

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emilia Garbala
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 3 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 3 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „PER-MIR” M. P., Kielce oraz
Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Aga-Mar” W. L., Kielce i J. T. Budowlane

Prace Izolacyjne, Ociesęki - wspólnicy spółki cywilnej „EXPERT”

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Adaptacja budynków Zespołu
powięziennego przy ul. Zamkowej 1 w Kielcach pod potrzeby Teatru Lalki i Aktora „Kubuś”
(nr postępowania A-II.271.27.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Kielce

przy udziale wykonawcy: Firma Budowlana ANNA-BUD sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów
postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy
złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania,

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

U z a s a d n i e n i e

Gmina Kielce {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).{dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Adaptacja budynków Zespołu

powięziennego przy ul. Zamkowej 1 w Kielcach pod potrzeby Teatru Lalki i Aktora „Kubuś”

(nr postępowania A-II.271.27.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 listopada 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_220 pod poz. 538809.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 lipca 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia: Przedsiębiorstwu Remontowo-Budowlanemu „PER-MIR” M. P. z Kielc oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanemu „Aga-Mar” W. L. z Kielc i J. T. Budowlanym Pracom Izolacyjnym, Ociesęki - wspólnikom spółki cywilnej „EXPERT” {dalej również zwanych łącznie „Konsorcjum”}, po pierwsze - zawiadomienie o odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum z 8 lipca 2020 r., po drugie - zawiadomienie o odrzuceniu oferty Konsorcjum.

3 sierpnia 2020 r. Konsorcjum {dalej również zwane: „Odwołującym”} wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od powyższych czynności, a także od unieważnienia postępowania, odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innego aktu prawnego) {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”} i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 - przez odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych objętych prawomocnym wyrokiem Izby z 08.06.2020 r. sygn. akt KIO 607/20, w którym Izba, oddalając zarzut podstawowy odwołania innego wykonawcy, przesądziła, że okoliczności te nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 uznk.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk - przez odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo że jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Konsorcjum złożyło 08.07.2020 r. obszernie wyjaśnienia wraz z dowodami co do kalkulacji ceny w spornym zakresie.
3. Art. 93 ust. 1 pkt 4 - przez wadliwe i przedwczesne unieważnienie postępowania na skutek błędnego przyjęcia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa zwiększoną kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż

cena oferty Konsorcjum nie przekracza tej kwoty.

[zarzuty ewentualne względem zarzutów z pkt 1. i 2.]:

4. Art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w zakresie okoliczności budzących wątpliwości Zamawiającego pomimo otrzymania wyjaśnień z 08.07.2020 r.
5. Art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 - przez niepodanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie oferty, w tym okoliczności i dowodów wskazanych w wyjaśnieniach z 08.07.2020 r., a tym samym uniemożliwienie sformułowania zarzutów odwołania, co może prowadzić do odrzucenia oferty z niejasnych i nietransparentnych powodów, a tym samym do bezprawnego pozbawienia Konsorcjum które złożyło niepodlegającą odrzuceniu ofertę szans na uzyskanie tego zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum.
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Konsorcjum, [ewentualnie:]
4. Wezwania Konsorcjum PER-MIR do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów, które budzą wątpliwości Zamawiającego pomimo otrzymania wyjaśnień z 08.07.2020 r.
5. Podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego powodów odrzucenia oferty
6. Unieważnienia odtajnienia informacji wskazanych w zawiadomieniu z 24.07.2020 r..

Konsorcjum.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.listy zarzutów}

Odwołujący w szczególności następująco zrelacjonował przebieg poprzedniego postępowania odwoławczego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia w sprawie o sygn. akt KIO 607/20 z odwołania Firmy Budowlanej ANNA-BUD {dalej również: „Anna-Bud” lub „Przystępujący” [w niniejszej sprawie]}.

Odwołanie zawierało dwa zarzuty:

1. Podstawowy - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, uzasadniany tym, że określiło cenę ryczałtową za wykonanie projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych w wysokości 2 mln zł, która odbiegała od cen pozostałych ofert, została zawyżona, odbiega od rzeczywistej wartości tego zakresu prac i stanowi manipulację wyceny oferty.
2. Ewentualny - naruszenia art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień odnośnie wyceny powyższego zakresu oferty.

Zamawiający do zamknięcia rozprawy wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z 8 czerwca 2020 r. Izba:

1. Oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego, czyli przesądziła, że w okolicznościach faktycznych i prawnych objętych rozstrzyganą sprawą nie doszło do popełnienia czynu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.
2. Uwzględniła odwołanie jedynie w zakresie zarzutu ewentualnego i nakazała Zamawiającemu wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji za opracowanie projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych.

Wyrok ten nie został zaskarżony.

Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień Konsorcjum z 08.07.2020 r. diametralnie zmienił stanowisko i 24.07.2020 r. i odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art 3 ust. 1 UZIMK. Jak uzasadnił, z powodu wyceny wykonania projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych na 2 mln zł, co: w sposób rażący odbiega wysokością od realiów rynkowych, a przy tym zarówno od ofert pozostałych wykonawców jak i szacunku Zamawiającego.

Przy czym z uzasadnienia wynika, że Zamawiający uczynił podstawami odrzucenia te same okoliczności, które były rozpoznawane w sprawie KIO 607/20 i nie powołał żadnych nowych okoliczności faktycznych, w szczególności nie odniósł się do ponad 20-stroniciwych wyjaśnień Konsorcjum z 08.07.2020 r. i załączonych do nich dowodów.

Odwołujący przywołał w kontekście powyższych okoliczności, że zgodnie z art. 198a

ust. 1 pzp na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Natomiast z art. 185 ust. 7 pzp i 198a ust. 2 pzp wynika, że do oceny momentu prawomocności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej należy stosować art.

363 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego {dalej: kpc}, zgodnie z którym orzeczenie staje się prawomocne, jeżeli nie przysługuje co do niego środek odwoławczy lub inny środek

zaskarżenia.

Odwołujący wywiódł, że w zrelacjonowanych przez niego okolicznościach Zamawiający nie jest uprawniony dokonać odmiennej oceny stanu faktycznego objętego prawomocnie oddalonym zarzutem podstawowym, jeżeli nie towarzyszy temu przytoczenie i wykazanie nowych okoliczności faktycznych lub prawnych.

Według Odwołującego odmienne stanowisko sprzeciwiałoby się mocy wiążącej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które mają moc prawną na równi z wyrokami sądów, powadze wyroków Izby, postulatом sprawności i szybkości postępowania odwoławczego, naruszałoby zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 pzp, a także kolidowałoby z zasadą równości stron postępowania przed Izbą, gdyż tylko zamawiający miałyby możliwość doprowadzania do kilkukrotnych postępowań w tej samej sprawie do czasu, aż uzyska satysfakcjonujące orzeczenie Izby, podczas gdy odwołania wnoszone przez wykonawców w okolicznościach objętych prawomocnymi orzeczeniami Izby podlegałyby odrzuceniu

na mocy art. 189 ust. 2 pkt 4 lub 5 ustawy pzp.

Odwołujący podsumował, że przez odrzucenie jego oferty na podstawie okoliczności objętych prawomocnym wyrokiem Izby w sprawie KIO 607/20 doszło do naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 uznk w zw. z art. 198a ust. 1 pzp, art. 185 ust. 7 pzp w zw. z art. 363 § 1 kpc, art. 365 kpc, art. 366 kpc w zw. § 36 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań w zw. z art. 198 pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp.

{ad pkt 2., 4.-5. listy zarzutów}

Odwołujący podniósł, że:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp nie zwalniała Zamawiającego z obowiązku wykazania i udowodnienia, że w zaistniałych okolicznościach złożenie oferty rzeczywiście stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji
- Zamawiający miał przy tym obowiązek wyczerpującego przytoczenia przyczyn odrzucenia

danej oferty (np. KIO 284/20, KIO 1759/19, KIO 716/20) i nie jest uprawniony do powoływania się na okoliczności niewskazane w uzasadnieniu faktycznym i prawnym, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pzp (KIO 284/20, KIO 1759/19, KIO 716/20).

