub dowody na poparcie twierdzeń w tym zakresie nie zostały przedłożone wraz ze złożeniem wyjaśnień RNC, to wszelkie informacje przedkładane w wykonaniu wezwania z 12.07.2023 r. powinny zostać udostępnione, co obejmuje również informacje dotyczące samego zastrzeżenia.

- zastrzeżeniu podlegać mogą jedynie informacje, które „należą" do wykonawcy, nie są nimi informacje przygotowane przez Zamawiającego w wezwaniu;

- kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie pod warunkiem, że charakteryzuje się unikalnym, autorskim charakterem i posiada elementy wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii.

Zarzut rażąco niskiej ceny (zarzut ewentualny) podniesiony został na wypadek nieuwzględnienia zarzutu w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie mając dostępu do wyjaśnień i dowodów Odwołujący sformułował tezę, iż wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz kosztu, a w szczególności ich istotnych części składowych.

Odwołujący wskazał, iż rynkowe ceny zakupu, w istotnych częściach składowych odbiegają od cen podanych w wyjaśnieniach, na którą to okoliczność Odwołujący zapowiedział złożenie na rozprawie tabelarycznego zestawienia cen zakupu wraz z tabelarycznym zestawienie czasu realizacji oraz kosztów z tym związanych.

Ponieważ część komponentów nie jest już produkowanych wystąpi potrzeba zastosowania zamiennika, co wymagać będzie wykonania dokumentacji zamiennika.

Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp został sformułowany w oparciu o zapisy swz, które miały zawierać wewnętrznie sprzeczne informacje dotyczące terminu składania ofert oraz terminu otwarcia ofert. W wyniku zmiany swz z dnia 05.05.2023 r. Zamawiający pozostawił w swz termin wskazany na 08.05.2023 (XIII ust. 1). Równocześnie wprowadził jako termin składania ofert 12.05.2023 r. (pkt XIII ust. 2). Swz zawierała zatem rozbieżne terminy składania ofert.

Zgodnie z rozdziałem XIII ust. 4 swz, otwarcie ofert nastąpi kolejnego dnia, co powinno oznaczać albo 9.05.2023 r. albo 13.05.2023 r. Z powyższym sformułowaniem niezgodna jest informacja, że otwarcie ofert nastąpi w dniu 12.05.2023 r. (rozdział XIII ust. 4 swz).

