

WYROK
z dnia 21 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15 i 18 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. W..... T....., KANWOD W..... T....., 62-590 Golina, Węglew 218, 2. „FABET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 62-561 Ślesin, ul. Gorańska 17A** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 56-300 Milicz, Rynek 21,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1. J..... S....., ul. Polna 28, STANISŁAWSKI, 63-760 Zduny,**
2. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 63-400 Wielkopolski,
3. L..... F....., 56-300 Milicz ul. Jasna 15, W..... F....., 56-300 Milicz ul. Jasna 15, Z.G. „HYDROWERT”, Spółka cywilna F..... L..... & F..... W....., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. W..... T....., KANWOD W..... T....., 62-590 Golina, Węglew**

218, 2. „FABET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 62-561 Ślesin, ul. Gorańska 17A i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. W..... T....., KANWOD W..... T....., 62-590 Golina, Węglew 218, 2. „FABET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 62-561 Ślesin, ul. Gorańska 17A** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. W..... T....., KANWOD W..... T....., 62-590 Golina, Węglew 218, 2. „FABET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 62-561 Ślesin, ul. Gorańska 17A** na rzecz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 56-300 Milicz, Rynek 21 kwotę **4 890 zł 90 gr** (słownie: cztery tysiące osiemset dziewięćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 567 zł) i dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby (2 razy 661 zł 95 gr).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” Sp. z o.o. z siedzibą w Miliczu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pn: *Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz - część I (9 miejscowości: Czatkowice, Duchowo, Gogołowice, Grabnica, Kaszowo, Miłochowice, Ruda Milicka, Stawiec, Świętoszyn).*

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 12/07/2012 r., nr 2012/S 132-219266.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. W..... T....., KANWOD W..... T....., 2. „FABET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. J..... S....., STANISŁAWSKI, 2. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 3. L..... F....., W..... F....., Z.G. „HYDROWIERT”, Spółka cywilna F..... L..... & F..... W..... - uczestników postępowania odwoławczego, zwanych w skrócie „przystępującym” oraz od zaniechania wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył zasady i przepisy udzielania zamówień publicznych - Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
- 2) art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 90 ust. 1 i 2 przez odmowę udostępnienia odwołującemu wyjaśnień złożonych przez przystępującego, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, mającej wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, zasłaniając się faktem zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) art. 8 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 przez zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień

złożonych przez przystępującego, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia treści części oferty tego wykonawcy;

- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, mimo że zawiera ono rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 7) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania przystępującego i odrzucenia jego oferty,
- 4) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał zachowanie wymagań formalnych związanych z wniesieniem odwołania oraz legitymację czynną do wniesienia odwołania (złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, potwierdził się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechania zamawiającego, w tym wykluczenie wybranego wykonawcy i odrzucenie jego oferty, oznaczałoby możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy na warunkach, które umożliwiają jej wykonanie, art. 179 ust. 1 Pzp).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał w dniu 10.12.2012 r. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: STANISŁAWSKI J..... S....., PBI EKO-INŚYNIERIA Sp. z o.o. oraz ZAKŁAD GÓRNICZY „HYDROWIERT” S.c. FITZNER & FITZNER.

Dodatkowo w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający oświadczył, że wykluczył z postępowania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji odrzucił oferty nr 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 16.

Rozstrzygnięcie w zakresie wyboru zamawiający uzasadnił przede wszystkim następującą argumentacją: *Wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Oferta złożona przez ww. Wykonawcę została sporządzona prawidłowo i nie podlega odrzuceniu. Wybrana oferta zawiera najniższą cenę wykonania zamówienia*

spośród ważnych ofert, a cena była jedynym przyjętym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert. Cena oferty mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia, a także, uznał że: Z przedmiotowego postępowania należało wykluczyć dziesięciu Wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wnieśli wadium na ten okres. Z tego względu, zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty i błędnie ocenił tę ofertę, uznając, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, a także błędnie uznał, iż wykonawca wykazał posiadanie doświadczenia zawodowego w zakresie niezbędnym do wykonania w terminie i w sposób należyty przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę (rażąco niską).

Odwołujący podał, że na etapie oceny ofert, w dniu 17 października 2012 r., zamawiający zwrócił się pisemnie do odwołującego i wybranego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny.

Obaj wykonawcy przedłożyli stosowne wyjaśnienia, które zamawiający uznał za wystarczające do rozstrzygnięcia wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny i tym samym obie oferty uznał za prawidłowe.

Odwołujący chcąc zweryfikować prawidłowość oceny zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, został pozbawiony tej możliwości, ponieważ wykonawca bezpodstawnie utajnił wyjaśnienia, za wyjątkiem pisma przewodniego z dnia 24 października 2012 r., a zamawiający fakt ten bezzasadnie zaakceptował.

Odwołujący podniósł, że teoretycznie wydawać by się mogło, że cena oferty wybranego wykonawcy jest zbliżona do ceny zaoferowanej przez odwołującego, jednakże w rzeczywistości różnica przy tej wielkości zadania inwestycyjnego wynosi ponad 2.200.000,00 złotych brutto, co jest niezrozumiałe, przy uwzględnieniu faktu, że odwołujący w składzie swojego konsorcjum ma firmę produkującą prefabrykaty do budowy kanalizacji sanitarnej, która będzie bezpośrednim ich dostawcą na budowę, zaś drugi partner - lider będzie wykonywał osobiście wszystkie prace wykonawcze i tym samym wszystkie marże, narzuty i inne koszty pośrednie zostały zredukowane do minimum, w sytuacji, gdy inni wykonawcy, w tym wykonawca wybrany, zmuszeni są ponieść te koszty.

Odwołujący uznał, że w tej indywidualnej sprawie można zasadnie stwierdzić, że cena zaproponowana przez odwołującego nie jest rażąco niska, ale cena już o 10% od niej niższa - taką rażąco niską ceną jest, o czym musi świadczyć nie tylko stosunek ceny wybranego wykonawcy do wartości zamówienia określonej przez zamawiającego na poziomie 44%, ale również w stosunku do innych wykonawców na poziomie ponad 30% niższym od średniej wartości innych złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzeczniczą należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną,

nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. akt XII Ca 59/09).

Odwolujący wskazał, że niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano. ECR 1989. str. 01839).

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mimo początkowych wątpliwości, zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy przyjął, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, jednak rozstrzygnięcia tej kwestii w żaden sposób nie uzasadnił zadowalając się lakonicznym i ogólnym stwierdzeniem cytowanym w odwołaniu oraz zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa wybranego wykonawcy.

Postępowanie zamawiającego jest sprzeczne z generalną zasadą jawności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która tylko w szczególnych okolicznościach ograniczona jest instytucją tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedsiębiorca, który składa ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi się liczyć z tym, że jego oferta będzie jawna dla konkurencji, jednakże może część oferty utajnić, jeśli uzna, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa, w

rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wówczas zamawiający powinien zdecydować czy wskazana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa i w przypadku stwierdzenia zastosowania nieuzasadnionej klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, informację tę odtajnić lub w przeciwnym razie odmówić jej odtajnienia.

Zamawiający tego nie uczynił tym bardziej, że sam zwrócił się o wyjaśnienie wątpliwości w bardzo istotnej kwestii, jaką jest kalkulacja wynagrodzenia wykonawcy.

Odwolujący wskazał, że każdy wyjątek od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego nie może być interpretowany w sposób rozszerzający, ponieważ naruszałoby to uprawnienia innych wykonawców występujących w postępowaniu.

Powolał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykład orzeczenia oceniającego kilka dokumentów w świetle uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa wskazał wyrok Izby z dnia 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 255/08), z którego wynika, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być objęta informacja z banku o wysokości posiadanych środków finansowych (...), tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą stanowić też wykazy narzędzi, urządzeń, środków czystości i środków dezynfekcyjnych, jak również wykazy osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, a także obsada osobowa na poszczególnych powierzchniach. Odnośnie tego ostatniego dokumentu wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005 r., sygn. akt VIII Ca 881/05, z którego wynika, że nie jest możliwe utajnienie dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby odpowiednich uprawnień, w tym także posiadanych kwalifikacji.

Wskazał, że kwestia ta była przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. III CZP 74/05, z której wynika, że: *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 p.z.p. - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.* Powoduje to, że zamawiający ma obowiązek odtajnienia informacji nie stanowiących

tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę również na głosę do uchwały autorstwa R. S..... (Glosa 2006/3/119), w której autor nie zgodził się, że konsekwencją bezskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być odtajnienie, ale stwierdził, że należałoby taką ofertę odrzucić.

Reasumując, odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierająca rażąco niską cenę.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że zamawiający bezpodstawnie odmówił mu zapoznania się z wyjaśnieniami w zakresie uzasadnienia ceny oferty stwierdzając, że wykonawca zastrzegł, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego takie działanie należy uznać, za nieuprawnione bowiem zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca może zastrzec, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z tych względów zastrzeżenie poczynione przez wybranego wykonawcę należy uznać za spóźnione a działanie zamawiającego za sprzeczne z ustawą Pzp, gdyż zamawiający uniemożliwił odwołującemu zapoznanie się z wyjaśnieniami, co stanowiło istotną przeszkodę przy formułowaniu zarzutów i możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej jakim jest odwołanie do KIO.

Odwołujący stwierdził, że naruszające przepisy wyłączenie jawności części oferty może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Dokonywane obligatoryjnie przez zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę informacji zawartych w ofercie stanowi element czynności badania i oceny ofert. Zatem wadliwe uwzględnienie poczynionych zastrzeżeń powoduje nieprawidłowość dokonania tej czynności, a w konsekwencji również niezgodność z przepisami czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący stwierdził również, że skoro badanie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element badania oferty, odwołujący zakwestionował poczynione zastrzeżenie w terminie ustawowym.

II. Odwołujący uznał, że wybrany wykonawca nie spełnia wymogu określonego przez zamawiającego w zakresie doświadczenia zawodowego, zaś przedstawiony wykaz robót i referencje ten fakt potwierdzają.

Zdaniem odwołującego, skoro zgodnie z pkt 9.1.2 SIWZ zamawiający domagał się wiedzy i doświadczenia przez wykazanie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, następujących robót budowlanych: 1) wybudowania co najmniej 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej, w tym co najmniej 0,2 km takich sieci metodą bezwykopową, 2) wybudowania co najmniej 1 km rurociągu tłoczonego kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej lub sieci wodociągowej, 3) wybudowania co najmniej 20.000 m² nawierzchni, w tym co najmniej 5.000 m² z kostki brukowej na podbudowie, co najmniej 5.000 m² z kostki brukowej z kamienia naturalnego (granit, bazalt, itp.) na podbudowie i co najmniej 10.000 m² z betonu asfaltowego, to wybrany wykonawca powinien legitymować się wykazem takiej ilości robót na dzień złożenia oferty.

Bezspornym w sprawie jest, że w zakresie kanalizacji grawitacyjnej wykonawca nie

wykonał wymaganej długości, tj. 30 km bowiem posiada tylko 28 913 m, czyli brakuje ponad 1 km. Jest rzeczą bezsporną, że wybrany wykonawca jest w trakcie wykonywania podobnych robót, ale nie są one zakończone i dlatego też informacja z dnia 6.08.2012 r. (a nie referencja) wystawiona przez Urząd Miejski w Krotoszynie o zakończeniu pewnych etapów robót nie może odnieść żadnego skutku prawnego, w szczególności w zakresie zaliczenia tych robót do wykazania doświadczenia zawodowego w tej konkretnej pozycji.

Zdaniem odwołującego faktycznie wykonany przez wybranego wykonawcę zakres dyskwalifikuje go w kwestii doświadczenia zawodowego.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, w szczególności w wyroku KIO z dnia 31 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 96/11, w którym stwierdzono: *Co do inwestycji wykazywanej w poz. 2 wykazu robót Izba uznała, że inwestycja ta nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu z racji tego, że przedłożone przez samego Przystępującego wraz z ofertą dokumenty potwierdzają jedynie 85% realizacji prac. Z przedłożonych dokumentów nie wynika zatem, że przedmiotowa inwestycja byłaby w*

całości wykonana. W przypadku natomiast doświadczenia dotyczącego wykonania robót budowlanych ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które znalazły odzwierciedlenie w opisie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazał, że oczekuje się od wykonawców prezentowania jedynie doświadczenia co do zrealizowanych już robót. Roboty budowlane, które pozostają w toku ich wykonania nie mogą kwalifikować doświadczenia wykonawcy jako wystarczającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów Izba nie mogła uznać za wystarczającego dokumentu referencji potwierdzającego prawidłowość realizacji prac jedynie w 85% (...).

Należy zatem uznać, że Przystępujący w tym przypadku nie przedłożył Zamawiającemu dokumentu, który potwierdzałby należyte wykonanie w całości robót budowlanych. Przedłożony dokument potwierdza jedynie należyte wykonanie części robót budowlanych, co nie może być stanowić podstawy uznania, że wykonawca spełnia postawiony warunek. Także okoliczność, że już zrealizowane prace w 85% wartościowo przekraczają znacznie wymóg Zamawiającego nie może być uznane za spełnienie wymogów SIWZ, a także obowiązujących przepisów prawa. Izba nie mogła przyjąć za miarodajne w tym zakresie oświadczeń Przystępującego, że dysponuje on protokołem odbioru robót, który potwierdza wykonanie tych robót. Dokument taki należało przedłożyć na zasadach i w trybie przewidzianym w przepisach ustawy pzp, tj. w ofercie bądź też najpóźniej w terminie przewidzianym na uzupełnienie dokumentów na skutek wezwania skierowanego w tym zakresie do Przystępującego przez Zamawiającego. Przystępujący w

tym trybie dokumentów nie uzupełnił, zatem przywoływanie aktualnie w toku rozprawy owych dokumentów nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowości wypełnienia warunków SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone przez Przystępującego tak w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, jak i przed Izbą w toku rozprawy.

