Sygn. akt: KIO 1834/19

WYROK

z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 18 września 2019 przez wykonawcę Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Modlniczce w postępowaniu prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Bydgoszczy

przy udziale wykonawcy ELEKTROTIM S.A. z siedzibą w Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Elektrotim S.A. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i:

- wykluczenie wykonawcy Elektrotim S.A. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,

- odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

- odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w postaci kluczowych ofert dostawców,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. kosztami postępowania obciąża ELEKTROTIM S.A. z siedzibą w Wrocław i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Modlniczce tytułem wpisu od odwołania.

3.2. zasądza od ELEKTROTIM S.A. z siedzibą w Wrocław na rzecz Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Modlniczce kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostosowanie obwodnicy terenu technicznego do Instrukcji o ochronie obiektów Wojskowych w kompleksie wojskowym 5076 Słońsko k/Inowrocławia - zadanie 11753. Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 527925-N-2019 z dnia 21 marca 2019 r.

W dniu 18 września Odwołujący - Maxto sp. z o.o. S.K.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim S.A.,

3. zaniechania wykluczenia wykonawcy Elektrotim;

4. zaniechania wezwania Elektrotim do złożenia wyjaśnień i uzupełnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elektrotim, mimo że wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, co spowodowało zakłócenie konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób, niż przez wykluczenie Elektrotim z udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elektrotim, mimo że wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w postępowaniu;

3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elektrotim, mimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Elektrotim do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi - jeśli Wysoka Izba uzna, że dopuszczalne jest ponownie wezwanie tego wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień;

5. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do wyjaśnień Elektrotim w zakresie ceny, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających;

6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

7. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Elektrotim do uzupełnienia decyzji zmieniających przedłożoną przez Elektrotim koncesję na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia;

8. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Elektrotim do wyjaśnienia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określającymi czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone;

9. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców;

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na podane okoliczności; uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu; nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Elektrotim z Postępowania; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że pprzedmiotem ppostępowania jest wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego 11753 pn. „Dostosowanie obwodnicy terenu technicznego do Instrukcji o ochronie obiektów wojskowych w kompleksie wojskowym 5076 Słońsko k/Inowrocławia". Postępowanie to zostało poprzedzone innym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącym opracowania programu inwestycji i dokumentacji projektowej na dostosowanie obwodnicy terenu technicznego dla Instrukcji OIN 5/2011 na terenie kompleksu wojskowego Słońsk. Ważne jest, iż to na podstawie dokumentacji wykonanej przez wykonawcę postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej, tj. Elektrotim przygotowane zostało niniejsze postępowanie. Z części II SIWZ dotyczącej postępowania na dokumentację wynika, iż jego przedmiotem było opracowanie programu inwestycji i dokumentacji projektowej z częścią kosztową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, uzyskanie w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na budowę (lub dokonanie skutecznego zgłoszenia robót budowlanych, jeśli decyzja o pozwoleniu nie jest wymagana) oraz sprawowanie nadzoru autorskiego w trakcie przyszłych robót budowlanych wykonywanych w oparciu o przygotowane dokumentacje, dla zadania: „Dostosowanie obwodnicy terenu technicznego do Instrukcji OIN 5/2011 na terenie kompleksu wojskowego

Słońsk. W ramach umowy z wykonawcą na wykonanie dokumentacji projektowej Elektrotim wykonał: 1) program inwestycji 2) inwentaryzację budowlaną i instalacyjną 3) projekt budowlany 4) projekt wykonawczy 5) informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ) 6) specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych 7) kosztorys inwestorski 8) przedmiary robót 9) zestawienie kosztów zadania (ZKZ) wraz z analizą porównawczą 10) harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót. Oznacza to, iż jeszcze przed wszczęciem Postępowania Elektrotim uzyskał pełne informacje dotyczące przedmiotu zamówienia i dokonał szacowania wartości zamówienia. Wszedł w posiadanie pełnej wiedzy na temat niniejszego zamówienia na roboty budowlane. Takie działanie stanowi niewątpliwie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Elektrotim posiada nieporównywalną wiedzę o przedmiotowym zamówieniu, którą wykorzystał w ramach złożonej oferty na realizację zamówienia na roboty budowlane. Wykonawca w związku z powyższym miał możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, a w związku z tym miał przewagę choćby w sposobie wyceny oferty oraz realizacji zamówienia, ograniczając wysokie ryzyka kontraktowe.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp zawiera domniemanie prawne, że każdy udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje zakłócenie konkurencji w danym postępowaniu. Tymczasem, ani Zamawiający, ani Elektrotim nie podjęli się wyjaśnienia sytuacji związanej z zakłóceniem konkurencji poprzez udział w postępowaniu wykonawcy, który przygotował uprzednio niemalże kompletną dokumentację dla Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, okoliczność ta została pominięta. Z protokołu postępowania, który został udostępniony Odwołującemu wynika, iż Zamawiający nie traktuje Elektrotim, jako podmiotu, który brał udział w przygotowaniu Postępowania (vide: str. 3, l.p. 3, pkt 2 protokołu Postępowania). Zamawiający zaznaczył w polu „Istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia: X nie". Skreślone zostało również pole, w którym należy wskazać środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Mając to na uwadze, Zamawiający nie dokonał jakiejkolwiek analizy możliwości zakłócenia konkurencji przez Elektrotim - wykonawcę, który przygotował istotną część dokumentacji postępowania oraz dokonał szacowania wartości zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający nie dokonał żadnych czynności, aby temu zapobiec, co zostało przyznane w protokole postępowania. Również Elektrotim w złożonym oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oświadczył, iż nie podlega wykluczeniu z Postępowania m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp oraz skreślił pole, w którym należało wskazać środki naprawcze, mające na celu usunięcie zakłócenia konkurencji. Zamawiający dopuścił wręcz do zwiększenia różnicy informacji posiadanych przez Elektrotim w stosunku do pozostałych wykonawców. Na pytania do SIWZ, złożone w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące udostępnienia dokumentacji wykonanej przez Elektrotim, w tym kosztorysu inwestorskiego, Zamawiający wyjaśnił, iż „w ramach dokumentacji projektowej projektant opracował kosztorysy inwestorskie, jednak Zamawiający nie udostępni ich oferentom. W celu oszacowania oferty udostępnione są przedmiary robót.

Dodatkowo załączone będzie zestawienie materiałów i sprzętu (...)" - odpowiedź na pytanie nr 5 w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 29 marca 2019 r. Odwołujący dalej podkreślił, że istnieje różnica między kosztorysem inwestorskim, a przedmiarem robót. Dzięki znajomości kosztorysu inwestorskiego wykonawca ma możliwość dokładniejszej oceny elementów przedmiotu zamówienia, które zostały wycenione przez Zamawiającego lub projektanta. W szczególności ważne jest rozłożenie kosztów w pozycjach ujętych w kosztorysie. Ich znajomość pozwala wykonawcom m.in. na identyfikację problemów, np. gdy dana pozycja wyceniona zostaje w sposób znacznie wyższy od cen rynkowych, czy odwrotnie. O szerszym zakresie kosztorysu świadczy także rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1389), zgodnie z którym przedmiar robót stanowi wyłącznie jeden z elementów uwzględnianych przy tworzeniu kosztorysu inwestorskiego. różnica między kosztorysem inwestorskim, a przedmiarem robót. Dzięki znajomości kosztorysu inwestorskiego wykonawca ma możliwość dokładniejszej oceny elementów przedmiotu zamówienia, które zostały wycenione przez Zamawiającego lub projektanta.
W szczególności ważne jest rozłożenie kosztów w pozycjach ujętych w kosztorysie. Ich znajomość pozwala wykonawcom m.in. na identyfikację problemów, np. gdy dana pozycja wyceniona zostaje w sposób znacznie wyższy od cen rynkowych, czy odwrotnie. O szerszym zakresie kosztorysu świadczy także rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1389), zgodnie z którym przedmiar robót stanowi wyłącznie jeden z elementów uwzględnianych przy tworzeniu kosztorysu inwestorskiego. Odwołujący wskazał, że dopiero w dniu 31 lipca 2019 r. Zamawiający spostrzegł możliwość zakłócenia konkurencji w postępowaniu związaną z udziałem Elektrotim (po zasygnalizowaniu tej kwestii przez Odwołującego), jednakże aktywność Zamawiającego ograniczyła się do wystosowania wezwania do wyjaśnienia, czy realizacja zamówienia w postępowaniu na dokumentację nie zakłóca konkurencji w postępowaniu. W odpowiedzi Elektrotim wyjaśnił, że wskutek udostępnienia na stronie internetowej Zamawiającego zestawienia materiałów, sprzętu, robocizny lub kosztów ślepych oraz wydłużenia terminu składania ofert do 11 kwietnia 2019 r. stanowiło wystarczające działania, aby zapobiec naruszeniu konkurencji. Elektrotim. Wyjaśnił, że wskazał, iż w związku z ogłoszeniem niniejszego przetargu „spółka ta planuje złożyć ofertę w ww. postępowaniu, zaś z uwagi na okoliczność, iż będąc autorem dokumentacji projektowej i chcąc uniknąć zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji, w jej ocenie zasadnym jest przekazanie innym potencjalnym wykonawcom wskazanych wyżej dokumentów oraz wydłużenie terminu na składanie ofert" - str. 2 wyjaśnień z 6.08.2019r. Stwierdzenie to jest zaskakujące, bowiem pytanie w wyniku którego udostępniono zestawienie materiałów - pytanie nr 7 z dn. 29.03.2019 r. brzmiało zupełnie inaczej. Nie ulega wątpliwości, że Elektrotim nie miał na uwadze dobra innych wykonawców, a aktualnie prezentowane stanowisko to usilna próba usprawiedliwienia za wszelką cenę naruszenia konkurencji. Jednocześnie nie wyjaśniono w żaden sposób dlaczego te dokumenty, których nie przekazano nie miały wpływu na zachowanie konkurencji w Postępowaniu. Ponadto Elektrotim w swych wyjaśnieniach usilnie próbował nadać oszacowaniu wartości zamówienia inne znaczenie, niż ma one w rzeczywistości, posługując się wadliwymi tezami jakoby wartości w kosztorysie były wartościami „maksymalnymi". Te ceny nie mają takiego charakteru i nie wynika to z żadnej regulacji, wręcz przeciwnie. Również Elektrotim nie wyjaśnił na czym polega jego argument, że „[...] cena oferty jest ceną ryczałtową, zatem poszczególne pozycje jednostkowe pozostają bez znaczenia w tym zakresie To że cena jest ryczałtowa nie powoduje, że przedmiotu zamówienia nie trzeba wyceniać - trzeba, a kosztorys inwestorski jest w tym zakresie bardzo pomocny. Co więcej, Elektrotim powołuje się na zamieszczenie orientacyjnej szacunkowej wartości zamówienia w planie zamówień, ale nie zauważa także Elektrotim tej okoliczności, że jest to wartość orientacyjna i podana globalnie. A ponadto skoro kosztorys nie ma znaczenia, to logicznie rzecz ujmując, Elektrotim nie wyjaśnił dlaczego Zamawiający nie przekazał dokumentu, który nie ma znaczenia, bo wówczas nie powinien to być żaden problem. Równie bezpodstawny jest argument o tym, że w kryterium ceny oceniana jest cena globalna. Problem nie w dokonaniu wyceny jak najbardziej zbliżonej do cen w kosztorysie, ale posiadaniu pełnego kompletu informacji w celu rzetelnej i prawidłowej wyceny, a kosztorys jest nośnikiem istotnych w tym zakresie informacji. Elektrotim miał pełny i bezpośredni dostęp do projektantów, ponieważ to są jego projektanci. Mógł zatem zadawać im pytania w każdym czasie i uzyskiwał odpowiedzi szybko i swobodnie, bez ograniczeń jakie nakłada ustawa Pzp na innych wykonawców (pytanie - odpowiedź). Inni wykonawcy z kolei musieli czekać na odpowiedzi, a na część pytań odpowiedzi nie uzyskali ich w ogóle. Takiego naruszenia konkurencji nie sposób zniwelować. Elektrotim miał więc możliwość przygotowania oferty w postępowaniu jeszcze przed jego wszczęciem, natomiast po analizie przesyłanych do Zamawiającego pytań do SIWZ jedynie dopasowywał ją do zmienionego przedmiotu zamówienia czy sposobu wykonania zamówienia ewentualnie do kwestii zasygnalizowanych przez innych wykonawców. Istnieje też ryzyko, że niektórzy wykonawcy zainteresowani pozyskaniem

zamówienia z uwagi na pierwotny brak przekazania dokumentacji dotyczącej w szczególności zestawienia elementów przedmiotu zamówienia oraz krótkiego pierwotnego terminu na złożenie oferty oraz utrudnionego dostępu do informacji (z uwagi na ich niejawny charakter), mogli zrezygnować z udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wykonawca niewątpliwie brał udział w przygotowaniu postępowania i mógł w oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia wyjaśnić, dlaczego jego udział nie naruszy konkurencji w postępowaniu. Jednak zaniechał ujawnienia tej informacji w oświadczeniu, wykonawca skreślił także fragment formularza, który odnosił się do wskazania podjętych środków narwanych w przypadku wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania. Informacje te miały znaczący wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, w szczególności nie doszło do wykluczenia Elektrotim z postępowania, na skutek czego wybór oferty tego wykonawcy był wadliwy.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, Odwołujący podniósł, że niezrozumiałym jest., dlaczego Elektrotim był stanie zaoferować wykonanie robót wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia za tak niską cenę, jeżeli przygotowując wcześniej dokumentację projektową i kosztorys inwestorski ustalił te koszty na kwotę zdecydowanie wyższą. Koszty materiałów i robocizny, w okresie pomiędzy sporządzeniem kosztorysu a składaniem ofert, nie zmalały, a wręcz przeciwnie co wpisuje się w tendencję istniejącą na rynku budowlanym. Odwołujący zwrócił uwagę, że szczególnie duże różnice w cenie pomiędzy ofertą Elektrotim a pozostałymi ofertami były w branży budowlanej. W złożonych wyjaśnieniach Elektrotim nie odniósł się do tej kwestii jak również do przyczyn rozbieżności pomiędzy ceną ofertową a wyceną kosztorysu inwestorskiego. Odnosząc się do złożonych dnia 19.07.2019r. wyjaśnień Odwołujący wskazał, że nie przedstawiono kosztorysów szczegółowych, co należy uznać za nieodzowne w przypadku wyjaśnienia ceny robót budowlanych. Ograniczono się jedynie do przedstawienia tabeli elementów scalonych - ogólnych kwot dla „materiałów bezpośrednich", „robocizny" i „Sprzętu". Elektrotim wskazał, że prace będą wykonywane przez pracowników Elektrotim w ramach ich obowiązków wynikających z umowy o pracę. Odwołujący zauważył, że utrzymywanie stałego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wiąże się z ogromnymi kosztami, więc nie jest to czynnik wpływający na oszczędności, zwłaszcza, że nie przedstawiono żadnych dowodów, aby Elektrotim zatrudniał osoby na korzystnych dla siebie warunkach. Nie przedstawiono żadnych wyliczeń ile w ten sposób wykonawca zaoszczędzi.

Odwołujący wskazał na zaniżoną wartość robocizny w branży budowlanej, którą wykonawca podał na poziomie 455 734 zł netto. Zdaniem Odwołującego korzystając z programu do kosztorysowania NORMA wartość robocizny dla tego postępowania w tej branży dla minimalnej stawki wynagrodzenia obowiązującego w woj. kujawsko-pomorskim wynosi 744 872,79zł netto, zaś dla średniej stawki wynagrodzenia 941 445 zł netto. Elektrotim nie podał w wyjaśnieniach, gdzie ujął koszty amortyzacji sprzętu, nie przedstawił dowodów że sprzęt ten posiada oraz ile w ten sposób zaoszczędził. Nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie kosztów robocizny, która stanowi 21,33% ceny oferty, choć Zamawiający w wezwaniu wskazał na taki obowiązek. Pozostała część oferty to koszty materiałów (63,72% ceny oferty). W tym zakresie Elektrotim załączył do wyjaśnień „kluczowe oferty od dostawców", które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób bezpodstawny. Odwołującego wskazał, że jak sama nazwa wskazuje są to wyłącznie kluczowe oferty, co oznacza, że nie wykazano pełnych kosztów wykonania zamówienia. Nie znając treści ofert, Odwołujący wskazał, że utajnione oferty od dostawców nie stanowią wiążących ofert, lecz jedynie informację handlową, nie określają precyzyjnie wolumenu asortymentu niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia lub wolumen ten jest zaniżony lub opiewają na pojedyncze sztuki, co nie wykazuje dostępności materiałów w pełnym wymaganym zakresie. Kluczowe oferty mogą stanowić oferty na podwykonawstwo, co zostało przez Elektrotim wykluczone, być może nie zawierają dat och złożenia lub zawierają daty po złożeniu ofert, co wskazuje, że kalkulacja miała miejsce po złożeniu ofert. Odwołujący podkreślił, że Elekrotim w wyjaśnieniach nie zaprzeczył, aby zaoferowana cena była rażąco niska, nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów, stanowiących załączniki do złożonych wyjaśnień - „kluczowe oferty od dostawców", Odwołujący podkreślił, że Elektrotim ograniczył się jedynie do poinformowania, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bez wykazania, że tak rzeczywiście jest. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca jest obowiązany wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak jakichkolwiek wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje obowiązek po stronie Zamawiającego ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. Z ostrożności, na wypadek gdyby takie uzasadnienie zastrzeżenia zostało Zamawiającemu przekazane, Odwołujący podniósł, że uzasadnienie jest ogólnikowe i mogłoby być użyte w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, wykonawca Elektrotim nie wykazał przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie działanie Elektrotim polegające na przygotowaniu dokumentacji projektowej, na następnie zaoferowanie ceny znacznie niższej od ceny innych wykonawców, wynika z nieuczciwej praktyki. Tego typu działanie podmiotu, który jest profesjonalistą w swojej dziedzinie musi zostać potraktowane jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które narusza interes Odwołującego. Ponadto wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie oferty przez Elektrotim w Postępowaniu dowodzą obowiązki Elektrotim, jako projektanta w zestawieniu z obowiązkami wynikającymi z umowy, która zostanie zawarta w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący wymienił obowiązki, jakie przyjął do wykonania Elektrotim w ramach nadzoru autorskiego tj. udzielanie odpowiedzi na pytania dotyczące dokumentacji projektowej zgłaszane przez Wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane wykonywane na podstawie opracowanej dokumentacji, potwierdzenie zgodności realizacji robót budowlanych z dokumentacją, lub stwierdzenie odstępstw i określenie skutków tych odstępstw, uzgodnienie z Zamawiającym i Wykonawcą robót możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych i technologicznych, wyjaśnienie wątpliwości czy zakres wprowadzonych zmian nie spowoduje istotnych zmian w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego, skutkujących koniecznością uzyskania nowej decyzji o pozwoleniu na budowę, uczestnictwo w komisjach i naradach technicznych organizowanych przez Zamawiającego, ocena wyników szczegółowych badań materiałów i konstrukcji w zakresie zgodności z rozwiązaniami projektowymi, normami i innymi obowiązującymi przepisami, uczestnictwo w czynnościach mających na celu doprowadzenie do uzyskania projektowanych zdolności użytkowych inwestycji. Wskazał, że z uwagi na powyższe, złożenie oferty przez Elektrotim stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

W zakresie braku spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej, Odwołujący wskazał, że w żadnej z 4 ujętych w wykazie robót (poz. 1, 2, 3 i 4) Elektrotim nie potwierdził, że jej przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa ogrodzenia z siatki lub paneli. Wskazano jedynie budowę bez podania materiałów. Jednocześnie żadna z referencji nie potwierdza, że przedmiotem roboty było ogrodzenie z siatki lub panelowe, oprócz jednej roboty z poz. 4, która wskazuje na ogrodzenie panelowe. Jednakże, w przypadku tej roboty, Odwołujący wskazał, że wątpliwe jest, aby we wskazanej wartości zamówienia - 2 948 187, gdzie przedmiot zamówienia obejmował szereg innych kosztotwórczych elementów, wartość ogrodzenia wyniosła ponad 500 000 zł brutto. Zwłaszcza, że w ogłoszeniu o zamówieniu w ogóle nie wskazano, aby w zakres budowy systemu łączności przewodowej obwodnicy terenu technicznego składu Krapkowice wchodziły jakiekolwiek prace dotyczące ogrodzenia.

Wobec powyższego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia koncesji, Odwołujący wskazał, że Elektrotim nie przedstawił kserokopii aktualnej koncesji wydanej przez MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia. Elektrotim na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp złożył kserokopię koncesji z dnia 14 sierpnia 2001 r. nr L-0558/01 na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Ponadto załączone zostały wybiórczo decyzje zmieniające koncesję o numerach 1, 2 i 6. Elektrotim nie złożył części decyzji zmieniających, składających się na koncesję, wobec czego Zamawiający nie uzyskał pełnej treści koncesji na prowadzenie przez Elektrotim działalności w zakresie ochrony osób i mienia. Tym samym nie można uznać, że koncesja została złożona i że jest „aktualna”.

Zamawiający poinformował, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wykonawca ELEKTROTIM S.A. zgłosił do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i uznała, że zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Elektrotim, mimo, że wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, co spowodowało zakłócenie konkurencji, które w tym postępowaniu nie zostało wyeliminowane. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp należy rozpatrywać w związku z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, który przewiduje, że przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, co zamawiający wskazuje w protokole postępowania. W takim przypadku wykonawca powinien wyjaśnić dlaczego czynności związane z przygotowaniem postępowania, wykonywane przez niego, jego pracownika, a także osobę wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowodują naruszenia uczciwej konkurencji. Należy zatem uznać, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który:

1. brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu,

2. nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, mimo że zamawiający zapewnił temu wykonawcy możliwość udowodnienia braku zakłócenia konkurencji,

Nie jest spornym, że wykonawca Elektrotim realizował zamówienie publiczne na opracowanie programu inwestycji i dokumentacji projektowej na dostosowanie obwodnicy terenu technicznego dla Instrukcji o ochronie obiektów wojskowych w kompleksie wojskowym Słońsk. Dokumentacja ta była następnie podstawą do wszczęcia postępowania na roboty budowlane w tym przedmiocie zamówienia. W ramach realizacji tej umowy wykonawca Elektrotim wykonał dokumentację projektową obejmującą: program inwestycji, inwentaryzację budowlaną i instalacyjną, projekt budowlany, projekt wykonawcy, informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia BIOZ, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorys inwestorski, przedmiary robót, zestawienie kosztów zadania wraz z analizą porównawczą, harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót. Ze wzoru umowy na prace projektowe oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, złożonych przez Odwołującego jako dowód w sprawie, wynika, że w ramach realizacji zamówienia na prace projektowe wykonawca zobowiązany był do sprawowania nadzoru autorskiego w trakcie robót budowlanych wykonywanych na podstawie dokumentacji projektowej (§10 projektu umowy). Nadzór autorski obejmował m.in. na: potwierdzenie zgodności realizacji robót budowalnych z dokumentacją, uzgadnianie z Zamawiającym możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych i technologicznych. Ponadto, co istotne, w ramach pełnienia nadzoru autorskiego wykonawca zobowiązany był do udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące dokumentacji projektowej zgłaszane przez wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane wykonywane na podstawie opracowanej dokumentacji (OPZ str. 4). Z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Elektrotim w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wynika, że wykonawca faktycznie przygotowywał odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące dokumentacji projektowej, kierowane do Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odmówił udostępnienia wykonawcom kosztorysów inwestorskich, sporządzonych przez Elektrotim. Zamawiający udostępnił jedynie zestawienie materiałów i sprzętu (odpowiedź na pyt. 5 z dnia 29.03.2019r.). Istotnym w sprawie jest także to, że z uwagi na niejawny charakter informacji, dokumentacja projektowa dostępna była wykonawcom jedynie z siedzibie Zamawiającego, w kancelarii tajnej, bez możliwości wykonania kopii dokumentów.