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili: Konsorcjum SPS Sp. z o.o. Sp. k./Falkone Sp. z o.o. – po stronie Zamawiającego oraz Modertrans Poznań Sp. z o.o. – po stronie Odwołującego.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron i zgłaszających przystąpienia Izba rozpoznała pozytywnie opozycję Zamawiającego wobec zgłoszenia przystąpienia przez Modertrans Poznań Sp. z o.o. Zamawiający podniósł, iż zgłaszający przystąpienie utracił status wykonawcy w postępowaniu w następstwie odrzucenia jego oferty, co nastąpiło jednocześnie z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 4.08.2023 r. Ponieważ nie wnosił odwołania, w dniu zgłoszenia przystąpienia (co nastąpiło już po upływie 10 dni na wniesienie odwołania), tj. 18.08.2023 r., należało uznać, iż przestał być wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na posiedzeniu podmiot ten wskazał na nową definicję wykonawcy z art. 7 pkt 30 Ustawy w celu wykazania, iż odrzucenie jego oferty nie miało znaczenia dla jego statusu w postępowaniu. Zgodnie z powołaną definicją jako wykonawcę należy rozumieć *osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.* Zmiana w rozumieniu wykonawcy polega na uzupełnieniu o wskazanie na podmioty oferujące usługi, dostawy i roboty budowlane, co nie oznacza, że badanie statusu danego podmiotu jako wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało zredukowane wyłącznie do określenia oferowania usług, dostaw i robót, z jakimi Ustawa wiąże ten status. W ocenie składu orzekającego aktualnym pozostaje rozumienie wykonawcy składającego ofertę w przetargu, który pozostaje tym wykonawcą do momentu, gdy jego oferta pozostaje ważna w postępowaniu. Z momentem jej odrzucenia nie ma już wykonawcy w postępowaniu, który złożył ofertę. Nie oznacza to również, iż status wykonawcy może być w takiej sytuacji dalej wiązany z faktem działania w danej branży i oferowania przedmiotu zamówienia, co stanowi odrębny od czynności związanych ze złożeniem oferty, aspekt badania statusu, który ma pozostawać niezmienny dla danego podmiotu w całej procedurze zmierzającej do udzielenia zamówienia. Status Modertrans Poznań Sp. z o.o. jako wykonawcy w postępowaniu od początku był związany z faktem ubiegania się o zamówienie, co nastąpiło w drodze złożenia oferty w postępowaniu. Przyjmując możliwość powołania się na sam fakt oferowania na rynku usług, dostaw, czy też robót budowlanych dla ustalenia statusu wykonawcy, traciłyby w zasadzie znaczenie pozostałe elementy tej definicji, które również mają odniesienie do faktu prowadzenia działalności i oferowania przedmiotu zamówienia. W ocenie składu należy zatem uwzględnić to, że Modertrans Poznań Sp. z o.o. w momencie złożenia oferty potwierdził swój status w postępowaniu, który istniał do momentu ostatecznego odrzucenia jego oferty. W świetle powyższego, Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym tego podmiotu, jak również pominęła jego stanowisko w sprawie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Jednocześnie Zamawiający uznał w części zarzut nieuprawnionego utajnienia części dokumentacji złożonej przez konsorcjum SPS/Falkone w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i udostępnił dokumenty, które w jego ocenie nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, w trakcie rozprawy w związku z oświadczeniem Odwołującego, iż nie zostało odtajnione w całości oświadczenie z dnia 24.07.2023 r. (oświadczenie *klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa*), Zamawiający przesłał do stron oraz do KIO odtajnione oświadczenie. Wobec czynności odtajnienia dokumentów poprzedzonego oświadczeniem o uwzględnieniu w części zarzutu, wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Konsorcjum SPS/Falkone, wyjaśnienia tego wykonawcy oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutów, rozpoznaniu podlegały zarzuty związane z badaniem zdolności technicznych i zawodowych konsorcjum, jak również badaniem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz rażąco niską ceną oferty wybranej. Na posiedzeniu przed skierowaniem odwołania na rozprawę skład orzekający ustalił, iż zarzut zaniechania unieważnienia postępowania został podniesiony z naruszeniem terminu do zakwestionowania działań Zamawiającego stanowiących jego podstawę. W prawdzie Odwołujący wskazywał, iż do momentu rozstrzygnięcia postępowania nie można było wykluczyć tego, iż Zamawiający dostrzeże jego wadę i unieważni postępowanie, to w ocenie składu orzekającego, czynność unieważnienia postępowania, jako pozostająca w bezpośrednim i jedynym związku z postanowieniami swz, powinna być w okolicznościach tej konkretnej sprawy badana w terminie liczonym od dnia, w którym wystąpić miały podstawy faktyczne wskazujące na wadę tego postępowania (na które nie miały wpływ dalsze czynności podejmowane w procedurze przetargowej). Przyjęcie w okolicznościach tej sprawy, iż do czasu rozstrzygnięcia przetargu nie można było ustalić początku biegu terminu do kwestionowania zaniechania unieważnienia postępowania (Zamawiający pozostawał w zaniechaniu do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej), a ten powinien być powiązany wyłącznie z terminem czynności zakończenia procedury przetargowej, prowadziłoby do naruszenia terminów korzystania z środków ochrony prawnej. Jedynie w sytuacji, gdyby wady w dokumentacji miały objawić się w toku badania ofert, co również mogłoby być spowodowane treścią swz (np. kryteriami oceny ofert), można ewentualnie wnioskować, iż wykonawca nie mógł ustalić wcześniej istnienia podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego. Ponieważ

