

WYROK
z dnia 6 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Daniel Konicz
Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2017r. przez:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AG System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Pro – Tra Building spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,** (sygn. akt KIO 2197/17),
- B. **wykonawcę Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt KIO 2199/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nowe Jaworzno Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie,** przy udziale:

1

-
- A. wykonawcy Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, zgłaszego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2197/17 po stronie zamawiającego,
 - B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko – Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) z siedzibą w Łaziskach Górnych oraz Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobierzycach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2197/17 oraz KIO 2199/17 po stronie zamawiającego,
 - C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AG System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, oraz Pro – Tra Building spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2199/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AG System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz – siedzibą w Pro Tra Building spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i wykonawcę Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, tytułem wpisów od odwołań.

2

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

3

**Sygn. akt KIO 2197/17
KIO 2199/17**

Uzasadnienie

Nowe Jaworzno Grupa Tauron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji układu sieci wodno-kanalizacyjnych, ppoż., dróg, makroniwelacji, zieleni w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno 111 w Jaworznie”, nr referencyjny: 2015/TW-E01/TW- E01/04280/L. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 lutego 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 036-059079.

Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 11 października 2017 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej. Kopie odwołań zostały przekazane pozostałym wykonawcom w dniu 20 października 2017 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej.

KIO 2197/17

W dniu 20 października 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AG System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Pro – Tra Building spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Odwołujący AG System”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1.1. wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko-Tech sp. z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) i Eurovia Polska Spółka Akcyjna, zwanego dalej „Konsorcjum Miko-Tech”;
- 1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech;

4

1.3. ewentualnie wobec pkt 1.2. powyżej, zaniechaniu wezwania Konsorcjum Miko - Tech do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Konsorcjum Miko - Tech pozostawała rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego;

1.4. zaniechaniu odrzucenia oferty Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, zwanej dalej „Wykonawcą Instal Kraków”;

1.5. ewentualnie wobec pkt 1.4. powyżej, zaniechaniu wezwania Wykonawcy Instal Kraków do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Wykonawcę Instal Kraków pozostawała rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego;

1.6. odmowie udostępnienia (odtajnienia) zastrzeżonych przez Konsorcjum Miko-Tech informacji zawartych w części oferty pn. „Załącznik nr 2B do Umowy Opis techniczny

Przedmiotu Umowy" wraz z częścią rysunkową oraz załącznikami (tj. s. 34 do 459 oferty włącznie), a także uznaniu przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne, podczas gdy zastrzeżone informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa;
1.7. odmowie udostępnienia (odtajnienia) zastrzeżonych przez Wykonawcę Instal Kraków informacji zawartych w części oferty pn. „Opis techniczny Przedmiotu Umowy - Załącznik nr 2B do umowy”, „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy - Załącznik nr 3 do umowy”, „Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy - Załącznik nr 4 do umowy”, Specjalistyczne urządzenia, przyrządy i narzędzia oraz Części szybkozyszywające się - Załącznik nr 16 do umowy - część IF\ „Zakres Przedmiotu Umowy powierzony Podwykonawcom - Załącznik nr 17 do umowy”, a także uznaniu przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne, podczas gdy zastrzeżone informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa;
Odwołujący AG System zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

2.1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 11 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (danej: „uznk”) i art. 86 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na nieujawnieniu (utajnieniu) części oferty Konsorcjum Miko-Tech w sytuacji, gdy (i) zastrzeżone przez Konsorcjum Miko-Tech elementy oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a nadto (ii) skutkiem zastrzeżenia jest brak możliwości weryfikacji przez pozostałych wykonawców oferty Konsorcjum Miko-Tech pod względem jej zgodności z przedmiotem zamówienia;
2.2. art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust 4 uznk i art.

5

86 ust 4 ustawy Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na nieujawnieniu części oferty Wykonawcy Instal Kraków w sytuacji, gdy (i) zastrzeżone przez Wykonawcę Instal Kraków elementy oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w

rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk a nadto (ii) skutkiem takiego zastrzeżenia jest brak możliwości weryfikacji przez pozostałych oferentów oferty Wykonawcy Instal Kraków pod względem jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2.3. art 7 ust 1 i 3 w zw. z art 8 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez dokonanie wyboru oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności z uwagi na nieujawnienie części oferty Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcy Instal Kraków, a więc informacji niezbędnych do weryfikacji, czy oferty tych Wykonawców są zgodne z SIWZ, a także zbadania tych ofert pod kątem rażąco niskiej ceny;

2.4. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech pomimo, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2.5. ewentualnie wobec zarzutu z pkt. 2.4 powyżej, naruszenie art. 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Miko-Tech do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny lub kosztu (tj. wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny);

2.6. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Instal Kraków pomimo, że oferta Wykonawcy Instal Kraków zawierała rażąco niską cenę, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Instal Kraków w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2.7. ewentualnie wobec zarzutu z pkt. 2.6 powyżej, naruszenie art 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Instal Kraków do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny lub kosztu (tj. wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny);

Odwołujący AG System wniósł o:

3.1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3.1.1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3.1.2. odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech;

- 3.1.3. ewentualnie wobec żądania z 3.1.2 powyżej, wezwania Konsorcjum Miko-Tech do złożenia trybie art. 90. ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu;
- 3.1.4. odrzucenia oferty Wykonawcy Instal Kraków;
- 3.1.5. ewentualnie wobec żądania z 3.1.4 powyżej, wezwania Wykonawcy Instal Kraków do złożenia trybie art. 90. ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu;
- 3.1.6. uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez Konsorcjum Miko-Tech tajności informacji zawartych w części oferty pn. Załącznik nr 2B do Umowy Opis techniczny Przedmiotu Umowy” wraz z częścią rysunkową oraz załącznikami (tj. s. 34 do 459 oferty włącznie) i wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nakazanie odtajnienia tych informacji z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku;
- 3.1.7. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Wykonawcę Instal Kraków tajności informacji zawartych w części oferty pn. „Opis techniczny Przedmiotu Umowy - Załącznik nr 2B do umowy”, „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy - Załącznik nr 3 do umowy”, „Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy - Załącznik nr 4 do umowy”, „Specjalistyczne urządzenia, przyrządy i narzędzia oraz Części szybkozysuwające się - Załącznik nr 16 do umowy - część IF\ „Zakres Przedmiotu Umowy powierzony Podwykonawcom - Załącznik nr 17 do umowy” oraz nakazanie odtajnienia tych informacji z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku;
- 3.1.8. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ważnych ofert złożonych przez wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu;
- 3.2. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie Zamówienia;
- 3.3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący AG System, w zakresie poszczególnych zarzutów wskazał, co następuje:

Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust 4 uznk i art 86 ust 4 ustawy Pzp (dalej: zarzut z pkt 2.1 odwołania).

Konsorcjum Miko-Tech zastrzegło tajemnicą przedsiębiorstwa część oferty dotyczącą informacji składających się na Opis Techniczny Przedmiotu Zamówienia (oznaczonych jako Załącznik nr 2B do Umowy). Zastrzeżone informacje zamieszczono na stronach 34 – 459 oferty włącznie (co daje 426 stron informacji zastrzeżonych), natomiast informacje niezastrzeżone znajdują się na stronach 1 - 33 oraz 460 - 482. Jak podkreślił Odwołujący skutkiem złożenia tak szerokiego zastrzeżenia było utajnienie niemal całej oferty, a w konsekwencji ograniczenie zasady jawności i konkurencyjności. Odwołujący, który nie złożył podobnego zastrzeżenia, został pozbawiony możliwości weryfikacji treści oferty Konsorcjum

7

Miko-Tech pod względem zgodności z treścią SIWZ. Weryfikacja taka była niemożliwa w oparciu wyłącznie o niezastrzeżone informacje ujęte na pozostałych 56 stronach, gdyż - poza formularzem oferty - miały one charakter czysto formalny (np. pełnomocnictwa), zawierały dane zupełnie podstawowe lub też niezwiązane bezpośrednio z przedmiotem zamówienia (np. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).

Konsorcjum Miko-

Tech nie sprostало zdaniem Odwołującego AG System ciężarowi dowodu, gdyż na stronie pierwszej uzasadnienia Konsorcjum Miko-Tech ograniczyło się do przytoczenia wymogów zastrzeżenia informacji oraz złożyło oświadczenie o ich spełnieniu. Kolejno na dalszych stronach Konsorcjum Miko-Tech zawarło lakoniczną i niepopartą żadnymi dowodami argumentację mającą dowodzić, że informacje zastrzeżone są tajemnicą przedsiębiorstwa (s. 2 i 3 uzasadnienia), co do której podjął działania niezbędne dla jej ochrony (s. 3 in fme oraz s. 4 uzasadnienia). Odwołujący AG System zwrócił uwagę, że specyfika zamówień publicznych powoduje to, że oferty wykonawców zawsze mają „indywidualny” i niepowtarzalny charakter, na który bezpośredni wpływ mają wymogi stawiane przez zamawiającego. Odwołujący AG System podniósł, że choć Konsorcjum Miko-Tech opisało przyjęte przez niego metody ochrony informacji, tak jednak nie wykazało, że metody te są rzeczywiście stosowane. Odwołujący AG System kwestionuje też to, że Zamawiający uznał

tak szerokie zastrzeżenie za skuteczne. Zamawiający w ogóle nie zbadał (lub też zweryfikował nieprawidłowo), które z informacji zawartych na 429 stronach oferty mogłyby zostać rzeczywiście uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art 11 ust 4 uznk i art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (zarzut z pkt 2.2 odwołania).

Odwołujący AG System podniósł, że zakres zastrzeżonych tajemnic przedsiębiorstwa informacji w stosunku do zakresu i charakteru informacji ujawnionych pokazuje, że Wykonawca Instal Kraków zastrzegł niemal całą ofertą. Zastrzeżenie to miało nawet szerszy charakter aniżeli w przypadku Wykonawcy Miko-Tech. Skutkiem złożenia tak szerokiego zastrzeżenia było nadmierne ograniczenie zasady jawności i konkurencyjności. Odwołujący AG System, który nie złożył podobnego zastrzeżenia, został pozbawiony możliwości weryfikacji treści oferty Wykonawcy Instal Kraków pod względem zgodności z treścią SIWZ. Weryfikacja taka była niemożliwa w oparciu wyłącznie o niezastrzeżone informacje, które zawierały dane zupełnie podstawowe. Analiza opracowanego przez Wykonawcę Instal Kraków dokumentu pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji” (Załącznik nr 4 do Formularza Oferty) dowodzi - podobnie jak było to w przypadku Konsorcjum Miko-Tech - że Wykonawca Instal Kraków nie sprostął ciężarowi wykazania, że (i) informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz (ii) podjął niezbędne działania mające na celu ochronę tych informacji. Wykonawca Instal Kraków ograniczył się niemal wyłącznie do przytoczenia poglądów orzecznictwa oraz podniesienia kilku lakonicznych, ogólnych i

8

gołostownych twierdzeń. Wykonawca Instal Kraków nie wskazał jednak w oparciu o konkretne argumenty, co miałyby przemawiać za uznaniem poszczególnych informacji zastrzeżonych za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie Wykonawca Instal Kraków nie wykazał i nie opisał jakie niezbędne działania prawne podjął dla zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Wprawdzie przedstawił on, że stosuje działania faktyczne (tj. jego pracownicy posiadają certyfikaty bezpieczeństwa, a informacje zastrzeżone przechowywane są w odrębnym pomieszczeniu), tak jednak jego wyjaśnienia mają wyłącznie gołostowny charakter. Nie wykazał on, aby rzeczywiście jakiegokolwiek zabezpieczenia były przez niego stosowane.

Zdaniem Odwołującego AG System, zastrzeżone przez Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcę Instal Kraków części ich ofert zawierają informacje na temat zamierzonego sposobu wykonania zamówienia celem wykazania, że złożone oferty są zgodne z wymaganiami technicznymi zawartymi w SIWZ. Zamówienie obejmuje prace projektowe oraz szeroko rozumiany zakres robót budowlanych (m.in. drogowych), instalacyjnych. Sposób i technologia wykonania zamówienia tego rodzaju są powszechnie znane dla każdego przeciętnego uczestnika rynku takich prac i robót. Oznacza to, że zastrzeżenie tajemnicy co do całości informacji podanych przez Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcę Instal Kraków w tym zakresie jest oczywiście nieuzasadnione. Rozwiązania techniczne i materiałowe stanowią bowiem element powszechnej wiedzy technicznej. Oczywiście może zaistnieć sytuacja, w której któryś z wykonawców zamierza wdrożyć rozwiązanie innowacyjne o charakterze wynalazku, nieznanie wcześniej na rynku. Gdyby tak było (Odwołujący AG System zakłada, że tak nie jest) utajnieniu powinny podlegać jedynie te innowacyjne, nieznanie rynkowi elementy. Podobnie utajnieniu powinny podlegać wyłącznie informacje handlowe o szczególnym charakterze (jak np. wynegocjowane upusty) a nie informacje ogólne (nazwa materiału, nazwa podwykonawcy). Rozwiązania proponowane przez wszystkich oferentów są oczywiście zindywidualizowane (zależą od projektów). To jednakże nie uzasadnia traktowania tych rozwiązań jako tajemnicy przedsiębiorstwa, za czym przemawiają następujące argumenty:

- a. są to założenia ofertowe złożone w toku jawnego co do zasady postępowania;
- b. z chwilą ewentualnego zawarcia umowy z Zamawiającym i tak staną się elementem informacji publicznej;
- c. ujawnienie ich pozostałym oferentom przed zawarciem umowy z Zamawiającym nie narusza interesów dysponenta tych informacji ponieważ pozostali oferenci nie mogą zmienić swych ofert i zaproponowanych w nich rozwiązań.

Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 uznk (zarzut z pkt 2.3 odwołania).

9

Zdaniem Odwołującego AG System, błędne uznanie przez Zamawiającego, że oferty Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcy Instal Kraków zostały skutecznie zastrzeżone skutkowało wybraniem najkorzystniejszej oferty w warunkach naruszonych zasady jawności i konkurencyjności postępowania. Skutkiem naruszenia tej zasady jest obecnie ograniczenie Odwołującego w możliwości powoływania dalszych zarzutów, co do naruszeń

Zamawiającego, których możliwość podniesienia dostrzega. Takimi potencjalnymi zarzutami są w szczególności zarzut niezgodności oferty Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcy Instal Kraków (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) lub też ewentualny błąd w wyliczeniu ceny lub kalkulacji kosztów przez któregoś z tych oferentów (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut z pkt 2.4 odwołania).

Z uwagi na utajnienie niemal całej oferty, Odwołujący AG System wskazał, że nie ma możliwości przytoczenia innych okoliczności jak ta, że wedle jego wiedzy i doświadczenia nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum Miko-Tech. Obecnie Odwołujący może jednak podnieść, że niemożliwa jest realizacja zamówienia w części „Zadanie 2” (m.in. roboty drogowe) za cenę podaną przez Konsorcjum Miko-tech - to jest za cenę 12.719.992,90 zł netto. Jest to cena rażąco zaniżona, i być może nie ujmuje ona przedmiotu Zadania 2, na które zgodnie z SIWZ (s. 9 SIWZ) składają się:

„budowa dróg, chodników, miejsc postojowych, wąg samochodowych, stanowiska rozładowczego oleju napędowego, stanowiska rozładowczego oleju turbinowego oraz myjni przejazdowej kół i podwozi samochodowych”. Dla porównania, Odwołujący AG System wskazał, że inni oferenci zaoferowali za wykonanie Zadania 2:

1) Wykonawca Instal Kraków: 15.246.000,00 zł

2) Odwołujący: 21.581.000,00 zł

3) IDS-BUD S.A. - 14.107.500,00 zł

4) Konsorcjum spółek: TKS sp. z o.o. oraz DROGPOLZW sp. z o.o. - 18.022.300,00 zł

Ad. zarzut naruszenia art. 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, (zarzut z pkt 2.5 odwołania).

Odwołujący AG System wskazał, że nie ma wiedzy o wystosowaniu przez Zamawiającego do Konsorcjum Miko-Tech wezwania i złożeniu takich wyjaśnień przez tego Wykonawcę, dlatego z ostrożności podnosi on zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej podjął wątpliwość co do ceny oferowanej przez Konsorcjum Miko-Tech (a taką wątpliwość winien był podjąć), to stosownie do art. 90 ust. 1 powinien był wystąpić do Konsorcjum Miko-Tech o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Jeżeli, pomimo wezwania Zamawiającego, Konsorcjum Miko-Tech nie złożyłoby wyjaśnień lub złożone

10

wyjaśnienia potwierdziłyby podejrzenie Zamawiającego o zaoferowaniu przez Konsorcjum Miko-Tech ceny rażąco niskiej, to oferta tego wykonawcy powinna ulec odrzuceniu.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (zarzut z pkt 2.6 odwołania).

Podobnie jak w przypadku oferty Konsorcjum Miko-Tech, Odwołujący AG System, z uwagi na utajnienie niemal całej oferty Wykonawcy Instal Kraków, nie ma możliwości przytoczenia innych okoliczności jak ta, że wedle jego wiedzy i doświadczenia nie jest możliwa realizacja przedmiotu Zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę Instal Kraków.

Ad. zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut z pkt 2.7 odwołania).

Z uwagi na okoliczność, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Instal Kraków powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę Instal Kraków do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie ma wiedzy o tym, aby takie wezwanie zostało skierowane do Wykonawcy Instal Kraków, ani o tym czy Wykonawca Instal Kraków złożył (a jeżeli tak - to o jakiej treści) wyjaśnienia. Z uwagi na brak wiedzy Odwołującego AG System w tym zakresie, niniejszy zarzut podnosi on z ostrożności.

W dniu 23 października 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia Miko – Tech spółka z

ograniczona odpowiedzialnością (lider) oraz Eurovia Polska Spółka Akcyjna,
2. wykonawca Instal Kraków Spółka Akcyjna.

Pismem z dnia 2 listopada 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości. Oboje przystępujący również złożyli w sprawie pisma procesowe, domagając się oddalenia odwołania w całości.

KIO 2199/17

W dniu 20 października 2017 r. wykonawca Instal Kraków Spółka Akcyjna (dalej: „Odwołujący Instal Kraków”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

- a. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko – Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Eurovia Polska Spółka Akcyjna (dalej: „Konsorcjum Miko – Tech”),
- b. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Miko - Tech z uwagi na jej niezgodność z treścią Końcowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „końcowa SIWZ” lub „SIWZ”) oraz z uwagi na to, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny

11

-
- oraz zawiera rażąco niską cenę,
- c. zaniechaniu przez Zamawiającego odtajnienia, a następnie udostępnienia pełnej treści złożonych przez Konsorcjum Miko – Tech wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący Instal Kraków zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- A. art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 89 ust 1 pkt 6) ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 29a Ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku o od towarów i usług (z późniejszymi zmianami), poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Miko - Tech, pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ końcowego, a dodatkowo oferta Konsorcjum Miko – Tech zawiera błędy w obliczeniu ceny, błędy w obliczeniu wartości Etapów Realizacji, błędy w obliczeniu wartości Zadań;
- B. art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 87 ust 2 pkt 3) w związku z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Miko - Tech, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ końcowego, z uwagi na zaofiarowanie zakresu robót drogowych niezgodnych z SIWZ końcowym;
- C. art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Miko - Tech pomimo, iż złożona przez Konsorcjum Miko - Tech oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jest niezgodna z SIWZ końcowym;
- D. art. 8 ust. 1, 2, 3 i art. 96 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. zasadę jawności postępowania poprzez nie udostępnienie pełnej treści złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny, pomimo, iż Konsorcjum Miko - Tech nie wykazało, iż zastrzeżone przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- E. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Miko - Tech do złożenia wyjaśnień w związku z błędem w obliczeniu ceny - zarzut ten podnoszony jest z tzw. „ostrożności procesowej” z uwagi na treść wyroku KIO 1015/17 w którym Izba pomimo stwierdzenia uchybień w ofercie nie rozpatrzyła zarzutów w ofercie technicznej z uwagi na fakt, iż odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- F. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji, które doprowadziły do zmiany treści złożonej przez Konsorcjum Miko - Tech oferty;
- G. art. 7 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Miko - Tech, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzućona w przedmiotowym

12

postępowaniu, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący Instal Kraków wniósł o:

- a. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- b. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- c. nakazanie udostępnienia Odwołującemu Instal Kraków całej treści złożonych przez Konsorcjum Miko - Tech wyjaśnień z dnia 25.09.2017 r. dotyczących sposobu obliczenia ceny wraz ze wszystkimi załącznikami, a w przypadku braku ku temu podstaw, nakazanie udostępnienia treści wyjaśnień bez załączników,
- d. z ostrożności procesowej wezwanie Konsorcjum Miko – Tech do złożenia wyjaśnień w zakresie błędów w obliczeniu ceny oraz niezgodności oferty z treścią SIWZ końcowego,
- e. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie Konsorcjum Miko – Tech z postępowania przetargowego, jak również odrzucenie oferty Konsorcjum Miko - Tech,
- f. wybór oferty Odwołującego Instal Kraków się jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie poszczególnych zarzutów, Odwołujący Instal Kraków wskazał, co następuje:

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 89 ust 1 pkt 6) ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 29a Ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku o od towarów i usług (z późniejszymi zmianami), poprzez nieodrżucenie oferty Konsorcjum Miko - Tech, pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ końcowego, a dodatkowo oferta Konsorcjum Miko – Tech zawiera błędy w obliczeniu ceny, błędy w obliczeniu wartości Etapów Realizacji, błędy w obliczeniu wartości Zadań (lit. A) odwołania).

Odwołujący Instal Kraków przytoczył treść Załącznika nr 3 do Umowy „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy”, tiret drugi, (zwany dalej „HRF”): „Harmonogram Rzeczowo Finansowy” musi pokazywać Etapy Realizacji netto w PLN na 100% (sto procent) Wynagrodzenia umownego netto.” oraz „Harmonogram Rzeczowo Finansowy przygotowany przez Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami paragrafu 4 Umowy i załącznika nr 4 do Umowy (...)”, a także (tiret jedenasty): „Faktury VAT będą wystawiane zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami, będą uwzględniać wartość Etapu Realizacji bez podatku VAT (Etapu Realizacji netto), stawkę obowiązującego podatku VAT w procentach, kwotę podatku VAT, a także wartość brutto faktury VAT,” dodatkowo w ust. 4.5 wzoru Umowy (SIWZ końcowy, część C.I) Zamawiający wskazał: „Wynagrodzenie płatne będzie na podstawie prawidłowo wystawionych faktur częściowych wystawianych przez Wykonawcę po zakończeniu prac objętych poszczególnymi Etapami Realizacji w terminie 30 dni, licząc od

13

daty doręczenia Zamawiającemu faktur (...),” oraz „Faktury będą wystawiane przez Wykonawcę (...) na kwoty odpowiadające poszczególnym Etapom Realizacji w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy, zgodnie z obowiązującymi w Polsce w tym zakresie przepisami.” Z powyższego Odwołujący Instal Kraków wywodzi, że istotnymi elementami

Załącznika nr 3 są oprócz podania wartości Etapu Realizacji w złotych polskich również i wartości danego Etapu Realizacji netto podane w procentach. Procenty te miał wypełnić wykonawca i w wyniku następnie przemnażania procentów każdorazowo dla każdego wiersza HRF przez wartość zamówienia netto podaną w pkt 2 Formularza „Oferta” wyliczane były wartości w PLN w kolumnie nr 4 HRF - „Wartość etapu Realizacji netto (PLN)”. Zatem jak wynika z powyższego dany procent z wiersza z kolumny nr 5 przemnożony przez wartość zamówienia netto musi być zgodny z wartością netto dla danego wiersza podaną w kolumnie nr 4 HRF. W ofercie Konsorcjum Miko – Tech, w Załączniku nr 3 żadna z 31 wartości Etapów Realizacji podanych w kolumnie nr 4 „Wartość Etapu Realizacji netto [PLN]” nie jest zgodna z wartością otrzymaną w wyniku przemnożenia procentów z kolumny nr 5 HRF przez wartość netto oferty podaną w pkt 2 Formularza Oferty. I tak przykładowo dla Etapów Realizacji dla Zadania 1, dla wartości netto oferty wynoszącej 44.009.255,50 zł:

1. Etap z wiersza nr 1 HRF:

$0,05\% \times 44.009.255,50 \text{ zł} = 22.004,63 \text{ zł}$ (zaokrąglone do 2 miejsc po przecinku), podczas gdy w Ofercie jest 20.785,00 zł.

2. Etap z wiersza nr 2 HRF:

$0,19\% \times 44.009.255,50 \text{ zł} = 83.617,59 \text{ zł}$ (zaokrąglone do 2 miejsc po przecinku), podczas gdy w Ofercie jest 85.418,51 zł.

3. Etap z wiersza nr 3 HRF:

$1,43\% \times 44.009.255,50 \text{ zł} = 629.332,35 \text{ zł}$ (zaokrąglone do 2 miejsc po przecinku), podczas gdy w Ofercie jest 631.428,57 zł.

4. Etap z wiersza nr 4 HRF:

$0,42\% \times 44.009.255,50 \text{ zł} = 184.838,87 \text{ zł}$ (zaokrąglone do 2 miejsc po przecinku), podczas gdy w Ofercie jest 185.714,29 zł.

5. Etap z wiersza nr 5 HRF:

$0,19\% \times 44.009.255,50 \text{ zł} = 83.617,59 \text{ zł}$ (zaokrąglone do 2 miejsc po przecinku), podczas gdy w Ofercie jest 84.040,85 zł.

Zdaniem Odwołującego Instal Kraków podane powyżej przykłady, jak również błędy w wartościach pozostałych 26 Etapów potwierdzają błędy w obliczeniu ceny wynikające z błędu zsumowania procentów.

Odwołujący Instal Kraków wskazał również na kolejny błąd w HRF Konsorcjum Miko - Tech polegający na tym, że dla tych samych procentów z Zadania 1 dla Etapu w wierszu nr 2

14

HRF i dla Etapu w wierszu nr 5 HRF, Konsorcjum Miko – Tech wyliczyło dwie różne wartości netto w PLN, tj.

- dla Etapu z wiersza nr 2: 0,19% to 85.418,51 zł netto,
- a dla Etapu z wiersza nr 5: 0,19% to 84.040,85 zł netto.

Odwołujący Instal Kraków wskazuje, że wartości te winny być, po pierwsze takie same dla obydwu Etapów, gdyż ten sam procent przemnożony przez tę samą wartość oferty netto nie może dać dwóch różnych wartości, a po drugie 0,19% przemnożone przez wartość netto oferty Konsorcjum Miko – Tech wynosi 83.617,59 zł netto w (zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku), a nie 85.418,51 zł netto lub 84.040,85 zł netto. Zatem, mamy dodatkowo jeszcze do czynienia z nakładającymi się na siebie błędami w obliczeniu ceny - nie tylko źle są obliczone wartości Etapów, to jeszcze w przypadku tych dwóch Etapów (z wiersza nr 2 HRF i z wiersza nr 5 HRF) dla tych samych procentów są wyliczone różne wartości netto.

Nadto Odwołujący Instal Kraków wskazał, że warunkiem żądanym przez Zamawiającego było, aby procenty podane w kolumnie nr 5 HRF, odpowiadające wartościom netto w PLN w kolumnie nr 4 HRF, sumowały się na 100%. W ofercie Konsorcjum Miko – Tech suma pozycji wszystkich 31 Etapów podanych w procentach jest niezgodna z wymogiem SIWZ końcowego i nie jest równa 100%, gdyż po zsumowaniu wszystkich procentów w kolumnie nr 5 HRF otrzymujemy 99.99%. Wartością netto oferty podaną w pkt 2 Formularza Oferty Konsorcjum jest wartość 44.009.255,50 zł, natomiast po prawidłowym przeliczeniu wartości dla poszczególnych Etapów i ich zsumowaniu otrzymujemy wartość 44.004.854,56 zł netto - jest to kolejny błąd w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum.

Odwołujący Instal Kraków wskazał również na błędy w obliczeniu wartości poszczególnych Zadań w ofercie Konsorcjum

Miko - Tech. W pkt 3 Formularza Oferty

Konsorcjum Miko – Tech podany został podział Ceny Ofertowej netto za realizację Przedmiotu Zamówienia w podziale na cztery Zadania - strona 6 Oferty Konsorcjum. I tak:

- Wynagrodzenie umowne netto za Zadanie 1 wg Konsorcjum (pkt 3a Formularza Oferty) wynosi: 17.356.682,10 zł (kolumna nr 10 Tabeli nr 1) podczas gdy winno ono wynieść: 17.352.849,45 zł (kolumna nr 9 Tabeli nr 1);
- Wynagrodzenie umowne netto za Zadanie 2 wg Konsorcjum (pkt 3b Formularza Oferty) wynosi: 12.719.992,90 zł (kolumna nr 9 Tabeli nr 1) podczas gdy winno ono wynieść: 12.718.674,83 zł (kolumna nr 10 Tabeli nr 1); Wynagrodzenie umowne netto za Zadanie 3 wg Konsorcjum (pkt 3c Formularza Oferty) wynosi: 7.636.097,02 zł (kolumna nr 9 Tabeli nr 1) podczas gdy winno ono wynieść: 7.635.605,82 zł (kolumna nr 10 Tabeli nr 1);
- Wynagrodzenie umowne netto za Zadanie 4 wg Konsorcjum (pkt 3d Formularza Oferty) wynosi: 6.296.483,48 zł (kolumna nr 9 Tabeli nr 1) podczas gdy winno ono wynieść: 6.297.724,46 zł (kolumna nr 10 Tabeli nr 1).

15

Wskazane błędy polegające na niezgodności treści oferty z SIWZ końcowym, jak również błędy w obliczeniu ceny, która jest ceną ryczałtową oraz w związku z rozliczaniem przedmiotu zamówienia za wykonanie każdego z 31 Etapów Realizacji powodują również to, iż Zamawiający zgodnie z zapisami Kontraktowymi przy błędzie w wyliczeniu ceny, jak również błędach w wyliczeniu

wartości poszczególnych Etapów nie będzie mógł wykonać płatności za poszczególne Etapy, a tym samym za poszczególne Zadania, gdyż kwoty zostały błędnie obliczone przez Konsorcjum. Jak wynika z powyższego nie można ustalić wysokości zapłaty lub ceny nabycia, co uniemożliwia wyliczenie prawidłowej podstawy opodatkowania zgodnie z art 29a Ustawy z dnia 11.03,2004 r. o podatku o od towarów i usług (z późniejszymi zmianami). Powyżej wykazanych błędów w obliczeniu ceny oferty, błędów w obliczeniu wartości Etapów Realizacji, błędów w obliczeniu wartości Zadań, błędów w obliczeniu wartości 0,19%, jak również niezgodności oferty z treścią SIWZ końcowego nie można poprawić na podstawie ustawy Pzp i stanowią one istotne i nieusuwalne niezgodności, które skutkować winny odrzuceniem oferty Konsorcjum Miko – Tech.

Ad. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 87 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ końcowego, z uwagi na zaoferowanie zakresu robót drogowych w zakresie niezgodnym z SIWZ końcowym (lit. B) odwołania).

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że podpisał z Biurem Projektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „Hydrosan” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Hydrosan”) Umowę Przedprzetargową na wykonanie wszelkich wielobranżowych materiałów niezbędnych do złożenia oferty końcowej w ramach przedmiotowego zamówienia przetargowego, opisów technicznych, rysunków, koncepcji, przedmiarów. W przypadku udzielenia zamówienia Odwołującemu Instal Kraków, Hydrosan zobowiązany jest wykonać wszelkie prace projektowe na podstawie odrębnej umowy wg wymagań zawartych w dokumentach postępowania przetargowego. Zgodnie z ust. 4 oraz ust. 5 Preambuły Umowy Przedprzetargowej, Hydrosan oświadczył, że zamierza przystąpić do przedmiotowego postępowania również z firmami (oprócz Odwołującego Instal Kraków) takimi jak: Konsorcjum MIKO-TECH, IDS-BUD, PORR oraz że w ramach tzw. konkurencji doskonałej, oferta na wykonanie prac projektowych wraz z ceną będzie taka sama dla wszystkich firm, z którymi Hydrosan podejmuje współpracę w ramach przedmiotu zamówienia. Znajduje to potwierdzenie również w treści z Załącznika nr 17 do Umowy pn. „Zakres przedmiotu umowy powierzony podwykonawcom” na stronie 477 Oferty Końcowej Konsorcjum Miko-Tech, gdzie jako podwykonawca dokumentacji projektowej dla wszystkich branż zostało wskazane biuro projektowe Hydrosan.

16

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że w dniu 7 września 2017 r. o godz. 9:42 pracownica Odwołującego Instal Kraków, p. J.P. - Z. odpowiedzialna za przygotowanie oferty stwierdziła błędy w materiałach otrzymanych od Hydrosan w zakresie pompowni oraz parametrów układu drogowego, który nie był zgodny z SIWZ końcowym. O godz. 15:05 Odwołujący Instal Kraków otrzymał od Hydrosan nowy link, w którym zostały wprowadzone zmiany w zakresie pompowni, ale nie zostały zmienione parametry układu drogowego. Pani J.P. - Z. wprowadziła korekty w parametrach układu drogowego, tak aby były one zgodne z pkt 2.2.4 „Przewidywane parametry układu drogowego” części B.I SIWZ końcowego. Zmiana ta spowodowała również dokonanie przez Odwołującego Instal Kraków stosowną korektę wyceny robót drogowych. Odwołujący Instal Kraków wskazał, że w trakcie rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z przedstawicielem Hydrosan, Pani J.P.-Z. dowiedziała się, iż jako jedyni z oferentów, dla których przygotowywali materiały do wyceny i oferty, zauważyliśmy niezgodność w zakresie „Przewidywanych parametrów układu drogowego” i zwróciliśmy na nią uwagę. Mając to na względzie Odwołujący Instal Kraków stawia zarzut, że Konsorcjum Miko – Tech zaoferowało w swojej ofercie układ drogowy niezgodny z SIWZ końcowym. Odwołujący Instal Kraków wskazał, że powyższe ma bardzo istotne znaczenie, gdyż Zamawiający w SIWZ wstępnym w części B.I w pkt 2.2.4 na stronie nr 14 zawarł dane dotyczące parametrów układu drogowego, a mianowicie:

- Drogi projektowane o nawierzchni z asfaltobetonu -29 580m2, w tym drogi
 - KR2 -9 110m2
 - KR4 -20 470m2

Drogi projektowane o nawierzchni z betonu cementowego (KR4) -7 680m2

- Drogi projektowane o nawierzchni z kostki betonowej -1 400m2
- Nawierzchnia przejazdów kolejowych (torodrogi) -2 000m2
- 2 530m2 0 Place parkingowe projektowane o nawierzchni z asfaltobetonu

Chodniki projektowane o nawierzchni z kostki betonowej -14 350m²

- Krawężniki drogowe betonowe -9 800m²

W SIWZ końcowym w części B.1 w pkt 2.2,4 na stronie nr 15, Zamawiający zmodyfikował zakres i dane charakteryzujące układ drogowy, a mianowicie:

- Drogi projektowane o nawierzchni z asfaltobetonu -32 485m² w tym drogi
 - KR2 -3 953m² drogi
 - KR4 -28 532m²
- Drogi projektowane o nawierzchni z betonu cementowego (KR4) -2 065m²
- Drogi projektowane o nawierzchni z kostki betonowej -1 785m²
- Droga do przebudowy (fragment dawnej ul. Dąbrowszczaków) ~665m²
- przejazdów kolejowych (poza zakresem -2 000m² Nawierzchnia opracowania)

17

-
- Torodroga w rejonie stanowisk transformatorów blokowych -620m²
 - Place parkingowe projektowane o nawierzchni z asfaltobetonu -2 675m²
 - Chodniki projektowane o nawierzchni z kostki betonowej -14 030m²
 - Krawężniki drogowe betonowe -9 700m²

Zatem zakres układu drogowego, jaki należało zaoferować w Ofercie Końcowej różni się od zakresu wymaganego SIWZ wstępnym, gdyż dodano 2 nowe pozycje tj.:

- „Droga do przebudowy (fragment dawnej ul. Dąbrowszczaków) ~665m²”,
- „Torodroga w rejonie stanowisk transformatorów blokowych -620m²”,

Zamawiający w SIWZ końcowym wskazał dodatkowo, że nawierzchnia przejazdów kolejowych o powierzchni - 2000 m² jest poza zakresem opracowania.

Wobec powyższego Odwołujący Instal Kraków stawia zarzut, że oferta Konsorcjum Miko - Tech nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia z uwagi na brak:

- „Drogi do przebudowy (fragment dawnej ul. Dąbrowszczaków) -665m²”,
- „Torodrogi w rejonie stanowisk transformatorów blokowych -620m²”.

W związku z faktem, iż opisy z zakresami były przygotowane dla Konsorcjum Miko - Tech, jak i dla Odwołującego Instal Kraków przez to samo biuro projektowe tj. spółkę Hydrosan oraz wymagane przez Zamawiającego zachowanie kolejności i porządku przedkładanych wraz z ofertą materiałów, Odwołujący Instal Kraków wniósł o sprawdzenie przez Izbę zakresu oferowanego przez Konsorcjum Miko – Tech w części niejawniej Oferty Końcowej Konsorcjum Miko – Tech w pkt 1.7.2-1.

Ponadto Odwołujący Instal Kraków wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi nr 30 z dnia 09.08.2017r. na pytanie jednego z oferentów, czy zapis pkt 8.8.5.4 (zał. B2 do SIWZ) wyklucza przyjęcie przez projektanta innych dopuszczalnych układów warstw konstrukcji nawierzchni przy założeniu spełnienia warunku z Kii, odpowiedział: „Zamawiający informuje, że dla celów porównywalności ofert, wymaga przyjęcia w ofercie preferowanego w zakresie układów warstw konstrukcji nawierzchni (zgodnie ze zmienionymi przez Zamawiającego zapisami pkt 8.8.4.5 Części B2 SIWZ).” Jednocześnie Zamawiający poinformował, że dokonuje zmiany w punkcie 8.8.4.5 Części B.2 SIWZ, którego dotyczą pytania nr 29 i 30 i zamieścił treść zmienionego pkt 8.8.4.5 Części B2 SIWZ. Odwołujący Instal Kraków wskazał, że w dniu 07.09.2017r. o godz. 15:05 otrzymał od Hydrosanu link do zmienionej dokumentacji i stwierdził, iż otrzymany opis nie uwzględnia odpowiedzi nr 30 Zamawiającego dotyczącej warstw nawierzchni KR2, warstw nawierzchni KR4 oraz nawierzchni cementowych. Pracownik Odwołującego Instal Kraków - Pani J.P. - Z. dokonała odpowiedniej korekty opisu, aby zakres był zgodny z wymogiem Zamawiającego, jak również poprosiła o odpowiednią korektę dział kosztorysów, tak aby wycena kosztorysowa uwzględniała odpowiedź nr 30 Zamawiającego w zakresie dokonanych przez

18

Zamawiającego zmian. Odwołujący Instal Kraków wskazał też, że Zamawiający udzielając odpowiedzi nr 30 popełnił tzw. „czeski błąd”, gdyż w Części B.2 SIWZ końcowego w pkt 8.8.5 – „Drogi, chodniki, miejsca postojowe” podpunktowi dotyczącemu „Konstrukcji nawierzchni dróg” jest przyporządkowany numer 8.8.5.5, natomiast Zamawiający udzielając odpowiedzi nr 30 przyporządkował „Konstrukcji nawierzchni dróg” omyłkowo numer 8.8.4.5. W Części B.2 SIWZ końcowego nie ma podpunktu 8.8.4.5, natomiast w punkcie 8.8.4 - „Remont renowacja rowu otwartego”, a numeracja podpunktów kończy się na 8.8.4.2.

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że w związku z powyższym stawia zarzut niezgodności oferty Konsorcjum z treścią SIWZ końcowego polegający na zaoferowaniu zakresu nie uwzględniającego odpowiedzi nr 30 Zamawiającego w odniesieniu do warstw nawierzchni KR2, warstw nawierzchni KR4 oraz nawierzchni cementowych. Zamawiający wymagał, aby zawartość oferty technicznej, układ poszczególnych punktów oraz numeracja poszczególnych punktów winna być zgodna z układem w Części B.3. SIWZ i nie można było pominąć żadnego punktu ani podpunktu. Wobec tego Odwołujący Instal Kraków wniósł o sprawdzenie przez Izbę, czy Tabela 1.7.2-1 „Dane techniczne i projektowe dotyczące układu dróg, chodników, miejsc postojowych” w pkt 1.7.2 części niejawnej oferty Konsorcjum Miko – Tech jest zgodna ze zmienionymi przez Zamawiającego odpowiedzią nr 30 wymogami. W przypadku gdyby zarzut ten potwierdził się, to oprócz niezgodności treści oferty z SIWZ końcowym, dodatkowo oferta Konsorcjum Miko - Tech jest, zdaniem Odwołującego Instal Kraków, nieporównywalna z innymi ofertami, co jest bardzo istotne dla Zamawiającego, który wprowadzając odpowiedzią nr 30 zmiany w SIWZ końcowym stwierdził: „Zamawiający informuje, że dla celów porównywalności ofert, wymaga przyjęcia w ofercie preferowanego rozwiązania w zakresie układów warstw konstrukcji nawierzchni (...).”

Odwołujący Instal Kraków zwrócił uwagę, iż Zamawiający w odpowiedzi nr 30 wyjaśnił, że dopiero na etapie realizacji zamówienia w uzasadnionych przypadkach, po uzyskaniu jego zgody dopuszcza zmianę warstw dla poszczególnych typów jezdni. Jednak na etapie przygotowania ofert nie było takiej zgody Zamawiającego np. w udzielonych odpowiedziach, dlatego też dla celów porównywalności ofert, wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić zakres wymagany odpowiedzią nr 30 Zamawiającego. Z ostrożności Odwołujący Instal Kraków wskazał, że przypadku gdyby torodroga i droga do przebudowy (fragment dawnej ul. Dąbrowszczaków), oraz warstwy nawierzchni KR2, warstw nawierzchni KR4 oraz nawierzchnie cementowe, były przedmiotem wezwania Konsorcjum Miko – Tech do złożenia wyjaśnień, to takie wezwanie stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który nie dopuszcza negocjacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą treści złożonej oferty.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Miko

19

– Tech pomimo, iż złożona przez Konsorcjum Miko – Tech oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że jest ona niezgodna z SIWZ końcowym z uwagi na zaoferowanie studni z materiału niezgodnego z SIWZ końcowym (lit. C) odwołania). Odwołujący Instal Kraków wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym Konsorcjum Miko – Tech złożyło ofertę za cenę 54.131.384,27 zł brutto (44.009.255,50 zł netto), natomiast Odwołujący Instal Kraków zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 66.973.500,00 zł brutto (54.450.000,00 zł netto). Oferta Konsorcjum jest niższa od oferty Odwołującego aż o 10.440.744,50 zł netto tj. 19%. Zamawiający w stosunku do Konsorcjum Miko – Tech pismem z dnia 13.09.2017 r. wdrożył procedurę wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” i otrzymał pismem, znak: MT/DPO/244/2017 z dnia 25.09.2017 r. „Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa”. Zamawiający utajnił pkt nr 1 Wyjaśnień wraz z załącznikami do Wyjaśnień, natomiast udostępnił Odwołującemu Instal Kraków treść pkt 2 Wyjaśnień zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (strona nr 1 oraz strony od nr 9 do nr 16 Wyjaśnień).

Odwołujący Instal Kraków zwrócił uwagę na tak dużą różnicę w cenie pomiędzy ofertą Konsorcjum Miko – Tech a ofertą Odwołującego Instal Kraków, w szczególności mając na uwadze okoliczność, iż materiały niezbędne do przygotowania oferty końcowej, w tym przedmiary były przygotowywane przez to samo biuro projektów i zgodnie z zasadą konkurencji doskonałej, materiały te miały być takie same dla wszystkich oferentów dla których były one przez Hydrosan sporządzane. Odwołujący Instal Kraków założył, że (co zostało opisane w lit. B) odwołana), że Oferta Końcowa Konsorcjum Miko - Tech nie uwzględnia wykonania torodrogi oraz drogi do przebudowy (fragment dawnej ul. Dąbrowszczaków), jak również, że zostały przez Konsorcjum Miko – Tech do wyliczenia ceny przyjęte inne wielkości obmiarowe niż wynika to z SIWZ końcowego. Istotną różnicą, mającą wpływ na wycenę jest, zgodnie z przypuszczeniem Odwołującego Instal Kraków - torodroga w rejonie stanowisk transformatorów o powierzchni — 620 m², której koszt zgodnie z wyceną Podwykonawcy współpracującym z Odwołującym Instal Kraków - spółki

PRODiM Oskar Niezabitowski wynosi 1.197,524 zł netto. Brak torodrogi stanowi zatem 1.197.524 zł netto różnicy w cenie pomiędzy Odwołującym Instal Kraków a Konsorcjum Miko – Tech.

Ponadto Odwołujący Instal Kraków wskazał, że bardzo istotnym elementem cenotwórczym był wymóg Zamawiającego wykonania studni kanalizacyjnych dla:

- sieci kanalizacji sanitarnej,
- sieci kanalizacji deszczowej,
- sieci kanalizacji przemysłowo - deszczowej,

20

ze specjalnego materiału jakim jest GRP, na potwierdzenie czego Odwołujący Instal Kraków wskazał na strony od nr 124 do nr 129 Części B.2 SIWZ końcowego. Dostawcą wyrobów produkowanych z GRP jest Amiantit Poland Sp. z o.o. (dawniej Amitech Poland Sp. z o.o.) (dalej Amiantit). Odwołujący Instal Kraków wskazał, że podmiot ten jest dostawcą zarówno Odwołującego Instal Kraków, jak i Konsorcjum Miko – Tech. Jak wskazał odwołujący Instal Kraków, z analizy treści Załącznika nr 17 z Oferty Końcowej Konsorcjum wynika, że Amiantit, jest jednym z dostawców rur i kształtek dla Konsorcjum Miko - Tech, ale nie jest dostawcą studni.

W związku z powyższym Odwołujący Instal Kraków zarzuca Konsorcjum Miko – Tech, że nie przewidziało ono w swojej ofercie studni GRP w zakresie wymaganym zapisami końcowej SIWZ. Odwołujący Instal Kraków zakłada, że Konsorcjum Miko - Tech zaoferowało i wyceniło studnie kanalizacyjne dla sieci kanalizacji sanitarnej, dla sieci kanalizacji deszczowej oraz dla sieci kanalizacji przemysłowo - deszczowej wykonane z kręgów żelbetowych, a nie z GRP, co stanowi po pierwsze o niezgodności treści Oferty Końcowej Konsorcjum z SIWZ końcowym, a po drugie stanowi potwierdzenie zaoferowania przez Konsorcjum rażąco niskiej ceny. Odwołujący Instal Kraków wskazał, że zgodnie z pkt 8.1.3.5.1 (strona 125 Części B.2) SIWZ końcowego Zamawiający dopuścił zastosowanie, bez konieczności wyrażenia na to zgody, studni z kręgów żelbetowych jedynie dla sieci kanalizacyjnej na przebudowywanym odcinku istniejącej kanalizacji ogólnospławnej D315. Wg kalkulacji Odwołującego Instal Kraków ilość studni wykonanych z kręgów żelbetowych na przebudowywanym odcinku istniejącej kanalizacji ogólnospławnej D315 wynosi 14 sztuk. Dla pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogiem SIWZ końcowego studnie winny być wykonane z GRP. Odwołujący Instal Kraków wskazał, że na podstawie dokumentacji przygotowanej przez Hydrosan oraz wymogów SIWZ końcowego w zakresie zastosowania studni z GRP, Odwołujący Instal Kraków otrzymał ofertę od Amiantit na dostawę rur, kształtek z GRP oraz łącznie 380 studni z GRP dla 3 sieci, a mianowicie:

- dla sieci kanalizacji przemysłowo - deszczowej w ilości: 205 sztuk,
- dla sieci kanalizacji deszczowej w ilości: 109 sztuk,
- dla sieci kanalizacji sanitarnej w ilości: 66 sztuk,

zatem, jak wynika z powyższego w ocenie Odwołującego Instal Kraków, dla pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia (tzn. po wyłączeniu z niego studni na przebudowywanym odcinku istniejącej kanalizacji ogólnospławnej D315) ilość studni z GRP wynieść winna co najmniej kilkaset sztuk - w ofercie Odwołującego Instal Kraków ilość studni wykonanych z GRP na trzech (3) sieciach wynosi 380 sztuk. Jak wskazał Odwołujący Instal Kraków, Zamawiający dopuścił co prawda zastosowanie studni z kręgów żelbetowych w innych przypadkach, ale tylko w wyjątkowych przypadkach podyktowanych ważnymi względami technicznymi i za zgodą Zamawiającego". Zdaniem Odwołującego Instal Kraków, na etapie

21

postępowania przetargowego Zamawiający nie wyraził zgody na zamianę studni z GRP na studnie z kręgów żelbetowych. Jeżeli już na etapie oferty, Konsorcjum Miko – Tech wyceniło studnie z kręgów żelbetowych zamiast studni z GRP, nie mając na to zgody Zamawiającego, (takiej zgody Zamawiającego w odpowiedziach nie ma), to oferta Konsorcjum Miko – Tech jest nieporównywalna z ofertą Odwołującego Instal Kraków i z ofertami pozostałych wykonawców. Jeżeli natomiast Zamawiający akceptuje zastosowanie studni z kręgów żelbetowych w miejsce studni z GRP, to winien powiadomić o tym wszystkich oferentów, a nie tylko jednego z nich.

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że na podstawie wyceny otrzymanej ze spółki Hamer przeprowadził porównanie kosztów zakupu 380 szt. studni wykonanych z GRP na

bazie cen i ilości z oferty Amiantit z kosztami dostawy 380 szt. odpowiadających im studni wykonanych z kręgów żelbetowych dla sieci kanalizacji sanitarnej, dla sieci kanalizacji deszczowej, dla sieci kanalizacji przemysłowo – deszczowej. Sama dostawa 380 szt. studni GRP (bez montażu, posadowienia w gruncie, wykonania robót ziemnych i innych towarzyszących robotach) kosztuje 5.841.162,50 zł netto, natomiast również sama dostawa odpowiadających im 380 szt. studni z kręgów żelbetowych kosztuje 664.160,00 zł netto. Różnica w cenie pomiędzy samą tylko dostawą studni wykonanych z GRP, a dostawą studni wykonanych z kręgów żelbetowych wynosi 5.177.002,50 zł. Netto.

Suma ww. dwóch elementów, które według Odwołującego Instal Kraków nie zostały doszacowane w ofercie Konsorcjum Miko – Tech tj. torodrogi na kwotę 1,197 mln zł netto oraz różnicy w zakupie / dostawie 380 szt. studni z GRP i 380 szt. studni z kręgów żelbetowych wynoszącej 5,177 mln zł netto, pozwala przypuszczać, że kwota niedoszacowania w ofercie Konsorcjum Miko – Tech wynosi co najmniej 6,374 mln zł netto, co potwierdza jednoznacznie fakt zaoferowania przez Konsorcjum Miko - Tech oferty z rażąco niską ceną w porównaniu do przedmiotu zamówienia. Odwołujący Instal Kraków podkreślił, że już samo zastosowanie przez Zamawiającego procedury wyjaśniania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż Zamawiający miał wątpliwości co do wysokości ceny ofertowej zaproponowanej przez Konsorcjum i fakt wezwania do złożenia wyjaśnień tworzy domniemanie, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Odwołujący Instal Kraków wskazał również, z ostrożności, że gdyby kwestia zastosowania przez Konsorcjum Miko – Tech studni z kręgów żelbetowych zamiast studni z GRP była przedmiotem wezwania Konsorcjum Miko – Tech do złożenia wyjaśnień, byłoby to naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 i art. 96 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk tj. naruszenie zasady jawności postępowania poprzez nie udostępnienie pełnej treści złożonych

22

przez Konsorcjum Miko – Tech wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny, pomimo, iż Konsorcjum Miko - Tech nie wykazało, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (pkt D odwołania).

Zamawiający pismem z dnia 13.09.2017 r. wezwał Konsorcjum Miko - Tech do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta Konsorcjum

Miko – Tech zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Miko – Tech zostały częściowo, tj. w pkt 1 objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawcom został udostępniony pkt 2 wyjaśnień zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący Instal Kraków wskazał, że na etapie opracowywania Ofert Wstępnych Zamawiający dopuszczał zaproponowanie przez Oferentów rozwiązań własnych, stanowiących odstępstwa od wymagań technicznych zawartych w części technicznej SIWZ Wstępnej, w tym celu w Części B.3. SIWZ Wstępnego zamieścił punkt 4.2. pn.: „Lista odstępstw od wymagań technicznych zawartych w części technicznej SIWZ” wraz z tabelą, w której oferenci mieli opisać odstępstwa od wymagań technicznych Zamawiającego, zawartych w Części B.2. SIWZ Wstępnego wraz z uzasadnieniem konieczności wprowadzenia zmiany i opisem wynikających z niej korzyści dla Zamawiającego. W wyniku negocjacji wszystkie części SIWZ (wraz z Umową) zostały doprecyzowane i uzupełnione przez Zamawiającego, a następnie zostały przesłane wszystkim Wykonawcom biorącym udział w negocjacjach jako SIWZ końcowe, będące podstawą do złożenia Ofert końcowych na wykonanie Przedmiotu Zamówienia. Zdaniem Odwołującego Instal Kraków Zamawiający jasno pokazał, jakich rozwiązań technicznych oczekuje i co powinny zawierać wszystkie Oferty złożone w ostatnim etapie postępowania przetargowego.

W ocenie Odwołującego Instal Kraków Zamawiający wymagał złożenia ofert obejmujących konkretne, jasno przez siebie opisane rozwiązania techniczne i technologiczne. Nie można zatem w tym przypadku mówić o autorskich rozwiązaniach projektowych któregośkolwiek z oferentów, które mogliby oni objąć ochroną jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ oferowane rozwiązania były znane wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego, a co za tym idzie, Zamawiający miał obowiązek odtajnić nie tylko każdą ze złożonych ofert w tym zakresie, ale również treść złożonych przez Konsorcjum Wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo zdaniem Odwołującego

Instal Kraków analiza treści pkt 2 Wyjaśnień Konsorcjum prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż brak jest dowodów koniecznych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący Instal Kraków wskazał też, że 3 oferentów tj. Odwołujący Instal Kraków, IDS-BUD oraz Konsorcjum Miko-Tech uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu skorzystało przy przygotowaniu oferty z materiałów sporządzonych przez to samo biuro projektów, które zgodnie z podpisanymi Umowami Przedprzetargowymi działało

23

zgodnie z zasadą konkurencji doskonałej. Uznać wobec powyższego należy, że Konsorcjum Miko – Tech nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ad. zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w związku z błędem w obliczeniu ceny oraz niezgodności oferty z treścią SIWZ końcowego (lit. E) odwołania).

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że zarzut ten podnosi z ostrożności procesowej, z uwagi na treść wyroku KIO 1015/17. Powyższy zarzut Odwołujący Instal Kraków stawia na wypadek, gdyby potwierdził się jakikolwiek z następujących zarzutów postawionych w niniejszym Odwołaniu wskazany w lit. A) do C).

Ad. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji, które doprowadziły do zmiany treści złożonej przez Konsorcjum oferty (lit. F odwołania).

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że powyższy zarzut stawia w przypadku, gdyby którekolwiek z poniższych uchybień potwierdziło się i było przedmiotem wezwania do złożenia wyjaśnień, które w konsekwencji po ich złożeniu przez Konsorcjum Miko – Tech lub potwierdzeniu innego stanu faktycznego przez Konsorcjum Miko – Tech niż wynikało to z treści złożonej oferty, doprowadziło do zmiany treści złożonej przez Konsorcjum oferty, a mianowicie zarzutów wskazanych w lit A) do C) odwołania.

Ad. naruszenie art. 7 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Miko - Tech, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, przez co Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (lit. G) odwołania).

Odwołujący Instal Kraków wskazał, że Zamawiający naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Miko-Tech pomimo niezgodności oferty z treścią SIWZ końcowego, błędów w obliczeniu ceny oraz zaferowania rażąco niskiej ceny, które zostały opisane w odwołaniu.

W dniu 23 października 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum AG System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą (lider) oraz Pro – Tra

24

Building spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – po stronie Odwołującego Instal Kraków;

- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Miko – Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Eurovia Polska Spółka Akcyjna – po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 2 listopada 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości. Konsorcjum Miko-Tech również złożyło w sprawie pismo procesowe, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący się legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formule „pod klucz”, która obejmuje cały proces inwestycyjny i oznacza sposób wykonania przedmiotu umowy według zasady „kompleksowe projektowanie, dostawy, wykonawstwo, w tym montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji” jako zintegrowanej całości o cechach technologicznych i parametrach określonych w umowie o zamówienie, z wykonaniem wszelkich robót budowlanych, dostaw, i usług, które potrzebne są do tego, aby wykonane budowle i instalacje osiągnęły wymagane w umowie o zamówienie charakterystyki eksploatacyjne, parametry techniczne, zdolność ruchową i bezpieczeństwo, nawet jeśli jakieś ich elementy, tj. elementy dostaw, robót budowlanych lub usług nie są wyraźnie wyszczególnione w umowie, pod warunkiem, że te

25

dostawy, roboty budowlane lub usługi mieszczą się w granicach przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem możliwości zmiany granic punktów styku zgodnie z postanowieniami punktu 4.5. załącznika nr 2A do umowy. Powyższe postanowienia dotyczące wykonawstwa w formule „pod klucz” mają zastosowanie w szczególności do prac projektowych lub budowlanych, których konieczność wykonania ujawni się w trakcie wykonywania umowy (np.

gdyby prace nie były wyraźnie wymienione w umowie, jej załącznikach lub wykraczały poza szczegółowe wyliczenia czynności i prac zawartych w załączniku nr 1 i załączniku nr 2A do Umowy), ale które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie wykonawca powinien był przewidzieć, w świetle obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia, jednakże zawsze w ramach przedmiotu umowy. W związku z powyższym prace, o których mowa w zdaniu pierwszym będą traktowane jako objęte przedmiotem umowy oraz zostaną wykonane przez wykonawcę w ramach wynagrodzenia umownego (zgodnie z pkt 1.3. wzoru umowy).

Wynagrodzenie umowne ma charakter ryczałtowy (zgodnie z §4 ust. 4.3. wzoru umowy).

W Części A „Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne” w pkt 13.3 SIWZ, Zamawiający poinformował, że wykonawcy powinni przygotować 1 (jeden) oryginał i 4 (cztery) kopie oferty w formie papierowej. Ponadto, do każdego egzemplarza oferty wykonawcy musieli dołączyć dodatkowo treść oferty w formie elektronicznej, na płycie CD, wskazano też m.in., że tabele, wykresy powinny być w MS Word, MS Excel.

We wzorze załącznika nr 3 do Umowy zawartego w Części C.2. SIWZ „Załączniki do Umowy”, Zamawiający wskazał, że: „Harmonogram Rzeczowo – Finansowy w Ofercie musi pokazywać Etapy Realizacji netto w PLN na 100% (sto procent) Wynagrodzenia umownego netto”. Zamawiający zawarł też wymóg, zgodnie z którym Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (dalej: HRF) wykonawcy mieli sporządzić i dostarczyć w ofercie w formie pisemnej oraz elektronicznej sporządzonej w formacie MS Excel (*.XLS.). Zamawiający zawarł również wzór HRF, w którym w kolumnie nr 5 „Wartość Etapu Realizacji netto [%] wskazał w wybranych pozycjach dotyczących etapów realizacji maksymalne i minimalne wielkości procentowe wynagrodzenia umownego netto.

W Części B1 SIWZ w pkt 2.2.4. Zamawiający zawarł „Przewidywane parametry układu drogowego” oraz wskazał, że „Zakres projektowanego układu drogowego pokazano na rysunku planu generalnego, rys. nr B-2.”

W Części B1 SIWZ „Informacje o inwestycji dla wykonawców – część opisowa”, w pkt 2.1.7. „Podstawowe parametry sieci kanalizacji sanitarnej”, Zamawiający zawarł następujący

26

zapis „(...) Przewiduje się, że sieć kanalizacji sanitarnej zostanie wykonana z rur litych PVC-U SDR34, oraz studni kanalizacyjnych GRP i ewentualnie żelbetowych”. W pkt 2.1.8. „Podstawowe parametry sieci kanalizacji deszczowej” Zamawiający wskazał: „Ciągi

kanalizacji deszczowej należy wykonać z rur GRP. Studnie kanalizacyjne GRP lub w miejscach uzasadnionych technicznie żelbetowe łączone na uszczelkę DN1000÷1200 (dla rur ≤D400).” W pkt 2.1.9. „Podstawowe parametry sieci kanalizacji przemysłowo – deszczowej” wskazano: „Projektowane ciągi grawitacyjnej kanalizacji przemysłowo – deszczowej wykonane zostaną z rur D315-D1200 z GRP. Studnie kanalizacyjne z GRP lub w uzasadnionych przypadkach żelbetowe łączone na uszczelkę DN1000÷1200 (dla rur ≤D400); studnie żelbetowe łączone na uszczelkę DN1400 (dla rur powyżej D400-D600), żelbetowe łączone na uszczelkę DN1500 (dla rur D800 i DN1000).” Natomiast w Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” w pkt 8.1.3.5.1. dotyczącym studni kanalizacyjnych sieci kanalizacji sanitarnej, Zamawiający wskazał: „W wyjątkowych przypadkach, podyktowanych ważnymi względami technicznymi, za zgodą Zamawiającego, a także na przebudowywanym odcinku istniejącej kanalizacji ogólnospławnej D315 należy stosować studnie kanalizacyjne z kręgów żelbetowych (...)”. W pkt 8.1.3.6.1. dotyczącym studni kanalizacyjnych Zamawiający zawarł analogiczny do powyższego zapis. Podobnie w pkt 8.1.3.7. dotyczącym studni kanalizacyjnych sieci kanalizacji przemysłowo – deszczowej, wskazano: „W wyjątkowych przypadkach, podyktowanych ważnymi względami technicznymi, za zgodą Zamawiającego, należy stosować studnie kanalizacyjne z kręgów żelbetowych (...)”. Jednocześnie żaden z zapisów SIWZ nie wskazuje w ile studni z GRP należało zaoferować, brak również danych na temat tego, ile studni żelbetowych należało ująć w ofercie.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2017 r., udzielając odpowiedzi na pytanie nr 30, Zamawiający wskazał: „Zamawiający informuje, że dla celów porównywalności ofert, wymaga przyjęcia w ofercie preferowanego rozwiązania w zakresie układów warstw konstrukcji nawierzchni (zgodnie ze zmienionymi przez Zamawiającego zapisami punktu 8.8.5.5. Części B2 SIWZ). Jednocześnie wyjaśnia, że na etapie realizacji zamówienia w uzasadnionych przypadkach, po uzyskaniu zgody Zamawiającego, dopuszcza się zmianę warstw dla poszczególnych typów jezdni.”

Oferta złożona w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Miko-Tech została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie Załącznika nr 2B do Umowy, zastrzeżone informacje zamieszczono na stronach 34-459 oferty włącznie. W przypadku oferty złożonej przez Odwołującego Instal Kraków zastrzeżeniem objęto: „Opis techniczny Przedmiotu Umowy – Załącznik nr 2B do umowy”, „Harmonogram Rzeczowo – Finansowy – Załącznik nr 3 do umowy”, „Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy – Załącznik nr 4 do umowy”, Specjalistyczne urządzenia, przyrządy i narzędzia oraz Części szybkozużywające

27

się - Załącznik nr 16 do umowy – część IF, „Zakres Przedmiotu Umowy powierzony Podwykonawcom – Załącznik nr 17 do umowy”, tj. informacje zawarte na stronach od 1 do 432 w segregatorach część nr 2 z 3 i część nr 3 z 3.

Izba zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołania w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlegają one uwzględnieniu.

KIO 2197/17

Zarzuty wskazane w pkt 2.1, 2.2. i 2.3. odwołania Izba uznała za spóźnione z następujących powodów.

Jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ma ona jednak charakteru bezwzględnej, ustawa Pzp przewiduje wyjątki od jej stosowania, na co wskazuje treść art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Stosownie natomiast do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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

W pojęciu tajemnicę przedsiębiorstwa. zakresie definicji informacji stanowiących

przedsiębiorstwa ustawa Pzp odsyła do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), gdzie w art. 11 ust. 4 wskazana jest definicja tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym zamawiający może z woli ustawodawcy ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, ale tylko w ustawowo określonych przypadkach. Jednak aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą Pzp, zamawiający musi uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie, co z kolei wymaga podjęcia przez zamawiającego określonych czynności w tym przedmiocie. W przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie, zamawiający

28

ma obowiązek zweryfikować prawidłowość tego zastrzeżenia. W tym celu zamawiający, w każdym przypadku dokonania takiego zastrzeżenia przez wykonawcę, jest zobowiązany do przeprowadzenia indywidualnego badania oferty i zweryfikowania, czy przesłanki zastrzeżenia zostały spełnione. W tym miejscu wskazać należy, że ustawa Pzp nie przewiduje procedury przeprowadzenia takiego badania. Nie ma zatem regulacji stanowiącej o tym w jakim terminie zamawiający przeprowadza owo badanie, nie został też wskazany żaden tryb, czy procedura, zgodnie z którą zamawiający bada ofertę w omawianym zakresie. Podobnie brak jakichkolwiek regulacji ustawowych co do formy zajęcia stanowiska przez zamawiającego, a tym bardziej do obowiązku poinformowania wykonawców w formie pisemnej wraz z uzasadnieniem o wyniku przeprowadzonego badania. W tej sytuacji odwołać należy się do przepisów ustawy Pzp, w szczególności do art. 96 ust. 3, zgodnie z którym protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby należy przyjąć, że z chwilą, z którą zamawiający faktycznie umożliwia wykonawcom wgląd do złożonych w postępowaniu ofert, badanie w zakresie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przez niego przeprowadzone. W związku z powyższym udostępnienie wykonawcom ofert w ograniczonym zakresie, ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, uznać należy za stanowisko zamawiającego w przedmiocie badania ofert w tym zakresie.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie wskazać należy, co następuje.

Jak wynika z akt postępowania:

- w dniu 11 września 2017 r. nastąpiło otwarcie ofert, □
w dniu 21 września 2017 r. odwołujący AG System zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie treści złożonych ofert,
- w dniu 28 września 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu AG System, w wersji elektronicznej, jawne treści złożonych ofert. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu AG System treści złożonych ofert, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, Zamawiający, przez czynność udostępnienia w dniu 28 września 2017 r. tylko jawnej treści złożonych ofert, w sposób jasny wyraził swoje stanowisko co do zasadności dokonanego przez wykonawców objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pozostałej części ich ofert.

29

Stosownie do treści art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec innych czynności zamawiającego niż określonych w ust. 1 i 2, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym, Odwołujący AG System powziął więc informację o czynności zamawiającego stanowiącej postawę odwołania w dniu 28 września 2017 r. i od tej daty należy liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania. Odwołanie na czynność Zamawiającego w przedmiocie

nieodtajnienia oferty Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcy Instal Kraków zostało wniesione z uchybieniem tego terminu, dlatego też zarzuty zostały uznane za spóźnione.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, które zostały wskazane w pkt 2.4-2.7 odwołania Izba wskazuje, że podlegają oddaleniu z uwagi na ich nieudowodnienie. Odwołujący nie powołał żadnych dowodów na poparcie stawianych w odwołaniu zarzutów, powołując się na ograniczenia w tym zakresie ze względu na objęcie treści ofert Konsorcjum Miko-Tech i Wykonawcy Instal Kraków tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak jednak wskazano powyżej, zarzuty dotyczący braku odtajnienia ofert ww. wykonawców Izba uznała za spóźnione. Konsekwencją uchybienia terminowi na wniesienie odwołania na czynność zamawiającego z dnia 28 września 2017 r. jest ograniczenie możliwości dowodowych odwołującego AG System na etapie niniejszego postępowania odwoławczego. Izba zwraca uwagę, iż sam Odwołujący AG System zdaje się to dostrzegać, gdyż jak wynika z treści wniesionego przez niego odwołania: „Bezasadne zastrzeżenie poufności ofert Wykonawców (1 i 2) i brak ich odtajnienia przez Zamawiającego ma natomiast ten skutek, że Odwołujący na etapie wniesienia odwołania nie jest w stanie zweryfikować czy zarówno oferta Wykonawcy 1 jak i oferta Wykonawcy 2 odpowiadają treści SIWZ.”

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 90 ust 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że jak wynika z akt postępowania, pismem z dnia 13 września 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Miko-Tech w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 25 września 2017 r. Konsorcjum Miko-Tech udzieliło, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, stosownych wyjaśnień.

Co do analogicznego zarzutu w stosunku do oferty Wykonawcy Instal Kraków, Izba wskazuje, że Odwołujący AG System nie wykazał, że wystąpiły przesłanki wskazane w art. 90 ustawy Pzp, skutkujące obowiązkiem wystosowania takiego wezwania wobec Wykonawcy Instal Kraków.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że okoliczność, iż ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, którego oferty wątpliwość ta dotyczy, nie

30

zwalnia odwołującego z przytoczenia na etapie postępowania odwoławczego okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd też powołanie się przez Odwołującego AG System na jego wiedzę i doświadczenie jako argument uzasadniający rażąco niską cenę w ofertach konkurentów, uznać należy za niewystarczające.

Wobec powyższego odwołanie podlega oddaleniu.

KIO 2199/17

W zakresie zarzutu wskazanego w lit. A. odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

Zamawiający żądał przedłożenia wraz z wersją pisemną oferty (papierową) również wersji elektronicznej na płycie CD. Porównanie tych dwóch wersji HRF potwierdza wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego i Konsorcjum Miko-Tech, zarówno w pismach procesowych, jak i w toku rozprawy, że nieścisłości wskazane przez Odwołującego Instal Kraków w HRF załączonym do wersji papierowej oferty Konsorcjum Miko-Tech wynikają z faktu zaokrąglenia wartości procentowych z kolumny 5 HRF do dwóch miejsc po przecinku. Na wydruku z wersji elektronicznej HRF, załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, gdzie zaokrąglenie wartości procentowych z kolumny 5 nie miało miejsca, wskazany przez Odwołującego Instal Kraków problem z brakiem sumowania się tych wartości do wysokości 100% nie występuje.

W zakresie różnych wielkości PLN przypisanych wartości 0,19%, zarzut również nie potwierdził się. Jak bowiem wynika z wydruku wersji elektronicznej oferty, dwóm różnym wielkościom PLN zamieszczonym pod Lp. 2 i 5 HRF, odpowiadają *de facto* dwie różne wartości procentowe (biorąc pod uwagę brak zaokrąglenia do dwóch miejsc po przecinku).

Izba zwraca też uwagę, iż z SIWZ nie wynika, aby Zamawiający narzucił

wykonawcom konkretny sposób obliczenia ceny, w szczególności taki, na jaki wskazuje Odwołujący Instal Kraków w swoim odwołaniu. W ocenie Izby wartości procentowe mają w niniejszym postępowaniu charakter wtórny i mogą być wyliczane po dokonaniu wyceny w zakresie poszczególnych etapów. Jednocześnie wskazać należy, że wartości procentowe narzucone przez Zamawiającego w niektórych pozycjach HRF nie zostały przez Konsorcjum Miko-Tech naruszone. Zdaniem Izby kolumna nr 5 HRF miała dla Zamawiającego o tyle istotne znaczenie, że w niektórych pozycjach żądał on respektowania zarówno minimalnych

31

jak i maksymalnych wartości procentowych, a te, jak wskazano, nie zostały przez Konsorcjum Miko-Tech naruszone.

Ponadto, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego Instal Kraków dotyczących postanowień SIWZ, zgodnie z którymi w razie różnic między wersją oryginalną oferty a kopią decydujące znaczenie ma oryginał, Izba wskazuje, że porównując wersję papierową HRF załączoną do oferty z wydrukiem z wersji elektronicznej oferty, Izba nie dostrzega różnic, które by dyskwalifikowały wersję papierową HRF w taki sposób, żeby zasadnym było uznanie, że potwierdził się podnoszony przez Odwołującego Instal Kraków błąd w obliczeniu ceny, wartości etapów, czy też wartości zadań albo aby w tym zakresie treść oferty Konsorcjum Miko-Tech nie odpowiadała treści SIWZ. Różnice między wersjami HRF sprowadzają się tylko do kolumny nr 5, gdzie w wersji papierowej nastąpiło zaokrąglenie do dwóch miejsc po przecinku, a w wersji elektronicznej zostały podane pełne wyliczenia wartości procentowych. Trudno tu zatem nawet mówić o niezgodności między wersją papierową a wersją elektroniczną HRF, zdaniem Izby nie jest niezgodnością sam fakt zaokrąglenia wartości procentowych, podczas gdy dane w pozostałych kolumnach, w szczególności w kolumnie nr 4 zawierającej „wartość etapu realizacji w PLN” pozostają bez zmian.

Przywołane przez Odwołującego Instal Kraków wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2013 r., sygn. akt KIO 237/13 i 244/13 oraz z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. 2372/15 i argumentacja w nich zawarta nie są adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. Jak bowiem wskazał Zamawiający w niniejszej sprawie Zamawiający wymagał w HRF, obok kolumny nr 5 „wartość etapu realizacji netto [%]”, wypełnienia kolumny 4 [wartość etapu realizacji netto [PLN]].

Wreszcie Izba zwraca uwagę, że wymóg SIWZ, na którego naruszenie Odwołujący Instal Kraków się powołuje, brzmi: „Harmonogram Rzeczowo – Finansowy w Ofercie musi pokazywać Etapy Realizacji netto w PLN na 100% (sto procent) Wynagrodzenia umownego netto”. Zatem wymóg nie został sformułowany w taki sposób aby na 100% sumowały się wartości etapów realizacji netto w [%], sumować się na 100% wynagrodzenia umownego netto mają etapy realizacji netto w PLN i te na wymagane 100% się sumują zarówno w wersji papierowej HRF, jak i w wersji elektronicznej. Innymi słowy w zakresie sumowania się wartości wskazanych w kolumnie 4 „wartość Etapu Realizacji w PLN” nie ma pomiędzy wersjami HRF żadnych różnic.

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu wskazanego w lit. B. odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

Zarzut ten dotyczy treści oferty Konsorcjum Miko-Tech zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa, z tego względu uzasadnienie Izby w zakresie omawianego zarzutu musi

32

cechować pewien stopień ogólności, aby nie doszło do ujawnienia treści chronionych. Zarzut koncentruje się wokół zakresu robót drogowych, który – zdaniem Odwołującego Instal Kraków – nie został w całości, tj. w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, ujęty przez Konsorcjum Miko-Tech w ofercie. Ponadto zarzut dotyczy zaoferowania przez Konsorcjum Miko-Tech nieprawidłowych, tj. nieuwzględniających zmiany treści SIWZ wprowadzonej odpowiedzią na pytanie nr 30, warstw nawierzchni KR2, warstw nawierzchni KR4 i nawierzchni cementowych.

Odnosząc się do kwestii związanych z zakresem robót drogowych Izba wskazuje, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli do zamieszczenia w treści ofert opisu przewidywanych parametrów układu drogowego z pkt

2.2.4. SIWZ, stąd też z faktu niezamieszczenia tego opisu w treści oferty, bądź też zamieszczenia błędnego, czy niekompletnego opisu, nie można czynić zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jak wskazał sam Zamawiający, jeden z wykonawców zupełnie ten opis pominął, ale z treści jego oferty wynikało, że zaoferował roboty drogowe w pełnym zakresie.

Odnosząc się do oferty Konsorcjum Miko-Tech, Izba wskazuje, że nie dopatrzyła się w jej treści braków w zakresie robót drogowych. Zarówno Zamawiający, jak i Konsorcjum Miko-Tech, tak w złożonych pismach procesowych, jak i podczas rozprawy, wskazali w treści oferty Konsorcjum Miko-Tech, w którym miejscu w ofercie zakres robót drogowych został ujęty. Ponadto, wycena robót drogowych została również wykazana w wyjaśnieniach Konsorcjum Miko-Tech z dnia 25 września 2017 r. dotyczących rażąco niskiej ceny, co także potwierdza objęcie zakresem oferty tych robót.

Zarzut dotyczący warstw nawierzchni KR2, warstw nawierzchni KR4 i nawierzchni cementowych również nie znalazł potwierdzenia. Treść tabeli 1.7.2.-1 zamieszczona w ofercie Konsorcjum Miko-Tech, w zakresie jednej z warstw nawierzchni, nie odzwierciedla wiernie wymagań Zamawiającego zmienionych odpowiedzią na pytanie nr 30, jednak w ocenie Izby, w świetle przedstawionych przez strony i uczestników postępowania dowodów i twierdzeń, nie stanowi to o niezgodności treści oferty Konsorcjum Miko-Tech z treścią SIWZ. Powyższe może stanowić co najwyżej o braku porównywalności ofert w tym zakresie, jednak Izba wskazuje, że brak porównywalności ofert nie jest okolicznością stanowiącą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto wskazać należy na pewną niekonsekwencję Zamawiającego w podejściu do kwestii porównywalności ofert, gdyż w zakresie studni Zamawiający o tą porównywalność nie zadbał i nie wskazał konkretnych ilości studni z poszczególnych materiałów, jakie wykonawcy powinni przyjąć do wyceny. Dodatkowo Izba wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał w którym miejscu w ofercie Konsorcjum Miko – Tech znajdują się oznaczenia nawierzchni dróg oraz że są one prawidłowe.

33

W zakresie zarzutu wskazanego w lit. C. odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

Izba wskazuje, że z uwagi na objęcie oferty Konsorcjum Miko-Tech, a także wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, tajemnicą przedsiębiorstwa, uzasadnienie wyroku w zakresie omawianego zarzutu będzie miało ogólny charakter.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, postanowienia SIWZ w zakresie zgody Zamawiającego na zastosowanie studni żelbetowych zamiast wykonanych z materiału GRP były stosowane przez Zamawiającego niekonsekwentnie. Ponadto, Zamawiający nie wskazał w SIWZ ile sztuk studni żelbetowych, a ile sztuk studni z GRP wykonawcy w swoich ofertach powinni zaoferować. Skoro postanowienia SIWZ nie były w tym zakresie stanowcze, nie sposób twierdzić, że oferta Konsorcjum Miko-Tech zawiera rażąco niską cenę, bądź też jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tylko z powodu podejrzenia Odwołującego Instal Kraków, że Konsorcjum Miko-Tech nie wyceniło takiej samej ilości studni z GRP, jak uczynił to Odwołujący Instal Kraków. W ocenie Izby skoro Konsorcjum Miko-Tech objęło zakresem oferty zarówno studnie z GRP jak i studnie żelbetowe, lecz w innej ilości niż uczynił to Odwołujący Instal Kraków, to przy braku konkretnych wymogów ilościowych w tym zakresie w SIWZ, nie sposób czynić zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum Miko-Tech z treścią SIWZ.

Zarzut rażąco niskiej ceny w kontekście wadliwej wyceny studni również nie znajduje potwierdzenia, z opisanych wyżej względów. Podobnie zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny z uwagi na nieobjęcie zakresem oferty Konsorcjum Miko-Tech torodrogi i ul. Dąbrowszczaków, nie potwierdził się. Z załączników do wyjaśnień Konsorcjum Miko-Tech w zakresie rażąco niskiej ceny, z dnia 25 września 2017 r., a także z treści samej oferty Konsorcjum Miko-Tech, o czym była mowa powyżej, wynika, że torodroga i ul. Dąbrowszczaków zostały objęte zakresem ofertowym Konsorcjum Miko-Tech.

W zakresie zarzutu wskazanego w lit. D. odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

W ocenie Izby wyjaśnienia Konsorcjum Miko-Tech z dnia 25 września 2017 r. dotyczące rażąco niskiej ceny, skutecznie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. W tym miejscu Izba wskazuje, że podziela wyrażony w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym pojęcie „wykazał” nie jest jednoznaczne z pojęciem „udowodnił” lub „przedstawił dowody”. Konsorcjum Miko-Tech w dostateczny sposób wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

34

przedsiębiorstwa oraz że podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby uzasadnienie objęcia wyjaśnień jest szczegółowe i w dostateczny sposób wynika z jego treści spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wystarczająco również został przedstawiony sposób ochrony zastrzeżonych informacji. Wobec powyższego ocena zamawiającego w przedmiocie zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 25 września 2017 r. była prawidłowa.

Pozostałe zarzuty jako podnoszone w związku z wyżej wskazanymi zarzutami odwołania również nie znalazły potwierdzenia.

Z tych względów odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

35