W świetle powyższych sformułowań, w ocenie odwołującego, nie może budzić wątpliwości fakt, że zamawiający nie mógł uwzględnić informacji o wykonywaniu robót, które nie zostały w całości zakończone.

Odwołujący stwierdził, że w tej sprawie ma się wrażenie, że zamawiającemu od początku postępowania przetargowego nie zależało na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród kilku złożonych przez różnych wykonawców, a wręcz przeciwnie na wyeliminowaniu z przetargu możliwie jak największej liczby oferentów i pozostawieniu ewentualnej oferty lokalnego przedsiębiorcy.

Stanowisko zamawiającego dotyczące uznania w zakresie doświadczenia zawodowego robót budowlanych prowadzonych na inwestycji w Krotoszynie jest błędne i nie powinno się ostać tym bardziej, że jest ono sprzeczne również z przywołanym wyżej orzeczeniem KIO.

Jest oczywiste, że zarówno zamawiającemu jak i wykonawcy powinno zależeć na rzeczywistym dysponowaniu doświadczeniem zawodowym i w sprawie nie powinny istnieć żadne wątpliwości, że odwołujący takie doświadczenie posiada, bowiem przedstawiony przez niego do oferty wykaz zrealizowanych inwestycji, nie budzi wątpliwości co do potencjalnych możliwości tegoż wykonawcy (konsorcjum firm).

W wyniku błędów zamawiającego w postępowaniu przetargowym, tj. na etapie wyboru oferty doszło do błędnego niewykluczenia z postępowania najniższej cenowo oferty.

Z tych względów należało uznać, że zamawiający swoim postępowaniem naruszył interes prawny odwołującego - konsorcjum wykonawców, którzy prowadzą działalność gospodarczą i utrzymują się z realizacji m. in. zamówień publicznych, a w rozpoznawanej sprawie mimo, iż złożyli najkorzystniejszą ofertę, na wskutek wadliwego rozstrzygnięcia postępowania, zostali pozbawieni możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na względzie odwołujący uznał, że odwołanie jest zasadne i w całości winno być uwzględnione, zaś oferta konsorcjum wykonawców, których liderem jest firma KANWOD Sp. z o.o. w Węglewie powinna być przy ponownej ocenie ofert uznana za najkorzystniejszą.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że odwołanie jest zasadne i winno być w całości uwzględnione, tym bardziej, że oświadczenie odwołującego - konsorcjum wykonawców złożone w trybie art. 44 Pzp, że posiadają odpowiednie doświadczenie w zakresie robót

objętych przedmiotem zamówienia jest prawdziwe i nie może być bezpodstawnie

pominięte, gdyż gwarantuje zamawiającemu, że w profesjonalny i należyty sposób w wymaganym terminie wykonawca wykona powierzone mu roboty za oferowane wynagrodzenie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o: oddalenie odwołania w całości, z uwagi na jego oczywistą bezzasadność; zasądzenie od odwołującego zwrotu kosztów (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu podał, co następuje.

A. W toku badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu zamawiający w dniu 17 października 2012 r., zwrócił się do trzech wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami, o przedłożenie pisemnych wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny.

W dniu 24.10.2012 r., zamawiający otrzymał wyjaśnienia złożone przez wykonawców, w tym wyjaśnienia przystępującego, wraz z oświadczeniem o nieujawnianiu informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania, zastrzegając złożone wyjaśnienia w następującym zakresie: 1. Wyjaśnienie do oferty - str. 5-8; 2. Wyjaśnienie wyceny kosztów ogólnych - str. 9-10; 3. Kosztorys szczegółowy - str. 11-124; 4. Oferta na dostawę studni - str. 125-172; 5. Oferta na dostawę rur - str. 173-174; 6. Oferta na wykonanie przewiertów - str. 175-179; 7. Oferta na dostawę przepompowni - str. 180-184.

Biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień oraz stopień ich szczegółowości, w tym między innymi szczegółowe elementy mające wpływ na kalkulację ceny takie, jak indywidualne dla każdego z wykonawców koszty robocizny, ceny jednostkowe materiałów, narzutów i zakładany zysk, ujęte między innymi w przedłożonym szczegółowym kosztorysie, informacje techniczno-organizacyjne, dotyczące sposobu prowadzenia prac i potencjału poszczególnych członków konsorcjum, a także konkretnie wskazane źródła zaopatrzenia - szczegółowe oferty handlowe, zawierające indywidualnie wynegocjowane z partnerami handlowymi stawki cenowe za dostawę/wykonanie poszczególnych elementów robót, zamawiający, mając na uwadze treść wyroku KIO z dnia 30.12.2010 r., sygn. akt /UZP 2717/10: *Zamawiający może ograniczyć dostęp tylko do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa określonych przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*, uznał zasadność i skuteczność zastrzeżenia powyższych informacji przez wykonawcę, a

tym samym nie stwierdził konieczności wystosowania do wykonawcy fakultatywnego wezwania o złożenie wyjaśnień, dotyczących podstaw poczynionego zastrzeżenia.

W kontekście zarzutu podniesionego w odwołaniu, dotyczącego zaniechania badania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający podkreślił, że zapoznał się wnikliwie z przedłożonymi wyjaśnieniami oraz ocenił zasadność ich zastrzeżenia. Jednakże mając na uwadze orzecznictwo KIO: *Przepisy p.z.p. nie przewidują procedury przeprowadzenia badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę, lecz zasada równego traktowania wykonawców, jak i konsekwencje prawne ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takiej zastrzeżonej w ofercie, winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takie wyjaśnienia chyba, że jest w stanie sam stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie* (wyrok KIO z dnia 1.07.2011 r., sygn. akt KIO 1308/11, LEX nr 852643) oraz *Badanie skuteczności zastrzeżenia nie musi, co do zasady wiązać się z wystąpieniem do wykonawcy o złożenie wyjaśnień (...)* (wyrok KIO z dnia 14.02.2011 r., sygn. akt KIO 183/2011; KIO 191/2011; KIO 190/2011; LEX nr 784495), zamawiający uznając skuteczność poczynionego zastrzeżenia przedłożonych wyjaśnień, przyjął, że nie zachodzą przesłanki żądania wyjaśnień w tym przedmiocie. Wobec powyższego, nie naruszył przepisów Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku możliwości zastrzeżenia wyjaśnień

złożonych po otwarciu ofert, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” (odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie tajności może być poczynione wyłącznie w samej ofercie, na etapie jej złożenia), zamawiający podkreślił, iż z orzecznictwa KIO wynika, że w zakresie pojęcia informacji dotyczących ceny, które w myśl art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp, nie mogą zostać utajnione, nie mieszczą się wyjaśnienia odnoszące się do rażąco niskiej ceny. Ujawnieniu podlegają wszystkie informacje dotyczące ceny, ale zawarte w ofercie w momencie jej otwarcia. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny bądź dowody przywoływane przez wykonawcę w celu wykazania prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia, mogą być przedmiotem zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają przesłanki z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na zamawiający powołał bogatego potwierdzenie powyższego, fragmenty orzecznictwa KIO, odnośnie dopuszczalności zastrzeżenia przez wykonawcę wyjaśnień obejmujących szczegółową kalkulację cenową, składanych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę:

KIO 1377/12 wyrok KIO 2012-07-11 LEX nr 1212149: *Wyjaśnienia, jak i przedłożone dowody, o których mowa w art. 90 p.z.p. stanowią integralną część oferty, zatem mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust 3 p.z.p. - jeżeli ich charakter spełnia wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa.*

KIO 995/12 wyrok KIO 2012-06-01 LEX nr 1168800: *Nie podziela się stanowiska, iż skoro wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny, a zgodnie z art. 86 ust. 4 p.z.p. informacja o cenie jest informacją jawną, to wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust 4 u.z.n.k. (...) Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności z firmami na danym rynku.*

KIO 109/12; KIO 125/12 wyrok KIO 2012-02-20 LEX nr 1124900: *Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie ich składania.*

KIO 1936/11 wyrok KIO 2011-09-23 LEX nr 969462: *Informacje dotyczące ceny, o których mowa w art. 86 ust. 4 p.z.p. upubliczniane są w trakcie jawnego otwarcia ofert, a zatem dotyczą informacji zawartych w ofertach. Natomiast składane w trybie art. 90 p.z.p. wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane są w trakcie badania ofert przez zamawiającego, a więc nie stanowią części oferty, a składane są w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które nie ma charakteru obligatoryjnego. P.z.p. nie wyłącza możliwości zastrzeżenia przez wykonawcę, jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

(...) W sytuacji, gdy jednym z zasadniczych elementów cenotwórczych jest koszt pracy pracowników (...), informacje dotyczące kosztów osobowych za jeden dzień pracy mogą zostać uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji, gdy na rynku występuje zjawisko migracji pracowników. (...) Jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być chronione, w okolicznościach danej sprawy, informacje dotyczące zbudowanej i stworzonej przez wykonawcę w dłuższym okresie czasu koncepcji biznesowej danego rozwiązania.

KIO 228/11 wyrok KIO 2011-02-14 LEX nr 738147: *Informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe jej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie.*

KIO/UZP 1429/08 wyrok KIO 2008-12-23 LEX nr 485622: *Wykonawca nie może zasłaniać się tajemnicą przedsiębiorstwa w celu uniknięcia obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 3 p.z.p., ponieważ informacje dotyczące ceny oferty powinny być przedstawione Zamawiającemu, a co najwyżej utajnione na wniosek wykonawcy.*

KIO/UZP 1068/08 wyrok KIO 2008-10-17 LEX nr 466644: *Wykonawca wezwany do*

złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie ich składania.

(...) Informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających wypełniają przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, zamawiający wskazał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać, np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie sądu antymonopolowego z 15.5.1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55).

W odniesieniu do treści przedstawionych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej podkreślił, że informacje szczegółowo opisują okoliczności dostępne wykonawcy (konsorcjum firm), które uwiarygodniają możliwość zaoferowania niższych cen wynikających z możliwości znacznego obniżenia kosztów robót ziemnych, kosztów robocizny (wykwalifikowana sprawna kadra), pracy sprzętu (własny sprzęt zamortyzowany), kosztów robót z zakresu odtworzenia nawierzchni (dysponowanie własnym sprzętem specjalistycznym, własnymi źródłami pozyskiwania kopalin). Ponadto, załączone do wyjaśnień dokumenty - oferty handlowe dostawców, są bezpośrednimi dowodami wskazującymi na możliwość zaoferowania niskich cen za wskazane materiały i część robót specjalistycznych, stąd też zamawiający po zapoznaniu się ze złożonymi wyjaśnieniami był uprawniony do przyjęcia, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Dokonując oceny złożonych wyjaśnień, zamawiający miał na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zakazujące automatyzmu działania, przejawiającego się w bezrefleksyjnym odrzucaniu ofert najniższych cenowo (odwołujący przyznaje w treści odwołania) oraz wskazujące na konieczność utrzymywania ofert w postępowaniu, w przypadku przedłożenia przez wykonawców racjonalnych i wiarygodnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji cenowej: *Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez stosownej oceny danego przypadku...)* (z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14.08.2012 r., sygn. akt KIO 1663/12).

Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości

zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 169). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w K. z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. (...), o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 30.12.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2717/10).

(...) Jeżeli bowiem wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny - powołując się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców wyrobów budowlanych, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy)s - to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., które to Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy udzielanych na wezwanie kierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

(...) Nie ulega wątpliwości, że ceną rażąco niską jest cena nie pokrywająca wydatków

wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również cena niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie generalnie nie występującą na rynku (np. wyrok SO w K. z 30 stycznia 2007 r. (...)) - z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1609/12).

(...) Za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być

wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, np. odnoszonych do ceny jednostkowej 1 mb danego rodzaju inwestycji liniowych, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego - czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów produkcji - musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty z tej przyczyny. (...) - z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 11 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1377/12).

(...) Nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy (w oparciu o art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p.) bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjając warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający może więc uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze, a za takie uznać należy czynniki wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p.(...) - z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1186/12.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający dokonał dogłębnej analizy ceny oferty wybranego wykonawcy, nie tylko w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia i kwoty brutto, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, w odniesieniu do której cena oferty wybranego wykonawcy jest o 55,76% niższa od szacunku zamawiającego, co uzasadniało konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny (Załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie - Tabela 1. Analiza ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz - Część 1 (9 miejscowości)” w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia publicznego (powiększonej o podatek VAT) wynoszącej 47 232 000,00), ale również odniósł cenę oferty wybranego wykonawcy do średniej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, uzyskując różnicę 30,81% (Załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie - Tabela 2. Analiza ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne „Budowa sieci kanalizacji

sanitarnej w zlewni OŚ Milicz - Część 1 (9 miejscowości)” w porównaniu do średniej wartości wszystkich ofert), a także porównał cenę 1 km sieci wynikającą z oferty wybranego wykonawcy ze średnią ceną za 1 km sieci wybudowanej w ramach zakończonych w ostatnim okresie kontraktów: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Sułów, Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ śmigród oraz Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Zduny, uzyskując różnicę na poziomie 23,89% (Załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie - Tabela 3. Analiza ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne

„Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz - Część 1 (9 miejscowości)” w porównaniu do średniej ceny za 1 km sieci wybudowanej w ramach zakończonych kontraktów) oraz porównał cenę 1 km sieci wynikającą z oferty wybranego wykonawcy, do ceny za 1 km sieci wybudowanej w ramach zakończonego kontraktu „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Sułów”, uzyskując różnicę na poziomie 15,21% (Załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie - Tabela 4. Analiza ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz - Część 1 (9 miejscowości)” w porównaniu do średniej ceny za 1 km sieci wybudowanej w ramach zakończonego kontraktu „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Sułów”).