Ustawa w art. 515 ust. 2 Ustawy w zakresie postanowień swz zakreśla termin na wniesienie odwołania liczony od dnia publikacji dokumentacji lub zmian w niej wprowadzonych, nie może być on liczony odmiennie, co w tym postępowaniu miałoby nastąpić licząc od dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie składu orzekającego, przy niejasnych postanowieniach swz i braku zakwestionowania ich na właściwym etapie postępowania, nie można wyłącznie na tej podstawie kwestionować dalszych czynności w postępowaniu. Pozostają one wiążące, a ewentualna wada postępowania możliwa do zakwestionowania na etapie badania i oceny ofert, powinna mieć odniesienie do tych zapisów, które uniemożliwiłyby jej zakończenie w sposób pozytywny. Odwołujący ani nie kwestionował treści swz (co do ustalenia terminu składania ofert oraz terminu otwarcia ofert), jak również nie korzystał z prawa, do wniesienia odwołania na czynność otwarcia ofert, która nastąpiła w dniu 12.05.2023 r. Co istotne w sprawie, żadne dalsze czynności nie zmieniał i nie wpływały na ocenę czynności związanych z otwarciem ofert złożonych w postępowaniu. O czynności tej wykonawca był powiadomiony, a dalsze czynności w postępowaniu w żaden sposób nie mogły wpłynąć na okoliczności mające stanowić podstawę zarzutu. Skoro Odwołujący nie kwestionował czynności składania ofert i ich otwarcia w oparciu o treść swz, to czynności te jako ostateczne stały się podstawą do dalszych podejmowanych w postępowaniu decyzji. Jednocześnie, żadna dalsza czynność w postępowaniu nie miała związku z treścią swz, która miała stanowić o wadzie postępowania przetargowego.

W ocenie składu orzekającego potrzeba podniesienia zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania była podyktowana wyłącznie ustalonym wynikiem badania ofert, a nie rzeczywistym wpływem na wynik oceny czynności składania i otwarcia ofert. Dopuszczenie takiego zarzutu do rozpoznania oznaczałoby w tych okolicznościach przywrócenie terminu na odwołanie, a w zasadzie zawieszenie jego biegu, do czasu ustalenia wyniku postępowania, co w zależności od sytuacji oferty korzystającego z środków ochrony prawnej, pozwalałoby temu podmiotowi na utrzymanie wyniku lub doprowadzenie do jego uchylenia. Ponieważ źródłem wady postępowania miały być zapisy swz i to związane wyłącznie z ustaleniem terminu na złożenie ofert i ich otwarcie, a nie postanowieniami mającymi znaczenie na ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej, nie można uznać, iż zarzut, którego wyłączną podstawą jest kwestionowanie jasności tych postanowień, mógł być podniesiony na etapie zakończonej oceny ofert.

Przechodząc zatem do pozostałych zarzutów Izba ustaliła i zważyła.

Obecne postępowanie jest drugim prowadzonym w celu zawarcia umowy, której przedmiotem będzie wykonanie naprawy głównej razem z modernizacją tramwaju Solaris Tramino S100. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 4 do swz. Odwołujący wskazał w oparciu o te zapisy, iż prace dotyczą tramwaju prototypowego, wyprodukowanego pod marką Solaris. „Zamawiający wymaga, aby tramwaj po wykonanej naprawie posiadał w miarę możliwości rozwiązania techniczne, dla których wymagane są zmiany opisane w niniejszym dokumencie, zbliżone zastosowanymi w tramwaju referencyjnymi – Solaris Tramino S105p, dotyczy to w szczególności funkcjonalności i sposobu działania systemów pokładowych, rozmieszczenia urządzeń oraz interfejsów użytkownika w urządzeniach informatycznych oraz oprogramowaniu” (pkt 1.1 SOT).

Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał trzy możliwe sposoby potwierdzenia, tj.,:

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed datą upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) wykonał należycie naprawy główne (naprawy zakończone pozytywnym odbiorem końcowym), co najmniej 3 sztuk tramwajów wieloczłonowych, z minimum 60 % udziałem niskiej podłogi, wyposażonych w, system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi, oparty o pokładową sieć transmisji danych - CAN lub podobną, napędzanych silnikami prądu przemiennego,

lub

b) wykonał należycie (zakończył), co najmniej 1 dostawę fabrycznie nowych, wieloczłonowych wagonów tramwajowych, z minimum 60 % udziałem niskiej podłogi wyposażonych w system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi, oparty o pokładową sieć transmisji danych - CAN lub podobną, napędzanych silnikami prądu przemiennego, o łącznej liczbie, nie mniejszej niż 3 sztuki.

lub

c) posiada wdrożony u siebie system zarządzania jakością oparty o standard ISO TS (IRIS) i wykonał należycie (naprawy zakończone pozytywnym odbiorem końcowym), co najmniej 2 naprawy okresowe, na poziomie utrzymania P4 lub/i P5, szynowego pojazdu trakcyjnego (pasażerskiego elektrycznego zespołu trakcyjnego) oraz jednocześnie wykaże, że świadczył w ww. okresie lub świadczy, serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny wagonów tramwajowych, wyposażonych w system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi, oparty o pokładową sieć transmisji danych – CAN lub podobną, napędzanych silnikami prądu przemiennego , z minimum 60% udziałem niskiej podłogi, dla łącznej liczby, nie mniejszej niż 12 tramwajów.

