

Sygn. akt: KIO 1378/16

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. przez odwołującego - **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., "ECM Group Polska" S.A. z siedzibą w Szczecinie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15. 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. z siedzibą 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Wyłonienie Inżyniera Kontraktu przy realizacji Przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Gwarków 9, w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy”. W przedmiotowym odwołaniu wykonawca, jako podstawę faktyczną wniesionego odwołania wskazał na zawiadomienie z dnia 13 lipca 2016 r., w którym powiadomiony został o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO - INWEST S.A. oraz ECM Group Polska S.A. (Konsorcjum lub EKO – Inwest) oraz stwierdził, że Zamawiający naruszył:

1. art. 8 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień, których zasadności utajnienia Konsorcjum nie wykazało w sposób wystarczający, co oznacza, że wyjaśnienia te co do zasady powinny być jawne;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 1 Ustawy PZP z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż w obliczu posiadanych przez Zamawiającego informacji oferta ta powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdza w sposób wystarczający, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz (1) Zbadanie przez Krajową Izbę Odwoławczą treści wyjaśnień Konsorcjum dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z przedłożonymi dowodami w celu potwierdzenia, że przedłożone przez Konsorcjum wyjaśnienia pozwalają na uznanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (w związku z zastrzeżeniem tych wyjaśnień, jako tajemnica przedsiębiorstwa); (2) Nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej, b) odtajnienia treści złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, c)

udostępnienie ILF treści przedmiotowych wyjaśnień, d) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, e) dokonania ponownej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu i wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. (3) Zasadzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Wniósł także o dopuszczenie dowodów wskazanych w treści Odwołania na okoliczności szczegółowo opisane w uzasadnieniu.

Wykonawca stwierdził, że zaskarżone czynności naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, albowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa dokonał wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej, która to oferta zawiera rażąco niską cenę. W wyniku tego działania oferta ILF, która zgodnie z punktacją wskazaną w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej - uplasowała się na drugim miejscu, nie została wybrana przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu zarzutów w szczególności wskazał, co następuje:

1. Nieuzasadnione zastrzeżenie przez Konsorcjum wyjaśnień, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dnia 14 lipca 2016 r. Odwołujący wystąpił z wnioskiem do Zamawiającego o przekazanie dokumentacji postępowania, w tym wszystkich wezwań kierowanych do innych wykonawców w postępowaniu wraz z udzielonymi na te wezwania odpowiedziami wykonawców. Zamawiający przesłał Odwołującemu kopię wnioskowanych dokumentów, w tym dokumentów składanych przez Konsorcjum, nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 20 lipca 2016 r. złożył wniosek o unieważnienie czynności wyboru oferty, ponowne zbadanie zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, odtajnienie tych informacji oraz przekazanie ich Odwołującemu. Zamawiający pismem z dnia 22 lipca 2016 r. (ZBO.27.32.201527LK) nie przychylił się do wniosku Odwołującego, co spowodowało konieczność wniesienia przez Odwołującego przedmiotowego Odwołania. W dniu 20 maja 2016 r. Zamawiający (ZBO.27.32.201516LK) wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Konsorcjum. Konsorcjum udzieliło odpowiedzi, zastrzegając jednocześnie treść całego pisma, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów, co do których nie wykazano zasadności ich zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę jawności postępowania. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazując na orzecznictwo, w tym także Sądu Najwyższego stwierdził, że Zamawiający powinien żądać od wykonawcy wykazania i, co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w

sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień przemawia za stwierdzeniem niezasadności dokonanego zastrzeżenia. Wskazał także na art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podnosząc, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione nigdy wcześniej do informacji publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca (Wykonawca w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Ustawy PZP) podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a wszystkie wymienione powyżej przesłanki zostały spełnione w sposób łączny. Tylko przypadku wykazania przez Konsorcjum powyższego możliwe było nieudostępnienie innym wykonawcom (w tym ILF) treści wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez Konsorcjum ceny. Po analizie treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, należy stwierdzić jednoznacznie, że Konsorcjum nie wykazało ani jednej z przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ZNKU, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, co nie pozwala na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia treści wyjaśnień ceny sprowadza się do stwierdzenia, że informacje stanowią wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może stanowić zainteresowanie konkurencji, co może utrudnić w przyszłości nawiązanie współpracy z tym samym personelem na podobnych warunkach. Konsorcjum w żaden sposób nie odniosło się w swym uzasadnieniu do tego, o jakie informacje chodzi, jaką realną wartość stanowią te informacje dla Konsorcjum, jakie czynności zostały podjęte, aby zachować poufność informacji, a są to podstawowe przesłanki do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdzenie Konsorcjum o „podkupowaniu pracowników”, także nie zostało w żaden sposób dowiedzione. Takie sformułowanie można odnieść do każdej branży i każdego postępowania przetargowego. W przedmiotowym uzasadnieniu nie zostało nawet wskazane, że informacje te nie zostały nigdy wcześniej ujawnione do informacji publicznej. Odmawiając odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, Zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp. Powołał się na orzecznictwo KIO podnosząc, że „jeśli wykonawca zastrzega, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w innych dokumentach czy oświadczeniach składanych po otwarciu ofert (upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), to również w tym dokumencie (najpóźniej z jego złożeniem Zamawiającemu), powinno znaleźć się wykazanie (uzasadnienie) objęcia tych informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z analogicznymi skutkami, jak w przypadku braku takiego uzasadnienia, co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w treści oferty, czy wniosku”, uznać należy, że Konsorcjum nie wykazało należytej staranności w zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, informacji zawartych w odpowiedzi na wezwanie. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z

wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu „niezbędność”. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (por. KIO 1929/13). W świetle powyższych argumentów uznać należy, że pozostawienie przez Zamawiającego wyjaśnień ceny zaoficerowanej przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa było nieuprawnione, a przez to naruszyło podstawowe zasady postępowania prowadzonego w trybie Ustawy PZP w zakresie jawności postępowania - art. 8 Ustawy PZP, a także zasady uczciwej konkurencji - art. 7 Ustawy PZP. Tym samym naruszone zostały także podstawowe prawa Odwołującego.

2. Złożenie przez Konsorcjum oferty zawierającej rażąco niską cenę

Dokonując oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Zamawiający powziął wątpliwość, co do możliwości wykonania przez tego wykonawcę przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, za cenę zaproponowaną w ofercie. W konsekwencji pismem z dnia 20 maja 2015 r. (ZBO.27.32.2015.16.LK) Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego podczas otwarcia ofert, Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia 10.108.017,00 PLN brutto. Cena wskazana w ofercie Konsorcjum wynosi 6 352 950,00 PLN brutto, stanowi jedynie 62,85% budżetu Zamawiającego, tym samym jest niższa od budżetu o 37,15%. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 14 607 357,00 PLN brutto, a zatem oferta Konsorcjum jest niższa aż o 56,51% od średniej arytmetycznej ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Stanowi zatem zaledwie 43,49% średniej arytmetycznej złożonych ofert. Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym wezwania do przedłożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności w sytuacji, gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wykonując ten obowiązek Zamawiający wezwał wprawdzie Konsorcjum do przedłożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale prawdopodobnie nie dokonał ich rzetelnej analizy, skoro uznał, że za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum możliwe jest prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. A przecież

zgodnie ze znowelizowanym art. 90 ust. 2 Ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Intencją ustawodawcy przy tworzeniu regulacji dotyczącej rażąco niskiej ceny jest właśnie ochrona Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówień, co potwierdzają liczne orzeczenia, z których przykładowo tylko zacytować można wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r., w którym stwierdza się, między innymi: „Celem art. 90 p.z.p. jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Chęć złożenia konkurencyjnej oferty nie zwalnia wykonawcy od obowiązku rzetelnej kalkulacji ceny oraz wskazania, na żądanie zamawiającego, istotnych, obiektywnych i weryfikowalnych elementów, które legły u podstaw dokonanej wyceny.” Podobnie, w innym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia: „Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości’ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 Or. KIO/UZP 704/10). W związku z tym, że szczegółowe wyjaśnienia Konsorcjum zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma możliwości weryfikacji przedstawionej kalkulacji, dlatego też wnosi do Krajowej Izby Odwoławczej o dokonanie oceny tych wyjaśnień. W związku z powyższym, z ostrożności procesowej Odwołujący wnosi także o odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy PZP, w sytuacji, gdy ocena złożonych wyjaśnień, wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 8 ust.3 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.1 i art. 90 ust.3 oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp są niezasadne. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał, co następuje:

1. Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia treści wyjaśnień, których zasadności utajnienia Przystępujący nie wykazał w sposób wystarczający.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co do wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest dopuszczalne. Wskazać należy, że choć art. 8 ust. 3 ustawy PZP wprost określa zasady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jako ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w odniesieniu do treści oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to zgodnie z dotychczas utrwaloną linią orzeczniczą dozwolone jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez

wykonawców, także w odniesieniu do innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania (po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy terminu składania ofert). Powyższe oczywiście ma znaczenie w sytuacji, gdy w sposób obiektywny mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej ustawa znk). Art. 8 ust. 3 ustawy PZP stanowi, że to wykonawca, który wprowadza określone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien to odpowiednio wykazać zamawiającemu. Wskazany przepis stanowi, że to wykazanie (udowodnienie) powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zasadnym jest także w konsekwencji przyjęcie założenia, że jeśli wykonawca zastrzega, jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w innych dokumentach czy oświadczeniach składanych po otwarciu ofert (upływie terminu na składnia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), to również w tym dokumencie (najpóźniej z jego złożeniem Zamawiającemu), powinno znaleźć się wykazanie (uzasadnienie) objęcia tych informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego odpowiednie stosowanie norm wyrażonych w art. 8 ust. 3 I ustawy PZP w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach [w zakresie rażąco niskiej ceny odbywa się wyłącznie per analogiam. W prowadzonym postępowaniu Przystępujący składając wyjaśnienia odnośnie kalkulacji ceny (pismo z dnia 30 maja 2016 r.) zastrzegł tę kalkulację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa: „... w związku z charakterem niniejszych wyjaśnień oraz zakresem danych załączonych w kalkulacji ceny ofertowej zastrzegamy poufność niniejszego pisma w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zastrzeżone w treści niniejszego pisma informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 4 ustawy znk.” W ocenie Zamawiającego przesłanki wpływające z art. 11 ust. 4 ustawy znk zostały wypełnione łącznie: informacje zawarte w piśmie Przystępującego z dnia 30 maja 2016 r. nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej - Przystępujący sporządził informacje tylko w stosunku do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i przekazał tę informację tylko i wyłącznie Zamawiającemu. Informacja j (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną (ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem; przekazane informacje posiadają bez wątpienia wartość gospodarczą (niekoniecznie wyrażoną w pieniądzu) - jest oczywistością, że kalkulacje ceny mają wartość gospodarczą; przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności - Przystępujący składając tę kalkulację zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, to właśnie te działania Przystępującego doprowadziło do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Samo działanie Przystępującego polegające na objęciu

tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji jest wystarczające dla wykazania tej przesłanki. Odnosząc się do informacji zawartych w treści wyjaśnień elementów cenowych mających wpływ na ukształtowanie przez Przystępującego ceny ofertowej, należy uznać, że wyjaśnienia te uzasadniają, że w tym przypadku mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił określone informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, a także informacje o charakterze ekonomicznym, mające znaczenie dla jego pozycji na rynku. Sama treść wyjaśnień przesądza, że składane informacje winny być chronione, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Jest oczywistym, że kalkulacje cenowe stanowią element polityki wewnętrznej każdej firmy i jako takie nie podlegają ujawnieniu na zewnątrz. Wypełnione zostały w tym zakresie wyznaczniki tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazuje art. 11 ust. 4 ustawy znk. Zamawiający dokonał wszechstronnej analizy treści w zastrzeżonych dokumentach jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający stoi na stanowisku, iż informacje złożone przez Przystępującego odnośnie rażąco niskiej ceny zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten w istocie posiadają. Wskazał ponadto, że Przystępujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu objął tajemnicą przedsiębiorstwa Załącznik nr 5 do SIWZ - Wykaz potwierdzający dysponowanie potencjałem kadrowym niezbędnym do wykonania zamówienia i złożył w tym zakresie stosowne uzasadnienie zastrzeżenia. Jednocześnie motywując zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dla kalkulacji cenowej oferty odwołał się do „zjawiska określanego podkupowaniem pracowników”. W ocenie Zamawiającego te dwa uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pewien sposób łączą się ze sobą, ponieważ dotyczą potencjału kadrowego Przystępującego i dlatego mogą być odczytywane łącznie. Dodatkowo podniósł, że przy zamówieniu na świadczenie usług inżyniera kontraktu główne koszty ponoszone przez danego wykonawcę to koszty osobowe, czyli koszty zatrudnienia personelu. Wysokość wynagrodzenia pracowników lub innych osób zatrudnionych na podstawie umów cywilno-prawnych w trakcie realizowania przedmiotu zamówienia, jest czynnikiem mającym podstawowe znaczenie dla kosztów poniesionych przez podmioty działające na tym rynku, a zatem jest to kwestia posiadająca kluczowe znaczenie dla konkurencyjności postępowania. Innymi słowy to stawka za pracę specjalistów i sposób organizacji ich pracy mają głównie wpływ na wysokość wynagrodzenia wskazanego w ofercie Przystępującego. Są to na tyle "wrażliwe" informacje, że mogą one zdecydować i mieć wpływ na dalszy byt, czy też przewagę konkurencyjną Przystępującego w branży, w której ubiega się on o publiczne kontrakty. Podkreślił, że niezasadne są twierdzenia Odwołującego o tym, że Zamawiający nie przeprowadził żadnego badania w tym zakresie i zaniechał przeprowadzenia oceny skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia. Zamawiający dokonał takiego badania i stwierdził, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego nastąpiło prawidłowo, w sposób zgodny z

obowiązującymi przepisami prawa. W ocenie Zamawiającego informacje ujęte w wyjaśnieniach Przystępującego stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w szczegółowo przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób. Odtajnienie informacji o sposobie wyliczenia ceny, składnikach kosztowych umożliwiłoby innym wykonawcom w następnych postępowaniach przewidywanie cen oferowanych i przez Przystępującego lub skutkowałoby „podkupieniem personelu”. Co do samej treści wyjaśnień Przystępującego Zamawiający stwierdził, iż zawierają one opis wielu aspektów dotyczących realizacji umowy, które w szczególności i przekonujący sposób wykazują, że przy zachowaniu wymogów SIWZ Przystępujący jest w stanie zrealizować zamówienie za zaproponowaną cenę. W ocenie Zamawiającego były to wyjaśnienia wyczerpujące i szczegółowe oraz dające możliwość podjęcia ustalenia, że Przystępujący nie będzie realizował zamówienia z jakimikolwiek stratami dla swojego przedsiębiorstwa.

2. Zarzut złożenia przez Przystępującego oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający już w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia podał szacunkową wartość zamówienia w wysokości kwoty 8 217 900 PLN. Zatem wszyscy potencjalni wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty znali tę wartość. Argument Odwołującego wskazujący na średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 14 607 357 zł jest całkowicie chybiony. Wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, których wynagrodzenie zdaniem Zamawiającego zostało znacznie przeszacowane i tym samym zawyżone. Pierwsza z tych ofert została złożona przez Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. z Gliwic z ceną oferty w wysokości 32 000 049 zł - a więc z ceną przekraczającą niemal trzykrotnie wartość, którą Zamawiający podał w ogłoszeniu o zamówieniu. Druga oferta została złożona przez Odwołującego z ceną 16 236 000 zł. Te dwie ofert w sposób znaczący podwyższyły średnią arytmetyczną cen złożonych ofert. Dlatego argument, iż cena oferty Przystępującego stanowi zaledwie 43,49% średniej arytmetycznej złożonych ofert jest argumentem błędnym. Zamawiający zaprezentował, jak przedstawiały się ceny związane ze świadczeniem usług inżyniera kontraktu w Polsce w ostatnich latach dla przedsięwzięć podobnych do przedsięwzięcia będącego przedmiotem niniejszego postępowania: (1) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt nr 7 – Inżynier Kontraktu dla Kontraktu nr 5 „Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych (ZUOK) w Białymstoku. Jako najkorzystniejsza w dniu 21.08.2012 r. została wybrana oferta z ceną 3. 501 810 zł. W postępowaniu złożono 4 oferty z cenami od 3.501.810 zł do 7.257.000 zł; (2) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „pełnienie Funkcji Inżyniera Kontraktu nad budową zakładu termicznego unieszkodliwiania

odpadów w Koninie oraz rekultywacją czternastu gminnych składowisk odpadów" w ramach projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu konińskiego. Jako najkorzystniejsza w dniu 26.09.2011 r. została wybrana oferta z ceną 4.305 000 zł; (3) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt nr 4 – Inżynier Kontraktu dla przedsięwzięcia „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów”. Postępowanie prowadzone przez Krakowski Holding Komunalny SA w Krakowie. Jako najkorzystniejsza w dniu 18 lipca 2011 r. została wybrana oferta z ceną 4.535 000 zł. W postępowaniu złożono 2 oferty, cena drugiej oferty to 10.885.500 zł; (4) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Pełnienie roli inżyniera Kontraktu dla zadania Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”. Jako najkorzystniejsza w dniu 15 marca 2011 r. została wybrana oferta z ceną 3 914 000 zł. W postępowaniu złożono 7 ofert z cenami od 3 914 000 zł do 18 191 700 zł; (5) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Inżynier Kontraktu Projektu pn. „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego obszaru Metropolitalnego”. Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 2 sierpnia 2011 r wynika, iż końcowa wartość zamówienia wyniosła 4.294.709 zł bez VAT. Przedłożył dowody z dokumentu i reasumując podał, że z powyższego zestawienia wynika, iż: 1. Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia na Wyłonienie Inżyniera Kontraktu tego Przedsięwzięcia; 2. Odwołujący przeszacował cenę oferty; 3. Zakres cen dla pełnienia usług Inżyniera Kontraktu jest bardzo szeroki. Podał także, że obecnie w Polsce w mniejszym stopniu, niż w latach poprzednich są budowane czy też modernizowane zakłady unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Obecnie minął już okres, kiedy tego typu zakłady były budowane, w związku z powyższym skurczył się też rynek świadczenia usług inżyniera kontraktu przy tych przedsięwzięciach. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów poza powołaniem się na średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, świadczących o niskiej cenie zaoferowanej przez Przystępującego. Wyjaśnienia wykonawcy, Zamawiający uznaje za rzeczowe, szczegółowe, uzasadnione i pozwalające przyjąć, że Przystępujący wykona przedmiot zamówienia z należytą starannością i osiągnie zysk. Zamawiający uznaje, że wyjaśnienia opierają się na rzetelnej analizie przewidywanych kosztów (w tym kosztów personelu), ryzyk i zysku. Wyjaśnienia zawierają wszelkie dane, pozwalające Zamawiającemu przyjąć powyższe stanowisko mógł tylko w pewnych ogólnych stwierdzeniach odnieść się do wyjaśnień Przystępującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO - INWEST S.A. oraz ECM Group Polska S.A. (Konsorcjum EKO – Inwest) wnosząc, podobnie jak Zamawiający, o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, Izba, wobec podnoszonego przez Przystępującego wykonawcę Konsorcjum EKO – Inwest zarzutu braku interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp we wniesieniu przedmiotowego odwołania przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z Warszawy w związku z art. 93 ust.1 pkt 4 tej ustawy, rozpoznając ten zarzut uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Izba przede wszystkim miała na uwadze, że Zamawiający, do którego należy decyzja o wielkości środków, które może przeznaczyć na realizację zamówienia, nie wskazywał na taką okoliczność w odpowiedzi na odwołanie oraz nie popierał Przystępującego, co do podnoszonej przez wykonawcę okoliczności z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowiącej o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy cena oferty uznanej za najkorzystniejszą przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Izba także nie podzieliła poglądu Przystępującego, co do wniesienia po terminie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z ust.3 tego przepisu, albowiem Odwołujący o udzielonych wyjaśnieniach, także w części zastrzeżonej mógł dowiedzieć się od dnia przekazania mu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z ustaleń wynikało, że pismo z dnia 13 lipca br zostało przekazane wykonawcy 14 lipca br. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 93 ust.3 ustawy Pzp taki załącznik do Protokołu, jak wyjaśnienia jest udostępniany wykonawcy po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tylko przykładowo oferty – jak w stanie faktycznym sprawy - są dostępne od chwili ich otwarcia. Zarzut rażąco niskiej ceny także jest wniesiony w terminie, albowiem od zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty [14 lipca br] skuteczne było podnoszenie tego zarzutu w odwołaniu z dnia 25 lipca 2016 r.

Pierwszy z zarzutów dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za zasadny, w zakresie zastrzeżenia tej części informacji, która nie była związana z informacjami zawartymi w Wykazie potwierdzającym dysponowanie potencjałem kadrowym niezbędnym do wykonania zamówienia – załącznik nr 5 do oferty. W tym przypadku Izba miała na uwadze zastrzeżenie w ofercie wskazanego Wykazu, które to zastrzeżenie nie było przez Odwołującego kwestionowane w kontekście art. 8 ust.3 ustawy Pzp. Dlatego też z

tego zastrzeżenia mogły korzystać także przedstawione w wyjaśnieniach informacje dotyczące tego personelu. Niewątpliwie, także wynagrodzenia uzgodnione z tymi osobami korzystają z ochrony poufności, albowiem możliwe jest dokonanie takiego zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, również wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, w stanie faktycznym sprawy, uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień podane na str 11 pisma z dnia 30.05.2016 r. należy rozpatrywać łącznie z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji z Wykazu z załącznika nr 5, potwierdzającego dysponowanie potencjałem kadrowym, dokonanego w ofercie. Tak jak wskazał Zamawiający te dwa uzasadnienia [istotne dla zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa], dotyczą potencjału kadrowego i stąd mogą być odczytywane łącznie. Niewątpliwie przy zamówieniu na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu główne koszty ponoszone przez danego wykonawcę to koszty osobowe, związane z kosztami zatrudnienia personelu. Tym samym wysokość wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, a także osób zatrudnionych na podstawie umów cywilno-prawnych w trakcie realizowania przedmiotu zamówienia, ma niewątpliwie kluczowe znaczenie dla konkurencyjności postępowania. Tak jak podnosił Zamawiający, stawka za pracę specjalistów i sposób organizacji ich pracy mają zasadniczy wpływ na wysokość wynagrodzenia oraz, że są to na tyle "wrażliwe" informacje, że mogą one zadecydować i mieć wpływ na przewagę konkurencyjną wykonawcy w branży, w której ubiega się o kontrakt. Zamawiający, zdaniem Izby, co do zasady prawidłowo ocenił skuteczność dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia wyjaśnień, w tym załączników przedłożonych do pisma z dnia 30.05.2016 r. . Nie wszystkie, co prawda informacje podane w tych wyjaśnieniach, w części ogólnej, mogły korzystać z takiej ochrony. Z treści tych wyjaśnień, szczególnie na stronie 1 i 2 oraz na str 3 do punktu oznaczonego, jako Ad.1, na stronie 5 od punktu oznaczonego, jako Ad.1.2 do punktu Ad.2.1 ze str 6, oraz na stronie 11 w całości – nie wynikają informacje, które mogłyby korzystać z ochrony, jako tajemnica przedsiębiorstwa, z uwagi na ich ogólny charakter i, którymi Izba mogła się posłużyć przy rozpoznawaniu drugiego z zarzutów. Jednocześnie Izba stwierdza, że w przypadku tego zarzutu należało uwzględnić dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą uwzględnienie odwołania ma miejsce wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co w konsekwencji nie miało w tej sprawie.

Drugi z zarzutów związany z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.1 i art. 90 ust.3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem nie potwierdził się zarzut, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie potwierdzają w sposób wystarczający, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum EKO – Invest w piśmie z dnia 30.05.2016 r. – w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp – przedłożyło wyjaśnienia dotyczące ceny brutto jego oferty w kwocie 6.352.950 zł. W tych wyjaśnieniach wskazano - w ramach 48 miesięcy całkowitego czasu realizacji usługi Inżyniera Kontraktu - trzy kluczowe okresy związane – tak jak wskazuje na to specyfikacja – z nadzorem w zakresie wyboru wykonawców robót dla trzech kontraktów, z nadzorem nad kontraktami w zakresie realizacji dostaw i robót objętych Kontraktami oraz ze zgłaszaniem wad. Wykonawca wskazał także, że przy uwzględnieniu takich założeń czasowych oraz wymagań specyfikacji Konsorcjum dokonało podziału kosztów na grupy, które ostatecznie złożyły się na końcową wartość oferty. Grupy te dotyczą: 1) personelu Inżyniera Kontraktu, obejmujące koszty personelu kluczowego oraz pozostałego personelu; 2) biura Inżyniera Kontraktu, w tym koszty najmu, ubezpieczenia, mebli i sprzęt oraz eksploatacyjne i pozostałe; 3) transportu i łączności; 4) zakwaterowania; 5) badań laboratoryjnych; 6) inspekcji wyjazdowych; 7) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 8) polisy OC, oraz 9) koszty na inne nieprzewidziane wydatki (rezerwa), 10) marży na koszty ogólne, oraz 11) zysk. Odnośnie kosztów personelu kluczowego stwierdził, że przewidział osoby zatrudnione na podstawie umowy zlecenia rozliczane na podstawie faktury VAT oraz w części pracowników etatowych – na podstawie umowy o pracę. Załączył szczegółowy wykaz tego personelu – 11 osób - w podziale na stanowiska oraz wysokość wynagrodzenia dla danego stanowiska w okresach realizacji. Co do umów o pracę przedstawił średnie wynagrodzenie pracowników brutto dla stanowisk przewidzianych do realizacji zamówienia, zastrzegając dodatkowo poufność tych danych, z uwagi na poufność wynagrodzeń pracowników w przedsiębiorstwie. Podano także liczbę godzin zaangażowania w miesiącu. W odniesieniu do personelu niekluczowego uwzględniono także wszystkie wymagane stanowiska podając, że te koszty zostały oszacowane w oparciu o dotychczasowe doświadczenia wynikające z realizacji w ostatnim okresie funkcji Inżyniera Kontraktu m.in. na czterech inwestycjach. Przedstawiono kalkulację, co do pozostałych wymienionych kosztów w punkcie 2 oraz 3 i 4 wskazując na przyjętą metodologię i podstawę dla tych kalkulacji. Omówił także pozostałe koszty: badań laboratoryjnych i koszty inspekcji wyjazdowych oraz koszty ubezpieczenia, a także wskazano na rezerwę, marżę i zysk. Do takiego omówienia pozycji kosztowych przedstawiono w ramach wyjaśnień w załącznikach m.in. Kalkulację ceny ujętą w tabeli, oświadczenia personelu wskazane w wyjaśnieniach, ofertę najmu biura, ofertę firmy przewozowej, oferty najmu mieszkań. W świetle tych popartych dowodami wyjaśnień Zamawiający nie miał podstaw uznać, że nie potwierdzają one w sposób wystarczający, że przedstawiona przez Konsorcjum w ofercie cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Izba stwierdza, wobec podnoszonej na rozprawie argumentacji przez Odwołującego, że z postanowień specyfikacji, w tym wskazanego przez wykonawcę punktu 3.5 tiret 5 oraz pkt 8 tiret 6 wynika obowiązkowa obecność w okresie 48 miesięcy w dni robocze przez pięć dni w

tygodniu w godzinach od 8 do 16 kluczowego personelu, że pierwsze postanowienie dotyczy tylko prowadzenia własnej listy obecności przez Inżyniera Kontraktu oraz obowiązku potwierdzania obecności na Placu Budowy. Nie stanowi natomiast o obowiązku obecności tego personelu przez 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 16,00. Taki obowiązek dotyczy, zgodnie z tiretem czwartym w tym punkcie, inspektorów nadzoru, aczkolwiek postanowienie to nie stanowi o takiej codziennej dyspozycyjności w okresie 48 miesięcy. Drugie z kolei postanowienie z pkt 3.8 dotyczy tylko obowiązku sporządzenia harmonogramu świadczenia usługi wraz ze wskazaniem dni, w których Inżynier Kontraktu przewidział obecność personelu kluczowego na miejscu realizacji inwestycji, siedzibie Inżyniera Kontraktu w Warszawie”. Izba zwraca również uwagę na zawarte w tym punkcie postanowienie dotyczące umożliwienia przez Inżyniera Kontraktu kontaktu z pozostałymi członkami Zespołu Inżyniera na bieżąco za pomocą telefonu, faksu lub poczty elektronicznej. Te postanowienia nie potwierdzają, a wręcz odwrotnie, wskazują, że zatrudnienie w pełnym wymiarze na podstawie umowy o pracę nie jest wymagane. Powyższe stanowisko, co do „dyspozycyjności członków personelu” potwierdza przyjęta przez Zamawiającego metodologia obliczania wartości zamówienia. Dla personelu niekluczowego wskaźnik zaangażowania przyjęto na poziomie od 20 do 50 %, w przypadku personelu kluczowego - od 40 do 80 %, a tylko dla Inżyniera rezydenta, inspektora ds. rozliczeń i specjalisty ds. finansowych na poziomie 100%. Zgodnie z tymi założeniami koszty netto wynagrodzenia - według prognoz Zamawiającego stanowią ok. 87 % wartości szacunkowej zamówienia [Ogłoszenie o zamówienia - podana wartość zamówienia w kwocie 8.217.900 zł], w tym ok. 75 % personelu kluczowego. Z kolei kalkulacje Odwołującego przedstawiane na rozprawie według jego prognoz w piśmie z dnia 5 sierpnia 2016 r. na kwotę (brutto 13.602.223 zł) oparto na, nie wynikającym ze specyfikacji, założeniu skalkulowaniu wynagrodzenia 11 specjalistów zaangażowanych przez okres 48 miesięcy przez 5 dni w tygodniu od 8 do 16, powiększając dodatkowo tę kwotę o wynagrodzenia dla osób je zastępujących w przypadku ich nieobecności. Izba jednocześnie stwierdziła, że wynagrodzenia przyjęte w kalkulacji przez Konsorcjum są na zbliżonym poziomie do wynagrodzenia na które wskazuje dla danych stanowisk Odwołujący, a których zróżnicowanie łączne jest wynikiem odmiennych założeń dla okresu oraz czasowego zaangażowania personelu, w którym wykonywane będą kluczowe przypisane im zadania. Reasumując Izba stwierdziła, brak podstaw do uwzględnienia podnoszonego w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, jak również art. 90 ust.3 tej ustawy.

Mając powyższe na uwadze w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy.

.....