Odniesienie ceny oferty wybranego wykonawcy do średniej ceny wszystkich złożonych ofert oraz do cen rzeczywistych zrealizowanych kontraktów, pozwoliło zamawiającemu na przyjęcie, że otrzymane różnice cenowe, nie mogą stanowić o uznaniu ceny oferty wybranego wykonawcy za rażąco niską.

Ponadto, w toku dokonanej analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, zamawiający nie stwierdził rozbieżności pomiędzy cenami ujawnionymi w kosztorysie ofertowym a danymi ujawnionymi w przedstawionych wyjaśnieniach i przedłożonych ofertach na dostawę materiałów i realizację usług, jednocześnie szczegółowość i poparcie dowodami złożonych wyjaśnień, dały zamawiającemu podstawę do stwierdzenia, że przedłożone przez wykonawcę - wyjaśnienia w kwestii ryzyka rażąco niskiej ceny są wyjaśnieniami prawidłowymi i wystarczającymi, świadczącymi o możliwości realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a tym samym cena oferty została uznana za cenę realną w relacji do cen rynkowych, co spowodowało brak wystąpienia przesłanek do uznania ceny oferty za rażąco niską.

Jednocześnie, w odniesieniu do twierdzeń odwołującego, dotyczących lakonicznego uzasadnienia wyboru oferty wykonawcy, zawartego w treści przekazanej uczestnikom postępowania informacji o wyniku postępowania (rozstrzygnięcia), zamawiający wskazał, że żaden przepis Pzp nie zawiera szczegółowych wytycznych, co do sposobu oraz zakresu i stopnia szczegółowości uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, które zamawiający winien zawrzeć w treści rozstrzygnięcia, a zatem brak szerokiego opisu wszystkich okoliczności uzasadniających dokonany przez zamawiającego wybór, nie może być

traktowany, jako naruszenie przepisów ustawy Pzp.

B. Ustosunkowując się do twierdzeń odwołującego w zakresie nieprawidłowości uznania przez zamawiającego spełnienia przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt 9.1.2. IDW (część I SIWZ) wymagał wykazania w ofercie następującego doświadczenia wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie następujących robót budowlanych: (i) wybudowanie co najmniej 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej, w tym co najmniej 0,2 km takich sieci metodą bezwykopową; (ii) wybudowanie co najmniej 1km rurociągu tłoczego kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej lub sieci wodociągowej; (iii) wybudowanie co najmniej 20.000 m² nawierzchni, w tym: co najmniej 5.000 m² z kostki brukowej na podbudowie, co najmniej 5.000 m² z kostki brukowej z kamienia naturalnego (granit, bazalt, itp.) na podbudowie i co najmniej 10 000 m² z betonu asfaltowego.

Zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane wymienione powyżej w p. (i), (ii), (iii) były wykonane w ramach jednego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, odnosząc się do zarzutu podniesionego w treści odwołania, zamawiający wskazał, że nie żądał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w budowie 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej w ramach wyłącznie jednej inwestycji. Powyższą interpretację zamawiający stosował jednolicie, w odniesieniu do wszystkich złożonych ofert. Podniósł, że w przypadku wątpliwości co do rozumienia treści powyższego warunku, odwołujący mógł zwrócić się o wyjaśnienie treści SIWZ, w trybie art. 38 ust. 1 Pzp.

W ofercie złożonej przez przystępującego wskazane zostały następujące inwestycje:

1. Budowa kanalizacji sanitarnej dla Miasta Zduny w zakres, której wchodzi kanalizacja sanitarna grawitacyjna: PVC Ø 400-62mb, PVC Ø 315 -1 262 mb, PVC Ø 200 - 320 mb, przewiert pod drogą rura Ø 400 - 50 mb. Łącznie sieć - 1 644 mb plus przewiert 50 mb = 1 694 mb.

2. Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Miasta Sulmierzyce Etap IV w zakres, której wchodzi kanalizacja sanitarna grawitacyjna: rury PVC Ø 200 - 5 747 mb rury, PVC Ø 250 - 3 990 mb. Łącznie sieć - 9 737 mb.

3. Uporządkowanie gospodarki wodno ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - Etap II, w zakres której wchodzi kanalizacja sanitarna grawitacyjna: PVC Ø 400 - 641 mb, PVC Ø 315 - 603 mb, PVC Ø 250 - 214 mb, PVC Ø 200 - 8 746 mb, PVC Ø 160 - 2 640 mb, przewiert rurą PE warstwową Ø 200 mm - 55 mb, przewiert teleoptyczny rurą PP Ø 200 mm - 140 mb, przewiert teleoptyczny rurą kamionkową Ø 200 mm - 126 mb. Łącznie

sieć - 12.844 mb plus przewiert 321 mb = 13 165 mb.

4. Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Opatów w zakres, której wchodzi kanalizacja sanitarna grawitacyjna: kanały grawitacyjne PVC Ø 200 - 9 820 mb, kanały grawitacyjne PVC Ø 160 - 408 mb. Łącznie sieć - 10 228 mb.

5. Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipie oraz dokończenie skanalizowania Łęki Opatowskiej w zakres, której wchodzi kanalizacja sanitarna grawitacyjna: kanały grawitacyjne PVC Ø 250 - 5 009 mb.

6. Budowa kanalizacji sanitarnej dla m. Czastary z częściową wymianą istniejącej sieci wodociągowej AC na PCV bez demontażu z wyłączeniem użytkownika rur AC-Zadanie 2 w zakres, której wchodzi kanalizacja sanitarna grawitacyjna: kanały grawitacyjne PCV Ø 160 - 200 mm - 2 295 mb.

Łącznie w wykazie wykonanych robót wykazano wybudowanie 42128 mb kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, co w sposób oczywisty potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia w budowie, co najmniej 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej.

Na potwierdzenie prawidłowości wykonanych robót, wykonawca przedstawił stosowne referencje, w tym w odniesieniu do kwestionowanej przez odwołującego inwestycji - Uporządkowanie gospodarki wodno ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - Etap II, w treści referencji wystawionej przez Burmistrza Urzędu Miejskiego w Krotoszynie wskazano:

W okresie od sierpnia 2010 r. do czerwca 2012 r., Konsorcjum wykonało w całości zadania nr: 1, 2, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13, na które zostały wystawione Świadcstwa Przejęcia Odcinka (Zadania). Zakres zrealizowanych zadań obejmował: sieć kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej: rury kanalizacyjne PVC 400 - 641 mb, rury kanalizacyjne PVC 315 - 603 mb, rury kanalizacyjne PVC 250 - 214 mb, rury kanalizacyjne PVC 200 - 8.746 mb, rury kanalizacyjne PVC 160 - 2.640 mb, studnie rewizyjne z kręgów betonowych 1000 - 224 kpl, studzienki kanalizacyjne systemowe 315-600 mm - 641 kpl, rury PE 160 mm - 65 mb, rury PE 110 mm - 115 mb, rury PE 90 mm - 468 mb, rury PE 63 mm - 295 mb, przewiert rurą PE warstwową 200 mm - 55 mb, przewiert rurą PE warstwową 160 mm - 64 mb, przewiert teleoptyczny rurą PP 200 mm - 140 mb, przewiert teleoptyczny rurą kamionkową 200 mm - 126 mb, przepompownia ścieków z komorą pomiarową - 6 kpl (...).

Wykonane prace obejmujące ww zakres robót, zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi normami i sztuką budowlaną, prawidłowo i terminowo ukończone.

Zamawiający podniósł, że w sytuacji kiedy dany kontrakt podzielony został na odrębne zadania, stanowiące odrębne elementy, podlegające osobnym odbiorom, poświadczonym przez wydanie odrębnych Świadcstw Przejęcia, za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie odwołującego, iż w związku z realizacją pozostałych zadań wchodzących w skład większej inwestycji, zadania dotychczas faktycznie wykonane, sprawdzone i

odebrane, nie mogą stanowić podstawy uznania przez zamawiającego posiadania przez wykonawcę stosownego doświadczenia zawodowego.

Zgodnie z orzecnictwem KIO: *Ustawodawca w przypadku robót budowlanych (odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym) nie pozwala na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich które zostały ukończone* (z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 20.02.2012r., sygn. akt KIO 269/12). Zatem skoro wykonawca wskazuje w wykazie robót wyłącznie odrębne całkowicie ukończone zadania, co następnie znajduje potwierdzenie w referencjach, dotyczących wyłącznie zakończonych, należycie wykonanych prac, brak jest podstaw do twierdzenia, że określone roboty w ramach poszczególnych zadań nadal trwają i nie mogą być przedstawione w ofercie, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W kontekście przedstawionych powyżej wyjaśnień, potwierdzających brak naruszenia

przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania przetargowego przepisów Pzp, pozostawia bez odpowiedzi insynuację odwołującego, jakoby zamawiający od początku postępowania zmierzał do: *wyeliminowania z przetargu możliwie jak największej liczby oferentów i pozostawienia ewentualnej oferty lokalnego przedsiębiorcy.*

Przedstawiona powyższej argumentacja, w sposób jednoznaczny wskazuje, że zarzuty sformułowane przez odwołującego w treści odwołania, nie zasługują na uwzględnienie, co z kolei stanowi podstawę do żądania przez zamawiającego oddalenia odwołania, albowiem zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp: *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Z uwagi na fakt, że przedstawione w odwołaniu rzekome naruszenia przepisów Pzp dokonane przez zamawiającego, nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, zamawiający wniósł jak na wstępie.

Do postępowania przystąpili skutecznie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. J. S., STANISŁAWSKI, 2. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 3. L. F., W. F., Z.G. „HYDROWIERT”, Spółka cywilna F. L. & F. W. - uczestnicy postępowania odwoławczego, zwani „przystępującym”, uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego.

W zgłoszeniu przystąpienia przystępujący wskazał, jak niżej. Na wezwanie zamawiającego z dnia 17.10.2012 r. złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienie w zakresie zaproponowanej ceny. Wyjaśnienie, podobnie jak i cena ofertowa, zostały opracowane w sposób rzetelny w oparciu o wieloletnie doświadczenie konsorcjum firm. Wykonawca pokazał w wyjaśnieniu jednoznacznie, że zaoferowana cena nie może być

uważana za rażąco niską i pozwala przy zaangażowaniu sprzętu i personelu wykonawcy zrealizować zamówienie oraz wypracować zysk. Przystępujący uznał, że zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania ceny oferty, jako rażąco niskiej w związku z art. 90 ust. 1 Pzp.

Przystępujący oświadczył, co następuje:

1. Cena oferty nie stanowi rażąco niskiej ceny ponieważ:

- cena oferty, co do wynagrodzenia została skalkulowana w oparciu o ceny materiałów powyżej kosztów ich zakupu i ich wytworzenia, jednakże bez żadnych narzutów,
- koszty robocizny zostały skalkulowane na poziomie obowiązującym w przedsiębiorstwie,
- koszty sprzętowe zostały skalkulowane na podstawie kosztów rzeczywistych pracy sprzętu a nie w oparciu o cennik Sekocenbud,
- koszty ogólnozakładowe zostały przyjęte na minimalnym pułapie,
- założony zysk - satysfakcjonujący dla wykonawcy,
- cena oferty została wyliczona zgodnie z wymaganym sposobem obliczenia ceny, postanowieniami IDW - w oparciu o złożony przedmiar robót.

2. Cena oferty została skalkulowana również w oparciu o duże doświadczenie w wykonywaniu danego rodzaju robót i jest na poziomie ok. 44 % odnośnie kwoty kosztorysu inwestorskiego.

3. Ceny kolejnych ofert w tym odwołującego, kształtują się na poziomie ok. 10%-30% powyżej ceny oferty wykonawcy.

4. Ceny wygrywających ofert na roboty budowlane w dobie kryzysu w tegorocznych przetargach w robotach liniowych kształtują się średnio na poziomie 40-52% kosztorysów inwestorskich.

W świetle powyższego cena oferty, jako całkowite wynagrodzenie za przekazany przedmiar (charakter ceny ryczałtowej) nie stanowi rażąco niskiej w rozumieniu art. 90 ustawy oraz nie narusza regulacji art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1993 r.

Powyższe jest zgodne z opinią UZP oraz utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, wartość przedmiotu zamówienia, może być punktem odniesienia dla ustalenia, czy zaistniała możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, jeśli została oszacowana z należyłą starannością wymaganą przez art. 32

ust. 1 Pzp (wyrok z dnia 24.06.2010r. KIO 11157/10). Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-03-09, KIO/UZP 72/10 Teza: 12 % różnica w wysokości ceny oferty wybranej, jako najkorzystniejsza i drugiej w kolejności oferty, nie wskazuje na konieczność zwrócenia się

do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2009-12-10, KIO/UZP 1718/09. Teza:

Zamawiający aby mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi wykazać a przynajmniej uprawdopodobnić, że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, iż cena oferty wykonawcy odbiega od innych cen w ofertach złożonych w postępowaniu nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska, lecz jedynie uzasadnia wszczęcie procedury przewidzianej przez art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2009-08-05, KIO/UZP 952/09. Teza: *Aby zamawiający mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (rażąco niska cena), musi wykazać, a przynajmniej uprawdopodobnić - że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, iż cena oferty wykonawcy odbiega od innych cen w ofertach złożonych w postępowaniu nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska, lecz jedynie uzasadnia wszczęcie procedury przewidzianej przez art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz cały szereg następnych wyroków: 1049/09, 1050/09, 1051/09, 1052/09.*

W obszernym wyjaśnieniu, złożonym na wezwanie zamawiającego, przystępujący odniósł się bardzo szczegółowo do każdej wątpliwej pozycji wskazanej przez zamawiającego, przedstawił szczegółowy kosztorys wykonawczy (niewymagany do oferty) jednoznacznie wykazując realność ceny.