Wskazany w lit. c) warunek został wprowadzony odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 05.05.2023 r., zadane przez Konsorcjum SPS/Falkone. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2 nie uwzględnił innej propozycji brzmienia warunku, który miał być powiązany z certyfikatem ECM oraz kompetencjami związanymi ze świadczeniem serwisu gwarancyjnego producenta pojazdów Tramino dla minimum 10 tramwajów, co jak wyjaśnił na rozprawie, ograniczać miałoby konkurencję.

W rozdziale VII pkt 12 swz Zamawiający określił sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja.

***12.** Podmioty występujące wspólnie:*

***12.1.** Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia (np. konsorcjum, s.c.) powinni spełniać wspólnie warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków, zgodnie z zapisami zawartymi w Rozdziale VII SWZ. Ponadto, Wykonawcy tacy, ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. **Dokument ustanawiający pełnomocnika (pełnomocnictwo) winien być załączony do oferty**. Pełnomocnictwo powinno jednoznacznie określać postępowanie, do którego się odnosi i precyzować zakres umocowania oraz wymieniać wszystkich Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia.*

12.2. *Wszelka korespondencja prowadzona będzie wyłącznie z pełnomocnikiem ze skutkiem dla wszystkich Wykonawców składających ofertę wspólną.*

12.3. *W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu oceniane będzie łącznie, natomiast badanie braku podstaw do wykluczenia przeprowadzane będzie w odniesieniu do każdego z Wykonawców.*

12.4. *Jeżeli zostanie wybrana oferta Wykonawców wspólnie ubiegający się o niniejsze zamówienie, Zamawiający żąda przekazania przed zawarciem umowy o realizację zamówienia kopii umowy regulującej ich współpracę. Rekomenduje się by umowa zawierała w swojej treści następujące postanowienia:*

12.4.1. *sposób ich współdziałania,*

12.4.2. *zakres prac powierzonych do wykonania każdemu z nich,*

12.4.3. *solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia,*

12.4.4. *wskazanie, że jeden z Wykonawców jest upoważniony do zaciągania zobowiązań i do przyjmowania instrukcji na rzecz i w imieniu wszystkich Wykonawców razem i każdego z osobna oraz przyjmowania płatności od Zamawiającego.*

W terminie składania ofert – zmienionym odpowiedzią na pytanie nr 3 z 05.05.2023 r. na 12.05.2023 r. godzina 10:00, złożone zostały trzy oferty.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 3.500.000,00 zł netto. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.305.000,00 zł brutto.

W ofertach zaoferowano ceny: Konsorcjum SPS/Falkone – 3.787.700,00 zł brutto; Modertrans Poznań Sp. z o.o. - 4.852.350,00 zł; Saatz Sp. z o.o. – 4.550.987,00 zł brutto.

Zamawiający pismem z 12.07.2023 r. zwrócił się do Konsorcjum SPS/Falkone do złożenia*wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/kosztu realizacji zamówienia, tj.:*

a)składowych ceny zaoferowanej za wyposażenie specjalistyczne opisane m.in. w par. 1 ust. 1 PPU (Projektowe Postanowienia Umowy), w odniesieniu do poszczególnych jego elementów, w szczególności:

- przystosowanie lub jeżeli nie będzie to możliwe, to dostawę wózków technologicznych oraz wózka do holowania z uszkodzonym zespołem jezdnym,

- przystosowanie tokarki podtorowej do toczenia zestawów kołowych,

- dostarczenie ściągacza do wymiany sprężyn metalogumowych odsprężynowania 1 stopnia typu 13902401 010 produkcji GMT,