Wszystkie wyżej wskazane okoliczności świadczą o tym, że Elektrotim miał istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Przewaga ta polegała na znajomości pełnej dokumentacji projektowej, w tym kosztorysów inwestorskich, które nie

zostały udostępnione innymi wykonawcom, dostępie do projektantów sporządzających dokumentację i możliwości zadawania im pytań a także na bezpośrednim wpływie na udzielane przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania innych wykonawców dotyczące dokumentacji projektowej. Ponadto wykonawca, mając świadomość tego, że będzie pełnił nadzór autorski nad realizacją robót budowlanych i będzie decydował o możliwości stosowania materiałów zamiennych, mógł zaproponować rozwiązania, które zoptymalizowały koszty realizacji zamówienia. Możliwość ta nie była dostępna innym wykonawcom, ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Wykonawcom nie tylko nie został udostępniony kosztorys inwestorski, ale także cała dokumentacja, stanowiąca tzw. złożenia do kosztorysowania, przekazana wcześniej wykonawcy Elektrotim przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby, niewątpliwie w sprawie doszło do zakłócenia konkurencji, które mimo udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, nie zostało wyeliminowane.

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2019r. w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Wskazane w piśmie z dnia 6.08.2019r. udostępnienie wykonawcom zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny oraz wydłużenie terminu składania ofert, celem umożliwienia zapoznania się z dokumentacją projektową, będącą tylko w posiadaniu Zamawiającego nie zniwelowały istniejącego zakłócenia konkurencji. Nadal wykonawca Elektrotim miał nieporównywalnie większą wiedzę na temat dokumentacji projektowej, przedmiotu zamówienia, ryzyk związanych z jego wyceną a także miał bezpośredni wpływ na udzielane w toku postępowania na roboty budowlane odpowiedzi na pytania wykonawców. Zdaniem Izby, w sytuacji niewątpliwego zakłócenia konkurencji jaka miała miejsce w tym postępowaniu, Zamawiający winien był podjąć stosowne środki celem jej wyeliminowania, do których zaliczyć należy przekazanie wszystkim uczestnikom postępowania istotnych informacji, które były dostępne wykonawcy Elektrotim w ramach wcześniej świadczonych usług przygotowywania dokumentacji projektowej. Dotyczy to w szczególności wszystkich dokumentów, które Zamawiający udostępnił wykonawcy Elektrotim oraz dokumentów, w których posiadanie wszedł sam wykonawca w związku z tym, że były one niezbędne do przygotowania dokumentacji projektowej tzw. założeń do kosztorysowania.

Za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i zaniechania wykluczenia wykonawcy Elektrotim, mimo, że wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w toku postępowania. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W złożonym oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia z postępowania Elektrotim oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Niewątpliwie wykonawca, składając oświadczenie miał pełną świadomość tego, że brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego udział w postępowaniu na roboty budowlane może zakłócić konkurencję. Świadczy o tym choćby fakt, że jeszcze przed złożeniem ofert, pismem z dnia 25.03.2019r., Elektrotim wskazał, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu na roboty budowlane i chcąc uniknąć zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji, wniósł o przekazanie innym wykonawcom zestawienia materiałów, kosztorysów ślepych i wydłużenie terminu składania ofert. Mając świadomość udziału w przygotowaniu zamówienia winien, dochowując należytej staranności, złożyć oświadczenie, że zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp tj. że jego udział w przygotowaniu postępowania mógł zakłócić konkurencję, wykazując jednocześnie, w jaki sposób w jego ocenie zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane.

Wykonawca Elektrotim, oświadczając, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Niewątpliwym jest także, że informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, w tym w szczególności na wybór oferty Elektrotim jako najkorzystniejszej.

Mimo, że istotnie w tym stanie faktycznym doszło do zakłócenia konkurencji, to jednak, zdaniem Izby, działanie Elektrotim polegające na bezpośrednim udziale w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne, nie można uznać za działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy lub klienta. Działanie Elektrotim polegającego na udziale w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne, a następnie złożenie oferty w tym postępowaniu z ceną niższą od cen innych wykonawców, nie stanowi naruszenia przepisów prawa ani dobrych obyczajów. Ustawa Pzp przewiduje bowiem możliwość złożenia oferty przez podmiot przygotowujący postępowanie o zamówienie publiczne, pod warunkiem że zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Elektrotim, mimo, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia publicznego ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski wyniosła 8 228 364,36 zł netto, co daje kwotę 10 121 500 zł brutto. W postępowaniu złożono 7 ofert, z czego 4 oferty zostały odrzucone. Cena oferty Elektrotim wyniosła 6 724 262,36zł, oferty Odwołującego - 7 799 641,38zł, zaś oferty TB4 sp. z o.o. - 8 228 700zł.