Zamawiający dopuścił w postępowaniu przetargowym możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, w myśl przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący podejmując decyzję o zastrzeżeniu informacji miał na celu ochronę swojego potencjału przez zabezpieczenie się przed wykorzystaniem zawartych tam informacji przez innych wykonawców, w tym także podkupywaniu pracowników lub stałych współpracowników. Informacje zawarte w wyjaśnieniu ceny przystępującego: - mają charakter organizacyjny związany ze sposobem realizacji zamówienia; - posiadają dla przystępującego wymierną wartość gospodarczą oraz mają znaczący wpływ na szacowanie ceny ofertowej; - przystępujący podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

Z uwagi na fakt, że wyjaśnienie sposobu skalkulowania ceny ofertowej stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, zamawiający nie miał wątpliwości, co do zasadności zastrzeżenia informacji, zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przepisem, przez tajemnicę

rozumie się: przedsiębiorstwa do informacji nieujawnione wiadomości publicznej technicznej, lub inne informacji organizacyjne technologicznej, przedsiębiorstwa posiadającej wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne

działania w celu zachowania ich poufności.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacje zawarte w szczegółowym kosztorysie wykonawczym zawartym w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, są natury technicznej, technologicznej, organizacyjnej i handlowej oraz pokazują źródła pozyskania materiałów i urządzeń - tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorcy. Informacje nie były nigdy ogólnodostępne oraz wykonawcy tworzący konsorcjum zachowują szczególną ich ochronę.

Powyższe zgodne jest ze stanowiskiem Izby w wyrokach: - sygn. akt KIO 1427/10, KIO 1430/10, z dnia 20 lipca 2010 r.: *Z tego względu Izba uznała, że przystępujący miał prawo zastrzec, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tak informacje z załącznika nr 4, tj. osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, jak i dane w wykazach doświadczenia na załącznikach nr 3, 6 i 6a z wyłączeniem poz. 2 i 9 załącznika nr 6 i 4 i 9 załącznika nr 6a.*

Dane te nie tylko obrazują całokształt posiadanego doświadczenia nabywanego w okresie ostatnich 3 lat, ale także wskazują na ilość osób przeszkolonych, a więc na posiadane zdolności organizacyjne.

Sygn. akt KIO 2709/10, wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2011 r.: *Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak podkreśliło konsorcjum (...) w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2010 r., zarówno X, jak i Y [wychodzące w skład Konsorcjum - przyp. red.] chronią w sposób szczególny w odniesieniu do wszystkich obszarów swojej działalności. Także w tym konkretnym przypadku w odniesieniu do danych wykorzystanych w ofercie dla potrzeb tego konkretnego zamówienia podjęto działania w celu zachowania ich poufności. Szczegóły dotyczące oferowanego pojazdu zna ograniczona liczba osób uprawnionych do dostępu do tajnych informacji, zobowiązana jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich klauzulami poufności. Tak więc, w ocenie izby, niewątpliwym jest, iż wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności.*

Sygn. akt KIO 228/11, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r.: (...) *Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na*

uzyskanie wyniku zaprezentowanego xv złożonej ofercie. Działanie takie doprowadzić miało wykonawcę do uzyskania zamówienia publicznego i skutecznego konkutowania na danym rynku.

Informacja staje się *tajemnicą przedsiębiorstwa*, kiedy oferent ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Przystępujący nie zastrzegł ujawnienia samej ceny ofertowej, jedynie sposób jej skalkulowania, co w sposób jednoznaczny stanowi tajemnicę handlową przystępującego. Zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądził, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i stosownych postanowień SIWZ w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia.

Informacja z Urzędu Miasta w Krotoszynie jednoznacznie potwierdza wymagane doświadczenie na podstawie zadania budowlanego o warunkowych parametrach technicznych, zakończonego i oddanego do użytkowania i eksploatacji - dowód eksploatacji okazany na rozprawie. Tym samym, nawet zgodnie z przytoczonym orzecznictwem odwołującego, bezwzględnie zaliczane są zadania budowlane ukończone.

Z orzecznictwa nie wynika, że brak ukończenia całego projektu infrastruktury zamawiającego, w którym bierze udział przystępujący, jest warunkiem pozyskania wymaganego doświadczenia. Ukończony etap danego projektu, odebrany przez inwestora i użytkownika, na który uzyskano pozwolenie na użytkowanie oraz eksploatowany przez użytkownika, w świetle przepisów prawa i orzecznictwa Krajowej izby Odwoławczej, zalicza się do doświadczenia nabytego.

Powyższe jest potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyrokach: sygn. akt KIO 1318/10, wyrok KIO z dnia 12 lipca 2010 r.: *Wymaganie udokumentowania wiedzy i doświadczenia służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada on wystarczający potencjał, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności i wartości. Tak wykazane doświadczenie, daje bowiem zamawiającemu rękojmię, iż realizacja robót będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni wymagania jakościowe. Zdaniem Izby, skoro roboty przy realizacji kontraktu „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy B.” zadanie 2 (kontrakt 2), stanowiły jedno zadanie inwestycyjne, objęte tym samym zamówieniem zlecającego, a jedynie realizowane w częściach, przystępujący jest uprawniony, aby w zakresie swego doświadczenia zawodowego wykazywać te roboty jako całość. Bowiem jego doświadczenie praktyczne, jakie nabył przy realizacji wymienionych części A, B, E, zamówienia nie różni się niczym od*

tego, gdyby było ono realizowane w oparciu o jedną umowę.

Sygn. akt KIO 1271/10, wyrok KIO z dnia 6 lipca 2010 r.: W pierwszej kolejności stwierdził, że dokumenty przedkładane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność należytego wykonania zamówienia - jak w sposób jednoznaczny wynika z orzecznictwa tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby - mają potwierdzać jedynie okoliczność prawidłowości realizacji określonej usługi, dostawy, czy roboty budowlanej. Inne elementy związane np. z terminem realizacji, wartością wynagrodzenia umownego, szczegółowym określeniem sposobu realizacji danego zamówienia nie muszą wynikać z treści dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. W tym przedmiocie zamawiający ma obowiązek w sposób równorzędny oceniać oświadczenie wiedzy wykonawcy składane w wykazie wykonanych prac. Z punktu widzenia prawidłowości dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia istotne jest tylko, aby była możliwość identyfikacji wykazywanego zamówienia z zamówieniem wskazanym w np. liście referencyjnym.

Sygn. akt KIO 1630/10, wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2010 r.: W świetle przywołanych przepisów wykazanie spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia odbywa się na podstawie dokumentów wytworzonych przez samego wykonawcę (oprócz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac), mających właściwie charakter jego oświadczenia na temat rzeczywistości, zawierającego informacje wymagane przez zamawiającego. Tym samym wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy „wykazanie spełniania warunków” w zestawieniu z formalnie ograniczonym ww. przepisami zasobem środków do ich wykazania nie może być utożsamiane z dowodzeniem w pełnym znaczeniu tego terminu, tzn. wykazywaniem prawdziwości faktów dowodzonych, jak wskazano, dla wyłączenia możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, wystarczające jest tu przedstawienie żądanych przez zamawiającego dokumentów oraz podanie w nich informacji odnoszących się do postawionych warunków udziału w postępowaniu. Powyższe oczywiście nie przekreśla i nie wyłącza elementu prawdy materialnej przy potwierdzaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym konsorcjum spełnia warunek wiedzy i doświadczenia i nie podlega wykluczeniu z postępowania, wbrew stanowisku odwołującego.

Z treści złożonego odwołania nie wynika na czym polega nieodpowiedniość oferty w stosunku do postanowień SIWZ. Tym samym zarzut art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przystępujący, z braku uzasadnienia faktycznego, uznaje za wadliwy i nie podlegający uzupełnieniu w toku rozprawy.

Przez złożone odwołanie został naruszony interes prawny przystępującego. Należy

również wziąć pod uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 1 maja 2004 r., władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzieleniu zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów Pzp, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG: Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych.

Z treści powyższego artykułu wynika, że dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

W dodatkowym piśmie procesowym złożonym w toku rozprawy, przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stwierdził, że wobec przedstawiania coraz to nowej argumentacji przez odwołującego w trakcie rozprawy, w tym wykraczającej poza przedmiot zaskarżenia, zaistniała konieczność przedstawienia poszerzonego odniesienia się do zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp jak też, przepisem art. 6 Kc odwołujący zobowiązany jest wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Spór prowadzony przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter sporu kontradyktoryjnego i nie jest rolą Izby poszukiwać dowodów na potwierdzenie prawdziwości twierdzeń odwołania.

Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09: 1. *Przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym, wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest*

wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach; strony nie można zmusić do ich podjęcia.

2. *Pojęcia tzw. ciężaru dowodu w znaczeniu formalnym i ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym, choć są wzajemnie zależne, ponieważ uznanie przez sąd twierdzeń strony za udowodnione jest oparte na treści informacji uzyskanych dzięki zebranych środkom dowodowym, nie mogą być utożsamiane, albowiem materialny ciężar dowodu traktuje się nie jako powinność dowodzenia, lecz jako regułę określającą, która strona poniesie negatywne skutki nieudowodnienia określonych twierdzeń o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.*

Podobnie w wyroku KIO z dnia 18.06.2012 r., sygn. akt 1058/12, Izba potwierdziła (...), iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strona jest zobowiązana wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Uwzględniając tę regulację, a także przepis art. 6 Kc, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, Izba uznała, iż to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. On bowiem jest stroną twierdzącą - to wniesione przez niego odwołanie zawiera zarzuty dające się sprowadzić do stwierdzenia: „Zamawiający naruszył przepisy ustawy pozbawiając mnie możliwości uzyskania zamówienia”. Aby Izba mogła uznać twierdzenia Odwołującego za zasadne, a zgłaszane przez niego żądania za zasługujące na uwzględnienie, koniecznym było, aby wykonawca wnoszący odwołanie przedstawił Izbie dowody niezbędne dla podjęcia takiego rozstrzygnięcia.

Tymczasem odwołujący wraz z odwołaniem nie powołał się na żadne dowody budujące chociażby domniemanie zasadności jego twierdzeń i sformułowanych zarzutów, zaś materiały, jakie przedstawiał w trakcie rozprawy w dniu 15 stycznia 2013 r., są nieprzystdatne dla stwierdzenia stawianych zarzutów, o czym niżej.

I. Zarzut niespełnienia warunków udziału w postępowaniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Na wstępie zauważył, że zarzut odwołania dotyczy jedynie doświadczenie przywołanego przez przystępującego pod poz. 3 Wykazu wykonanych robót budowlanych (str. 76 oferty). Odwołujący wywodzi, że przystępujący wobec wymaganej postanowieniami SIWZ długości kanalizacji grawitacyjnej 30 km „posiada tylko 28 913 m, czyli brakuje ponad 1 km” (str. 10 odwołania).

Zarzut ten jest w całości chybiony i oparty na nieuzasadnionym twierdzeniu, że roboty na jakie powołuje się w wykazie wykonanych robót budowlanych odwołujący pod poz. nr 3, (Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II), nie zostały w całości ukończone, gdyż dotyczą poszczególnych etapów, a nie całej inwestycji i tym samym nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku

wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 9.1.2. IDW (część I SIWZ). Odwołujący mylnie przy tym - dla potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń, odnosząc się do nomenklatury dokumentacji obrazującej zdarzenia kontraktowe w kontraktach realizowanych w oparciu o procedury FIDIC (a taka miała zastosowanie dla Kontraktu dotyczącego Uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II) - odwołuje się do

„przejściowych świadectw płatności”, jako jedynych dokumentów na jakie może powoływać się przystępujący.

Odwołujący nie zauważa, lub nie chce zauważyć, że dla wykazania wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wykazania prawidłowego ukończenia robót budowlanych w zgodzie z przepisami Pzp, w tym przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie zawsze niezbędne jest ukończenie całej inwestycji i możliwe jest wykazanie ukończenia robót budowlanych, które zostały ukończone i odebrane, stanowiących część inwestycji, jak ma to miejsce w przypadku wykazanych części inwestycji pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II, w ramach której wykonywane były odrębne roboty budowlane, określone w umowie, jako części (odcinki), dla których określone były odrębnie terminy realizacji, wartości, wydane były odrębne pozwolenia na budowę, czy wreszcie podlegały odrębnym odbiorom i przejęciu na użytkowanie przez Inwestora Zamawiającego, w tym z płynącymi z tego konsekwencjami w postaci odrębnych terminów rozpoczęcia biegu gwarancji dla odrębnie odbieranych robót budowlanych.

I faktu odrębności tych robót, i powołanych twierdzeń nie zmienia okoliczność, że były wykonywane w ramach jednej umowy. Nie ilość umów decyduje o ilości objętych nią/nimi robót budowlanych (może być kilka umów dotyczących tej samej roboty budowlanej lub odwrotnie jedna umowa obejmująca różne roboty w tym także odmienne rodzajowo (budynek (obiekt kubaturowy) + obiekt małej architektury + budowlę).

Na spełnianie przez roboty budowlane wykazane przez przystępującego w Wykazie wykonanych robót budowlanych pod poz. nr 3 (Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II) wymagań SIWZ w sposób jednoznaczny wskazują:

1) Treść poz. nr 3 Wykazu str. 76 ofert (Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II) stanowiącego zgodne z rzeczywistością oświadczenie przystępującego, co do zakresu wykonanych, zakończonych i odebranych robót budowlanych, potwierdzających spełnianie określonych w SIWZ wymagań zamawiającego.