- dostarczenie kpl. adapterów do podnoszenia tramwaju,

- pozostałe wymagane wyposażenie lub jego przystosowanie

b) składowych ceny zaoferowanej za naprawę tramwaju, w odniesieniu do poszczególnych zakresów jego naprawy, określonych w Szczegółowym Opisie Technicznym (SOT) oraz PPU, zgodnie z załączoną tabelą – wykaz wymaganych czynności, koniecznych do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum SPS/Falkone złożyło wyjaśnienia zastrzegając informacje w nich zawarte, jako tajemnicę przedsiębiorstwa – wyjaśnienia z 24.07.2023 r. Zamawiający po wniesieniu odwołania odtajnił w części wyjaśnienia, w tym obejmujące informacje o sprzyjających wykonawcy warunkach wynikających z doświadczenia, jak i możliwości samodzielnej realizacji części prac. Do tego odnosi się fragment:

Kolejnymi czynnikami wzmacniającymi i sprzyjającymi utworzeniu korzystnej kalkulacji, jest nasza duża samodzielność w wykonywaniu szeregu czynności. W tym celu podjęliśmy wspólną decyzję o utworzeniu konsorcjum dwóch firm SPS i Falkone.
Bogata wiedza techniczna, współpraca z osobami odpowiedzialnymi za projektowanie i produkcję modelu S100 (w odróżnieniu od innych podmiotów), kompetencje w zakresie napraw i serwisowania pojazdów marki Tramino -potwierdzone przez samego producenta pojazdu oraz zaplecze techniczne wraz z rozbudowanym parkiem maszyn, pozwalają nam w szczególności samodzielnie wykonywać czynności związane m.in. z regeneracją konstrukcji pudeł, przekładni, kompletnych wózków, malatury pojazdu, prowadzenia wiązek elektrycznych, podłączenia urządzeń oraz uruchomienia pojazdu, które z powodzeniem realizujemy od wielu lat dla pojazdów szynowych i jest to model działania zdecydowanie korzystniejszy finansowo, niż zlecanie wybranych zakresów prac do przeprowadzenia firmom zewnętrznym.

Tajemnicą pozostały informacje precyzujące wycenę poszczególnych elementów wskazanych w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego na potrzebę złożenia wyjaśnień wraz z dowodem - ofertą.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum SPS/Falkone – wynik z 04.08.2023 r.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący opierał zasadniczo na wykładni i stosowaniu art. 117 ust. 3 Ustawy, co nie miało odniesienia do zapisów swz i ustalonego przez Zamawiającego sposobu wykazania spełnienia warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Odwołujący wskazał, iż przepis nakazujący poleganie na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, miał być rozstrzygającym dla ustalenia, czy konsorcjum, w ramach którego warunek związany z certyfikatem IRIS oraz doświadczeniem kolejowym wykazał jeden z konsorcjantów, a doświadczenie tramwajowe drugi, spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący nie uwzględniła wytycznych z swz, rozdział VII pkt 12.1 i 12.3, z których wynikało wprost, iż warunek udziału w postępowaniu konsorcjum mogło spełniać łącznie, a badanie podstaw wykluczenia z postępowania odbywać miało się oddzielnie dla każdego z konsorcjantów (Wykonawców).

W ocenie składu orzekającego, przy tak ustalonych okolicznościach, dla których decydującymi były postanowienia swz

określające sposób, w jaki konsorcjum mogło wykazać warunek udziału w postępowaniu, nie było uzasadnienia dla przyjęcia, iż co do zasady w postępowaniu nie było możliwe sumowanie potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Również nie było spornym ustalenie, że obaj członkowie konsorcjum będą zaangażowaniu w realizację zamówienia, co uwzględniało również to, że istotna część prac związanych z naprawą i modernizacją tramwaju będzie realizowana przez Falkone – legitymujące się doświadczeniem „tramwajowym". Z treści oferty nie wynika, aby wykonawca miał zamiar zlecić świadczenie usługi na zewnątrz, a jednocześnie obaj członkowie konsorcjum łącznie spełniali warunek udziału w postępowaniu. W ocenie składu, przy tak ustalonym sposobie badania spełnienia warunku przez konsorcjum, nie miały znaczenia opinie techniczne odnoszące się do porównywania zakresów doświadczeń „kolejowego" i „tramwajowego". To Zamawiający ustalając treść swz przesądził, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie możliwe jest łączne jego spełnienie, co nie oznaczało (w świetle zapisu pkt 12.3) spełnianie przez każdego z konsorcjantów samodzielnie i w całości. Nie miało również odniesienia do okoliczności badanej sprawy stanowisko powoływane przez Odwołującego, a prezentowane w wyroku KIO 1155/21 w zakresie porównania zakresów doświadczeń „kolejowego" i „tramwajowego". Jedyną skuteczną drogą do zakwestionowania zasad oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu było wniesienie odwołania na treść swz, a na obecnym etapie postępowania, tak Zamawiający, jak i Izba związana jest postanowieniami specyfikacji. Powoływanie się wyłącznie na regulację ustawową i wnioskowanie o możliwości modyfikacji zasad oceny wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie mogło prowadzić do przyjęcia sposobu oceny, w którym każdy realizujący prace członek konsorcjum miał spełniać w całości i samodzielnie warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie, w sprawie nie było spornym stwierdzenie, iż każdy z konsorcjantów będzie zaangażowany w prace, a zatem nie jest to sytuacja, w której konsorcjum zostaje zawiązane tylko w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale w celu połączenia potencjałów potrzebnych do wykonania zamówienia. Odwołujący dyskrecjonował fakt, iż konsorcjum posiada odpowiednie zaplecze techniczne, jak również to że Falkone wywodzi się z producenta tramwaju i posiada wieloletnie doświadczenie w serwisie pojazdów firmy Solaris. A to właśnie te właściwości pozwalają oceniać zdolność konsorcjum stworzonego przez podmioty posiadające doświadczenie zdobyte na rynku kolejowym i tramwajowym. Na tych samych zasadach należało zweryfikować wymóg dotyczący certyfikatu zarządzania jakością opartego o standard ISO TS (IRIS) i możliwość potwierdzenia spełnienia warunku w sytuacji, gdy współkonsorcjant zaangażowany w pracę będzie jednocześnie nadzorował i brał udział w pracach na etapie naprawy głównej, jak i modernizacji.

Na tej podstawie Izba oddaliła zarzut z pkt 1 – podstawowy i ewentualny.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 2 odwołania został on dwukierunkowo sformułowany, jako zarzut podstawowy związany z oceną skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oraz, jako zarzut ewentualny zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum SPS/Falkone, jako zawierającej rażąco niską cenę. Pomimo, iż Zamawiający uwzględnił w części zarzut podstawowy, Odwołujący podtrzymał zarzut uznając, iż częściowe odtajnienie informacji nie czyni zadość żądaniu odwołania.

Uwzględniając stan sprawy ustalony na dzień rozstrzygania, dla oceny czynności Zamawiającego znaczenie miały dokumenty nieodtajnione i odnoszące się do założeń kalkulacyjnych wraz z dowodami na ich wysokość.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż zarzuty wobec uzasadnienia utajnienia załączników do wyjaśnień, poza generalnymi tezami nie uwzględniały treści, która sama w sobie również prezentowała walor ekonomiczny tych informacji, a wynika wprost z wyceny istotnych elementów prac. Co do zasady Izba zgadza się z wytycznymi prezentowanymi w odwołaniu co do potrzeby rzeczowej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tej dokonuje się z uwzględnieniem okoliczności konkretnej prawy. Nie można przyjmować automatycznie wniosków prezentowanych w licznym orzecznictwie, jako wyłącznej wytycznej dla oceny tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie skład orzekający uwzględnił zarówno to, że informacje miały wartość gospodarczą wyrażoną kwotą oszczędności, co należy odnieść tak do organizacji wykonania prac siłami własnymi, jak i wynegocjowanych z podwykonawcami i poddostawcami cen materiałów i usług, których szczegóły zostały objęte klauzulą poufności. Odwołujący wskazując w sposób ogólny na brak wykazania wartości gospodarczej tych informacji pomijał wartość wyrażoną kwotą oszczędności, jakie dla tego zamówienia miały informacje zawarte w załącznikach – ostatecznie prowadzące do zaoferowania niższej ceny. Zasadniczym pozostaje jednak wykazanie przez wykonawcę, iż informacje spełniają kryteria ustawowe dla ich ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący powoływał argument mający podważać skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i zasadności oceny dokonanej przez Zamawiającego, jakim było powoływanie się na nieaktualny stan prawny, tj. art. 11 ust. 4 UZNK. Ponadto, o niedostatecznym wykazaniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa miało decydować, to że wykonawca nie zastrzegł informacji o podwykonawstwie w ofercie, a w załączniku nr 1 kolumna nr 4 prezentować miała te dane. Również wskazywał na autorski charakter kalkulacji przygotowanej przez Zamawiającego, co miałoby wykluczać know-how wykonawcy, jak również na prototypowy charakter tramwaju, co powoduje, iż nie będzie on objęty innym zamówieniem. Jak wskazał - kalkulacja ta nie przyda się zatem na potrzeby innych postępowań w kraju. Z uwagi na zastrzeżenie w całości dokumentu, co nie mogło być skuteczne, miało to przesądzać o konieczności odtajnienia całości treści dokumentów.