Odwołujący w następujący sposób odniósł się do poszczególnych argumentów uzasadnienia odrzucenia.

Po pierwsze - Zamawiający, powołując się na występujące między wykonawcami różnice w zakresie wyceniania danego zakresu świadczenia, pominął różnice w charakterze prawnym i strukturze podmiotowej wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający błędnie przyjął założenie, że metody dokonywania wyceny przez spółki kapitałowe o miliardowych (np. Budimex S.A., Erbud S.A.) lub wielomilionowych przychodach (np. Anna-Bud sp. z o.o., ZURiP sp. z o.o.) były miarodajnym punktem odniesienia do

szacunków dokonywanych przez osoby fizyczne, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto sam Zamawiający przyznał w PFU, że dla zakresu prac związanych ze wzmocnieniem gruntu pod istniejącymi ścianami budynków oraz z palowaniem nie było możliwe wykonanie części wykonawczej projektu, gdyż każda z firm specjalistycznych wykonujących tego typu prace dysponuje swoją (inną) technologią wykonywania prac, innym parkiem maszynowym oraz używa do opracowania technologii wykonywania robót swoich (innych) programów, komputerowych. Skoro te elementy są tak różne i unikalne, nielogiczne jest założenie o tożsamy lub podobnych metodach realizacji, a tym samym wyceny realizacji.

Po drugie - Zamawiający błędnie powołuje się na różnice oparte własnym oszacowaniu tej części zamówienia, skoro w sprawie KIO 607/20 podnosił, że oferty innych wykonawców również znacznie przekraczały jego własne oszacowanie.

Po trzecie - stwierdzenie o rzekomym odbieganiu od realiów rynkowych jest nieudowodnione i nieuzasadnione, gdyż Zamawiający w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji nie określił rynku, na którym takie realia miały rzekomo zaistnieć. Postępowanie o udzielenie zamówienia przekracza progi unijne, a zatem mogły w nim wziąć udział i złożyć (oraz kalkulować) oferty podmioty z całej Unii Europejskiej, a każdy z wykonawców funkcjonujących na rynku EU jest uprawniony dokonywać wyceny ofert na swój własny sposób, stosownie do swoich możliwości i potrzeb.

Ponadto te realia rynkowe były takie same jak w dacie wydawania wyroku w sprawie KIO 607/20, w której Zamawiający domagał się oddalenia odwołania.

W postępowaniu wzięły udział podmioty o pozycji międzynarodowej (Budimex S.A., Erbud S.A.), regionalnej (Anna-Bud sp. z o.o. w Warszawie), jak i lokalnej (np. Odwołujący), a Zamawiający nie wykazał, jakoby istniała jakakolwiek wspólna lub reprezentatywna dla danej grupy praktyka lub zwyczaj dotyczące wyceny ofert. Sama ustawa pzp nie nakłada na wykonawców obowiązku wyceny ofert w ten sam sposób. Natomiast w postępowaniu wystąpiły - jak to określił Odwołujący - pewne prawidłowości w ofertowaniu przez podmioty o pewnej strukturze kapitałowo-podmiotowej (spółki akcyjne ofertowały projekt wykonawczy do kwoty 100 tys. zł, a spółki z o.o. lub działające w konsorcjach powyżej tej granicy), co nie stanowi podstawy do przesądzania o sposobie ofertowania podmiotów o innej charakterystyce prawnej i ekonomicznej (m.in. siła rynkowa, przychody).

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odrzucił jego ofertę przywołując 650% różnicę ceny za wykonanie projektu w odniesieniu do drugiej oferty w kolejności, ale nie wyciągnął analogicznych konsekwencji z faktu, że różnica w spornym aspekcie pomiędzy ceną Budimexu S.A. a ceną MTM Budownictwa sp. z o.o. sięgnęła około 800%, co wg Odwołującego świadczy to o różnicowaniu wykonawców i ich nierównym traktowaniu na jego niekorzyść.

Po czwarte - zupełnie jednostronne i nieuzasadnione jest porównanie przez Zamawiającego, że obecnie wskazana przez Konsorcjum cena przekracza o 355% cenę, jaką w latach 2017-2018 zapłacił 563.340 zł za wykonanie wielobranżowej dokumentacji adaptacji zespołu dwóch istniejących historycznych budynków dawnego zespołu powięziennego oraz zaprojektowanie łączącego istniejące budynki obiektu, gdyż Zamawiający pominął, że:

- jego budżet na realizację zamówienia w dawniejszych postępowaniach opiewał na znacznie wyższą kwotę (900 tys. zł);
- kwota, którą zapłacił, wynika z drugiej umowy o zamówienie publiczne, a pierwotna umowa opiewała na kwotę 999990 zł;
- w okresie od 2017 r. do 2021 r. nastąpiła istotna zmiana elementów kosztotwórczych, takich jak m.in. inflacja, minimalna stawka wynagrodzenia za pracę, minimalna stawka godzinowa, koszty paliwa, energii elektrycznej, polis OC;
- prawa i obowiązki stron w poprzednich postępowaniach oraz w obecnym były różne;
- zakres danych i dokumentacji udostępnionych jest również różny, do zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej dołączono ekspertyzę mykologiczną datowaną na lipiec 2014 r. oraz ekspertyzę konstrukcyjną i architektoniczną z 2014 r., z których wynika, że budynek posiada wiele uszkodzeń, w tym między innymi uszkodzoną kanalizację deszczową, co mogło wpłynąć niekorzystnie na fundament obiektu i musiało znaleźć odzwierciedlenie w kalkulacji oferty.

Po szóste - Zamawiający nie podważył ani w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień i dowodów, które otrzymał od Konsorcjum 08.07.2020 r., w szczególności nie zestawiał tych wyjaśnień ze swoim twierdzeniem ze sprawy KIO 607/20, że drugi składnik ceny - cena za wykonanie robót budowlanych, nie odbiega istotnie od dokonanego przez Zamawiającego szacunku i nie wzbudza jego wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, gdyż jest ona wyższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jedynie o 14%.

W wyjaśnieniach Konsorcjum szczegółowo i obszernie przedstawiło poszczególne elementy wyceny prac, ryzyka wynikające z umowy, jak i z treści SIWZ, które jako przedsiębiorca miał prawo i możliwość uwzględnić przy wycenie. Przede wszystkim przedłożono oferty biur projektowych, które leżały u podstaw ceny określonej przez Konsorcjum, pozwalając na osiągnięcie marży, co potwierdza, że wycena została oparta na realnych podstawach.

Następnie Odwołujący podniósł, że w okolicznościach postępowania nie odniósł realnych korzyści z rzekomego naruszenia, gdyż zarzucana mu nieuczciwa praktyka nie prowadziła do uzyskania jakichkolwiek korzyści punktowych przy ocenie ofert, nie utrudniała

żadnemu wykonawcy dostępu do rynku, nie stanowiła wyrazu pozycji dominującej. Natomiast wyższemu wynagrodzeniu towarzyszy drastycznie zwiększona odpowiedzialność z tytułu kar umownych, a przed jakimkolwiek przedterminowym zakończeniem umowy Zamawiający jest zabezpieczony z przyczyn wskazanych na str. 24-25 uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 607/20. Z kolei podniesiona przez Zamawiającego kwestia odstąpienia na mocy art. 145 ustawy PZP jest czysto hipotetyczna, m.in. tego względu, że sytuacja taka może, ale nie musi wystąpić. Dodatkowo przepis ten nie zawiera wytycznych, w jaki sposób należy określać wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania części umowy w sprawie zamówienia publicznego a Zamawiający, w granicach swobody umów oraz przy zachowaniu reguł art. 145 ustawy pzp, mógł uregulować tę kwestię stosownie do okoliczności i własnych interesów (tak I. Skubiszak- Kalinowska Irena [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, komentarz do art. 145, pkt 9, SIP Lex/el. 2020, dostęp 03.08.2020 r., J. Jerzykowski [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 145, pkt 5, WKP 2018, SIP Lex dostęp 03.08.2020 r., podobnie A. Gawrońska-Baran, Ochrona interesu publicznego na tle art. 145 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Kwartalnik PZP 2010, Nr 3, s. 32, SIP Legalis). Co więcej, § 65 wzoru umowy zawiera postanowienia dotyczące rozliczeń stron przy odstąpieniu od umowy, co Zamawiający pominął w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Nie wiadomo, z jakich względów Zamawiający obecnie uważa, że postanowienia, które sam zredagował nie są już odpowiednie. Wreszcie ze złożonych 08.07.2020 wyjaśnień i dowodów wynika, że Konsorcjum nie uzyskałoby żadnych nieuzasadnionych korzyści majątkowych, gdyż cena wynika z otrzymanych ofert, wymagań SIWZ w zakresie realizacji zamówienia, ryzyk i odpowiedzialności związanej z realizacją tej części zamówienia, zobowiązań na rzecz innych podmiotów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten nie wykazał, jakie konkretnie praktyki należy uznać za nieuczciwe na danym rynku, nie wskazał dobrego obyczaju, który miałby zostać naruszony w tym postępowaniu, nie odniósł się do panujących na danym rynku praktyk. Zamawiający nie wskazał również w informacji o odrzuceniu, jak ma się do zarzutu rzekomego manipulowania ceną brak zastrzeżeń co do ceny w zakresie robót budowlanych.

Odwołujący podniósł z ostrożności, że jeżeli jakiegokolwiek elementy wyjaśnień z 08.07.2020 r. budziły wątpliwości Zamawiającego, był on zobowiązany wezwać Konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, w szczególności, że SIWZ nie zawierała żadnych wymagań, wytycznych, obowiązków w zakresie nazewnictwa, zakresu pojęciowego, metodologii, szacowania zakresu, poziomu akceptacji ryzyk, sposobu mitygacji, ograniczeń w zakresie dokonywania wyceny prac, a wykonawcy nie mieli obowiązku (i możliwości) dokonywania wyceny ofertowej stosownie do przepisów, na mocy których Zamawiający szacuje wartość zamówienia.

Ewentualnie, na wypadek gdyby Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego, że uwzględnił i przeanalizował okoliczności przywołane w wyjaśnieniach, a jedynie nie uwzględnił ich w uzasadnieniu odrzucenia, Odwołujący zarzucił, że stanowi to naruszenie przepisów ustawy pzp, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jakiegokolwiek przywoływanie okoliczności niewyartykułowanych wyraźnie

w informacji z 24.07.2020 r. już po odrzuceniu oferty będzie próbą sanowania oczywiście wadliwej czynności Zamawiającego i będzie oznaczać, że Konsorcjum - wbrew art. 92 ust.

1 pkt 3 oraz art. 92 ust. 1 in fine oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp nie zostali poinformowani o powodach zdyskwalifikowania ich oferty, a tym samym Zamawiający, uniemożliwił im pełne

sformułowanie zarzutów odwołania i wniesienie odwołania mogącego skutkować

utrzymaniem oferty w postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie dopełnił obowiązku prowadzenia postępowania w sposób transparentny, przejrzysty i z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp wykonawca podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie, jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (np. KIO 284/20, KIO 716/20). Konieczność zawarcia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, że bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu

oferty. W takiej sytuacji odwołanie winno zostać uwzględnione, zaskarżone czynności Zamawiającego również powinny zostać unieważnione, a on sam zobowiązany do pełnego przedstawienia powodów odrzucenia oferty Konsorcjum

{zarzut dotyczący ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa}

Odwołujący przywołał brzmienie art. 8 ust. 3 pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk i stwierdził, że Konsorcjum przy składaniu wyjaśnień z 08.07.2020 r. wykazało wszystkie przesłanki utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ponieważ wg SIWZ nie było wymagane od wykonawców przedstawienie jakiegokolwiek kosztorysu ofertowego, nie ulega wątpliwości, że w świetle art. 86 ust. 4 pzp jedynie cena za projekt wykonawczy nie mogła być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający wskazał, jakoby nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa te wyjaśnienia, które zawierają jedynie informacje powszechnie dostępne, dotyczące elementów wzoru umowy, odnoszące się do obowiązków nałożonych na wykonawcę, zastrzeżonych kar umownych, charakteru wynagrodzenia, czy też wprost wyrażonych ryzyk obciążających wykonawcę i z tej racji będących oczywistą podstawą do szacowania kosztów projektu, jak też informacji odnoszących się do charakteru budynku.

Według Odwołującego informacje te nie są ani oczywiste, ani powszechnie dostępne, a biorąc pod uwagę zacytowane powyżej stwierdzenie z PFU, skoro każda firma dysponuje swoją (inną) technologią, a nawet innym oprogramowaniem, to logicznie niemożliwe jest, aby metody wyceny były takie same. Ponadto, gdyby kwestie podniesione przez Zamawiającego rzeczywiście były oczywiste, to odwołujący w sprawie KIO 607/20 Anna-Bud z pewnością usiłowałby je zdezwuować w swoim odwołaniu lub podważałby je w toku prawomocnie zakończonej sprawy odwoławczej, a tymczasem rzekomo oczywiste elementy wyceny w zarzutach tamtego odwołania nie zostały nawet podniesione. Co więcej, gdyby te zagadnienia były oczywiste, sam Zamawiający odniósłby się do nich w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że ma prawo przypuszczać, że ten krok Zamawiającego w postępowaniu zmierza do tego, aby konkurenci Konsorcjum jako przystępujący przejęli ciężar argumentacji odnośnie wyceniania prac projektowych. Jednakże skoro każda firma dysponuje swoją (inną) technologią, to inaczej przykładą metodę wyceny do poszczególnych obowiązków umownych czy charakterystyki obiektu. Co więcej, różni wykonawcy mogą w sposób różny podchodzić np. to ryzyka kontraktowego.

Według Odwołującego stanowisko Zamawiającego stoi też w sprzeczności z jasnym brzmieniem art. 11 ust. 2 uznk. W literaturze przedmiotu wskazuje się przy tym, że wskutek zmiany ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sposób jednoznaczny za tajemnicę przedsiębiorstwa będzie można uznać informacje, które zostaną dobrane i zestawione przez wykonawcę na potrzeby konkretnego projektu, nawet pomimo wcześniejszego upublicznienia poszczególnych elementów składających się na zindywidualizowany zbiór informacji (zob. I. Skubiszak-Kalinowska Irena [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, komentarz do art. 8, pkt 5, SIP Lex/el. 2020, SIP Lex, dostęp 03.08.2020).

To, jak Konsorcjum utworzone przez osoby fizyczne realizuje wycenę elementów kontraktów, ma dla jego uczestników szczególne znaczenie przy podejmowaniu prób rywalizacji w zamówieniach powyżej progów unijnych z podmiotami o takich obrotach i strukturze, jak Budimex, Erbud, czy Anna-Bud.

Zdaniem Odwołującego zasada proporcjonalności wymaga uwzględnienia, że Konsorcjum zostało utworzone przez małych i średnich przedsiębiorców (indywidualnych przedsiębiorców), którzy zmuszeni są konkurować w postępowaniu z potencjalnymi potentatami krajowego lub regionalnego rynku budowlanego. Ujawnienie danych,

pozwalających indywidualnym przedsiębiorstwom skutecznie rywalizować na rynku będzie kolidowało z nakazem wyrównywania szans MŚP w ubieganiu się o pozyskiwanie zamówień. Liczba ofert złożonych w tym postępowaniu znacznie przekracza uśrednioną liczbę ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia w Polsce, co obrazuje, na jak konkurencyjnym rynku konsorcjum zmuszone jest funkcjonować.

Odwołujący podsumował, że z tych względów, a także z uwagi na okoliczności i dowody wykazane wraz z wyjaśnieniami z 08.07.2020 r. informacje zastrzeżone przez Konsorcjum nie powinny podlegać ujawnieniu, gdyż w przeciwnym razie nastąpi wyrządzenie szkody jego uczestnikom konsorcjum oraz może zostać utrudnione im rywalizowanie w innych zamówieniach.

W odpowiedzi na odwołanie z 2 września 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1.listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego miał prawo do zmiany swojego stanowiska w zakresie wniosków wynikających z oceny oferty Odwołującego pod kątem przesłanki jej odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w sytuacji ponownej oceny ofert dokonanej z uwagi na unieważnienie

wyboru oferty najkorzystniejszej w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 czerwca 2020 r. sygn. akt 607/20.

Zamawiający zauważył, że w uzasadnieniu tego orzeczenia Izba pochyliła się nad zarzutem podstawowym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp (str. 66-70), uznając go za wykazany, natomiast w całym uzasadnieniu brak jest jakiegokolwiek wzmianki o rozpatrzeniu zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 pzp, co jest prawidłowe w takim układzie zależności pomiędzy tymi zarzutami.

Zamawiający zwrócił również uwagę na brzmienie podsumowania uzasadnienia (str. 82): W tym stanie rzeczy na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba orzekła jak

w sentencji wyroku, ponieważ naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (...)

Zdaniem Zamawiającego powyższe prowadzi do wniosku, że uwzględnienie odwołania nastąpiło w zakresie zarzutu podstawowego (zaniechania odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp), a zarzut ewentualny (polegający wyłącznie na zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wysokości wynagrodzenia za prace projektowe - tj. naruszenie art. 87 ust. 1 pzp) nie został w takim stanie rzeczy przez Izbę rozpatrzony.

Istotne jest przy tym, że Izba uwzględniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie nakazała Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum, ale - jak to wprost wynika zarówno z sentencji, jak i z podsumowania uzasadnienia wyroku - ograniczyła się do: (1) stwierdzenia „wykazania” naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp (tj. uznania, że złożona przez Konsorcjum oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji); (2) nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny za opracowanie projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych.

Zdaniem Zamawiającego gdyby Izba uznała jako podstawowy (odpowiadający wadliwej czynności Zamawiającego) uznała zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny za roboty projektowe, nie dokonałaby oceny oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż w takim stanie rzeczy ustalony w sprawie stan faktyczny uznałaby za niepełny i wymagający uzupełnienia. Skoro jednak Izba uznała za wykazane naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, musiała uznać ustalony stan faktyczny za wystarczający do uznania, że złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Orzeczenia Izby nie sposób zaś interpretować inaczej niż jako nałożenie na Zamawiającego obowiązku uznania oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji jej odrzucenia i wykluczenia Wykonawcy, chyba że na skutek złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień Zamawiający uzna, że wygórowana cena robót projektowych jest obiektywnie uzasadniona, co wykluczałoby uznanie takiego sposobu wyceny za czyn nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, według Zamawiającego w istocie powagą rzeczy osądzonej zostało objęte rozstrzygnięcie w zakresie uznania w okolicznościach faktycznych i prawnych objętych sprawą KIO 607/20, że oferta Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako taka powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Jednakże wobec faktu, że Izba zdecydowała się nie nakazywać odrzucenia tej oferty, a jedynie nakazała wezwać do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, taka konstrukcja rozstrzygnięcia oznacza, że ostateczną decyzję co do odrzucenia oferty Konsorcjum Izba pozostawiła Zamawiającemu. O ile zaś wyjaśnienia Konsorcjum nie dostarczyłyby nowych argumentów, bądź argumenty okazałyby się nieprzekonywujące, o tyle Zamawiający, związany treścią prawomocnego wyroku Izby, zobowiązany byłby do odrzucenia oferty Konsorcjum, co ostatecznie miało miejsce.

Zamawiający podkreślił, że ponieważ wyjaśnienia w całości zostały zastrzeżone przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo odtajnienia ich w części, ograniczeniu uległ wynikający z art. 92 ust. 1 pzp obowiązek informacyjny w zakresie podania powodów

odrzućcenia oferty, co z kolei skutecznie uniemożliwiło mu polemikę z argumentami wynikającymi z treści tych wyjaśnień.

{ad pkt 2., 4. i 5. listy zarzutów}

{1.}

Zdaniem Zamawiającego bezzasadne, gdyż nieuzasadnione logicznie, a tym bardziej nieudowodnione, jest stanowisko Odwołującego, jakoby wycena dokumentacji projektowej (ale już nie robót budowlanych) miałyby wykazywać zależność odwrotnie proporcjonalną do wielkości (potencjału i formy prawnej) wykonawcy - im mniejszy, słabszy podmiot, tym wyższa cena za wykonanie projektu. Zamawiający zwrócił uwagę, że to właśnie Konsorcjum - składające się z trzech prowadzących działalność gospodarczą osób fizycznych - podało najniższą cenę za wykonanie robót budowlanych, kalkulując ją w oparciu o uwarunkowania, które w większości są wspólne, zarówno dla prac budowlanych, jak i dla prac projektowych, gdyż wynikają z tych samych postanowień wzoru umowy.

{2.}

Zamawiający podkreślił, że zacytowane w odwołaniu stwierdzenie z PFU odnosi się generalnie do robót budowlanych związanych ze wzmocnieniem gruntu oraz palowaniem i różnic związanych z zastosowaniem wybranej technologii, nie zaś do różnic w zakresie wyceny projektowania. Zatem różne metody wykonawcze i związane z tym różnice cenowe w zakresie wyceny tego wykonawstwa nie powinny wpłynąć na wycenę samego projektu w ten sposób, by wycena ta w sposób tak rażąco odbiegała od poziomu cen rynkowych.

Zdaniem Zamawiającego prace projektowe z reguły obejmują podobne czynności co do ich pracochłonności, niezależnie do przyjętej technologii. Faktem notoryjnym jest, że w pracach projektowych ich wartość głównie zależy od nakładu pracy ludzkiej, a ten wprost przekłada się na czas realizacji zadań.

{3.}

Zamawiający zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu odrzucenia wyraźnie stwierdził, że punktem odniesienia dla ustalenia cen rynkowych jest poziom cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu. Tego rodzaju próbka, oparta na dziewięciu ofertach, pozwala z dużą dozą pewności ustalić poziom cen rynkowych, zwłaszcza że oferty te zostały złożone w ramach konkretnego, zindywidualizowanego zamówienia i uwzględniają wszelkie czynniki kosztotwórcze wskazane w SIWZ, jednakowe dla wszystkich wykonawców.

Na tej podstawie Zamawiający dokonał oszacowania średniej ceny rynkowej, która przy uwzględnieniu wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wynosi 325.678,38 zł, zaś dla ośmiu ofert, bez uwzględnienia oferty Konsorcjum, wynosi już tylko 116.388,18 zł. Oznacza to, że cena oferty Konsorcjum w zakresie wykonania projektu wykonawczego jest ponad 17 razy większa od średniej ceny wyliczonej z pozostałych ofert, co udowadnia twierdzenie, że rażąco odbiega ona od realiów rynkowych.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego - odnosząca się do istnienia rzekomo różnic w stosowanych metodach wyceny usług projektowych pomiędzy spółkami kapitałowymi o dużych przychodach a mniejszymi przedsiębiorcami i wynikających z tego zależności wpływających na wysokość oszacowania - jako nieoparta dowodami nie jest przekonywująca.

{4.}

Zamawiający podniósł, że obydwa opracowania, które porównał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, dotyczą tego samego zamierzenia budowlanego, realizowanego w tych samych warunkach miejscowych. Przy czym istotą przyjętej do porównania dokumentacji pełnobrańowej jest to, że obejmuje ona pełen zakres badań geologicznych, archeologicznych i konserwatorskich, dokonanie pełnobrańowych uzgodnień z dostawcami mediów, całościowy projekt adaptacji dwóch istniejących budynków wraz z wzmocnieniem ścian fundamentowych, projekt nowego łącznika pomiędzy dwoma historycznymi budynkami, projekt technologii teatralnej oraz projektu instalacji elektrycznej, kanalizacyjnej, c.o. , C.W.U, teleinformatycznej, a także projekt zagospodarowania terenu. Z kolei oferowane w tym postępowaniu opracowanie stanowi jedynie uszczegółowienie niewielkiego wycinka tak opisanego opracowania, w postaci ustalenia technologii wzmocnienia części fundamentów jednego z historycznych budynków. Stosując zasady doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, wynagrodzenie za wykonanie tak skomplikowanej wielobranżowej dokumentacji powinno być wielokrotnie wyższe niż za wykonanie fragmentarycznego (choć istotnego) opracowania oferowanego przez Konsorcjum.

Innymi słowy cena za wykonanie wyłącznie projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych, mającego stanowić jedynie uszczegółowienie dokumentacji pełnobrańzowej, nie może stanowić 355% jej wartości. Bez znaczenia przy tym jest niewielka inflacja, wzrost stawki wynagrodzenia minimalnego za pracę etc., jako że nie mogą one, wzięwszy pod uwagę wnioski płynące z zasad logicznego myślenia i doświadczenia życiowego, stanowić o tak olbrzymiej różnicy wynagrodzenia.

Zamawiający wyjaśnił, że cena pierwotna (999.999,00 zł) wynikała z przeprowadzonych z wykonawcą negocjacji z wolnej ręki (w tym przypadku będącego wynikiem przeprowadzonego konkursu), który to tryb, jako z zasady niekonkurencyjny, nie może być właściwym probierzem pozwalającym w sposób właściwy ustalić poziom ceny rynkowej. W trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia Zamawiający odstąpił od umowy z winy wykonawcy, a następnie przeprowadził w latach 2016-2017 postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy nowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej i zawarł umowę z wynagrodzeniem w kwocie 563.340,00 zł, do którego Zamawiający odniósł się w informacji o odrzuceniu oferty.

Zamawiający dodał, że w tamtym postępowaniu złożono 9 ofert, wśród których najniższa cena wyniosła 359.775 zł, a najwyższa 998.675,35 zł, zaś wyliczona średnia arytmetyczna stanowiła kwotę 637.001,17 zł. Taki stan faktyczny potwierdza, że porównanie ceny pełnobrańzowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej, będącej podstawą do sporządzenia projektu wykonawczego w niniejszym postępowaniu, do ceny Konsorcjum za ten projekt, jest jak najbardziej zasadne.

Zamawiający zauważył, że nawet gdyby uznać cenę 999.999,00 zł za adekwatną za zaprojektowanie całości zamierzenia, projekt wykonawczy wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych, mający stanowić uszczegółowienie niewielkiego fragmentu całego opracowania, nie powinien, co wynika z zasad logicznego rozumowania, być dwukrotnie droższy.

{5.}

Zamawiający oświadczył, że odrzucenie oferty zostało poprzedzone rozpatrzeniem złożonych przez nie wyjaśnień, które w ocenie Zamawiającego nie potwierdziły, że określona przez Konsorcjum za projekt wykonawczy cena jest rzetelna i oparta na realiach rynkowych. Skutkiem takiej oceny było odrzucenie oferty Konsorcjum przez Zamawiającego, który w tym stanie rzeczy pozostawał związany prawomocnym wyrokiem Izby w zakresie uznania oferty z taką ceną za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia stwierdził, że nie ma podstaw, aby kwestionować fakt oparcia kalkulacji cenowej Konsorcjum na złożonych w ramach wyjaśnień ofertach

pracowni projektowych. Uwzględniając jednak poziom cen rynkowych za tego typu usługi projektowe, wynikający ze średniej arytmetycznej cen zaoferowanych przez innych wykonawców w niniejszym postępowaniu, ceny te odbiegają od poziomu rynkowego w sposób równie rażąco, jak cena wynikająca z oferty Konsorcjum.

Reasumując, Zamawiający doszedł do przekonania, że wnioski wynikające ze złożonych wyjaśnień nie dostarczyły argumentów innych niż te, na których oparła się Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 607/20, wyrokując w tych okolicznościach o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, a zatem uznając ofertę za czyn nieuczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy Zamawiający zmuszony był ofertę Odwołującego odrzucić.

Zamawiający podniósł, że gdyby okoliczności objęte hipotezą art. 145 ustawy pzp wystąpiłyby po wykonaniu przez Konsorcjum tylko prac projektowych, zmuszony byłby zapłacić za nie kwotę nieadekwatną (znacząco wygórowaną) w stosunku do wartości rynkowej tych opracowań projektowych, a tym samym doznałby szkody majątkowej, gdyż nie są wtedy naliczane kary umowne, które taką szkodę mogłyby rekompensować, jak w hipotetycznym przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego odstąpienie przez niego od umowy w trybie art. 145 pzp jest w realiach panującej obecnie pandemii koronowirusa musi być traktowana jako zdecydowanie bardziej prawdopodobna niż jeszcze kilka miesięcy temu, gdy pierwotnie Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą. .

Dla Zamawiającego niezrozumiałe są uwagi Odwołującego odnoszące się do postanowień wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ), gdyż żadne z tych postanowień nie ma wpływu na okoliczność, że w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy ze względu na okoliczności przewidziane w art. 145 ustawy pzp,

Konsorcjum, jeżeli do tego czasu wykona projekt wykonawczy, otrzyma 2 mln zł, która to kwota, jako nierynkowa, będzie stanowiła źródło nieuzasadnionej korzyści majątkowej, a przy tym naruszy interes Zamawiającego i innych wykonawców.

Zamawiający zwrócił uwagę, że żadne z biur projektowych wymienionych w wyjaśnieniach Konsorcjum nie zostało przez nie wskazane w treści oferty jako podwykonawca, choć takiego wskazania Zamawiający żądał (por. rozdz. IV pkt 2 SIWZ). Nie można mieć zatem pewności, że którakolwiek z tych pracowni będzie istotnie realizowała opracowanie projektowe ani za jaką kwotę. Nie można również wykluczyć, iż ostatecznie przedmiotowy projekt wykonałby zupełnie inny podmiot za kwotę wielokrotnie mniejszą od wskazanej przez Konsorcjum, co oznaczałoby, że powstała różnica stanowiłaby źródło nieuzasadnionego zysku dla Odwołującego, co z kolei należy ocenić jako praktykę niezgodną z zasadami rzetelności i uczciwości kupieckiej, a w szczególności niedopuszczalną w sytuacji wykorzystania przymusowego położenia kontrahenta który w wypadku odstąpienia od umowy z przyczyn określonych w art. 145 pzp zmuszony byłby do zapłaty niezwykle wygórowanego wynagrodzenia za roboty projektowe, nieadekwatnego do uzyskanych korzyści.

{7.}

Według Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał jednoznacznie, że za praktykę nieuczciwą uznaje zaoferowanie wykonania projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu i wykonania pali fundamentowych za cenę 2 mln zł, która to cena w sposób rażący odbiega wysokością od wysokości cen rynkowych (poziom cen rynkowych Zamawiający ustalił m.in. w oparciu o ceny zaoferowane przez pozostałych ośmiu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu), jak i znacznie odbiega od ceny, jaką Zamawiający zapłacił, za znacznie obszerniejszy tematycznie, wielobranżowy projekt adaptacji budynków przy ul. Zamkowej 1, pod potrzeby Teatru Lalki i Aktora „Kubuś”, którego rozpatrywany projekt wykonawczy ma stanowić jedynie niewielką część.

Zamawiający zauważył, że jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza

w przywoływanym również w ramach tego uzasadnienia wyroku z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17: „Dobre obyczaje” to normy postępowania nie będące normami

prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak „zasady współzycia

społecznego” (...) oraz „ustalone zwyczaje” (zob. art. 56, 65, 69 i 354 (...) Kodeksu cywilnego), których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W innym fragmencie tego samego orzeczenia Izba stwierdza: Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępowaniem, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych.

Zamawiający dodał, że w innym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza: Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna (sygn. akt KIO 1277/16).

Jednak zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, jak i w doktrynie utrwalone zostało stanowisko, zgodnie z którym manipulowanie ceną ofertową, poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i może stanowić przeto czyn nieuczciwej konkurencji. W cytowanym już wyżej wyroku KIO 473/17, zapadłym na podstawie stanu faktycznego podobnego do występującego w przedmiotowym postępowaniu, Izba dopatrzyła się manipulowania ceną nawet w sytuacji, gdy nie dało się stwierdzić (jak to ma też miejsce w niniejszej sprawie) zaniżenia jednej z cen ofertowych i odpowiadającemu temu zawyżeniu innej z cen. W wyroku tym Izba stwierdziła,

że przejawem manipulacji ceną jest: wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar (wyeliminowania konkurencji przyp. Zamawiającego) - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.

{ad zarzutu dotyczącego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa}

{1.}

W ocenie Zamawiającego Odwołującemu nie przysługuje odwołanie na odtajnienia przez Zamawiającego części informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum z 8 lipca 2020 r. w sytuacji, gdy postępowanie zostało unieważnione, gdyż z art. 96 ust. 3 pzp wynika, że załączniki do protokołu (czyli również takie wyjaśnienia) udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Ujawnienie innym wykonawcom (a więc osobom, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji) treści wyjaśnień w zakresie odtajnionym skutkować będzie nieodwracalną utratą statusu tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i z tej racji informacji takiej nie będzie przysługiwać ochrona, a ponadto ochrony tej nie sposób przywrócić. Zamawiający podkreślił, że wniesienie odwołania nie wyłącza obowiązywania art. 96 ust. 3 pzp, czy też § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

{2.}

W drugiej kolejności Zamawiający podniósł, że w świetle art. 179 ust. 1 pzp Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób ewentualne naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk, polegające na ujawnieniu konkretnych informacji, może doprowadzić do wyrządzenia szkody w postaci nieuzyskania potencjalnych zamówień w innych podobnych postępowaniach, zwłaszcza że wzorowanie się na metodologii wyceny Konsorcjum przez innych wykonawców mogłoby prowadzić do wycen na poziomie znacznie wyższym od poziomu cen rynkowych, co niewątpliwie poważnie zmniejszałoby szanse tych wykonawców na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odtajnił jedynie część zastrzeżonych informacji, dotyczących kwestii na tyle oczywistych, że nie sposób ich uznać za informacje posiadające wartość gospodarczą, czy też w szczególności stanowiące informacje techniczne, technologiczne czy też organizacyjne przedsiębiorstwa, które w myśl art. 11 ust. 2 uznk mogłyby być chronione. Informacje sprowadzające się do deklaracji Odwołującego, że uważnie przeczytał wzór umowy, a także pytania wykonawców do SIWZ i odpowiedzi Zamawiającego, oraz wziął pod uwagę ich treść dokonując wyceny prac projektowych, nie mogą mieć przedmiotu informacji posiadającej wartość gospodarczą. Podobnie jak deklarowanie przez Odwołującego, że dokonując wyceny uwzględnił: charakterystykę obiektu, rodzaj wynagrodzenia, kary umowne, rękojmię, wynikający wprost z postanowień wzoru umowy obowiązek przeniesienia autorskich praw majątkowych do projektu, czy też konieczność zapewnienia nadzoru archeologicznego.

Według Zamawiającego szczególnie jaskrawym przykładem nieprawidłowego objęcia przez Konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa informacji nie posiadającej takiego charakteru, jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na zadane w wezwaniu pytanie, czy cena za projekt nie zawiera żadnych innych kosztów jak tylko te, które związane są z pracami projektowymi, gdyż w żadnej mierze nie może być uznane za informację o charakterze poufnym i podlegającym ochronie.

{3.}

Zamawiający powtórzył, że zawarte w PFU stwierdzenie o różnicach w zakresie stosowanej przez firmy specjalistyczne technologiiach wykonywania prac, generalnie dotyczy

różnic w wykonywaniu prac budowlanych przez różne podmioty, dysponujące różną technologią i parkiem maszynowym. Różnice te powodują, że trudno w tych warunkach o projekt uwzględniający wszystkie te odmienności i z tych powodów Zamawiający zdecydował o zleceniu tej części projektu wykonawcy robót budowlanych.

Nie oznacza to jednak, jak twierdzi Odwołujący, że metody wyceny tych prac projektowych przez różnych wykonawców są z gruntu odmienne i przez to kwalifikujące się do ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa, zwłaszcza że, co podnoszono wyżej, ujawniony przez Zamawiającego w części sposób wyceny Odwołującego, oparty był na zapisach SIWZ, a zatem musiał być oczywisty i wspólny dla wszystkich wykonawców.

{4.}

Zamawiający zwrócił uwagę, że chodzi o wyjaśnienia Konsorcjum, które otrzymał już

po uprawomocnieniu się wyroku w sprawie KIO 607/20, a zatem z oczywistych względów nie mogły być one przedmiotem zarzutów odwołania w tamtej sprawie.

{5.}

Zamawiający ocenił, że tak jak w odwołaniu pojmowana zasada proporcjonalności mogłaby stać w sprzeczności z inną naczelną zasadą zamówień publicznych - zasadą równego traktowania wykonawców. Jak stwierdził W. Dzierżanowski w publikacji pt. „Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych” [opubl.]: Zasada ustawowa (równego traktowania wykonawców) nie zostanie jednak naruszona, gdy zamawiający ustalą w postępowaniu o udzielenie zamówienia takie reguły przetargowe, które będąc równe dla wszystkich, uwzględnią możliwości mniejszych przedsiębiorstw, wyrównując ich szanse w konkurencji o zamówienie publiczne.

Zdaniem Zamawiającego sytuacją małych i średnich przedsiębiorstw nie można uzasadniać innego podejścia do możliwości utajniania informacji, które nie spełniają ku temu przesłanek ustawowych. Reguły w tym zakresie muszą być równe dla wszystkich. Uwzględnienie sytuacji małych i średnich przedsiębiorstw to postulat w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, wysokości wadium, itp. w taki sposób, by nie utrudniać małym wykonawcom dostępu do rynku. Ocena spełniania tych warunków, przyznana punktacja, czy też ocena prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, muszą pozostać obiektywne i nie mogą żadnej specyfiki uwzględniać, zwłaszcza w sytuacji, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia o takiej odmienności oceny w stosunku do firm sektora MŚP milczy.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie (w graniach zarzutów zawartych w odwołaniu), odpowiedzi na odwołanie i dalszym piśmie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1.- 6. listy zarzutów}

Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty wymienione na wstępie odwołania, a następnie doprecyzowane w jego uzasadnieniu, nadają się do wspólnego rozpoznania.

Przed wszystkim pomimo próby postawienia zarzutu naruszenia powagi rzeczy osądzonej, Odwołującemu nie udało się wskazać żadnego konkretnego przepisu ustawy pzp, który w związku opisanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi miałby naruszyć Zamawiającego. W szczególności spośród wymienionych w podsumowaniu uzasadnienia zarzutu zestawienie przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 uzwk w zw. z art. 198a ust. 1 pzp, art. 185 ust. 7 pzp w zw. z art. 363 § 1 kpc, art. 365 kpc, art. 366 kpc w zw. § 36

regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań w zw. z art. 198 pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp) hipoteza żadnego z nich rozpatrywanego z osobna ani łącznie nie dotyczy zachowania zamawiającego, który jako strona postępowania odwoławczego narusza powagę rzeczy osądzonej wynikającą z prawomocnego wyroku Izby. Wynika to z tego, że wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, ustawa pzp nie tworzy żadnych przeszkód prawnych, aby przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu zamawiający diametralnie zmienił stanowisko w stosunku do tego, które prezentował w toku sprawy zakończony wyrokiem uchylającym jego czynność i nakazującym jej powtórzenie. Naczelnym celem ustawy pzp, co wynika m.in. a contrario z art. 7 ust. 3 pzp, aby wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w zgodzie z jej przepisami.

Niezależnie od powyższego w opisanych zarówno w odwołaniu (i dalszym piśmie Odwołującego), jak i odpowiedzi na odwołanie (i dalszym piśmie Zamawiającego) okolicznościach faktycznych nie ma żadnych podstaw prawnych, aby przyjąć, że rezultat powtórnego przez Zamawiającego badania oferty Konsorcjum jest w jakikolwiek sposób objęty prawomocnością wyroku wydanego w poprzedniej sprawie odwoławczej pomiędzy tymi samymi uczestnikami sporu. Z istoty rzeczy w takim przypadku, jak w tamtej sprawie, kiedy Izba nakazuje wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, obiektywnie nie sposób antycypować wyniku tej czynności, gdyż w przeciwnym razie zbędne byłoby jej przeprowadzanie. Właśnie dlatego ani Odwołującemu, ani Zamawiającemu, pomimo obszerności rozważań, nie udało się przeprowadzić klarownego i spójnego logicznego wyводу wykazującego trafność przyjętej przez każdego z nich odmienne koncepcji co do tego, co obejmuje prawomocność wyroku Izby w sprawie KIO 607/20.

Ponadto - jak trafnie podniósł to Przystępujący na rozprawie - Konsorcjum w obecnie złożonym odwołaniu przechodzi do porządku nad tym, że w poprzedniej sprawie jako przystępujący wraz z Zamawiającym przegrali spór, gdyż - jak wynika z sentencji orzeczenia - odwołanie zostało uwzględnione (z uzasadnienia orzeczenia wynika, że oddalenie w pozostałym zakresie wiąże się zarzutami nie dotyczącymi oferty Konsorcjum jako czynu

nieuczciwej konkurencji). W konsekwencji to Konsorcjum miało powód, aby wnieść skargę na niekorzystny dla niego wyrok, który wbrew jego stanowisku procesowym uchylał wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i pozostawiał otwartą kwestię wynik powtórzonych czynności.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp oraz zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp są w ocenie Izby tak ściśle powiązane z okolicznościami dotyczącymi zasadniczego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) {dalej również: „uznk”}, że należy je rozpoznać łącznie z tym zarzutem.

Wreszcie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp ma charakter wynikowy tzn. jego zasadność lub nie jest wyłącznie konsekwencją rozstrzygnięcia zarzutu zasadniczego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie ze skróconym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} jest nim:

-(.) wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na adaptacji budynków Zespołu powięziennego przy ul. Zamkowej 1 w Kielcach pod potrzeby Teatru Lalki i Aktora

„Kubuś”, obejmujących w szczególności przebudowę istniejących budynków Zespołu powięziennego, z zapewnieniem obsługi geodezyjnej, geologicznej, nadzoru i badań

archeologicznych w zakresie wskazanym przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, nadzoru i badań konstrukcyjnych, polegającą między innymi na: wykonaniu niezbędnych rozbiórek budynków, wzmocnienia gruntu, wykonaniu pali pod częścią budynków, dostosowaniu obiektu do potrzeb osób niepełnosprawnych, zmianie funkcji pomieszczeń pod

potrzeby Teatru Lalki i Aktora „Kubuś”, wyposażeniu w aparaturę i urządzenia technologiczne

ujęte w dokumentacji projektowej, wykonaniu przyłączy: wody, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, wykonaniu wewnętrznych instalacji: wod.-kan., c.w.u., p.poż., CO i kotłowni,

wentylacji, klimatyzacji, gazu, instalacji elektrycznych, wykonaniu kompletnej infrastruktury

technicznej niezbędnej do funkcjonowania teatru, oraz zagospodarowaniu terenu wokół

budynku polegającego m.in. na rozbiórce istniejącej stacji transformatorowej oraz budowie nowej stacji transformatorowej, budowie dojazdu do kieszeni scenicznej teatru, budowie murków oporowych, odtworzeniu nawierzchni i modernizacji ogrodzenia [pkt 1.]

- Ponadto, w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy dotyczący wykonania wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali, Wykonawca w ramach umowy opracuje i przedłoży do akceptacji projekt wykonawczy dla ww. robót, a po jego akceptacji przez autora projektu podstawowego branży konstrukcyjnej i Zamawiającego wykona stosowne wzmocnienia ścian (palowanie fundamentów) [pkt 2.].

Z kolei według brzmienia postanowienia zawartego w pkt 1. rozdziału XVIII specyfikacji opisującego sposób obliczenia ceny: Wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Cena oferty jest łączną ceną brutto (wraz z podatkiem VAT) za wszystkie elementy składowe zamówienia. Wykonawca w formularzu oferty określi cenę brutto (łącznie z podatkiem VAT) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia wraz z jej podziałem na poszczególne części składowe zamówienia, tj.:

1) cenę za wykonanie robót budowlano-montażowych związanych z adaptacją budynków Zespołu Powięziennego przy ul. Zamkowej 1 w Kielcach do potrzeb Teatru Lalki i Aktora „Kubuś” - określonych w § ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ,

2) cenę za opracowanie projektu wykonawczego wykonania wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych, o którym mowa w § ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ.

Reasumując, choć na potrzeby oceny w ramach kryteriów oceny ofert znaczenie miała wyłącznie łączna cena oferty, w formularzu oferty należało również wyszczególnić odrębnie składające się na nią dwie ceny ryczałtowe: za wykonanie robót budowlanych oraz za wykonanie dokumentacji projektowej, które stanowią odrębne wynagrodzenia ryczałtowe na etapie realizacji umowy, przy czym kolejność jest taka, że w pierwszej kolejności należy wykonać projekt wykonawczy, o którym w § ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy, a dopiero następnie będą wykonywane właściwe roboty budowlane, o których mowa w § ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy.

Z informacji podanych podczas otwarcia ofert (kol. 1-5) poniżej wynikają następujące zależności cenowo-procentowe pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu:

1	2	3	4	5	6	8	7	9
Nr oferty	Wykonawca (skrótowa firma, siedziba)	Cena oferty (CO) [zł]	Cena za roboty budowlane (CRB) [zł]	Cena za projekt wykonawczy (CPW) [zł]	udział CPW w CO [%]	stosunek CPW do CO [%]	stosunek danej CRB do najniższej CRB [%]	stosunek danej CPW do najniższej CPW [%]
1.	„ZURP” S.A. Małogoszcz	34 598 670,00	34 500 270,00	98 400,00	0,28	0,29	111,69	4,92
2.	Budimex S.A. Warszawa	43 246 800,00	43 209 234,57	37 565,43	0,09	0,09	139,88	1,88
3.	Erbud S.A. Warszawa	36 651 540,00	36 600 000,00	51 540,00	0,14	0,14	118,48	2,58
4.	Anna-Bud sp. z o.o. Warszawa	33 870 000,00	33 710 000,00	160 000,00	0,47	0,47	109,13	8,00
5.	Kartel S.A. Jędrzejów	35 885 000,00	35 835 000,00	50 000,00	0,14	0,14	116,01	2,50
6.	Komplexbud sp. z o.o. sp. k.	36 378 787,50	36 302 787,50	76 000,00	0,21	0,21	117,52	3,80
Kielce								
7.	Odwolujący	32 890 000,00	30 890 000,00	2 000 000,00	6,08	6,47	100,00	100,00
MTM Budownictwo sp. z o.o. Tarnów								
8.		36 660 600,00	36 353 000,00	307 600,00	0,84	0,85	117,69	15,38

	Wodpol sp. z o.o.						
	Żywiec, FBO						
9.	Śląsk sp. z o.o. Sosnowiec	36 430 000,00	36 280 000,00	150 000,00	0,41	0,41	117,45 7,50

W wykonaniu wyroku z 22 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 607/20, w którym Izba nakazała w trybie art. 87 ust. 1 pzp wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny za opracowanie projektu wykonawczego wykonania wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych {dalej za w skrócie: „Projekt” lub „projekt wykonawczy”}, pismem z 8 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał takiego wezwania, precyzując, że wyjaśnienia powinny w szczególności pozwalać na ustalenie:

- 1) na jakiej podstawie skalkulowano cenę za wykonanie Projektu, podaną w ofercie z dnia 13.01.2020 r.;
- 2) jakie koszty prac projektowych uwzględniono w zaoferowanej cenie za wykonanie Projektu, z ich wyszczególnieniem oraz kalkulacją;
- 3) czy, a jeżeli tak, to jakie inne koszty, niż wskazane w pkt 2, uwzględniono w cenie za wykonanie Projektu, z ich wyszczególnieniem oraz kalkulacją;
- 4) jaka wysokość zysku została uwzględniona w cenie za wykonanie Projektu.

Dodatkowo Zamawiający wymagał, aby wyjaśnienia, były rzetelne, spójne kompleksowe i, gdzie to możliwe, poparte dowodami.

Wyjaśnienia Konsorcjum objęte pismem z 8 lipca 2020 r. sprowadzają się zasadniczo do przywołania licznych postanowień wzoru umowy dotyczących zobowiązań wykonawcy zamówienia oraz wyszczególnienia kilkunastu kategorii czynności, które według Konsorcjum składają się na wykonanie projektu wykonawczego. Natomiast wyjaśnienia te nie zawierają - ani w aspekcie pkt 2, ani w aspekcie pkt 3 wezwania - żadnej kalkulacji kosztów, która wykazywałaby, jakie konkretnie koszty powiązane są z poszczególnymi odpowiednio postanowieniami wzoru umowy czy czynnościami wyszczególnionymi dla wykonania projektu wykonawczego.

Ponadto w treści wyjaśnień odwołano się do załączonych trzech ofert z biur projektowych (opiewających na kwoty w przedziale od niespełna 1,6 mln zł do 1,85 mln zł), które w mniejszym lub większym stopniu wskazują na okoliczności opisane w wyjaśnieniach, również bez przedstawienia kalkulacji kosztów poszczególnych czynności, które miałyby się składać na wykonanie projektu według wymagań s.i.w.z.

Pomimo opatrzenia tych ofert datami sprzed upływu terminu składania ofert

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w ocenie Izby powołanie się na nie jest wiarygodne z uwagi na to, że w treści oferty Konsorcjum nie wskazało tego zakresu jako przewidywanego do zlecenia podwykonawcom, a jako przystępujący w poprzedniej sprawie odwoławczej wręcz podkreślało, że wskazana przez Konsorcjum w złożonej ofercie ryczałtowa cena brutto za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy, w wysokości 2.000.000,00 zł. została sporządzona w oparciu o własną kalkulację Konsorcjum, z uwzględnieniem ryzyka związanego z określeniem wysokości wynagrodzenia ryczałtowego, przy uwzględnieniu, że wysokość rzeczowej kwoty wpływa wyłącznie pośrednio na atrakcyjność złożonej oferty, jako element współkształtujący cenę oferty (cytat z uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 607/20, przedostatni akapit na str. 46).

W konsekwencji Izba uznała również za niewiarygodne złożone na rozprawie pisma tych samych biur projektowych, w których podtrzymały one owe oferty rzekomo złożone Konsorcjum, uznając je za przygotowane wyłącznie w związku ze zmienioną na potrzeby tego postępowania odwoławczego argumentacją Konsorcjum.

Reasumując, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie pozwalały Zamawiającemu na zweryfikowanie, że cena za projekt wykonawczy w wysokości 2 mln zł została rzetelnie skalkulowana w oparciu o koszty czynności wynikających z s.i.w.z. i przewidywanych do wykonania przez Wykonawcę.

Przekazana Konsorcjum informacja z 24 lipca 2020 r. o odrzuceniu oferty zawiera podanie podstawy prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art 3 uznk) oraz okoliczności faktycznych, które wskazywały na wypełnienie się hipotezy normy wynikającej z art. 3 uznk, choć bez odwoływania się do treści powyższych wyjaśnień.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się uchylenia dokonanego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp odrzucenia jego oferty, które zostało również prawidłowo uzasadnione w aspekcie faktycznym i prawnym.

Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17: „Dobre obyczaje” to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak „zasady współżycia społecznego” (...) oraz „ustalone zwyczaje” (zob. art. 56, 65, 69 i 354 (...) Kodeksu cywilnego), których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. (...) Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępowaniem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się

w praktyce zamówień publicznych.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 28 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1277/16 trafnie Izba dodała: Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie

lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg

procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna.

Jednak - co trafnie wywiódł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - za utrwalone, zarówno w orzecznictwie Izby, sądów powszechnych, jak i w doktrynie, należy uznać stanowisko, zgodnie z którym manipulowanie ceną ofertową poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i przeto stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. W cytowanym już wyżej wyroku w sprawie KIO 473/17, Izba dopatrzyła się manipulowania ceną nawet w sytuacji, gdy nie dało się stwierdzić (jak to ma też miejsce w niniejszej sprawie) zaniżenia jednej z cen ofertowych i odpowiadającemu temu zawyżeniu innej z cen. W wyroku tym Izba stwierdziła, że przejawem manipulacji ceną jest: wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar {czyli wyeliminowania konkurencji} - odstępowanie od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. Do podobnych wniosków w zakresie manipulacji ceną Izba doszła także w innej sprawie (wyrok z 17 października 2016 r. sygn. akt KIO 1823/16) gdzie podkreśliła: Sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie.

Stąd w rozpatrywanej sprawie Określenie wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie dokumentacji projektowej poprzedzającej wykonanie robót budowlanych w wysokości 2 mln zł oznacza złożenie przez Konsorcjum oferty, która w tym zakresie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby takie rażące zawyżenie tej ceny ryczałtowej narusza dobre obyczaje, gdyż nie stanowi rzetelnej wyceny za stosunkowo niewielki zakres projektowych poprzedzających właściwe roboty budowlane co zagraża interesowi Zamawiającego, który w razie wystąpienia po jego stronie okoliczności uzasadniających odstąpienie od umowy przed zakończeniem robót budowlanych za dokumentację projektową zobowiązany byłby zapłacić wynagrodzenie nieekwiwalentne do wartości rynkowej tego opracowania.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 pzp, z którego wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jest oczywiście niezasadny. Zamawiający wykonał wyrok Izby i umożliwił Konsorcjum wyjaśnienie, w jaki sposób skalkulowało cenę za wykonanie dokumentacji projektowej. Okoliczność, że Konsorcjum nie było w stanie racjonalnie

i rzetelnie wyjaśnić powodów wyceny okrojonego zakresu dokumentacji projektowej w wysokości 2 mln zł nie uprawnia do domagania się ponownego wezwania w tym samym zakresie.

Zamawiający nie naruszył również art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż poinformował Konsorcjum o powodach odrzucenia oferty, podając wystarczające uzasadnienie prawne i faktyczne, które umożliwiało odwołanie się od tej decyzji.

Skoro odrzucenie oferty Konsorcjum było prawidłowe nie ma również racji bytu zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie nastąpiło w zgodzie z tym przepisem, zgodnie z którym cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

{rozpatrzenie zarzutu dotyczącego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Do zawiadomienia z 24 lipca 2020 r. o odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum z 8 lipca 2020 r. Zamawiający załączył wydruk ujawnionego zakresu informacji, który ogranicza się do tej części wyjaśnień, w której przytaczane lub przywoływane są postanowienia wzoru umowy lub inne oczywiste lub powszechnie dostępne informacje. W szczególności Zamawiający nie ujawnił nie tylko nazw biur

projektowych i cen wynikających z ich ofert, ale również nie ujawnił wyszczególnienia

kategorii czynności, które według Konsorcjum składają się na prace konieczne do przewidzenia na potrzeby wykonania dokumentacji projektowych.

Z treści uzasadnienia odwołania nie wynika zresztą, jakie konkretnie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum miałyby zostać ujawnione w powyższym zawiadomieniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest oczywiście bezzasadny.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, 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 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 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.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku

2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą,

a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej

aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust. 3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanej przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie - że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Skoro nie sposób stwierdzić, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przywołanego powyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zarzut odwołania należy uznać za oczywiście bezzasadny.

Z tych względów Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.