2) Treść postanowienia pkt 9.1.2. IDW (część I SIWZ) zawierającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wymagane było

wykazanie w ofercie określonego doświadczenia: *Wykonawca musi wykazać wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie następujących robót budowlanych: (i) wybudowanie co najmniej 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej, w tym co najmniej 0,2 km takich sieci metodą bezwykopową; (ii) wybudowanie co najmniej 1 km rurociągu tłoczego kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej lub sieci wodociągowej; (iii) wybudowanie co najmniej 20.000 m² nawierzchni, w tym: co najmniej 5.000 m² z kostki brukowej na podbudowie, co najmniej 5.000 m² z kostki brukowej z kamienia naturalnego (granit, bazalt, itp.) na podbudowie i co najmniej 10.000 m² z betonu asfaltowego.*

Zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane wymienione powyżej w p. (i), (ii), (iii) były wykonane w ramach jednego zamówienia.

Tym samym zamawiający nie żądał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w budowie 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej w ramach wyłącznie jednej inwestycji, jednego zadania czy jednej roboty budowlanej.

Powyższą interpretację zamawiający stosował jednolicie, w odniesieniu do wszystkich złożonych ofert, a odwołujący nawet nie próbuje wywodzić inaczej.

3) Treść załączonych do oferty przystępującego referencji (na co wskazuje treść dokumentu) Urzędu Miejskiego w Krotoszynie, podpisanych przez Burmistrza Krotoszyna, z dnia 6.08.2012 r., w których odnosząc się do zadań tożsamych z oświadczeniem przystępującego z poz. nr 3 przywołanego Wykazu wykonanych robót budowlanych, w których wskazano, że „Wykonane prace obejmujące w/w zakres robót, zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi normami i sztuką budowlaną, prawidłowo i terminowo ukończone” (str. 83 oferty), wyżej zaś wskazując, że „w okresie od sierpnia 2010 r. do czerwca 2012 r. Konsorcjum wykonało w całości zadania nr 1, 2, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13 na, które zostały wystawione świadectwa Przejęcia Odcinka (Zadania)”.

4) Treść powszechnie obowiązujących przepisów prawa:

- § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, które dla spełnienia warunków

udziału w postępowaniu wymaga przedstawienia: wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - które odwołuje się do robót budowlanych nie zaś, do „inwestycji”, „zamówienia”, czy „umowy o roboty budowlane”; art. 2 pkt 8 Pzp zawierającego definicję legalną robót budowlanych w obrębie systemu zamówień publicznych, zgodnie z którą przez roboty budowlane - należy rozumieć

wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

- art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane zgodnie, z którym roboty budowlane przez które należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (którym zgodnie z przepisem art. 3 pkt 3 w zw. z art. 3 pkt 1 lit. b) są m.in. obiekty liniowe i sieci uzbrojenia terenu, które w sposób nie budzący wątpliwości prowadzą do wniosku o prowadzeniu odrębnych robót na poszczególne zadania w ramach realizacji Kontraktu (Inwestycji) dotyczącej Uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyń - etap II; i które (za pkt 1-3) były w pełni wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.1.2. IDW (część I SIWZ) przy braku przeciwdowodu ze strony odwołującego.

5) A nadto dowody złożone na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013 r. wskazujące na:

- realizację poszczególnych - odrębnych robót budowlanych w ramach jednej umowy (umowa z dnia 15 lipca 2010 r. - załącznik (dokument) nr 3, str. 1) z odrębnymi terminami realizacji, i dokument nr 6 - z odrębnymi wartościami poszczególnych robót),

- realizację tych robót budowlanych na podstawie 4 odrębnych decyzji administracyjnych,

- pozwoleń na budowę (decyzje nr 147/07, 556/07, 680/07 i 133/09),

- bezdyskusyjne zakończenie poszczególnych robót budowlanych potwierdzone odpowiednim protokołem (Świadectwem Przejęcia Odcinka (Zadania) odpowiednio dla zadania nr 1,2,4,7,9,10,11,12,13 w okresie wymaganym cytowanym warunkiem pkt 9.1.2 IDW (część I SIWZ), w których ujawniona została odrębnie dla każdego odcinka nie tylko data zakończenia przejęcia danego odcinka (robót budowlanych), odrębnie data zakończenia robót oraz okres gwarancji,

- bezdyskusyjne przejęcie owych poszczególnych robót budowlanych, w odrębnych terminach w użytkowanie przez Inwestora (Zamawiającego) i eksploatację obiektów potwierdzone: zawiadomieniami Inwestora o zakończeniu budowy obiektu niezaskarżonymi sprzeciwami organów, do których były kierowane (zawiadomienia z dnia 26.05.2011, 22.05.2012, 12.07.2011), 19.08.2011, 30.08.2012, zaświadczeniem powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Krotoszynie z dnia 30.11.2011 r. o zakończeniu budowy oraz decyzją Wielkopolskiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 3.02.2012 r. o pozwoleniu na użytkowanie.

6) Orzeczenia KIO wydane w podobnych sprawach: dokumentami potwierdzającymi, że roboty budowlane (wykazane w wykazie) zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki

budowlanej i prawidłowo ukończone mogą wszelkie dokumenty potwierdzające ten fakt, wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane (np. listy referencyjne, protokoły odbiorów końcowych). Dokumentami tymi mogą być również protokoły odbiorów częściowych. Wykonawca może również złożyć wykaz wykonanych robót budowlanych stanowiących część jeszcze wykonywanej inwestycji. W wyroku KIO/UZP 703/09 i KIO/UZP 709/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: Przy tak złożonej i skomplikowanej inwestycji, jaką jest budowa metra, kolei podziemnych czy innych tego typu inwestycji, których czas realizacji często przekracza nawet 5 lat, stawianie wymogu, aby cały kontrakt był zakończony i objęty odbiorem końcowym całej inwestycji powodowałoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i ograniczałoby dostęp do

zamówienia publicznego. Celem stawianych warunków udziału w postępowaniu jest wybór wykonawcy doświadczonego, dającego gwarancję należytej i zgodnej z umową realizacji zamówienia.

- Wykonanie obiektu, jako przedmiotu zamówienia nie musi oznaczać wykonania całej inwestycji" - tak orzekła KIO w wyroku KIO/UZP 284 /09; - jak też wyrok KIO 96/11 przywołany przez odwołującego, i mylnie przez niego interpretowany, gdyż w istocie potwierdza zasadność poglądów przystępującego skoro wskazuje, że: *Roboty budowlane, które pozostają w toku ich wykonywania nie mogą kwalifikować doświadczenia wykonawcy, jako wystarczające w postępowaniu o zamówienie publiczne*. Rozumowanie *a contrario* prowadzi do wniosku, że tym samym mogą kwalifikować doświadczenia wykonawcy jako wystarczające w postępowaniu o zamówienie publiczne roboty, które w toku już nie są, czyli roboty wykonane - jak to jest w przypadku robót budowlanych wskazanych w wykazie przystępującego pod pozycją nr 3 na str. 76 oferty.

II. Zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie zaś z utrwalonym orzecznictwem KIO, nie można uznać skutecznego postawienia zarzutu w sytuacji jedynie przytoczenia rzekomo naruszonego przez zamawiającego przepisu prawa bez wskazania uzasadnienia i opisanie zachowania zamawiającego ten przepis naruszającego.

W wyroku KIO z dnia 11 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 925/11 Izba stanęła na stanowisku, (...) że o istnieniu zarzutu nie przesądza, jak chciałby tego Odwołujący, samo powołanie przepisu ustawy Pzp. Dla uznania, iż zarzut został postawiony zatem o jego istnieniu, koniecznym jest, aby Odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, iż na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem postawieniem tezy - Odwołujący, formułując ją, jest

zobowiązany wskazać jakie, konkretne zachowanie Zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego powzięcia był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy. Jest zobowiązany wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem Zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną, sformułować tezę o naruszeniu tejże normy przez Zamawiającego. Tym samym formułowane przez Odwołującego zarzuty nie mogą mieć charakteru blankietowego - muszą być wypełnione „treścią” - muszą odnosić się do konkretnego działania lub jego zaniechania przez Zamawiającego.

Tym samym niezależnie od niezasadności, tak formułowanego zarzutu przez podanie w odwołaniu jedynie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w sytuacji, w której odwołujący w odwołaniu nie czyni nawet najmniejszej wzmianki, na czym owa niezgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ miała by polegać, zarzut ten nie może być rozpoznany, skoro przepisy Pzp nie dają możliwości uzupełnienia zarzutu w toku rozprawy.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaofiarowania ceny rażąco niskiej (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp).

W pierwszej kolejności przystępujący wskazał, że wprowadzić pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp, to w określeniu jego znaczenia znakomitą rolę odgrywa orzecznictwo Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, a w szczególności sądów okręgowych. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Podobnie w wyroku KIO z dnia 30.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2717/10, w którym stwierdzono, że: (...) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego

przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego zamawiający dokonując oceny, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego*.

Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu przez wykonawcę ceny mógłby prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania.

Art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że przy ocenie wyjaśnień zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Adresatem normy art. 90 ust. 2 Pzp jest zamawiający. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma charakter wzruszalny - może zostać obalone przez wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę.

W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień, o tyle przesądzające znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał złożone przez przystępującego wyjaśnienia za przekonujące a zaoferowaną cenę za realną, ciężar dowodu w wykazaniu zasadności zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny w całości przechodzi na odwołującego.

Odnosząc się do powyższego przystępujący wskazał, że odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowód jakoby oferta przystępującego zawierała cenę rażąco niską, a ocena jego wyjaśnień dokonana przez zamawiającego była nierzetelna i naruszała obowiązujące regulacje.

Podobnie składane przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 15.01.2013 r. oferty, jakie otrzymał od swoich kooperantów (dostawców materiałów budowlanych) wskazują jedynie na ceny, jakie sam jest w stanie zaoferować. Nie budują natomiast obrazu cen dostępnych innym wykonawcom, a w szczególności nie dowodzą, że oferta przystępującego jest nierealna, a przez to rażąco niska.

Odwołujący próbując wykazać, że cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską wskazuje jakoby przekonującym w tym zakresie było samo odwołanie się do różnicy w cenie pomiędzy jego ofertą, a ofertą przystępującego i 10 % różnica cen tych ofert było już wystarczającym dowodem. Dalej próbując wykazać zasadność zarzutu ceny rażąco niskiej odnosi się jedynie do poszczególnych pozycji kosztorysowych (a konkretnie do pozycji nr 57, 103, 158, 364 kosztorysu ofertowego odwołującego), nie zaś do całej ceny, która zgodnie z pkt. 25.1 IDW (część I SIWZ) ma charakter ryczałtowy. Przystępujący wskazał orzecznictwo KIO: 1) (...) *pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz*

wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Nie można także, co przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”). Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania ceny w kategorii rażąco niskiej w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. (...) Rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należyście i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy. (...) Podzielono także - co do zasady - tezę Zamawiającego co do zastosowania różnych cen jednostkowych w ofercie Odwołującego.

Uznano jednak, że zastosowanie dla takich samych robót realizowanych w bądź dla takich samych różnych cen porównywalnych warunkach materiałów jednostkowych w kosztorysie nie oznacza jeszcze nierealistycznej wyceny kosztów wykonania zamówienia, prowadzącej do uznania rażąco niskiej ceny, (tak wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 586/11).

2) Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez stosownej oceny danego przypadku (z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14.08.2012 r., sygn. akt KIO 1663/12).

3) (...) dla oceny, czy rozpatrywana cena jest rażąco niska należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, jak choćby ceny jednostkowe. Skład orzekający Izby stanowisko to podziela, a wynika ono z faktu, że podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mówi właśnie o cenie, nie zaś jej poszczególnych częściach, elementach, czy składowych. Innymi słowy, gdyby nawet uznać, że jakaś część oferty jest rażąco niska, to żadną miarą nie czyni to całej ceny rażąco niską (tak w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1511/08).

Nawet w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysowych, twierdzenia odwołującego są całkowicie bezzasadne, a nawet kłamliwe. Odwołujący wskazując na poz. 57, 103, 158, 364 kosztorysu ofertowego przystępującego wywodził na rozprawie w dniu 15 stycznia

2013 r., że w pozycjach wyceniono nieodpowiedni materiał (tańszy), a do tego niezgodny z postanowieniami specyfikacji technicznej ST-05,00 kanalizacja sanitarna pkt 2.3.2.

Tymczasem, w wyjaśnieniach do oferty w/s rażąco niskiej ceny (dokumenty zastrzeżone) w przedstawionym kosztorysie szczegółowym na str. 18 poz. 57, str. 25 poz. 103, str. 31 poz. 158, str. 59 poz. 364 (pozycje odpowiadające kwestionowanym przez odwołującego), znajdują się odwołania do kosztorysu str. 69 wiersz 11 d.4.1 - z opisem PN 200 mm Rura PP SN10 200 mm - a więc w sposób jednoznaczny potwierdzają wycenę odpowiedniego i zgodnego z SIWZ materiału (rur PP). Przyjęta w kalkulacji cena jednostkowa rury PP SN 10 w ofercie przystępującego wynosi 55,08 zł za mb i jest wyższa niż wykazywana przez odwołującego jako minimalna 54,60 zł i przyjęta przez niego w ofercie, co tylko potwierdza, że przystępujący nie oferuje wykonania przedmiotu zamówienia w cenach nierealnych, poniżej kosztu zakupu materiałów, oraz że jego oferta jest zgodna z SIWZ.

W tym stanie faktycznym jedynie w celu uzupełnienia, odnosząc się do chybionych twierdzeń odwołującego o możliwości zastosowania niewłaściwych materiałów, wskazał, że takowe będą też weryfikowane na etapie realizacji robót.

