

Sygn. akt KIO 1954/16

WYROK
z dnia 2 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow
Ewa Kisiel
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2016 r. przez Polsuper Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Włochy

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W.F. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W.F. w Pułtusku oraz Makjan Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Polsuper Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polsuper Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1954/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Włochy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest całoroczne oczyszczanie ulic lokalnych, chodników, zatok parkingowych oraz przejść na terenie Dzielnicy Włochy m. st. Warszawy, w tym: prowadzenie zimowego oczyszczania ulic lokalnych, chodników, zatok parkingowych oraz przejść na terenie Dzielnicy Włochy m. st. Warszawy, prowadzenie letniego oczyszczania ulic lokalnych, chodników, zatok parkingowych oraz przejść na terenie Dzielnicy Włochy m. st. Warszawy, prace porządkowe w zakresie opróżniania ulicznych koszy na śmieci, bieżące utrzymanie terenów zieleni przyulicznej, w tym poboczy ulic położonych wzdłuż dróg gminnych Dzielnicy Włochy m.st. Warszawy; w latach 2016 – 2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 czerwca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 123-220240. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Polsuper Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 14 października 2016 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 87 ust. 1 i art. 84 ust. 1 ustawy przez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W.F. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W.F. w Pułtusku oraz Makjan Sp. z o.o. w Warszawie, dalej również jako „Konsorcjum”, po upływie terminu składania ofert do wyjaśnień treści oferty, przez co doszło do niedozwolonych negocjacji treści oferty oraz jej uzupełnienia po upływie terminu składania ofert, pomimo że wezwanie do wyjaśnień nie może prowadzić do niedozwolonego uzupełnienia treści oferty i sanowania w ten sposób jej wadliwości polegającej na niezamieszczeniu w Formularzu oferty w pkt 5 i 6b) obligatoryjnych informacji dotyczących dostępnego całodobowo i do kontaktu z zamawiającym numeru faksu, a oferta Konsorcjum z tej przyczyny podlegała odrzuceniu jako sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ” i z ustawą;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 84 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść została uzupełniona po upływie terminu składania ofert w

zakresie obligatoryjnych informacji wymaganych w pkt 5 i pkt 6 b) Formularza oferty tj. numeru faksu dostępnego całodobowo na potrzeby realizacji zamówienia (pkt 5) oraz numeru faksu udostępnionego do kontaktu z zamawiającym (pkt 6 b), które nie zostały wskazane w treści Formularza oferty złożonym przez Konsorcjum, jak również pomimo że Konsorcjum nie posiadało w dacie składania ofert wymaganego numeru faksu, a dodatkowo wskazany numer faksu nie będzie wykorzystywany na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ;

c) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wskazanie numeru faksu, którego Konsorcjum nie posiadało w terminie składania ofert i który nie będzie służył do kontaktu z zamawiającym na potrzeby wykonywania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ;

d) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie wymaganego numeru faksu, którego Konsorcjum nie posiadało w dacie składania ofert i który nie będzie służył do kontaktu z zamawiającym na potrzeby wykonywania zamówienia oraz w zakresie wykonywania zamówienia z udziałem podwykonawców pomimo oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zamówienia;

e) art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy przez wezwanie Konsorcjum do dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pomimo, że Konsorcjum nie dochowało staranności, składając na pierwsze wezwanie wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne, niewiarygodne, nierzetelne, niepotwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a obowiązkiem wykonawcy jest rzetelne i wnikliwe przedstawienie wyjaśnień już na pierwsze wezwanie zamawiającego, zaś procedura pozyskiwania dodatkowych wyjaśnień służy rozproszeniu wątpliwości zamawiającego wynikających z już złożonych wyjaśnień, a nie uzupełnieniu wyjaśnień ogólnikowych, lakonicznych i niestarannych, a złożenie takich wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum;

f) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były ogólnikowe, lakoniczne, niewiarygodne, nierzetelne, oparte na okolicznościach niemających oparcia w stanie rzeczywistym i pozostających bez wpływu na możliwość zaoferowania ceny wskazanej w ofercie, które nie zawierały informacji wymaganych przez zamawiającego, w tym nie wskazywały czynników powodujących obniżenie ceny i stopnia w jakim dzięki tym czynnikom cena została obniżona i nie potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub wręcz wskazywały na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów;

g) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako sprzecznej z SIWZ przez niewskazanie zakresu podwykonawstwa, pomimo że wbrew

oświadczeniu zawartemu w treści oferty Konsorcjum nie będzie ono realizowało zamówienia samodzielnie, lecz z udziałem podwykonawcy;

h) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję z Konsorcjum Partner;

i) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej jako „UZNK” w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2016 r. o

ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 poz. 184 ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;

j) art. 8 ust. 1-3 ustawy w zw. z art. 11 pkt 4 UZNK wobec zaniechania odtajnienia pełnej korespondencji pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum w tym wyjaśnień składanych przez Konsorcjum na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i ewentualnie wszelkiej innej korespondencji i dokumentów nieujawnionych odwołującemu, pomimo, że utajnione dokumenty i korespondencja nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a Konsorcjum nie wykazało w sposób wymagany art. 8 ust. 3 ustawy przesłanek skuteczności zastrzeżenia wymaganych art. 11 ust. 4 UZNK;

k) art. 7 ust. 1 w zw. z przepisami ustawy przywołanymi powyżej przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z naruszeniami wskazanymi powyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum oraz odrzucenie oferty Konsorcjum z uwagi na sprzeczność oferty z ustawą, sprzeczność oferty z treścią SIWZ oraz niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny względnie złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzały że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W.F. prowadzący działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W.F. w Pułtuskach oraz Makjan Sp. z o.o. w Warszawie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące uzupełnienia numeru faksu w Formularzu oferty

Zgodnie z treścią Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 5 należało podać nr faksu dostępnego całodobowo na potrzeby realizacji zamówienia, a w pkt 6 b) numer faksu udostępnionego do kontaktu z zamawiającym. W pkt 5 Formularza oferty wskazano: „Ustanawiam odpowiedzialnego za prawidłową realizację prac w osobie/osobach: (imię i nazwisko), nr telefonu oraz nr fax dostępny całodobowo.”

Konsorcjum wskazało numer telefonu komórkowego W.F. oraz nie wskazało żadnego numeru faksu.

W pkt 6 Formularza oferty zamawiający przewidział następujące oświadczenie wykonawcy:

„Zobowiązuję się do zapewnienia łączności telefonicznej oraz faxowej, umożliwiającej kontakt z zamawiającym:

a) Numery telefonów udostępnione do kontaktu z zamawiającym:

b) Numer faxu udostępniony do kontaktu z zamawiającym: ."

W zakresie pkt 6a Konsorcjum podało ten sam numer telefonu komórkowego W.F., co w pkt 5, natomiast w pkt 6b Konsorcjum nie wpisało żadnego numeru.

Zgodnie z paragrafem 11 ust. 2 wzoru umowy nr faks dostępny całodobowo wpisywany był do treści umowy jako umożliwiający powiadomienia o zleceniu wykonania prac.

Pismem z 15 września 2016 r. zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy, wezwał Konsorcjum do podania informacji, które nie zostały zamieszczone w pkt 5 i 6b Formularza oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający stwierdził: „Wykonawca w Formularzu oferty w pkt 5 nie podał nr fax dostępnego całodobowo, ponadto w pkt 6b) numeru faxu udostępnionego do kontaktu z zamawiającym. Z zapisu zawartego w Formularzu oferty wynika obowiązek posiadania faxu. Proszę o podanie powyższych informacji.”

Konsorcjum w piśmie wniesionym dnia 19 września 2016 r. (oznaczonym datą 15 września 2016 r.) podało nr faksu dostępnego całodobowo oraz udostępnionego do kontaktu z zamawiającym (nr 22 378 28 40).

Powyższe okoliczności faktyczne podane przez odwołującego wymagają uzupełnienia o wskazania, że w części SIWZ dotyczącej wymagań stawianych wykonawcom w zakresie potencjału technicznego w rozdziale III ust. 4 pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że ze złożonych dokumentów powinno wynikać, że wykonawca dysponuje całodobowym stanowiskiem dyspozytorskim, wyposażonym w system nawigacyjny GPS nadzorujący pracę kierowców wykonujących usługę oraz wyposażonym w telefon stacjonarny, telefon komórkowy i linię faksową.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku zamawiający żądał złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych według wzoru stanowiącego załącznik Nr 7 do SIWZ. Załącznik ten wymieniał poszczególne narzędzia, elementy wyposażenia zakładu i urządzenia technicznych, w tym również wskazywał całodobowe stanowisko dyspozytorskie, wyposażone w system nawigacyjny GPS nadzorujący pracę kierowców wykonujących usługę oraz wyposażone w telefon stacjonarny, telefon komórkowy i linię faksową. Zamawiający w odniesieniu do stanowiska dyspozytorskiego nie wymagał podania żadnych szczegółów, lecz wyłącznie potwierdzenia („TAK”) i wskazania podstawy dysponowania.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, że zamawiający, a w ślad za nim i odwołujący, błędnie ocenili charakter prawny oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 5 i 6 Formularza oferty. Zdaniem Izby oświadczenie to po myśli postanowień SIWZ ma charakter podmiotowy, dotyczy bowiem opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Spełnienie tego warunku, zatem i zdolność do wykonania zamówienia, przystępujący potwierdził składając wymagane przez zamawiającego oświadczenie na

Formularzu stanowiącym załącznik Nr 7 do SIWZ, w którym zadeklarował posiadanie całodobowego stanowiska dyspozytorskiego, wyposażonego w system nawigacyjny GPS nadzorujący pracę kierowców wykonujących usługę oraz wyposażone w telefon stacjonarny, telefon komórkowy i linię faksową. Prawdziwość tego oświadczenia nie jest kwestionowana przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że w oświadczeniach złożonych przez przystępującego zaistniała sprzeczność. W Załączniku Nr 7 odwołujący potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast w Formularzu oferty brak jest numeru faksu, którego posiadanie odwołujący potwierdził.

Zamawiający zasadnie uznał, że stwierdzona rozbieżność podlega wyjaśnieniu, jednak nieprawidłowo zidentyfikował art. 87 ust. 1 Pzp jako podstawę prawną niezbędnego działania. Przepis ten odnosi się bowiem do wyjaśniania treści oferty, podczas gdy podstawę działania zamawiającego, w sytuacji potrzeby wyjaśnienia oświadczeń mających znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien stanowić art. 26 ust. 4 Pzp. Należy jednak uwzględnić, że zamawiający wezwał jednocześnie do uzupełnienia brakującego oświadczenia, co odpowiada dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba uznała wskazanie numeru faksu przez przystępującego w reakcji na wezwanie zamawiającego za prawidłowe i odpowiadające prawu. Formularz ofertowy w ocenie Izby miał charakter mieszany przedmiotowo-podmiotowy. Odnosił się bowiem zarówno do sytuacji podmiotowej wykonawcy, przewidywał wskazanie danych istotnych z punktu widzenia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i podmiotowych dotyczących *stricte* treści oferty. Braki w zakresie informacji podmiotowych były możliwe do uzupełnienia.

Zamawiający wezwanie spowodowane stwierdzoną przez siebie wadą w oświadczeniach przystępującego przyoblekł w niewłaściwą szatę prawną, jednak reakcja przystępującego na brak wskazany przez zamawiającego była jednak prawidłowa.

Odwołujący podał numer faksu, którego posiadanie deklarował w oświadczeniu o dysponowaniu narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi. Również złożone na rozprawie dowody wnoszenia opłat za korzystanie z faksu potwierdzają, że przystępujący dysponował faksem w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Powołane przez odwołującego wykorzystanie podanego numeru faksu przy wykonywaniu umowy nie zmienia tej oceny. Pojazdy i sprzęt, które odwołujący wskazał w Załączniku Nr 7, również będą wykorzystane dla wykonania zamówienia, co jednak nie zmienia tego, że informacja na ten temat ma znaczenie podmiotowe, a nie przedmiotowe. Pogląd dotyczący uwzględnienia zgodnego z ustawą uzupełnienia braków przez wykonawcę,

pomimo wadliwego wezwania zamawiającego kształtuje się w orzecznictwie Izby, zostało wyrażone m.in. w wyroku w sprawie KIO 2278/15 z 29 października 2015 r.

W związku z tym Izba uznała, że nie doszło do niedozwolonego uzupełnienia treści oferty lecz do naprawienia błędu dotyczącego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zatem zamawiający nie naruszył art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzuty dotyczące badania ceny oferty przystępującego

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej zamawiający pismem z 1 września 2016 r. wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że udowodnienie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie pismem z 4 września 2016 r. przystępujący złożył wyjaśnienia w których wskazał na wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia, polegające na tym że członkowie konsorcjum wykonują kilka prac na rzecz zleceniodawców w tej części Warszawy (w dzielnicy Ursus i Ursynów). Pozwala to na radykalne zredukowanie niektórych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia (m.in. koszty zakupu paliwa). Przystępujący podał, że mógł znacząco zredukować niektóre wydatki koszty związane z amortyzacją pojazdów i innego sprzętu zaangażowanego do realizacji, gdyż zostały one zawarte w umowach już realizowanych na rzecz innych kontrahentów.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że o właściwej kalkulacji ceny oferty świadczy to, że co najmniej trzy firmy zaproponowały realizację zamówienia za zbliżoną cenę, a cena jego oferty, po uwzględnieniu postąpień w aukcji elektronicznej, nieznacznie bo o 5,6% przekroczyła ustawowy próg obligujący zamawiającego do badania ceny oferty. Wskazał również na upusty uzyskiwane na zakupie paliwa. Ponadto przystępujący podał wyliczenia kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, składających się na cenę oferty. Wskazał wysokość zakładanych kosztów pracowniczych, eksploatacji sprzętu technicznego, zakupu narzędzi, ubrań itp., powstałych odpadów, zakupu materiałów zagospodarowania zwalczających śliskość zimową, inne nie wymienione pozycje kosztowe, rezerwę na nieprzewidziane koszty oraz planowany zysk. Dowody nie zostały załączone.

W odpowiedzi w piśmie z 6 września 2016 r. zamawiający wezwał przystępującego do doprecyzowania złożonych wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia były niewystarczające. Uznał, że wyjaśnienia i przedstawiona kalkulacja cen są ogólnikowe. Nie ma dowodów, które wpływają na wysokość ceny oraz przedstawienia kalkulacji cen za

poszczególne prace przedmiotu zamówienia, np. koszty za opróżnianie koszy ulicznych, koszty za zimowe oczyszczanie ulic. Zamawiający zażądał uszczegółowienia kalkulacji ceny

wraz z dowodami oraz podanie szczegółowych danych.

Przystępujący pismem z 8 września 2016 r. udzielił żądanych wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z 15 września 2016 r. zażądał doprecyzowania informacji dotyczących kosztów opróżniania koszy ulicznych, w związku z faktem, że przystępujący przyjął cenę jednostkową za opróżnienie 1 kg nieczystości podczas, gdy z doświadczenia zamawiającego wynika, że średnio wybieranych jest 5 kg. Zamawiający żądał również wskazania kosztów pracowniczych w razie utrzymywania się opadów śniegu przez dłuższy czas.

Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z 19 września 2016 r., które również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie twierdzi, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska, jego zdaniem powinna być za taką uznana z powodu niedostatecznych wyjaśnień przystępującego. Potwierdzenie tego stanowiska przyniosłoby skutek żądany przez odwołującego, czyli odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa, że złożenie wyjaśnień lapidarnych, ogólnikowych, niepotwierdzających rynkowego charakteru ceny oferty jest równoznaczne z sytuacją niezłożenia wyjaśnień w ogóle.

Odwołanie rozpoznawane w granicach zarzutów sformułowanych przez odwołującego okazało się bezzasadne.

Przede wszystkim nie podzielono poglądu, że zamawiający nie był uprawniony do żądania od przystępującego dalszych wyjaśnień i w związku z wyjaśnieniami z 4 września 2016 r. powinien dokonać odrzucenia oferty przystępującego.

Po pierwsze: wyjaśnienia złożone przez przystępującego odpowiadały stopniem szczegółowości wezwaniu zamawiającego. Zamawiający w treści pisma z 1 września 2016 r. przywołał brzmienie przepisów ustawy i nie żądał szczegółowej kalkulacji poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia. W tej sytuacji wskazanie przez przystępującego podstawowych grup kosztów, których wysokości zamawiający nie kwestionował, jest odpowiedzią adekwatną do wezwania i radykalna ocena zawarta przez zamawiającego w piśmie z 6 września 2016 r. jest nieuprawniona w świetle stopnia precyzji pierwszego wezwania.

Czynnością naruszającą art. 7 ust. 1 Pzp byłoby odrzucenie przez zamawiającego oferty wykonawcy z powodu niepodania informacji dotyczących ceny oferty, których zamawiający w jasny sposób nie żądał w wezwaniu.

Po drugie: ustawa nie nakłada na wykonawcę obowiązku złożenia zamawiającemu dowodów potwierdzających składane wyjaśnienia. Wykonawcy pozostawiona jest dowolność, czy dowody takie złoży, czy też poprzestanie na wyjaśnieniach.

Po trzecie: ponowienie przez zamawiającego wezwania dotyczącego ceny oferty jest dopuszczalne, jeśli to żądanie mieści się w granicach wyjaśnień uzyskanych wcześniej. Jest bowiem słusznym uprawnieniem zamawiającego uzyskanie informacji doprecyzowujących wyjaśnienia wykonawcy.

Zdaniem Izby w okolicznościach sporu zamawiający był uprawniony do uzyskania dalszych wyjaśnień, a jego żądanie mieściło się w granicach ustalonych wyjaśnieniami odwołującego zawartymi w piśmie z 4 września b.r. Ocena wszystkich uzyskanych wyjaśnień prowadzi do przekonania, że brak jest podstaw do oceny, że cena oferty przystępującego nie pozwala na wykonanie umowy z należytą starannością. Nie można pominąć, że ceny ofert trzech wykonawców były zbliżone, a cena oferty przystępującego nie przekraczała istotnie progu 30% uzasadniającego badanie ceny tej oferty (5,6%).

Izba uwzględniła, że w przypadku usług różnica w cenach poszczególnych ofert jest rezultatem indywidualnych uwarunkowań wykonawcy oraz podejścia do kształtowania ceny oferty, w tym zakładanej wysokości zysku.

Dowody składane przez odwołującego nie skłaniają do twierdzenia przeciwnego. Zasadniczą ich część stanowiły indywidualne kalkulacje i zestawienia dokonane przez odwołującego. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez przystępującego prezentowały inny sposób podejścia do wyliczenia elementów składających się na cenę oferty, który Izba w okolicznościach sporu uznała za godny wiary.

Dowód z zestawienia informacji o wyborze najkorzystniejszych ofert w dzielnicach ościennych w stosunku do zamawiającego potwierdzają tezy zawarte w wyjaśnieniach.

Skoro przystępujący nie uzyskał wszystkich zamówień, o które się ubiegał, dysponuje pojazdami, które może przeznaczyć na potrzeby wykonania umowy z zamawiającym.

Oddalono wniosek dowodowy o przesłuchanie Pana W.F. w charakterze strony. Teza dowodowa dotyczyła dysponowania przez przystępującego pojazdami i sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia, zatem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Skoro odwołujący nie postawił zarzutu niewykazania przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dopuszczenie tego dowodu prowadziłoby do przekroczenia granic rozpoznania określonych w odwołaniu i naruszenia przez Izbę art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba stwierdziła, że kolejne wezwania zamawiającego miały na celu doprecyzowanie wyjaśnień uzyskanych wcześniej. Uzyskane informacje zamawiający ocenił prawidłowo i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający występował o doprecyzowanie wyjaśnień również do innych wykonawców, w tym do odwołującego. Nie doszło więc do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut dotyczący podwykonawstwa

W formularzu oferty przystępujący zadeklarował samodzielne wykonanie umowy.

W części jawnej wyjaśnień z 19 września 2016 r. wskazał, że złożone wraz z nimi dokumenty zastrzega jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa z uwagi na konieczność ochrony danych kontrahenta. Z tego stwierdzenia odwołujący wywiódł zamiar zlecenia przez przystępującego wykonania części umowy przez podwykonawcę i naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie podziela tej oceny zarówno w sferze faktycznej, jak i prawnej.

Przede wszystkim powołane stwierdzenie nie jest równoznaczne z podwykonawstwem przy wykonaniu tego zamówienia. Izba uwzględniła, że zostało ono złożone w związku z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty. Dokumenty złożone przez przystępującego (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), w tym również oświadczenie firmy, z którą odwołujący współpracuje, miały na celu wykazanie rzetelności ceny oferty przystępującego. Niewątpliwie oferta współpracującej firmy dokumentuje podstawy obliczenia ceny oferty przez przystępującego, nie musi jednak oznaczać, że z usług tej formy przystępujący będzie korzystał przy wykonaniu danej umowy.

Z prezentowaną oceną współbrzmi oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie, że jego zdaniem przystępujący wykona umowę samodzielnie. Również Pan W.F. potwierdził zamiar samodzielnego wykonania zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się pewnym formalizmem, a decyzje podejmowane przez zamawiającego muszą być transparentne. Odrzucenie oferty nie może zatem nastąpić na podstawie przypuszczeń lub domniemań konkurenta. Takie zachowanie stanowiłoby naruszenie nie tylko przepisów dotyczących odrzucenia oferty, ale również zasad prowadzenia postępowania wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Po drugie: dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp niezbędne jest wskazanie jasnego postanowienia SIWZ, z którym oferta wykonawcy jest niezgodna.

W aspekcie podwykonawstwa zamawiający w SIWZ żądał od wykonawców jedynie informacji, czy wykonawca sam wykona umowę, czy posłuży się podwykonawcą. Zamawiający nie wskazał, ani kluczowych części zamówienia, ani też nie zastrzegł w żaden

sposób, że oczekuje osobistego świadczenia przez wykonawcę jakichkolwiek czynności składających się na przedmiot zamówienia.

W tym stanie rzeczy nie sposób twierdzić, że deklaracja samodzielnego wykonania zamówienia – mimo, że składana była w Formularzu oferty – miała charakter inny niż informacyjny. W ocenie Izby o dopuszczalności podwykonawstwa, a tym samym i zmianie deklaracji wykonawcy w tym zakresie po złożeniu oferty, decydują postanowienia SIWZ uwzględniające przepisy Prawa zamówień publicznych oraz właściwość danego stosunku umownego. Skoro zamawiający nie oczekuje osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę (nie zastrzegł tego przy opisywaniu przedmiotu zamówienia ani we wzorze umowy) a prawidłowe wykonanie danej umowy nie zależy od indywidualnych właściwości wykonawcy, deklaracja co do skorzystania z podwykonawstwa lub zakresu podwykonawstwa nie ma charakteru definitywnego.

Pogląd przeciwny nie tylko nie znajduje dostatecznego oparcia w przepisach ustawy, ale również w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego jest nieracjonalny gospodarczo.

Zarzuty dotyczące zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję z Konsorcjum Partner

Stanowisko odwołującego oparte było o przypuszczenie, że z dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego wynika zamiar zlecenia wykonania zamówienia na rzecz Konsorcjum Partner, co było motywowane tym, że sytuacja taka miała miejsce w przeszłości przy wykonaniu umowy z innym zamawiającym.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym również z dokumentami i oświadczeniami zastrzeżonymi przez przystępującego, Izba stwierdziła, że żaden z nich nie pochodzi od Konsorcjum Partner, ani od żadnego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach tego konsorcjum. Tym samym przypuszczenia odwołującego są całkowicie bezpodstawne.

Również wykonanie w przeszłości przez Konsorcjum Partner jako podwykonawca umowy, którą zawarł Pan W.F. nie ma znaczenia dla oceny okoliczności tego postępowania.

Do wniosku przeciwnego nie prowadzi również analiza adresów IP wykonawców, którzy logowali się do platformy aukcyjnej w toku aukcji elektronicznej.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Brak jest podstaw do uznania, że w związku z badanym postępowaniem doszło do zawarcia jakiegokolwiek porozumienia z Konsorcjum Partner. Zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2016 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2015.184 ze zm.).

Zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na jej cenę składane zamawiającemu pismami z 8 i 19 września 2016 r. Wskazał, że dostarczone informacje mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz że przedsiębiorca dopilnował działań w celu zachowania ich poufności. Oświadczył, że ujawnienie informacji o sposobie wyliczenia cen mogłoby dać przewagę konkurencji w innych postępowaniach przetargowych i pogorszyć sytuację rynkową uczestników konsorcjum.

Zamawiający pismem z 22 września 2016 r. zwrócił się do przystępującego o „odtajnienie” części wyjaśnień z 19 września 2016 r. po czym poinformował o „odtajnieniu” wydruków ze stron internetowych złożonych do wyjaśnień.

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 być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Termin ten nie może zostać przekroczony.

W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a składanych zamawiającemu po złożeniu oferty, w toku postępowania, należy stosować *per analogiam* zasady wyrażone w art. 8 ust. 3 Pzp (wyroki z 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15, z dnia 16 marca 2015 r. sygn. akt KIO 338/15, z dnia 18 września 2015 r., sygn. akt KIO 1947/15 za *Informacją o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w ro15 r.* na www.uzp.gov.pl/kio).

Skoro obecnie na wykonawcy już w momencie udzielania zamawiającemu danych informacji ciąży powinność wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, to już wtedy powinien wykazać ustawowe przesłanki umożliwiające ochronę.

Izba oceniła, że przystępujący nie wykazał ustawowych przesłanek umożliwiających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Gołosłowne przywołanie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 UZNK jest niewystarczające. Samo wskazanie na przewagę konkurencyjną za mało, gdyż powinnością przystępującego było co najmniej wskazanie, jakie konkretnie

działania zostały podjęte w ramach przedsiębiorstwa obu konsorcjantów przystępującego dla

zachowania poufności informacji. Ponadto Izba stwierdziła, że część zastrzeżonych informacji nie spełnia pozostałych przesłanek umożliwiających ich zachowanie w poufności.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK znalazł potwierdzenie, jednak nie przyniosło to skutku uwzględnienia odwołania. Odwołujący konstruując ten zarzut wskazał wyłącznie na obowiązek ujawnienia tych informacji. Ponadto podniósł zarzuty związane z oceną oferty przystępującego, które zostały rozpoznane. W tej sytuacji procesowej ujawnienie żądanych pism pozbawione jest bezpośredniego i hipotetycznego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....