W dniu 16.07.2019r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy Elektrotim o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących oferty w zakresie zaoferowanej ceny, bowiem stwierdził, że cena oferty jest niższa o 33,6% od wartości szacunkowej zamówienia. W odpowiedzi z dnia 19.07.2019r. wykonawca Elektrotim oświadczył, że uwzględnił koszty wszystkich prac określonych w dokumentacji przetargowej i przedstawił tabelę elementów scalonych kosztów wszystkich prac. Wskazał, że dla branży budowlanej przyjął - 2 649 445,84 zł, branży elektrycznej - 297 021, 43zł, zaś branży teletechnicznej - 2 520 412, 70zł. Wyjaśnił, że prace będą wykonywane przez pracowników Elektrotim w ramach ich obowiązków, wynikających z umowy o pracę. Sprzęt niezbędny do wykonania zadania znajduje się na terenie Elektrotim i uwzględnia jego amortyzację. Własne zasoby sprzętowe i ludzkie pozwoliły Elektrotim na uzyskanie ceny zaproponowanej w ofercie, przy uwzględnieniu kosztów oraz przewidywanego zysku. Do wyjaśnień Elektrotim załączył oferty dostawców na kluczowe zadania, które zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący największe dysproporcje cenowe między ofertą Elektrotim a pozostałymi ofertami występują w branży budowlanej. Oferta Odwołującego w branży budowlanej opiewa na kwotę 3 689 365,81zł, Elektrotim 2 649 445,84, T4B sp. z o.o. - 3 607 170,51, Elektrobud - Grudziądz Telbud S.A. - 3 893 177,54zł, Palisada Apexim Bis - 3 751 952,68zł, Sprint - 6 295 987, 42, zaś cena dla branży budowlanej z kosztorysu inwestorskiego wynosi - 3 131 803,25zł. Z powyższego zestawienia wynika, że cena oferty Elektrotim w branży budowlanej była o ok. 1mln mniejsza od oferty Odwołującego oraz o ok. 480tys. mniejsza od wartości szacunkowej zamówienia dla tej branży.

Oceniając złożone przez Elektrotim wyjaśnienia z dnia 19.07.2019r. Izba doszła do przekonania, że nie wskazują one na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby mieć wpływ na obniżenie ceny oferty, w szczególności nie wyjaśniają powodów tak znacznego obniżenia kosztów w branży budowlanej. Czynnikiem, mających istotny wpływ na wysokości ceny nie jest wspomniana przez Elektrotim możliwość korzystania z własnych zasobów ludzkich i sprzętowych. Elektrotim poza lakonicznym wskazaniem na te okoliczności, nie podał faktycznego wpływu tych czynników na całkowitą cenę oferty, nie wykazał faktycznych oszczędności wynikających z tych czynników. Mając na uwadze to, że koszty robocizny dla branży budowlanej przewidziane w ofercie są zbliżone do kosztów, wynikających z kosztorysu inwestorskiego (wartość ok 455 tys. zł) należy uznać, że nie jest to czynnik który miałby wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty. Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego co do pominięcia przez Elektrotim w cenie branży budowlanej kosztów, wynikających z kalkulacji własnej, które w kosztorysie opiewały na kwotę ok. 1,4mln zł. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, w którym miejscu kosztorysu koszty te zostały ujęte.

Podkreślić należy, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wymaga od wykonawcy, aby dowody załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ugruntowanym orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wymagane od przedsiębiorców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak

by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów.

Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące jedynie deklaracji co do ujęcia wszystkich kosztów oraz korzystania z własnego sprzętu i zasobów ludzkich. Elektrotim nie przedstawił żadnej szczegółowej kalkulacji kosztów, w tym kosztorysu ofertowego, który pozwalałby na weryfikację rzetelności dokonanej wyceny. Złożone wraz z wyjaśnieniami kluczowe oferty od dostawców dla branży budowlanej, elektrycznej i teletechnicznej odnoszą się jedynie do kosztów materiałów, które nie są kwestionowane i są zbliżone do wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. Nie przedstawiono natomiast żadnych wyjaśnień co do pominięcia kosztów, wynikających z kalkulacji własnej, przyjętych kosztów robocizny. Stanowisko Przystępującego Elektrotim, zaprezentowane w toku rozprawy, że przy kalkulowaniu ceny oferty przyjął mniejsze niż w kosztorysie ilości roboczogodzin nie wynika z żadnego przedłożonego dowodu, wyjaśnień czy wyliczeń, stąd Izba oceniła je jako przyjęte na potrzeby sporu. W konsekwencji Izba uznała, że Elektrotim nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi złożenia konkretnych, wyczerpujących wyjaśnień co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Z tych względów Izba uwzględniła zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Elektronim z uwagi na to, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzały rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do wyjaśnień przedstawionych przez Elektrotim.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Zwrócić należy uwagę, że w poprzednim stanie prawnym (przed nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014.1232) ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś po nowelizacji to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którymi pod pojęciem „tajemnicy przedsiębiorstwa" rozumie się tj.: informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Elektrotim, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, składanych wraz z ofertą. Przeciwnie, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zasady wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp mają także zastosowanie w odniesieniu do dokumentów, składanych w wyniku wyjaśnień treści oferty, w tym także wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W tym stanie faktycznym Wykonawca Elektrotim w ogóle nie podał uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa kluczowych ofert od dostawców, ograniczając się w piśmie z dnia 19.07.2019r. jedynie do poinformowania, że załączniki nr 1, 2 i 3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa „w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk" i nie mogą być one rozpowszechniane. Izba stwierdziła, że wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania, że

zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny

przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Nie wykazano, że informacje zawarte w ofertach dostawców nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, nie opisano jakie wykonawca podjął działania w celu zachowania tych danych w poufności i wreszcie nie podano, jaką mają one wartość dla przedsiębiorcy.

Z uwagi na brak przedstawienia uzasadnienia co do objęcia ofert dostawców tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba uznała, że działanie Elektrotim w tym zakresie nie jest skuteczne. Z tych względów Izba nakazała odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w postaci kluczowych ofert dostawców.

W zakresie braku spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej, Izba uznała, że zasadnym są wątpliwości podniesione przez Odwołującego co do spełnienia warunku określonego w części IV pkt 3.3 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać co najmniej 1 robotę zrealizowaną w okresie ostatnich 5 lat w zakresie „budowy, rozbudowy lub przebudowy ogrodzenia z siatki lub paneli o wartość robót min. 500 000 zł brutto. Istotnie przedstawione w wykazie roboty nie wskazują materiałów, z jakich zostały wykonane ogrodzenia. Informacje te nie wynikają także z treści referencji, które co do zasady mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie robót. Jedyna referencja, która odnosi się do materiałów, z jakich wykonane zostało ogrodzenie została zakwestionowana przez Odwołującego, który poddał w wątpliwość wartość ogrodzenia zrealizowanego w ramach tego zadania oraz powołując się na ogłoszenie o zamówieniu dotyczące realizacji tego zadania (ogłoszenie BZP z dnia 13.05.2013r. nr 187076) podniósł, że przedmiot zamówienia dotyczący tego zadania w ogóle nie obejmował wykonania ogrodzenia.

Zdaniem Izby, brak precyzyjnego wskazania w wykazie robót materiału z jakiego realizowane było ogrodzenie, jak również powstała rozbieżność między treścią referencji dotyczącej poz. 4 „Budowa systemu łączności przewodowej obwodnicy terenu technicznego składu Krapkowice" oraz sama wartość ogrodzenia, realizowanego w ramach tego zadania winny być przedmiotem wyjaśnień treści oferty. Celem wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest uzyskanie dodatkowych informacji i rozwianie wątpliwości jakie powstały co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednak, mając na uwadze potwierdzenie się innych zarzutów odwołania, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzuceniem jego oferty, zbędnym jest żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących wykazu robót.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania do uzupełnienia decyzji zmieniających dotyczących przedłożonej przez Elektrotim koncesji na prowadzenie działalności w zakresie osób i mienia. Zgodnie z cz. VII ust. 1 pkt 7 SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w cz. IV SIWZ w zakresie wymagań dotyczących ochrony informacji niejawnych w ust. 1pkt 2 wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia kserokopii aktualnej koncesji wydanej przez MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia. Złożona przez Elektrotim, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, koncesja z dnia 14 sierpnia 2001r. nr L-0558/01 na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego jest koncesją aktualną, ważną przez okres 50lat. W ocenie Izby pod pojęciem dokument „aktualny" należy rozumieć dokument ważny, który nie utracił ważności. Z tych względów, w ocenie Izby, skoro koncesja wydana dnia 14 sierpnia 2001r. jest ważna 50 lat, co nie było kwestionowane przez Odwołującego, to nie ma podstaw, aby wymagać od wykonawców złożenia wszystkich kolejnych decyzji zmieniających, wydanych w związku ze zmianą składu zarządu spółki lub innych zmian dotyczących spółki.

Na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), Izba uwzględniając odwołanie, zasądziła od wykonawcy wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 tego rozporządzenia, na które składało się wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: .....