Zgodnie z punktem 4.4 SIWZ Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni O.Ś. Milicz (opis ze specyfikacji) *Zamówienie będzie realizowane w oparciu o „Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego”, przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację inżynierów Konsultantów (Federation Internationale des Ingenieurs - Conseils - FIDIC), P.O. Box 311, CH-1215 Geneva 15, Szwajcaria (pierwsze wydanie 1999 r. w języku angielskim, czwarte wydanie angielskopolskie niezmiennione 2008 r., w tłumaczeniu SIDiR).*

Zgodnie zaś z klauzulą 7.2 Próbkę zawartą w dziale 7 Urządzenia, Materiały i wykonawstwo znajduje się zastrzeżenie, że „Przed użyciem materiałów do Robót Wykonawca dostarczy następujące próbki i odnośne informacje do akceptacji Inżyniera”.

Tak więc każdy z wykonawców realizujących przedmiotowy Kontrakt nie może wbudować wcześniej materiału, jeśli nie uzyska akceptacji Inżyniera kontraktu. *Dowód: - wyciąg z warunków kontraktowych FIDIC - wniosek o zatwierdzenie Materiałów i Urządzeń.*

Z powyższego wynika, że odwołujący posądzając przystępującego o zastosowanie materiałów niezgodnych z SIWZ nie tylko tego nie może dowieść, ale też nie zapoznał się z pkt 4.4 SIWZ.

Reasumując powyższe przystępujący uznał, że dokonując oceny złożonych wyjaśnień, zamawiający mając na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zakazujące zamawiającemu automatyzmu działania, przejawiającego się w bezrefleksyjnym odrzucaniu ofert najniższych cenowo (co sam odwołujący przyznaje w treści odwołania) oraz wskazujące na konieczność utrzymywania ofert w postępowaniu, w przypadku przedłożenia

przez wykonawców racjonalnych i wiarygodnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji cenowej dokonał dogłębnej analizy ceny oferty wybranego wykonawcy, nie tylko w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia i kwoty brutto, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (w odniesieniu do której cena oferty wybranego wykonawcy jest niższa o 55,76% od szacunku zamawiającego), ale również odniósł cenę oferty wybranego wykonawcy do średniej ceny wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, a także porównał cenę 1 km sieci wynikającą z oferty wybranego wykonawcy ze średnią ceną za 1 km sieci wybudowanej w ramach zakończonych w ostatnim okresie kontraktów: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Sułów, Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Śmigród oraz Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Zduny, uzyskując różnicę na poziomie 23,89% oraz porównał cenę 1 km sieci wynikającą z oferty wybranego wykonawcy, do ceny za 1 km sieci wybudowanej w ramach zakończonego kontraktu „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Sułów”, uzyskując różnicę na poziomie 15,21%. Odniesienie ceny oferty wybranego wykonawcy do średniej ceny wszystkich złożonych ofert oraz do cen rzeczywistych zrealizowanych kontraktów, pozwoliło zamawiającemu na przyjęcie, iż otrzymane różnice cenowe, nie mogą stanowić o uznaniu ceny oferty wybranego wykonawcy za rażąco niską, szczególnie po ocenie wyjaśnień przystępującego, które szczegółowo opisują okoliczności dostępne wykonawcy (konsorcjum firm), które uwiarygodniają możliwość zaoferowania niższych cen wynikających z możliwości znacznego obniżenia kosztów robót ziemnych, kosztów robocizny (wykwalifikowana sprawna kadra), pracy sprzętu (własny sprzęt amortyzowany), kosztów robót z zakresu odtworzenia nawierzchni (dysponowanie własnym sprzętem specjalistycznym, własnymi źródłami pozyskiwania kopalin). Ponadto załączone do wyjaśnień dokumenty - oferty handlowe dostawców, są bezpośrednimi dowodami wskazującymi na możliwość zaoferowania niskich cen za wskazane materiały i część robót specjalistycznych, stąd też zamawiający po zapoznaniu się ze złożonymi wyjaśnieniami był uprawniony do przyjęcia, iż cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska, tym bardziej, że poszczególne ceny nie odbiegają też znacznie od cen zaoferowanych przez odwołującego, a niejednokrotnie są też od niego wyższe. *Dowód: - wykaz robót ziemnych do wykonania kontraktu „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz - część I”, zawierający zestawienie cen kosztorysowych ujawnionych w ofercie Odwołującego i Przystępującego.*

IV. Zarzut odmowy udostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego, nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 2 i 3 Pzp).

Dla uzasadnienia sformułowanego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp odwołujący przywołał, nieprzydatne w tym stanie faktycznym orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 - dotyczące możliwości

odrzućenia oferty w sytuacji nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz równie nieprzydatny wyrok SO w Koszalinie z dnia 8.12.2005 r. w sprawie możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby wskazane w ofercie odpowiednich uprawnień, w tym posiadanych kwalifikacji, gdyż także ta sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie.

Odwołujący formułuje także tezę, że wyjaśnienia udzielane w trybie art. 90 Pzp nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie jest nieskuteczne, gdyż zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp zastrzeżenie takie może być dokonane nie później niż w terminie składania ofert (str. 9 odwołania).

Z tak formułowanym stanowiskiem nie sposób się zgodzić, już choćby z tego powodu, że pozostaje w jaskrawej sprzeczności z utrwalonym orzecznictwem KIO. *Wyjaśnienia, jak i przedłożone dowody, o których mowa w art. 90 p.z.p. stanowią integralną część oferty, zatem mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 p.z.p. - jeżeli ich charakter spełnia wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa* (wyrok KIO 1377/12 z dnia 11.07.2011 r.) *Nie podziela się stanowiska, iż skoro wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny, a zgodnie z art. 86 ust. 4 p.z.p. informacja o cenie jest informacją jawną – to wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (...) Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie*

konkurencyjności firmy na danym rynku (KIO 995/12 z dnia 1.06.2012 r.). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie ich składania (KIO 109/12; KIO 125/12 z dnia 20.02.2012 r.). „Informacje dotyczące ceny”, o których mowa w art. 86 ust. 4 p.z.p. upubliczniane są w trakcie jawnego otwarcia ofert, a zatem dotyczą informacji zawartych w ofertach. Natomiast składane w trybie art. 90 p.z.p. wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane są w trakcie badania ofert przez zamawiającego, a więc nie stanowią części oferty, a składane są w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które nie ma charakteru obligatoryjnego. P.z.p. nie wyłącza możliwości zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (KIO 1936/11 z dnia 23.09.2011 r.).

Wskazując na możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w badanej przez KIO sytuacji przystępujący podkreślił, że zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub informacje posiadające wartość

gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym za skutecznie zastrzeżone mogą być uznane informacje, co, do których zostały spełnione łącznie następujące warunki:

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.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Przystępujący podejmując decyzję o zastrzeżeniu informacji zawartych w wyjaśnieniach oferty, na celu ochronę ceny miał swojego potencjału poprzez zabezpieczenie się przed wykorzystaniem zawartych tam informacji przez innych wykonawców, w tym także podkupywaniu pracowników lub stałych współpracowników. Informacje zawarte w wyjaśnieniu ceny przystępującego mają przy tym:

- charakter organizacyjny związany ze sposobem realizacji zamówienia;
- posiadają dla przystępującego wymierną wartość gospodarczą oraz mają znaczący wpływ na szacowanie ceny ofertowej;
- przystępujący podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji (o czym najlepiej świadczy fakt braku możliwości pozyskania tych informacji przez odwołującego).

Odwołujący nie wykazał, że którakolwiek z tych przesłanek nie została spełniona w przedmiotowej sprawie.

Z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny ofertowej stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, zamawiający nie miał wątpliwości, co do zasadności zastrzeżenia informacji zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy oferent ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Przystępujący nie zastrzegł ujawnienia samej ceny ofertowej, a jedynie sposób jej skalkulowania, co w sposób jednoznaczny stanowi tajemnicę handlową przystępującego.

Zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądził, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Warte podkreślenia jest, że informacje zawarte szczegółowym kosztorysie wykonawczym zawartym w wyjaśnieniach instytucji rażąco niskiej ceny, są natury technicznej, technologicznej, organizacyjnej i handlowej oraz pokazują źródła pozyskania

materiałów i urządzeń - tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorcy.

Informacje i zawarte w wyjaśnieniach dane nie były nigdy ogólnodostępne oraz strony konsorcjum zachowują szczególną ich ochronę. Zastrzeżenie dokonane przez

przystępującego znajduje swoje oparcie także w ukształtowanym orzecznictwie KIO, np. w wyrokach: z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1427/10, KIO 1430/10: *Z tego względu Izba uznała, że przystępujący miał prawo zastrzec, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tak informacje z załącznika nr 4, tj. osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, jak i dane w wykazach doświadczenia na załącznikach nr 3, 6 i 6a z wyłączeniem poz. 2 i 9 załącznika nr 6 i 4 i 9 załącznika nr 6a. Dane te nie tylko obrazują całokształt posiadanego doświadczenia nabywanego w okresie ostatnich 3 lat, ale także wskazują na ilość osób przeszkolonych, a więc na posiadane zdolności organizacyjne; z dnia 4 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2709/10: Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak podkreśliło konsorcjum (...) w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2010 r., zarówno X, jak i Y [wchodzące w skład Konsorcjum - przyp. red.] chronią w sposób szczególny w odniesieniu do wszystkich obszarów swojej działalności. Także w tym konkretnym przypadku w odniesieniu do danych wykorzystanych w ofercie dla potrzeb tego konkretnego zamówienia podjęto działania w celu zachowania ich poufności. Szczegóły dotyczące oferowanego pojazdu zna ograniczona liczba osób uprawnionych do dostępu do tajnych informacji, zobowiązana jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich klauzulami poufności. Tak więc, w ocenie Izby, niewątpliwym jest, iż wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności; z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 228/11: (...) Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. Działanie takie doprowadzić miało wykonawcę do uzyskania zamówienia publicznego i skutecznego konkurowania na danym rynku; z dnia 30.12.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2717/10: Zamawiający może ograniczyć dostęp tylko do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa określonych przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, jak*

ma to miejsce w rozpoznawanym przypadku, czy wreszcie w postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96, publ. Wokanda 1997/10/55, w którym stwierdzono, że: (...) *za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.*

Zważywszy na powyższe, analiza treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień oraz stopień ich szczegółowości, w tym między innymi dotyczących szczegółowych elementów mających wpływ na kalkulację ceny takich jak: - indywidualne dla przystępującego koszty robocizny, ceny jednostkowe materiałów, narzuty i zakładany zysk, ujęte między innymi w przedłożonym szczegółowym kosztorysie, - informacje techniczno-organizacyjne, dotyczące sposobu prowadzenia prac i potencjału poszczególnych członków konsorcjum, - a także konkretnie wskazane źródła zaopatrzenia, - szczegółowe oferty handlowe, zawierające indywidualnie wynegocjowane z partnerami handlowymi stawki cenowe za dostawę/wykonanie poszczególnych elementów robót, objęte tajemnicą handlową, prowadzi do wniosku, że zamawiający właściwie i zgodnie z obowiązującymi regulacjami uznał zasadność i skuteczność zastrzeżenia powyższych informacji przez przystępującego. Tym samym brak jest podstaw do uznania zasadności zarzutów odwołania w tym zakresie.

V. Brak wpływu zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego dotyczących kalkulacji ceny oferty na wynik postępowania. W sytuacji, w której Izba oceniając zasadność zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego dotyczących kalkulacji ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dojdzie do wniosku o braku podstaw do takiego działania, zasadnym jest określenie skutków takiego uznania Izby w okolicznościach niniejszej sprawy. W tym w szczególności wpływu wynikającego z tego zaniechania przez zamawiającego „odtajnienia” wyjaśnień przystępującego na wynik postępowania odwoławczego.

Przystępujący podniósł, że zgodnie przepisem art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przepisów ustawy prowadzi do uwzględnienia odwołania, a jedynie takie które zaważyło na wyniku postępowania (po etapie składania ofert) lub mogło zaważyć na wyniku postępowania (przed etapem składania ofert). O ile udostępnienie lub z uwagi na zastrzeżenie nieudostępnienie wyjaśnień przystępującego

tajemnicy

przedsiębiorstwa pozostanie bez wpływu na zasadność uznania przez KIO ceny oferty przystępującego za rażąco niską, uznać należy także, że naruszenie przepisów ustawy o ile nastąpiło w tym przypadku, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący nie tylko miał możliwość, ale i skorzystał z niej formułując zarzut ceny rażąco niskiej nie potrafiąc jej dowieść. Z uwagi na podanie w ofercie jawnego dla

odwołującego kosztorysu powoduje, że znajomość szczegółowej kalkulacji cenowej oferty wpisującej się w ten kosztorys nie pozbawiło go możliwości dowodowych i nie ograniczyło prawa do składania środków ochrony prawnej.

Zasadność formułowanych wniosków potwierdza orzecznictwo KIO, w tym wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 776/11, w którym stwierdzono, że *przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ma charakter bezwzględny i nie mogą na jego zastosowanie wpływać jakiejkolwiek względy słusznościowe. (...) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić - priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy wyrok z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 657/11 wydany w pełni analogicznym stanie faktycznym, w którym stwierdzono, że: Istotnym z punktu widzenia ustalenia wpływu na wynik postępowania miało stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę tej oferty. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Samo zaniechanie udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień wybranego wykonawcy pozostawało bez wpływu na ocenę prawidłowości oceny zamawiającego. Stwierdzenie, iż zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, tj. na wybór oferty najkorzystniejszej.*

Zaniechanie to stanowiło utrudnienie dla odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu okoliczności, z których wywodził konsekwencje prawne w postaci żądania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zatem dopiero potwierdzenie zasadności zarzutu dotyczącego wyboru oferty podlegające odrzuceniu miało znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

Mając powyższe na uwadze, przystępujący uznał, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania w jakimkolwiek zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec zachowania wymagań formalnych związanych z wniesieniem odwołania i nie wystąpienie przesłanek jego odrzucenia, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie.

Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania: złożył ofertę w postępowaniu i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 Pzp).

Odwołanie podlega oddaleniu wobec nie wykazania przesłanek skutkujących uwzględnieniem odwołania - art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba przedstawiła w uzasadnieniu, niemal pełne pisemne stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego) z uwagi na fakt, że przedstawiają one poza elementami właściwymi dla toczącego sporu, w bardzo szerokim

ujęciu właściwe regulacje prawne, orzecznictwo oraz stanowisko doktryny, które Izba w pełni podziela, uznając, że mają one zastosowanie i właściwe znaczenie dla rozstrzygnięcia rozpoznanego odwołania.

Izba uznała, że chronologia faktów przedstawiona przez strony i przystępującego nie budzi wątpliwości i nie stanowi kwestii spornych. Spór stanowi interpretacja faktów oraz ocena prawna czynności zamawiającego.

I. Niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wybranego wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp - podstawy prawne wskazane w odwołaniu).

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że wybrany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, z uwagi na niemożność uwzględnienia wyszczególnionych w pozycji 3 wykazu robót budowlanych załączonym do oferty str. 76, robót wykonanych, jako zadania w ramach inwestycji - Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II, sieć kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej. Długość sieci podana w tym punkcie wykazu wystarcza dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - brakujące ponad 1 km sieci. W toku postępowania potwierdzono, że uwzględnienie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej z zakresu wykonanych robót na rzecz Gminy Krotoszyn, jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku.

Różnica stanowisk będąca podstawą zarzutu sprowadza się do interpretacji pojęcia „wykonanych robót” w kontekście postanowień SIWZ. W pkt (pkt 9.1.2 (i) SIWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia przez wybudowanie, co najmniej 30 km sieci kanalizacji grawitacyjnej, w tym co najmniej 0,2 km takich sieci metodą bezwykopową (roboty budowlane nie musiały być wykonane w ramach jednego zamówienia). Zgodnie z pkt 9.2.1 SIWZ dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku miał być wykaz wykonanych robót budowlanych (...) oraz dokument

potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykaz załączony do oferty nie został zakwestionowany. Zakwestionowany został dokument pt. „Informacja” z dnia 06.08. 2012 r., str. 82-83 oferty. Zakwestionowano Informację, jako niepotwierdzającą wykonanie całościowej inwestycji, lecz tylko zadania 1, 2, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13 o wartości 24.276. 241,60 zł netto, a nie o wartości kontraktu 30.048.491,65 zł netto właściwej dla całej inwestycji (wykonanie wynosi 80,8%). Wskazana w zakresie zrealizowanych zadań długość wykonanej sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, znacznie przekracza brakujące ponad 1 km sieci do osiągnięcia wymaganej w SIWZ długości potwierdzającej spełnianie warunku. W Informacji podano też, że prace obejmujące zakres w niej przedstawiony zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi normami i sztuką budowlaną, prawidłowo i terminowo ukończone. Na rozprawie wykonawca (przystępujący) wykazał, że inwestycja realizowana na rzecz Krotoszyna podzielona została na 13 zadań, każde z zadań było odrębnie realizowane, przed upływem terminu składania ofert zakończono 9 zadań, wydano dla każdego z zadań Świadectwa przejęcia odcinka (Zadania) oraz Protokół z odbioru końcowego odcinka (każdego z 9 wymienionych). Przystępujący złożył zestawienie 13 zadań, już wszystkich zakończonych, w którym wyszczególniono terminy realizacji robót, wartość robót oraz rodzaje kanalizacji, przykanalików i sieci wodociągowej, podając odpowiednio ilość w mb i szt. - dokumenty podpisane przez Burmistrza i Zastępcę Burmistrza Miasta i Gminy Krotoszyn. Złożył też 5 decyzji administracyjnych, 4 zaświadczenia i 2 zawiadomienia, dotyczące przedmiotowych robót budowlanych oraz umowę (kontrakt) na roboty budowlane: Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Krotoszyn - etap II.

Na podstawie złożonych dowodów, nie ulega wątpliwości, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w terminie i zakresie wymaganym w SIWZ. Roboty - 9 odrębnych zadań stanowiących roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane zostały wykonane i wykonanie zostało potwierdzone w wymagany przez zamawiającego sposób. Z 9 przedstawionych zadań, dla uzyskania łącznej liczby 30 km kanalizacji grawitacyjnej wymaganej w SIWZ wystarcza wyłącznie jedno zadanie, zadanie numer 7 z inwestycji w Krotoszynie, tj. kanalizacji sanitarnej (1451 metrów) i kanalizacji

deszczowej (1906,23 metrów), które zostało wykonane w terminie i potwierdzone w sposób opisany w SIWZ. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania nie został potwierdzony. Nie zostało też wykazane naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z tego tytułu, ponieważ przepis ten dotyczy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie dotyczy natomiast konsekwencji niewykazania spełniania warunków udziału wykonawców w postępowaniu (warunków podmiotowych). Izba podnosi, że granice rozpoznania odwołania są ściśle określone przez

zarzuty odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp), oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Podstawa faktyczna wskazanego zarzutu podana w odwołaniu nie ma związku z normą prawną wskazanego przepisu.

II. Zarzut rażąco niskiej ceny wybranej oferty (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp - podstawy prawne podane w odwołaniu).

Wskazane przepisy stanowią podstawę i obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty w razie ziszczenia się przesłanek określonych w tych przepisach. Pierwszy z nich, art. 90 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w razie nie złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawę odrzucenia oferty na mocy tego przepisu stanowią wyjaśnienia wykonawcy złożone na wezwanie zamawiającego, oceniane w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub zaniechanie złożenia wyjaśnień. Drugi przepis, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ma zastosowanie w razie stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednym i drugim przypadku ustalenie rażąco niskiej ceny następuje wyłącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a nie jego części składowych, czy cen jednostkowych. W orzecznictwie, piśmiennictwie oraz doktrynie jednoznacznie ustalono, że przedmiot zamówienia, w rozumieniu wynikającym z podanych przepisów Pzp, oznacza w ujęciu rzeczowym cały zakres robót, dostaw lub usług, w finansowym wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego na podstawie art. 32 ust. 1 Pzp w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień i art. 33 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do robót budowlanych, powiększoną o kwotę podatku VAT. Z reguły jest to kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana podczas otwarcia ofert. W przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, na którego ustawodawca nałożył obowiązek złożenia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 niepubl.). W przypadku negatywnej oceny wyjaśnień i odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, ciężar dowodu obciąża zamawiającego, zamawiającego również w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z kolei w przypadku przedstawienia zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie wskazanych przepisów, ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny oferty obciąża wykonawcę, który z tego faktu wywodzi skutki prawne (przy zarzucie ferowanym na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień wykonawcy, przy art. 89 ust. 2 pkt 4 Pzp przez

wykazanie, że kwestionowana oferta istotnie zawiera rażąco niską cenę). Przepis art. 190 ust. 1 Pzp uprawnia strony i uczestników postępowania odwoławczego do przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy, w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), co oznacza, że zakres zarzutów przedstawionych w odwołaniu jest wiążący dla organu rozpoznającego spór. W toku postępowania przed Izbą, podobnie jak przed sądem, zarzuty niezgłoszone w odwołaniu nie mogą być przedmiotem rozpoznania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11).

Wobec przedstawienia w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny, na odwołującym ciążył obowiązek dowodowy.

Odwołujący wskazał w odwołaniu uzasadnienie faktyczne zarzutu, następująco:
Teoretycznie wydawać by się mogło, że cena tegoż Wykonawcy jest zbliżona do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, jednakże w rzeczywistości różnica przy tej wielkości

zadania inwestycyjnego wynosi ponad 2.200.000,00 złotych brutto, co tym bardziej jest niezrozumiałe, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że Odwołujący w składzie swojego konsorcjum ma firmę produkującą prefabrykaty do budowy kanalizacji sanitarnej, która będzie bezpośrednim ich dostawcą na budowę, zaś drugi partner - Lider będzie wykonywał osobiście wszystkie prace wykonawcze i tym samym do minimum zostały zredukowane wszystkie marże, narzuty i inne koszty pośrednie, które zmuszeni są ponieść inni oferenci, w tym wybrany Wykonawca. Tak więc w tej indywidualnej sprawie można zasadnie twierdzić, że cena zaproponowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska ale cena już o 10% od niej niższa - taką rażąco niską ceną jest o czym musi świadczyć nie tylko stosunek ceny wybranego Wykonawcy do wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego na poziomie 44%, ale również w stosunku do innych Wykonawców na poziomie ponad 30% niższym od średniej wartości innych złożonych ofert.

Na rozprawie odwołujący rozszerzył zarzuty podnosząc, że w przedmiarze robót wybrany wykonawca zaoferował w pozycjach: 57, 103, 158 i 364 rury PVC w cenie 65 zł, zamiast rur PP, gdy odwołujący oferując rury PP wycenił te pozycje od 110 zł do 113, 26 zł, co wpłynęło na poziom ceny, a także świadczy o zaoferowaniu niewłaściwego materiału w stosunku do wymagań zamawiającego. Złożył do akt sprawy pismo Firmy KA-CZMAREK Sp. z o.o. SKA, Malewo 1, z 10.01.2013 r. w którym podano, że producent ten ze względu na wieloletnią współpracę oferuje odwołującemu rury PP SN 10 DN200 za najkorzystniejszą na rynku cenę: 54,60 zł netto za 1mb.

Z kolei firma RUREX Sp. z o.o. Poznań-Skórzewo i Opacz k. Warszawy oferuje rury PP Weho Tripla SN 10 w cenie 46,07 zł/j.m., przy zamawianej odpowiedniej ilości wraz z transportem.

Przystępujący przedstawił pismo Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowo Produkcyjnego

DE-GA Ryszard Gawroński, Pleszew, oferującego przystępującemu rury PP SN 10 TAURUS KACZMAREK w cenie 54,20 zł za 1mb.

Z zestawienia złożonego przez przystępującego wynika, że w zrealizowanych przez tego wykonawcę budowach kanalizacji sanitarnej ceny jednostkowe kształtowały się na poziomie: w miejscowości Lubstów 283,70 zł/mb, w aglomeracji Zaniemyśl dla miejscowości Zwola, Majdany, Łękno 242,57 zł/mb, w miejscowościach Łąd i Ciążęż w Gminie Łądek 376,44 zł/mb.

Dla obecnego zadania odwołujący oferuje 421,61 zł/mb, przystępujący 379,92 zł/mb.

Pierwotny przedmiar robót został zmieniony 11 września 2012 r., w którym w większości zastąpiono rury PVC, rurami PP. Przystępujący wyjaśnił, że podał w swoim kosztorysie wcześniejsze oznaczenie rur - PVC, aczkolwiek przyjęta wycena odpowiada właściwym warunkom. Wskazał, w szczególności w piśmie procesowym złożonym w dniu 18 stycznia 2013 r. na obowiązujące procedury w toku realizacji zadania wykluczające jakiegokolwiek niewłaściwości przy stosowaniu materiałów.

Izba stwierdziła, że kosztorys ofertowy z przedmiarem robót został zamieszczony na str. 147-179 oferty przystępującego i był jawny od chwili otwarcia ofert. W odwołaniu nie podniesiono żadnych zarzutów dotyczących kosztorysu ofertowego, w tym zaoferowanego materiału (rodzaju rur), zgodności z projektem technicznym, jak również w odniesieniu do tabeli ceny ryczałtowej zamieszczonej na str. 144-146 oferty.

Zamawiający opisał w SIWZ wymagania w zakresie ceny oferty wskazując jej charakter ryczałtowy i pomocniczy charakter przedmiaru, następująco:

25. Opis sposobu obliczenia ceny.

25.1. Podana w ofercie cena jest ceną ryczałtową i musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

25.2. Ceną wiążącą jest cena podana w formularzu oferty wynikająca ze wskazań zawartych w tabeli ceny ryczałtowej, uzupełnionej w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 7 do niniejszych Instrukcji. Cena ujawniona w tabeli ceny ryczałtowej nie będzie weryfikowana pod względem zgodności z danymi zawartymi w kosztorysie ofertowym, który ma charakter wyłącznie pomocniczy

25.3. Cena ofertowa winna uwzględniać wszystkie koszty związane z uzyskaniem przez Wykonawcę przychodu z tytułu niniejszego zamówienia jak również koszty usług nie ujętych w dokumentacji technicznej, a których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego

wykonania przedmiotu zamówienia, jak np. koszty robót przygotowawczych, koszty utrzymania porządku w trakcie realizacji robót, koszt zorganizowania placu budowy, koszty

obsługi geologicznej i geodezyjnej, wszelkie opłaty, narzuty, podatki, cła itp., wykonanie dokumentacji powykonawczej, wykonanie niezbędnych prób, badań, uzgodnień, nadzorów, wpiąć, sprawdzeń, opinii, odbiorów, itp., ubezpieczenie budowy, wszelkie inne koszty (np. koszty robót wynikających z dokumentacji, a nie uwzględnione w przedmiarach robót).

25.4. Przedmiar robót stanowiący załącznik do niniejszej SIWZ stanowi dokument pomocniczy do sporządzenia kalkulacji ceny przez Wykonawcę.

Zamawiający nie wymaga, aby kosztorys ofertowy Wykonawcy został opracowany ściśle według przedstawionego przedmiaru robót, dlatego też Wykonawca składając kosztorys ofertowy może załączony przedmiar uzupełnić o dodatkowe pozycje konieczne do realizacji zadania. W przeciwnym wypadku uznaje się, że wszystkie koszty realizacji zadania, nawet te bezpośrednio niewyszczególnione w przedmiarze, a objęte dokumentacją projektową zostały rozłożone na pozostałe pozycje kosztorysu i koszty ich realizacji są zawarte w cenach jednostkowych robót wyszczególnionych w kosztorysie.