Odnosząc się do tych argumentów, skład orzekający uznał, iż dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Zamawiającego znaczenie ma zarówno samo uzasadnienie, jak i informacje, które w całości prezentują wartość i znaczenie tych informacji dla wykonawcy. Zamawiający dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach uprawniony i zobowiązany jest do ustalenia w jakim zakresie należy utrzymać klauzulę nałożoną przez wykonawcę. Skład orzekający prezentuje odmienne spojrzenie na skutki, jakie dla utrzymania tajemnicy informacji ma uznanie, iż uzasadnienie ich utajnienia może być niedostateczne dla całości informacji. Tak jak samo badanie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga każdorazowej, indywidulanej oceny, co wyklucza pewien automatyzm badania i wymagana większej dbałości przy ustalaniu znaczenia okoliczności, które może być różne w odmiennych stanach faktycznych. Tak również odtajnienie powinno być pozbawione automatyzmu, przy którym uzasadnieniem miałoby mieć samo stwierdzenie, iż nie wszystkie informacje zasługują na ochronę. Izba tym samym nie podziela wniosków, iż przy niedostatecznej treści uzasadnienia automatycznie należy odtajnić w całości informacje, jeżeli te same w sobie już wyczerpują przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie zawsze samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wyczerpuje badanie przesłanek. Tak jak miało to miejsce w badanej sprawie, Odwołujący zasadniczo wskazywał na wadliwość co do formy, a nie treści informacji, narzucając ich znaczenie wyłącznie przez pryzmat tego,

że sam Zamawiający przygotował formularz załącznika nr 1 do wypełnienia, co miałoby pozbawiać znaczenia danych pochodzących od wykonawcy. Tylko w oparciu o taki argument nie można stwierdzić, że szczegółowe wyliczenia prezentowane w załączniku nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wynika z charakteru tego zamówienia, rynek usług jest dość ograniczony i zasadniczo na rynku krajowym nie ma wykonawców zagranicznych. Patrząc na ilość ofert, jak i historię tego zamówienia o konkurencyjności przesądza zarówno dopuszczenie wykazania doświadczenia łącznie przez konsorcjum, jak również możliwości samodzielnej realizacji prac, co ma wprost odniesienie do organizacji usługi i ewentualne uzależnienia od konieczności zlecania usług na zewnątrz. Jednocześnie wiedza o kosztach własnych w zakresie części prac pozwala ustalić nie tylko dla tego zamówienia warunki ekonomiczne kontraktu, ale również może mieć znaczenie dla innych przyszłych kontraktów z uwagi na ujawnienie poziomu kosztów, co może mieć znaczenie przy innych negocjacjach, chociażby w formule zlecenia podmiotom tworzącym konsorcjum podwykonawstwa. Co istotne, z utajnionej części załącznika nr 1 wynika jakie możliwości organizacyjne i techniczne ma konsorcjum, jak również jakie ma to przełożenie na koszty. Mając na uwadze charakter zamówienia, wynikający z faktu, iż pojazd szynowy zbudowany jest z szeregu podzespołów różnych producentów, uzyskanie dostępu do podzespołów w dużym stopniu determinuje koszty po stronie wykonawcy. Ponieważ podzespoły pozostają niezmienne, to właśnie zdolności organizacyjne procesu, czy wręcz możliwość wykonania samodzielnego prac, faktycznie wskazuje na pozycję podmiotu na rynku. Jak wynika z dowodu złożonego przez samego Odwołującego – różnice są istotne, uwzględniając zakres podwykonawstwa po stronie Odwołującego, co ma przełożenie na koszty. Jednocześnie nie jest prawdziwe oświadczenie, jakoby tylko wycena przedstawiona przez Odwołującego miała prezentować poziom cen po jakich możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak sam potwierdził i wynika to z załączników, w kalkulacji Odwołujący musiał uwzględnić konieczność zlecenia części prac od podwykonawców, co miało szerszy zakres niż w przypadku konsorcjum. To z tych cen ma wynikać, że oferta konsorcjum jest rażąco niska, a minimalna cena dla tego projektu według Odwołującego, to cena 3 700 mln zł netto. Taki wniosek nie ma żadnych podstaw poza przekonaniem samego Odwołującego o braku możliwości skalkulowania na innym poziomie kosztów. Specyfiką tego zamówienia jest również możliwość samodzielnej realizacji części prac, o czym nie może przesądzać Odwołujący w odniesieniu do sytuacji innego podmiotu. Odwołujący odmówił nawet znaczenia, jakie z punktu widzenia realizacji zamówienia ma potencjał i zaplecze technologiczne podmiotu, które pozwoliłyby na realizację prac własnym sumptem, bez ich zlecania na zewnątrz.

Należy zauważyć, iż wskazane w załącznikach do wyjaśnień informacje odnosiły się wyłącznie do tych danych, które prezentowały konkretne i dostępne dla konsorcjum źródła oszczędności kosztów, wynikające z organizacji zaplecza, jakim są dostępne źródła dostaw i usług. Uzyskane upusty, czy też dane o podwykonawcach i ich ofertach, stanowią najczęściej chronioną informację, która pozwala konkurować na rynku. W niniejszym postępowaniu, to właśnie możliwości samodzielnej realizacji części prac pozwoliła złożyć najkorzystniejszą ofertę przy niewielkiej konkurencji. To nie samo uzasadnienie, ale charakter informacji miał zatem istotne znaczenie dla oceny prezentowanych w wyjaśnieniach danych związanych z przedmiotem zamówienia, jak i założeniami kalkulacyjnymi.

Co do zasady skład orzekający podzielił argumentację Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie prezentowaną w pismach procesowych co do znaczenia danych, które należy postrzegać nie tylko w odniesieniu do celu obecnego przetargu, ale szerzej, jako dane determinujące działalność podmiotu na rynku. Należy odnotować, że zarówno Konsorcjum jak i Odwołujący działają na wspólnym rynku, konkurują w przetargach publicznych, a zatem znajomość założeń, które co do zasady nie są prezentowane w ofertach, może istotnie wpływać na sytuację nie tylko w obecnym ale także przyszłych przetargach. Wiedza co do założeń, jakie determinują kalkulację kosztów, pozwala poznać strategię i wykorzystać w walce konkurencyjnej, czego nie można wyłącznie oceniać przez pryzmat złożonej oferty.

Skład orzekający uznał, iż dane dotyczące nie tylko stawek, ale również przedstawione dowody na ich wyliczenie traktowane są przez uczestników rynku, jako tajemnica przedsiębiorstwa i mają rzeczywiste znaczenie z punktu widzenia strategii budowania przewagi cenowej w przetargach publicznych.

Nie można również pominąć okoliczności, która wydaje się być pozbawiona dla Odwołującego znaczenia, a faktycznie uzupełnia ocenę wyjaśnień. Różnica w zaoferowanej przez Konsorcjum cenie, tak do średniej ofert, jak i szacowanej wartości zamówienia nie odbiegała w stopniu zobowiązującym wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie w samych wyjaśnieniach podane zostały konkretne dane pozwalające ocenić cenę jako rynkową przez porównanie z cenami po jakich realizowane są lub były na rzecz Zamawiającego lub innych podmiotów usługi rzeczowo zbieżne.

Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu, jak i dowodu, który mógłby podważać założenia przyjęte do wyliczenia ceny, co do której wątpliwości Zamawiającego nie zostały wprost wyrażone w wezwaniu. Tym samym wyjaśnienia, które wprost czyniły zadość przez wskazanie konkretnych wyliczeń (stawek), nie mogły prowadzić do uznania, iż wskazują na rażąco niską cenę. Argument podkreślony na rozprawie o tym, iż tylko Odwołujący może właściwie wyliczyć cenę, w zasadzie pozwala na jego przemilczenie, jako całkowicie pozbawiony racji.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis.

Przewodniczący: ……