W kosztorysie ofertowym należy uwzględnić rozwiązanie i usuwanie wszelkich kolizji ujętych i nieujętych w przedmiarze robót i wszystkie inne prace wynikłe w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia a niezbędne do osiągnięcia rezultatu umowy.

Wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót należy przenieść do Tabeli ceny ryczałtowej, sporządzonej wg wzoru stanowiącego zał. nr 7 do IDW oraz w tej tabeli wyliczyć cenę oferty brutto.

UWAGA!

Przedmiar robót jest materiałem pomocniczym dołączonym do SIWZ wyłącznie celem ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty. Podane w przedmiarach podstawy wyceny i ilości prac należy traktować, jako orientacyjne.

Ponieważ obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie ryczałtowe, kosztorys ofertowy jest jedynie dokumentem, który na tym etapie postępowania będzie dokumentem „poglądowym” służącym zamawiającemu do zorientowania się w poziomie poszczególnych cen. Będzie również wykorzystywany do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy.

Kosztorys ofertowy nie będzie miał zastosowania na etapie oceny ofert.

25.5. Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty.

25.6. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w części II niniejszej SIWZ (wzór umowy) oraz w części III (opis przedmiotu zamówienia).

25.7. W przypadku złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić

zgodnie z obowiązującymi przepisami.

25.8. Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe stosownie do treści art. 88 uPZP. Zamawiający zawiadomi Wykonawcę o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Wykonawca jest zobowiązany poinformować Zamawiającego, w terminie 3 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, o którym mowa w poprzednim zdaniu, o zgodzie bądź odmowie zgody na dokonane przez Zamawiającego poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny.

(...)

27. Oferta z rażąco niską ceną.

27.1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się pisemnie do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

27.2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba ustaliła, że spośród 7 ocenianych merytorycznie ofert, ceny poszczególnych ofert zostały przedstawione następująco: 1) przystępujący 20.895.825,86 zł; 2) odwołujący 23.188.939,76 zł; dalsi wykonawcy: 3) 24.154.408,77 zł; 4) 26.519.249,23 zł; 5) 29.763.360,60 zł; 6) 29.875.067,33 zł; 7) 32.258.967,19 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 47.232.000 zł brutto (protokół postępowania).

Cena oferty przystępującego stanowi 44,24% ceny przedmiotu zamówienia, cena oferty odwołującego 49,10%. Różnica w cenach obu ofert w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia stanowi 4,86%, natomiast różnica cen ofert obu wykonawców wynosi 9,89%.

Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że oceniał merytorycznie siedem ofert. Ze względu na ceny ofert, wezwał trzech wykonawców oferujących najniższe ceny do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym odwołującego i przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, zamawiający potwierdził, że obszernie wyjaśnienia przystępującego zawierają oferty handlowe i kompleksową strategię cenową przyjętą w firmie tego wykonawcy. Potwierdził też, że dokonał szczegółowej analizy cen materiałów z umów - kontraktów zawieranych ostatnio przez zamawiającego, co przedstawił w załącznikach 1-4 odpowiedzi na odwołanie. Powołał się na stronę 3, 4 i 5 załączonych wyjaśnień, gdzie w tabeli procentowej wartości cen podano, że na 4 przypadki z dziewięciu

cena oferty, którą wybrano jako najkorzystniejszą, stanowiła w stosunku do kosztorysu inwestorskiego wartość niższą niż w obecnym postępowaniu.

Odnosząc zarzut zastosowania niewłaściwych materiałów przez wybranego wykonawcę wyjaśnił, że w jego ocenie, zarzut oparty jest tylko na przypuszczeniu, ponieważ oferta wykonawcy była analizowana ze strony zamawiającego przez pomoc techniczną i inżyniera kontraktu i uznano na podstawie kompleksowej oceny wyjaśnień, że oferta przedstawia właściwe rozwiązania techniczne i materiałowe. Przedstawione stanowisko odpowiada treści specyfikacji technicznej.

Zamawiający oświadczył w toku rozprawy, że wyjaśnienia złożone przez trzech wezwanych wykonawców, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym odwołującego i przystępującego, zostały szczegółowo przeanalizowane i nie można było uznać, że potwierdzają rażąco niskie ceny przyjęte w ofertach.

Rozpoznając odwołanie, Izba miała na uwadze, że oceniając zarzut należy uwzględnić, iż *pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie* (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Cena rażąco niska, to cena nierealna, nierealizowalna, niemożliwa do wykonania zamówienia. *O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę* (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). *Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). *Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia* (wyrok Izby z dnia 2 maja 2011 r., sygn. akt KIO 832/11).

W przywoływanym przez odwołującego wyroku z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 360/10, KIO/UZP 385/10, Izba oceniała czynność zamawiającego podjętą w innym stanie faktycznym, wyrażając w uzasadnieniu wyroku m.in. następujące stanowisko:

Cena rażąco niska to nie tylko cena odbiegająca od wartości rynkowych, wskazująca na

ewentualność realizacji zamówienia za kwotę niższą od ponoszonych kosztów. Cena rażąco niska może wystąpić również wskutek nierzetelnej kalkulacji, braku ujęcia w cenie wszystkich wymagań zamawiającego, pominięcia szczególnych uwarunkowań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdza, że powoływane przez Konsorcjum ECM czynniki, co do zasady, mogą być uznane za odpowiadające normie art. 90 ust. 1 ustawy, jednak odniesione do szczególnych okoliczności badanego postępowania nie uzasadniają poziomu oczekiwanego wynagrodzenia. Złożone wyjaśnienia nie uwzględniają specyfiki postępowania - wykonywania prestiżowego specyficznego zamówienia o znacznym rozmiarze i stopniu skomplikowania na terenie państwa obcego, poruszania się w różnych obszarach językowych i systemach prawnych. Zatem sama treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum ECM nie może być uznana za wystarczające uzasadnienie wysokości ceny oferty. Założenie przez Konsorcjum ECM zysku nie prowadzi do uznania złożonych wyjaśnień za wystarczające. Przede wszystkim zysk stanowi jednocześnie założoną rezerwę a pozostałe elementy kalkulacji nie dały zamawiającemu pewności, co do tego, że kwota rezerwy jest wystarczająca.

Rozpoznane odwołanie dotyczyło przedmiotu zamówienia z innego obszaru i realizowanego w innych okoliczności (świadczenie usług zarządzania, realizacją inwestycji polegającą na przebudowie, modernizacji i wyposażeniu budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli).

Analogiczne odniesienie się do tych samych okoliczności, w przypadku robót budowlanych, w szczególności przy uwzględnieniu postępowania dowodowego w rozpoznanej sprawie, nie jest możliwe.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zostały przedstawione przez przystępującego na str. 1-184. Część - str. 1-4 jest jawna, str. 8-184, zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa, z czego str. 5-8 stanowią wyjaśnienia w przedmiocie kalkulacji ceny ofertowej, str. 9-11 wyjaśnienia wyceny kosztów ogólnych, str. 12-62 wyjaśnienia do oferty, wycena według kosztorysu szczegółowego 63-124 kosztorys szczegółowy, str. 125-184 oferty handlowe.

Rozstrzygnięcie zarzutu sprowadza się do oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Po analizie tychże wyjaśnień, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i przedstawione na rozprawie, uznając, że zamawiający przeanalizował wyjaśnienia mając na uwadze przepis art. 90 ust. 2 Pzp w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stanowisko odwołującego w zakresie zarzutu nie zostało poparte dowodami potwierdzającymi wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Odwołujący, bazując na czterech pozycjach cen jednostkowych rur, nie wykazał, że przystępujący zaoferował zrealizowanie robót poniżej kosztów wytworzenia. Z faktu zaoferowana cen jednostkowych rur w stosunku do oferty odwołującego, nie można wywieść, że cena oferty jest rażąco niska, szczególnie w sytuacji, gdy przystępujący wykazał taki sam poziom cen zakupu rur (54,60 zł netto za 1mb odwołujący, 54,20 zł za 1mb przystępujący), przy przedstawionym na rozprawie koszcie robocizny. Z wykazu robót ziemnych - 36 pozycji załącznika do pisma z 18 stycznia 2013 r. złożonego przez przystępującego - wynika, że ceny robót ziemnych odwołującego są niższe od cen przystępującego. W sumie cena przystępującego z tego tytułu kształtuje się w wysokości 3.569.738,72 zł, natomiast odwołującego to kwota 3.090.389,22 zł).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania ceny oferty przystępującego za rażąco niską, w sytuacji różnicy w stosunku do ceny oferty odwołującego o niecałe 10%. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty z tego tytułu nie znalazł potwierdzenia.

III. Zarzut zaniechania badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez przystępującego i odmowa udostępnienia wyjaśnień odwołującemu (naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7; art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 90 ust. 1 i 2 Pzp - podstawy prawne wskazane w odwołaniu).

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi, że 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 one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Zatem, pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Również zastrzeżeniu mogą podlegać informacje składane zamawiającemu w toku postępowania (m.in. wyroki Izby: z 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 228/11, z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt 109/12, 125/12).

W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: *uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa*

informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...) Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe jej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. Działanie takie doprowadzić miało wykonawcę do uzyskania zamówienia publicznego skutecznego konkurowania na danym rynku. (...) Co do twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący nie mógł zastrzec w terminie złożenia wyjaśnień informacji tam zawartych z uwagi na brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ zastrzeżenie jest możliwe nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż dokument, w którym zastrzeżono informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa złożony został dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Dokument ten nie stanowi więc części oferty. Zatem jeżeli dokument ten został złożony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu oferty przez wykonawcę, niemożliwe było zastrzeżenie jego treści w chwili złożenia oferty choćby dlatego, że w momencie składania oferty dokument taki po prostu nie istniał. Za prawidłowe uznano więc zastrzeżenie wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jednocześnie ze złożeniem tych wyjaśnień.

Każdy wykonawca ma możliwość podjęcia czynności w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w swojej ofercie. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10).

W uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 Sąd Najwyższy

stwierdził, że na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia. Procedura dokonania weryfikacji oraz czas, sposób i ocena skuteczności zastrzeżenia została pozostawiona zamawiającemu.

W ocenie Izby wyłączne znaczenie w sprawie ma poprawne zakwalifikowanie wyjaśnień przystępującego w kontekście spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje

techniczne, organizacyjne lub inne informacje technologiczne, przedsiębiorstwa posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności”. „Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe. Jej istotą jest też poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem(...). Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, iż podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca” (wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11). W wyroku z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00 Sąd Najwyższy orzekł, że przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (OSNC 2002 nr 5, poz. 67).

O zachowaniu poufności informacji wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2003 r., sygn. akt I CKN 89/01, wskazując na obowiązek przedsiębiorcy podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji (Lex nr 583717).

Zatem, by informacje mogły uzyskać walor tajemnicy przedsiębiorstwa decydujące jest łączne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: 1) zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą; 2) informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; 3) przedsiębiorca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oceniając przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, na które powoływał się przystępujący i potwierdził zamawiający, Izba wzięła pod uwagę następujące ustalenia.

Zamawiający okazał wyjaśnienia wybranego wykonawcy - część jawną. Na stronie 3 wykonawca zamieścił oświadczenie o nie ujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. strony 5-184 wyjaśnień. Wyjaśnienia są obszernie, zawierają kompleksową strategię cenową przyjętą w firmie wykonawcy oraz oferty handlowe przedstawione przystępującemu. Na stronach 5-184 zostały zamieszczone informacje, które kwalifikują się, jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zatem nie podlegały ujawnieniu.

Zamawiający zbadał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co wynika z protokołu komisji przetargowej z 20 listopada 2012 r. i uznał, że zastrzeżenie jest oświadczeniem dopuszczalnym i skutecznym. Do zamawiającego nie wpłynęło pismo, w którym odwołujący wnosiłby o udostępnienie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Notatka z dnia 13 grudnia 2012 r. potwierdza, że w dniu 5 grudnia 2012 r. udostępniono odwołującemu w siedzibie zamawiającego zapytania zamawiającego skierowane do wykonawców, dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę. Uznając zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu zastrzeżonej części wyjaśnień. Zatem, odwołujący powziął faktyczną wiadomość o utajnieniu wyjaśnień przez przystępującego oraz o akceptacji dokonanej zastrzeżenia przez zamawiającego, już w tej dacie.

Odwołujący zakwestionował w konsekwencji utajnienie kosztów ogólnych - strony 5-10, również kosztorys szczegółowy - strony 11-124, po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zarzut ten jest spóźniony i nie mógłby być uznany, jako podstawa uwzględnienia odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp).

Niezależnie od powyższego, oceniając treść wyjaśnień, Izba uznała, że brak jest podstaw, by stwierdzić, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane z naruszeniem przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Wyjaśnienia dotyczyły elementów kształtowania ceny z bardzo szczegółowym rozbiciem poszczególnych składników, z istotnym omówieniem obiektywnych czynników wpływających na organizację pracy oraz w znacznej mierze przedstawiły oferty handlowe, przy jawności i dostępności od chwili otwarcia ofert, kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót (str. 147-179 oferty przystępującego) oraz

tabeli ceny ryczałtowej (str. 144-146 oferty).

Konsekwencją dokonanych ustaleń jest uznanie, że zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp (ostatnia grupa zarzutów wskazanych w odwołaniu), nie został potwierdzony.

Z powyższego wynika, że nie zostało wykazane w postępowaniu odwoławczym naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp na skutek rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób wskazany w zawiadomieniu z dnia 10 grudnia 2012 r.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku oraz 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), uwzględniając uzasadnione koszty postępowania zamawiającego - wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: