

WYROK
z dnia 29 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 marca 2017 r.** przez wykonawcę **P. B. K. P. S.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **T. W. S.A., (...)**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) K. – P. B. S. S.A (Lider); 2) F. P. Sp. z o.o., (...); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **P. B. K. P. S.A., (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. B. K. P. S.A., (...)** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **P. B. K. P. S.A., (...)** na rzecz **T. W. S.A., (...)** kwotę **4 289 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłat od przedłożonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn.: „*Roboty budowlane wykonywane przez Generalnego Wykonawcę Etapu I budowy Szybu G. wraz z budową infrastruktury powierzchniowej dla T. W. S.A.*”, nr referencyjny 2016/TWD/TWD/01276/L-83/P/MNI, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 165-113803 z 02.04.2016 r., przez **T. W. S.A., (...)** zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 08.03.2017 r. (faxem) *Zamawiający* poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) K. – P. B. S. S.A (Lider); 2) F. P. Sp. z o.o., (...); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...) zwane dalej:

„*Konsorcjum K.*” albo

„*Przystępującym*”.

W dniu 17.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) **P. B. K. P. S.A., (...)** zwana dalej: „*P. B. K. P. S.A.*” albo „*Odwołującym*” wniosło odwołanie na w/w czynność z 08.03.2017 r. Kopie odwołania *Zamawiający* otrzymał w dniu 15.03.2017 r. (faxem). Zarzucił

naruszenie:

1) art. 7 w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz art. 180 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości, a to bezzasadne ograniczenie Odwołującemu dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wskutek nieudostępnienia Odwołującemu treści pisma z 27.02.2017 r. konsorcjum zawierającego wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum wraz z większością załączników, co w konsekwencji prowadzi do pozbawienia lub co najmniej ograniczenia prawa Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej jaki jest odwołanie,

2) art. 24 ust 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez uznanie za ważną oferty Konsorcjum i zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania, pomimo iż K. brał udział w przygotowaniu postępowania.

Wskazując na powyższe, wnosił o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności utajnienia treści wyjaśnień Konsorcjum z 27.02.2017 r. wraz z załącznikami,

3

- 3) odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa treści wyjaśnień Konsorcjum z 27.02.2017 r. wraz z załącznikami,
- 4) dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum,
- 5) wykluczenia z postępowania Konsorcjum,
- 6) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wnosił o:
 - 1) przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania oraz przeprowadzenie dowodu z tejże dokumentacji na okoliczność ich treści oraz wszystkie okoliczności istotne dla sprawy, w szczególności wskazane w treści niniejszego odwołania, oraz dowodów załączonych do odwołania na okoliczność ich treści oraz wszystkie okoliczności istotne dla sprawy,
 - 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600 zł i zwrotu kosztów dojazdu.

I. UTAJNIENIE TREŚCI WYJAŚNIEŃ

1. Na wstępie Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie się drugim odwołaniem wniesionym przez Odwołującego, a dotyczącym Postępowania. Pierwsze odwołanie zostało złożone w dniu 25 listopada 2016 r. i zakończyło się wydaniem przez Izbę wyroku w dniu 09.12.2016 r. (KIO 2228/16).
2. Podniesiony w niniejszym odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez uznanie za ważną oferty Konsorcjum i zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania, pomimo iż K. brał udział w przygotowaniu postępowania, był już rozpoznawany przez Izbę, która uznała go za zasadny.
3. Pierwszym i najważniejszym ustaleniem poczynionym przez Izbę w toku pierwszego postępowania odwoławczego jest to, że K. brał udział w przygotowaniu postępowania (str. 14-15 uzasadnienia wyroku Izby z dnia 09.12.2016 r.). Powyższe ustalenie ma istotne znaczenie dla Postępowania, ponieważ przesądza ono,

że zastosowanie będzie miał art. 24

ust. 2 pkt 1 Pzp, który stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania (...), chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2;*

4. W dalszej kolejności Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 09.12.2016 r., że *„Zamawiający, który ustali, że ofertę złożył mu wykonawca, który brał bezpośrednio udział w przygotowaniu postępowania, nie może pozostawać bierny, gdyż jest uprawniony do rezygnacji z obowiązku wykluczenia tylko wtedy, gdy ustali, że taka sytuacja nie utrudnia uczciwej konkurencji. To zamawiający zobowiązany jest poczynić ustalenia, co do istnienia*

4

przesłanki negatywnej" Dalej Izba stwierdziła, że „na moment wyrokowania nie zostało jednoznacznie dowiedzione, aby udział przystępującego [tj. Konsorcjum - przyp. autora] nie utrudniał uczciwej konkurencji."

5. Powyższe ustalenia Komisji znalazły odzwierciedlenie w treści sentencji wyroku Izby z 09.12.2016 r., która w pkt 1 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców K. oraz F. do wykazania, że ich udział w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji.

6. Odwołujący nie widzi potrzeby szczegółowego przytaczania w tym miejscu wytycznych Izby odnośnie do zagadnień, które miałyby być wyjaśnione przez Konsorcjum, a powyższy opis został przedstawiony w celu naświetlenia izbie kontekstu całej sprawy, albowiem to właśnie przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez Zamawiającego.

7. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 17.01.2017 r. wyznaczając termin do 28.02.2017 r. W tym też dniu, co wynika z pieczęci biura podawczego Zamawiającego, wpłynęły wyjaśnienia wraz z pismem przewodnim, w którym K. zastrzegł, że złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

8. W dniu 10.03.2017 r. upoważniony pracownik P. przejrzał dokumenty Postępowania i stwierdził, że rzeczzone wyjaśnienia wraz z załącznikami (z wyjątkiem załącznika nr 1) nie zostały mu udostępnione.

9. Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający poprzez bezpodstawne utajnienie treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum naruszył art 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 i 3 Pzp poprzez bezzasadne ograniczenie Odwołującemu dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy złożone wyjaśnienia nie mogą podlegać utajnieniu, a także nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. nie są to dane, przez które rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

10. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp zasadą jest, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest jawne. *„Zasady jawności prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne oraz jawności umów w sprawie zamówień publicznych gwarantują przejrzystość prowadzonego przez zamawiającego postępowania, informacja jest jednym z czynników mających duże znaczenie gospodarcze w warunkach wolnego rynku. Gwarancja powszechnego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach pozwala na*

ureczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców” /Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Zasada jawności może doznawać ograniczenia na zasadach określonych w art. 8 ust. 2 i 3 Pzp, przy czym wyjątki od zasady jawności, należy zgodnie z ogólną regułą interpretacyjną traktować zawężająco. Nadmienię, że skorzystanie przez wykonawcę z dobrodziejstwa tajemnicy własnego przedsiębiorstwa wymaga od niego dochowania określonych w art. 8 ust. 3 aktów staranności, a mianowicie *„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.”* Z powyższego przepisu wynikają zatem dwie przesłanki, do których spełnienia zobowiązany jest wykonawca, tj.:

a) zastrzeżenie tajemnicy w określonym ustawą terminie.

b) wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego żadna z tych przesłanek nie została spełniona.

11. Co się tyczy pierwszej z nich - art. 8 ust. 3 Pzp wyraźnie określa termin, w którym skutecznie może zostać złożone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Tym terminem jest termin składania ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Konsorcjum zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa w piśmie datowanym na 27.02.2017 r., a więc bezsprzecznie uczyniło to już po wypływie ww.

terminów, co już samo w sobie stanowi o bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

12. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że nie została spełniona również druga przesłanka wynikająca z art. 8 ust. 3 Pzp, a to Konsorcjum nie wykazało, że treść wyjaśnień 0 załączników stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W istocie, uzasadnienie zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się do ogólnikowych twierdzeń, które nie pozwalają ocenić w rzetelny sposób, czy faktycznie zastrzeżone informacje mają taki charakter.

13. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że Konsorcjum zastrzegło, że całość wyjaśnień zawiera informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Bazując na samych tylko zasadach doświadczenia życiowego można stwierdzić, że jest wysoce wątpliwe, że cała treść wyjaśnień, każdy akapit, każde zdanie zawiera w sobie informacje poufne.

Zastrzeżenie tajemnicy w odniesieniu do całej treści wyjaśnień ma w ocenie Odwołującego wyłącznie uniemożliwienie P. odniesienie się do ich zawartości. Chodzi tu bowiem nie tylko o merytoryczną zawartość tych wyjaśnień, lecz również o ich kompletność, to znaczy

6

o to, czy pokrywają one wszystkie zagadnienia wskazane w wyroku z 09.12.2016 r. jako konieczne do wyjaśnienia.

14. Ponadto, nie można nie zauważyć tego, że jednym z kluczowych aspektów, do których miało ustosunkować się konsorcjum jest to „*w jaki sposób zamierza ono wykonać wskazaną wyżej część robót, a także czy a jeśli tak to kiedy nabyło prawo do dysponowania wymaganą w dokumentacji projektowej liczbą i rodzajem wciągarek, w szczególności, czy prawami takimi dysponowało ono w momencie sporządzenia dokumentacji projektowej.*” Jest to zatem pytanie dotyczące szeroko rozumianego usprzętowania danego wykonawcy. W tym miejscu Odwołujący podnosi, że kwestie te były już omawiane (przynajmniej w części) w toku rozprawy w dniu 07.12.2016 r. (KIO 2228/16), a obecny na rozprawie pełnomocnik Konsorcjum w sposób szczegółowy wypowiadał się na temat usprzętowania Konsorcjum nie zastrzegając przy tym, że są to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jedynie gwoździ przypomnienia Odwołujący wskazuje, że pełnomocnik Konsorcjum oświadczył, że:

- a. Wciągarki o udźwigu 45t nigdy nie były w dyspozycji Konsorcjum,
- b. Konsorcjum nie dysponuje kombajnem szybowym,
- c. Konsorcjum nie posiada sprzętu do mrożenia górotworu.

Z całą pewnością wyjaśnienia, co najmniej w części w jakiej dotyczą ww. zagadnień (a powinny dotyczyć) nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, skoro pełnomocnik Konsorcjum swobodnie wypowiadał się na ich temat w obecności przedstawicieli Odwołującego.

15. W tym stanie rzeczy, uznać należy, że utajnienie treści wyjaśnień Konsorcjum z 27.02.2017 r. wraz z załącznikami nie było zasadne.

II. WYKLUCZENIE KONSORCJUM Z POSTĘPOWANIA

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że z naruszeniem przepisów Pzp zaniechał wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, pomimo iż jeden z konsorcjantów – K. - brał udział w przygotowaniu postępowania, co naruszało uczciwą konkurencję, ze względu na przewagę jaką zdobyło Konsorcjum w toku przygotowywania postępowania.

2. W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż uzasadnienie niniejszego zarzutu zostało sporządzone w oparciu o informacje jakimi dysponuje Odwołujący w danym momencie, przez co ma ono charakter wstępny. Z uwagi na to, że Odwołującemu odmówiono wglądu w wyjaśnienia Konsorcjum z 27.02.2017 r., z przyczyn niezależnych od siebie nie jest on w stanie na tym etapie przedstawić pełnej argumentacji dotyczącego tego zagadnienia. Pełnej, to znaczy takiej, która uwzględniałaby wyjaśnienia Konsorcjum, które mają w niniejszej sprawie charakter kluczowy. W związku z tym Odwołujący będzie w stanie

7

rozwinąć swoją argumentację dopiero po umożliwieniu mu zapoznania się z wyjaśnieniami Konsorcjum.

3. Odwołujący w dalszym ciągu podnosi, że K. jako współautor dokumentacji projektowej sporządził ją w sposób najbardziej dla siebie dogodny, przy uwzględnieniu własnego

usprzętowania.

4. Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności:

a. Projektem technicznym wraz z technologią demontażu urządzeń na powierzchni wykorzystywanych do głębinienia szybów nr SG6-BP-M-0001-OP-001-R0, pkt 5, opis techniczny na str. 5,

b. Rysunkiem SG4-BP-W-0103-SC-001-R0,

c. Dokumentem: technologia demontażu; budowa szybu G. wraz z budową infrastruktury powierzchniowej - projekt techniczny wraz z technologią demontażu urządzeń na powierzchni wykorzystywanych do głębinienia szybu; pkt 6.4 zakres robót,

przewidziane zostały wciągarki wolnobieżne 45 t w ilości 4 sztuk oraz większa liczba wciągarek o mniejszym udźwigu. Tymczasem Odwołujący dysponuje większą ilością wciągarek 45t, nie dysponuje natomiast wymaganą liczbą wciągarek mniejszych.

Faktem jest, że Zamawiający dopuszcza zmianę ww. urządzeń ale będzie to rodziło konieczność przeprojektowania płyt fundamentowych i dostosowania ich do zwiększonego udźwigu ciężaru. To z kolei powoduje obowiązek uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, co jest warunkiem rozpoczęcia robót.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum uniknie powyższych komplikacji, ponieważ dysponuje dokumentacją projektową sporządzoną pod kątem własnego usprzętowania.

5. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że w wyroku z 09.12.2017 r. Izba stwierdziła, że *„Prowadząc ustalenia zamawiający może uwzględnić także ewentualne dowody, które prowadziłyby do ustaleń, że pozyskanie większej liczby wciągarek mniejszych było dostępne dla wszystkich wykonawców lub nie pociągało za sobą większych problemów i nakładów”*

Z dokumentów postępowania wynika, że Zamawiający dokonał rozeznania rynku, które zdaniem Odwołującego jedynie potwierdza dotychczasowe stanowisko Odwołującego:

a) Przedstawione zostały oferty czterech podmiotów: E. S.A., I. e. s.r.o., M. E. sp. z o.o. oraz O.-M. GmbH, z których tylko jedna – O.-M. GmbH - przedstawiła ofertę wynajmu maszyn, co daje podstawy do twierdzenia, że nie jest to usługa powszechnie dostępna, jak próbowali argumentować Zamawiający oraz Konsorcjum;

b) Niezależnie od wybranej formy prawnej korzystania z urządzeń, istotnym czynnikiem wpływającym na dostępność tego typu maszyn jest czas dostawy, który w przedstawionych ofertach wynosi od 9 do 12 miesięcy. Okres ten stanowi zatem wymierną przewagę wykonawcy dysponującego takimi urządzeniami nad wykonawcą, których takich urządzeń

8

nie posiada. Nadmienić należy, że wykonawca dysponujący urządzeniami nie bierze również na siebie ryzyka związanego z ewentualnymi opóźnieniami w ich dostawie.

Zamawiający w dniu 17.03.2017 r. (faxem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum K. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 24.03.2017 r. (faxem, e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Odnośnie utajnienia wyjaśnień. Przystępujący złożył pismo zawierające wyjaśnienia i dowody mające na celu wykazanie, że - uwzględniając treść (jak wskazała Izba w wyroku o sygn. akt KIO 2228/16 „kształt”) opracowanej przez konsorcjum spółek K.- P. B. S. SA, P. I. B. sp. z o.o. oraz B. S. i P. G. w K. sp. z o.o. dokumentacji projektowej, oraz fakt, że część dokumentacji tej stanowi opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu - w odniesieniu do Konsorcjum K.-F. zachodzi przesłanka negatywna, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, to jest, że udział Konsorcjum K.-F. w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i dowodami Przystępujący złożył oświadczenie, z którego jednoznacznie wynikało, że treść wyjaśnień wraz z załącznikami (poza jednym wyszczególnionym w treści pisma Przystępującego) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W oświadczeniu Przystępującego: *„Przedstawione wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ponieważ zawierają informacje dotyczące zamierzonego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, potencjału technicznego Spółki oraz warunków przedstawionych naszej Spółce przez podmioty udostępniające wciągarki wolnobieżne.*

Informacje te nie są powszechnie znane a dostęp do nich mają tylko zainteresowane Przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w wyjaśnieniach posiadają dla Spółki wartość gospodarczą, a dołączone umowy objęte są tajemnicą handlową." Dysponując oświadczeniem o treści jak wyżej, Zamawiający po dokonaniu analizy treści wyjaśnień oraz dołączonych do nich dowodów, nie dokonał odtajnienia dokumentów, uznając, że mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego zgodnie z jego wolą i deklaracją. W ocenie Zamawiającego, informacje zawarte w wyjaśnieniach i dowodach posiadają charakter zarówno organizacyjny i techniczny:

9

- wskazują na zamierzony sposób realizacji przedmiotu zamówienia w postępowaniu na wykonanie dokumentacji projektowej, pokazują pewne parametry techniczne, ich analizę oraz w konsekwencji podejście projektanta do zastosowanych konkretnych rozwiązań projektowych,

- wynikają z nich kontakty handlowe Przystępującego oraz potencjał do uzyskania określonych urządzeń na określonych warunkach, jak i gospodarczy:

- z przedłożonych ofert wynikają konkretne warunki cenowe,

- umowa przedłożona wraz z wyjaśnieniami dotyczy warunków współpracy pomiędzy jej stronami, zawiera uzgodnienia cenowe, horyzont czasowy współpracy i de facto dotyczy potencjału technicznego Przystępującego. Sam Przystępujący oświadczył, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie są powszechnie znane a dostęp do nich ma ograniczony krąg podmiotów (spółki tworzące konsorcjum Przystępującego). Tym samym należy uznać, że nie zostały podane do publicznej wiadomości, a Przystępujący poprzez ograniczenie kręgu osób mających dostęp do tych informacji podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności. W konsekwencji informacje te nie podlegają odtajnieniu. Ponadto, Odwołujący wskazał, że art. 8 ust. 3 Pzp „*wyraźnie określa termin, w którym skutecznie może zostać złożone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Tym terminem jest termin składania ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*”

W dalszej części odwołania wskazano, że skoro Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w piśmie datowanym na dzień 27.02.2017 r., a więc po upływie terminu składania ofert, zastrzeżenie to jest nieskuteczne, gdyż zostało dokonane po terminie. Nie zgodził się z takim twierdzeniem Odwołującego. Przyjmując tok rozumowania Odwołującego, wykonawcy w postępowaniu *a priori* musieliby zastrzegać jako objętą tajemnicą przedsiębiorstwa wszelkie ewentualne dokumenty i wyjaśnienia, które będą składane po upływie terminu składania ofert (czyli np. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia dotyczące treści oferty, czy wyjaśnienia dotyczące dokumentów podmiotowych i przedmiotowych) - co byłoby absurdalne, z uwagi na fakt, iż na etapie składania oferty wykonawcy nie mają wiedzy do złożenia jakich wyjaśnień i dokumentów będą wzywani, dodatkowo nie mając wiedzy jakie wyjaśnienia i dokumenty będą musieli złożyć po upływie terminu składania ofert nie mogliby też dokonać takiego zastrzeżenia skutecznie. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „*Pomimo określenia w ten sposób terminu na zastrzeżenie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa dopuszczalne jest zastrzeżenie nią informacji składanych na dalszym etapie postępowania, po terminie składania ofert lub wniosków. Wykonawcy przysługuje bowiem prawo do zastrzegania tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji na każdym etapie postępowania, jeśli tylko wykaże, że określone informacje mogą korzystać z takiej ochrony. W szczególności możliwe jest*

10

zastrzeganie informacji składanych wraz ze składaniem czy uzupełnianiem dokumentów podmiotowych, składaniem wyjaśnień dotyczących treści oferty, rażąco niskiej ceny lub kosztu. W takim wypadku również konieczne jest - nie później niż z momentem złożenia określonych informacji - równoczesne wskazanie, które informacje są zastrzegane, a także wykazanie zasadności dokonywanego zastrzeżenia, poprzez wykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ZNKU.” (Prawo zamówień publicznych red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wydanie 1, 2017). Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 165/15. A także w wyroku z 10.07.2015 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1377/15.

Tym samym zarzut spóźnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego należy uznać za całkowicie pozbawiony podstaw. Nawet gdyby uznać, z czym Zamawiający się nie zgadza, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum K.-F. zostało dokonane z naruszeniem przepisów Pzp, należy uznać, że nie miało i nie mogło ono mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Dla Zamawiającego, który jest zobligowany do obiektywnej oceny dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie ma absolutnie żadnego znaczenia (w zakresie oceny składanych dokumentów i oświadczeń), czy zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy też nie. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do pewnych dokumentów i oświadczeń nie ma (i w tym konkretnym przypadku nie miało) wpływu na decyzję Zamawiającego co do tego, która z ofert zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający dokonałby identycznej oceny także w przypadku, gdyby dokumenty i oświadczenia nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dlatego też nawet jeśli Izba uzna, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów Pzp o zastrzeganiu tajemnicy przedsiębiorstwa są słuszne, odwołanie nie może zostać uwzględnione w tym zakresie, gdyż owo potencjalne naruszenie nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Reasumując, w ocenie Zamawiającego przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody zawierają informacje, które noszą przymioty tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp, Przystępujący dokonał zastrzeżenia w prawidłowym terminie, a Zamawiający nie był uprawniony do odtajniania tych informacji. Nawet w przypadku, gdy Izba dojdzie do odmiennej opinii, stwierdzone naruszenie nie miało ani nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie podlega oddaleniu w tym zakresie.

Odnosnie zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszające Pzp zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum K. – F., pomimo, iż jeden z wykonawców tworzących to konsorcjum, tj. K. – P. B. S. Spółka Akcyjna, (...) brał udział w przygotowaniu postępowania na „Roboty budowlane

11

wykonywane przez Generalnego Wykonawcę Etapu I budowy Szybu G. wraz z budową infrastruktury powierzchniowej dla T. W. S.A.". Jak wskazano powyżej, przedmiotowa kwestia była już rozpatrywana przez tut. Izbę (postępowanie o sygn. akt: KIO 2228/16). Zamawiający, zgodnie z wyrokiem KIO z 09.12.2016 r., w dniu 17.01.2017 r. wezwał Przystępującego do udowodnienia, że - uwzględniając treść (jak wskazała w wyroku IO „kształt”) opracowanej przez konsorcjum spółek K.- P. B. S. S.A., P. I. B. sp. z o.o. oraz B. S. i P. G. w K. sp. z o.o. dokumentacji projektowej, oraz fakt, że część dokumentacji tej stanowi opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu - w odniesieniu do Konsorcjum K.-F. zachodzi przesłanka negatywna, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, to jest, że udział Konsorcjum K.-F. w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Zamawiający podkreślił, że w tym zakresie Konsorcjum K.-F. powinno było przedstawić w szczególności wyjaśnienia oraz udowodnić, że składając ofertę w postępowaniu nie znajdowało się ono w korzystniejszej sytuacji w stosunku do innych wykonawców, w szczególności Wykonawcy: P. B. K. P. S.A.. Ponadto, Zamawiający wskazał w wezwaniu, że w tym zakresie Konsorcjum K.-F. powinno w szczególności uwzględnić, że Wykonawca P. w toku rozprawy przed KIO w sprawie o sygn. jak wyżej oświadczył, że chce wykonać przedmiot zamówienia w ten sposób, że - po zmianie projektu - wykorzysta większą liczbę wciągarek wolnobieżnych 45 t i mniejszą liczbę wciągarek o mniejszym udźwigu (35t), co jednak będzie wymagać przeprojektowania i wiążących się z tym kosztów. Według oświadczenia złożonego w trakcie rozprawy przed KIO przez Wykonawcę P. zamiana ww. urządzeń oznaczać będzie wykonanie innych fundamentów wciągarek wolnobieżnych a nie fundamentów wień jak stwierdzono w wyroku Izby z 09.12.2016 r. (KIO 2228/16). Zgodnie z oświadczeniami Odwołującego składanymi w trakcie postępowania odwoławczego w XII 2016 r. zastosowanie innych wciągarek wymagać będzie przeprojektowania fundamentów wciągarek i dostosowania ich do zwiększonego udźwigu. To z kolei prowadzi do przeprojektowania robót w zakresie wykonania tych fundamentów i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, co jest warunkiem rozpoczęcia robót (z czym Zamawiający się nie zgadza, a co zostanie udowodnione w dalszej części odpowiedzi na odwołanie). Równocześnie, wykonując nakaz zawarty w uzasadnieniu wyroku KIO, Zamawiający wezwał Konsorcjum K. – F. do udowodnienia, w jaki sposób zamierza ono wykonać wskazaną wyżej część robót, a także czy a jeśli tak to kiedy, nabyło prawo do

dysponowania wymaganą w dokumentacji projektowej liczbą i rodzajem wciągarek, w szczególności, czy prawami takimi dysponowało w momencie sporządzania dokumentacji projektowej. Ponadto, z uwagi na fakt, że Konsorcjum K. – F. w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą złożyło oświadczenie, że na rynku polskim, jak również czeskim i słowackim funkcjonują podmioty dysponujące wciągarkami o mniejszym niż 45 t udźwigu,

12

Zamawiający wezwał to Konsorcjum także do złożenia wyjaśnień, czy pozyskanie większej niż przewidziana w dokumentacji projektowej liczby wciągarek o mniejszym udźwigu było dostępne dla wszystkich wykonawców lub nie pociągało za sobą większych problemów i nakładów. W przypadku złożenia pozytywnych wyjaśnień w tym zakresie Zamawiający wzywa do przedłożenia stosownych dowodów na tę okoliczność, w szczególności Zamawiający wzywa do wykazania, jakie podmioty i za jaką kwotę byłyby gotowe sprzedać lub udostępnić przedmiotowe wciągarki.

W odpowiedzi na opisane powyżej wezwanie Zamawiającego, Przystępujący w dniu 28 lutego br. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający wykonując wyrok Izby powtórzył czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dowodów, w konsekwencji uznając, że udział wykonawcy K. – P. B. S. Spółka Akcyjna, (...), jako jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu nie utrudnił uczciwej konkurencji w tym postępowaniu. Zamawiający wskazuje w tym miejscu na ustalenia Izby zawarte w wyroku z 09.12.2016 r. o sygn. akt KIO 2228/16, a które pozostają aktualne po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Dokonanie następujących czynności przez Zamawiającego:

- wydłużenie terminu składania ofert w postępowaniu do 6 miesięcy,
- udostępnienie całości dokumentacji projektowej wszystkim wykonawcom dla całości inwestycji a nie tylko dla Etapu I, który ma być przedmiotem zamówienia,
- wydłużenie terminów realizacji zamówienia oraz poszczególnych etapów usunęło *„przewagę przystępującego wynikającą z wcześniejszego zapoznania się z projektem [...]”*. Izba wskazała również, że *„przez udostępnienie na stronie internetowej kosztorysów inwestorskich i wydłużenie terminu składania ofert została zniwelowana przewaga przystępującego wynikająca z wcześniejszej znajomości wartości szacunkowej zamówienia.”* oraz, że *„terminy wykonania robót i poszczególnych etapów były nad wyraz długie i niekwestionowane przez Odwołującego”*.

Poza powyższymi kwestiami, Zamawiający, mając na względzie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia i dowody przedłożone przez Konsorcjum K. – F., zwraca szczególną uwagę Izby na następujące kwestie. Odwołujący podnosił, że wykonawcą K. jako współautor dokumentacji projektowej sporządził ją w sposób najbardziej dla siebie dogodny, przy uwzględnieniu własnego usprzętowania. Zarówno w poprzednim postępowaniu odwoławczym jak i obecnie Odwołujący eksponuje problem dostępności wciągarek o udźwigu 35 t, które to wciągarki w liczbie 8 sztuk zostały przewidziane w dokumentacji projektowej współautorstwa K.. W trakcie rozprawy

13

w dniu 07.12.2016 r., a także teraz Odwołujący podnosił, że nie dysponuje wymaganą w dokumentacji projektowej liczbą wciągarek 35t, natomiast posiada wciągarki 45 t.

W tym aspekcie, Odwołujący podkreślał i nadal podkreśla dwie kwestie. Pierwszą jest brak dostępności (w ocenie Odwołującego) na rynku wciągarek o udźwigu 35 t, drugą natomiast nadmierne trudności, pociągające za sobą m. in. konieczność przeprojektowania fundamentów wciągarek i dostosowania ich do zwiększonego (45t zamiast 35t) udźwigu, a co się z tym wiąże dodatkowe wysokie koszty przeprojektowania, konieczność uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, wreszcie niemożliwość wykonania tych czynności w okresach przewidzianych w umowie, co pociąga za sobą ryzyko nałożenia na wykonawcę P. kar umownych w znacznej wysokości. Te kwestie w ocenie Odwołującego spowodowały naruszenie konkurencyjności w postępowaniu, gdyż Przystępujący *„dysponuje dokumentacją projektową sporządzoną pod kątem własnego usprzętowania.”*. Odnosząc się do zarzutu braku dostępności na rynku wciągarek o udźwigu 35t Zamawiający wskazuje, iż Przystępujący dołączył do wyjaśnień oferty pięciu różnych podmiotów, z których

jednoznacznie wynika dostępność wciągarek wolnobieżnych o udźwigu 35 t. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę Izby w szczególności na ofertę złożoną jako trzeci załącznik w kolejności do złożonych przez Konsorcjum K.-F. wyjaśnień (z uwagi na datę jej wystawienia - jeszcze przed wyrokiem KIO z 09.12.2016 r., co wskazuje na dostępność przedmiotowych urządzeń już w tamtym czasie) oraz na ofertę złożoną jako czwarty załącznik w kolejności do złożonych przez Konsorcjum K.-F. wyjaśnień (z uwagi na najkorzystniejszą cenę oraz czas dostarczenia przedmiotowych urządzeń).

Dostępność wciągarek o udźwigu 35t potwierdza także rozeznanie rynku dokonane przez Zamawiającego, który uzyskał oferty dotyczące udostępnienia ww. urządzeń od trzech różnych podmiotów. Zamawiający zwraca uwagę Izby, iż jednym z dostawców wciągarek o udźwigu 35t jest spółka M. E. spółka z o.o. z siedzibą w T., która posiada swój oddział w L., a więc w miejscowości będącej siedzibą Odwołującego. Zastanawiającym jest więc fakt, iż Odwołujący nie zwrócił się do dostawcy wciągarek o udźwigu 35t, którego siedziba znajduje się „po sąsiedztwu”. Bez znaczenia pozostaje tutaj podstawa prawna dysponowania tymi urządzeniami (najem, dzierżawa czy własność), gdyż chodzi tu o obiektywną możliwość pozyskania przedmiotowych urządzeń na rynku, a nie o to, w oparciu o jaki tytuł prawny wykonawca ma je pozyskać. Odwołujący podniósł również, że niezależnie od wybranej formy prawnej korzystania z urządzeń, istotnym czynnikiem wpływającym na dostępność tego typu maszyn jest czas dostawy, który w ofertach pozyskanych przez Zamawiającego wynosi od 9 do 12 miesięcy. Okres ten w ocenie Odwołującego świadczy o przewadze Przystępującego, który dysponuje wciągarkami o udźwigu 35t, nad Odwołującym, który takimi wciągarkami nie

14

disponuje. Zamawiający odnosił się w tym miejscu do ofert złożonych przez Przystępującego w zakresie okresu niezbędnego dla dostawy oferowanych urządzeń:

- oferta złożona jako pierwsza w kolejności - brak wskazania okresu niezbędnego na dostawę wciągarki;
- oferta złożona jako druga w kolejności - wskazano czas realizacji na stronie drugiej oferty, trzeci wiersz w tabeli;
- oferta złożona jako trzecia w kolejności - wskazano czas realizacji na stronie szóstej oferty;
- oferta złożona jako czwarta w kolejności - wskazano czas realizacji na stronie pierwszej oferty - pkt 3.
- oferta złożona jako piąta w kolejności - brak wskazania okresu niezbędnego na dostawę wciągarki.

Przenosząc okresy wynikające z ofert uzyskanych przez Zamawiającego i Przystępującego, należy się przede wszystkim odnieść do zapisów Projektu Umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia (Załącznik nr 9 do SIWZ). Stanowi on w § 1 ust. 7 pkt 1, że Przedmiot Umowy zostanie zrealizowany na terenie Z. G. S., J., B., (...)w części oznaczonej na Załączniku nr [14] do Umowy, w terminie nie dłuższym niż 60 miesięcy od daty protokolarnego przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy terenu robót, z uwzględnieniem poniższych terminów częściowych, które zostaną przez Wykonawcę uwzględnione w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym oraz w Harmonogramie:

- 1) rozpoczęcie głębinienia szybu metoda górnicza w strefie zamrożonej poniżej tymczasowej głowicy szybu - do 18 miesiąca od daty protokolarnego przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy terenu robót;
- 2) zgłębienie szybu do poziomu 540m z nawiązaniem do wyrobiska poziomowego ZG S. - do 34 miesiąca od daty protokolarnego przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy terenu robót;
- 3) zgłębienie szybu do poziomu 800m z nawiązaniem się do wyrobiska poziomowego ZG S. - do 45 miesiąca od daty protokolarnego przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy terenu robót; oraz
- 4) zgłębienie szybu na docelową głębokość 870m z wykonaniem korka i wlotu - do 51 miesiąca od daty protokolarnego przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy terenu robót.

Wykonawca musi być w posiadaniu wciągarek wolnobieżnych (bez względu na to o jakim udźwigu) najpóźniej w 15 miesiącu od daty protokolarnego przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy terenu robót, co obrazuje załączony do odpowiedzi na odwołanie wykres graficzny sporządzony przez Zamawiającego (załącznik nr 4 do

15

odpowiedzi na odwołanie). Oznacza to, że nawet gdyby przyjąć najdłuższy czas dostawy wciągarek o udźwigu 35t wynikający ze wszystkich dostępnych ofert, wykonawca będzie miał możliwość zrealizowania Etapu I w terminie określonym przez Zamawiającego w Projekcie Umowy.

Odnosząc się do kosztów pozyskania urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej, Zamawiający wskazuje, że w oparciu o złożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami oferty pozyskania wciągarek wolnobieżnych o udźwigu 35t oraz 45t dokonał obliczeń kosztów pozyskania tych urządzeń przez Przystępującego i Odwołującego oraz dokonał ich porównania. Z informacji przekazanych przez Przystępującego w toku poprzedniej rozprawy wynika, że nie dysponuje on wymaganą w dokumentacji projektowej liczbą wciągarek 45t oraz, że w konsekwencji na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia będzie zmuszony pozyskać te urządzenia. Z kolei Odwołujący, jak wynika z oświadczeń złożonych w toku poprzedniej rozprawy oraz z treści niniejszego odwołania, gdyby podjął decyzję o realizacji zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, byłby zmuszony do pozyskania 8 sztuk wciągarek o udźwigu 35t. Nie musiałby natomiast pozyskiwać 4 sztuk wciągarek 45t, którymi według oświadczenia dysponuje. Z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający przedłożył szczegółowe wyliczenia i porównanie kosztów na rozprawie do wglądu Izby, w tym miejscu wskazując jedynie, że koszty pozyskania wszystkich wymaganych w dokumentacji projektowej wciągarek przez Przystępującego byłyby wyższe niż te, które musiałby ponieść Odwołujący.

Odnosząc się do zarzutu konieczności dokonania zmian w dokumentacji projektowej oraz konieczności uzyskania w takim przypadku pozwolenia zamiennego na budowę (w przypadku zastosowania przez Odwołującego wciągarek 45t zamiast wciągarek 35t przewidzianych w dokumentacji projektowej stanowiącej OPZ w postępowaniu), Zamawiający wskazuje na dokument złożony jako załącznik dziewiąty w kolejności przedłożony wraz z wyjaśnieniami przez Konsorcjum K.-F. Wynika z niego jednoznacznie i bezsprzecznie, że argument podnoszony przez Odwołującego co do konieczności uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę w przypadku skorzystania przez niego z wciągarek o udźwigu 45t (które Odwołujący posiada w swoich zasobach) jest całkowicie niezasadny. W tym miejscu Zamawiający zwraca uwagę Izby w szczególności na następujące fragmenty opisanego wyżej dokumentu:

- strona druga dokumentu akapit drugi od słów: „Na podstawie w/w faktów [...]”;
- strona druga dokumentu akapit piąty od słów: „Należy nadmienić [...]”;
- strona trzecia dokumentu akapit pierwszy od słowa: „Przedmiotowe [...]”;
- strona trzecia dokumentu akapit czwarty od słowa: „Wszystkie [...]”;
- strona piąta dokumentu od słowa: „Wniosek [...]”.

16

Zamawiający dokonał także niezależnej analizy dotyczącej kwestii konieczności przeprojektowania i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. /DOWÓD: Opinia doradcy technicznego w sprawie zmian projektowych w zakresie zabudowy wciągarek wolnobieżnych/. Z opinii tej wynika jednoznacznie, że zmiana projektowa polegająca na wykorzystaniu zamiast 4 sztuk wciągarek 45t i 8 sztuk wciągarek 35t, większej liczby wciągarek 45t i mniejszej liczby wciągarek 35t sprowadza się do zmiany liczby i lokalizacji tych wciągarek zlokalizowanych wewnątrz budynków wciągarek wolnobieżnych (stanowisko wciągarek wolnobieżnych wschodnie i zachodnie) i nie spowoduje żadnych zmian konstrukcyjnych budynków, w których mają być zabudowane wciągarki, nie wpływa na żaden element konstrukcji tych budynków i nie zmienia żadnych parametrów tych budynków, nie wpływa również na ich funkcjonalność. Nie zwiększa także zakresu obszaru oddziaływania tych obiektów. Dlatego też, jak wynika z opinii, zmiana ta nie stanowi zmiany istotnej i nie wymaga aktualizacji projektu budowlanego ani zmiany pozwolenia na budowę. Co więcej, zmiany te nie powinny w ocenie projektantów sporządzających opinię istotnie wpływać na zmianę okresu wykonywania obiektów, a tym samym na zmianę terminu realizacji przedmiotu umowy. Tym samym argument podnoszony przez Odwołującego a dotyczący konieczności zmian projektowych oraz uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę jest chybiony i nie poparty żadnymi dowodami. W związku z powyższym należy również wskazać, iż argument Odwołującego podnoszony w poprzednim odwołaniu, jakoby konieczność przeprojektowania i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę wpływała na czas realizacji Etapu I opóźniając przebieg robót, jest bezzasadny, skoro nie ma

konieczności uzyskania pozwolenia zamiennego na budowę. Oznacza to, że pozycja Odwołującego chcącego zastosować wciągarki o udźwigu 45t nie jest mniej korzystna niż wykonawcy, który zastosuje wciągarki przewidziane w dokumentacji projektowej. Zamawiający zwraca również uwagę Izby na informacje dotyczące ewentualnych kosztów przeprojektowania w przypadku chęci zastosowania do realizacji zamówienia wciągarek o udźwigu 45t (str. 9-10 wyjaśnień Przystępującego oraz treść dokumentu złożonego jako załącznik dziewiąty w kolejności przedłożony wraz z wyjaśnieniami przez Konsorcjum K.-F.). Bilans kosztów, które musiałby ponieść Przystępujący w związku z koniecznością pozyskania wszystkich wymaganych w dokumentacji wciągarek i kosztów przeprojektowania wynikających z ww. wyjaśnień i dokumentów, które musiałby ponieść Odwołujący w razie chęci zastosowania wciągarek o udźwigu 45t, jest korzystniejszy dla Odwołującego (odwołujący nie będzie musiał wtedy ponieść żadnych kosztów z tytułu pozyskania wciągarek o udźwigu 45t).

W zakresie projektowania zmian alternatywnych Zamawiający zwraca również uwagę Izby na str. 9 wyjaśnień Przystępującego, pkt 3. Odnosnie nakazu Izby zawartego w wyroku

17

o sygn. KIO 2228/16, a mianowicie do ustalenia, w jaki sposób Przystępujący zamierza wykonać część robót wymagającą dysponowania wciągarkami wolnobieżnymi, a także czy a jeśli tak - kiedy - Przystępujący nabył prawo do dysponowania wymaganą liczbą wciągarek 35t (8 sztuk), w szczególności czy prawami takimi dysponował w momencie sporządzania dokumentacji projektowej. W tym zakresie Zamawiający zwraca szczególną uwagę Izby na wyjaśnienia Przystępującego (str. 3-9 łącznie). Mając na względzie wszystkie wyjaśnienia i dowody złożone przez Przystępującego, a także rozeznanie rynku i analizy dokonane przez Zamawiającego, należało uznać, że udział Przystępującego w postępowaniu z uwagi na fakt, iż K. był jednym z podmiotów uczestniczących w przygotowaniu dokumentacji projektowej stanowiącej OPZ dla postępowania w żadnej mierze nie naruszył konkurencji w postępowaniu. Przystępujący nie był w żaden sposób uprzywilejowany w stosunku do innych wykonawców, a przyjęte przez niego w dokumentacji projektowej wciągarki o udźwigu 35t, ani inne rozwiązania projektowe, nie stanowią o jego przewadze nad Odwołującym czy innymi potencjalnymi wykonawcami.

W dniu 28.03.2017 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał pismo uzupełniające względem odpowiedzi na odwołanie /tajemnica przedsiębiorstwa/.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta była drugą ofertą, która została złożona i nie została ani odrzucona, ani też Wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia. Izba nie rozpatrywała wniosków Przystępującego o odrzucenie odwołania zawartych w piśmie Przystępującego, gdyż nie zostały one poparte przez Zamawiającego, czyli stronę po której miało miejsce przystąpienie. Zgodnie, zaś z art. 185 ust. 5 Pzp czynności podejmowane przez Przystępującego nie mogą być sprzeczne z czynnościami i oświadczeniami strony, do której uczestnik postępowania przystąpił.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego z jego pisma co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego, z uwagi na brak środków finansowych na wybór oferty Odwołującego, na co wskazywał Przystępujący w swoim piśmie procesowym

18

złożonymi na posiedzeniu, Izba wskazuje na następujące okoliczności. Po pierwsze takie stanowisko, co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia, po stronie Odwołującego ma charakter przedwczesny. Nie złożono na rozprawie żadnych dokumentów potwierdzających brak środków, sam protokół postępowania w tym zakresie nie jest niepodważalnym dowodem. Nawet, gdyby taki dokument przedstawiono można by jedynie rozpatrywać go

jako wstępną deklarację wymagającą potwierdzenia w sytuacji zaistnienia sytuacji, gdy jedyną ważną ofertą w postępowaniu będzie oferta przekraczająca środki przeznaczone przez Zamawiającego. Należy zauważyć, że Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach środków ochrony prawnej. Podobnie w wyroku KIO z 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13, czy też wyroku KIO z 02.04.2014 r., sygn. akt: KIO 568/14. Dodatkowo, działania Przystępującego może w aktualnej sytuacji procesowej rodzić wątpliwości, czy nie jest przejawem taktyki procesowej, tym bardziej że Przystępujący wiedział o terminie rozprawy i mógł uzyskać stosowny dowód od Zamawiającego, po którego stronie przystąpił. W tym bowiem wypadku, należy także wziąć pod uwagę, daleko idące skutki, ewentualnego uznania braku interesu, w tym brak rozpatrzenia merytorycznego zarzutów odwołania. Podobnie w wyroku KIO z 26.05.2015 r., sygn. akt: KIO 983/15. (za wyrokiem KIO z 14.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2622/15).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadstanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, wszystkie wyjaśnienia i modyfikacje SIWZ, a zwłaszcza wyjaśnienia treści SIWZ oraz Zmiana SIWZ z 15.07.2016 r., Badania rynku przeprowadzone przez Zamawiającego (cztery wezwania z 11.01.2017 r.) – stanowiące załącznik do protokołu – i uzyskane oferty handlowe: 1) ofertę z 11.01.2017 r. E. SA z siedzibą w C.; 2) ofertę z 22.02.2017 r. O.-M. GmbH z O.; 3) ofertę z 24.01.2017 r. M. E. Sp. z o.o. z siedzibą w T.; 4) ofertę z 23.01.2017 r. I. e., s.r.p. P. C. R., wezwania z 17.01.2017 r. skierowane do Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego z 27.02.2017 r. (wpływ 28.02.2017 r.) /całość z załącznikami z jednym wyjątkiem – zał. Nr 1 - zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/ (pismo przewodnie wraz z zasadniczymi wyjaśnieniami na 13 stronach) wraz z załącznikami: 1 – Referat pn.: Nowa generacja urządzeń do głębinienia i pogłębiania szybów na pokładzie szybu GG-1; 2 - oferta handlowa wraz ze specyfikacjami technicznymi z 23.01.2017 r., 3 – oferta handlowa z 17.10.2016 r., 4 - oferta handlowa z

19

25.01.2017 r., 5 - oferta handlowa z 04.01.2017 r., 6 – oferta Przystępującego na wydzierżawienie wciągarki 35 tonowej, 7 – umowa najmu wraz z aneksami i protokołem przekazani – wciągarki 35 tonowej, 8 – zestawienie wartości kosztorysowej dokumentacji projektowej, 9 – opinia rzeczoznawcy budowlanego z 22.02.2017 r. Dodatkowo załączono – projekt budowlany obiektów tymczasowych na okres głębinienia szybu 1 – Bzie przy (...) w J. oraz Obiekty i urządzenia technologiczne na okres pogłębinienia szybu „J. VI” w PKW SA – ZG J. w L.”, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 08.03.2017 r. oraz potwierdzenia dokonania wglądu do dokumentacji przez Odwołującego w dniu 10.03.2017 r.

W poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie:

- Warianty rozmieszczenia wciągarek (wg. projektu, wariant I, II i III);
Skrócony harmonogram budowy szybu G. wraz z krótkim opisem do niego; •
Pismo – korespondencja Przystępującego do Zamawiającego z 28.02.2017 r.; •
- Opinia doradcy technicznego w sprawie zmian projektowych w zakresie zabudowy wciągarek wolnobieżnych – B. S. P. i R. „E. – K.” S.A. z 23.02.2017 r.

W poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone na rozprawie oraz wraz z pismem procesowym przez Przystępującego:

- Zestawienie środków trwałych (wyciąg) /raport na 27.03.2017 r./ - na rozprawie; •
Regulamin pracy, przykładowy zakres czynności, Oświadczenie o przestrzeganiu •
tajemnicy służbowej, Umowa konsorcjum K. P. B. S. Z. SA – F. – P. Sp. z o.o.,
polecenie służbowe nr 5 z 12.04.2016 r.; przykładowa umowa konsultingowa,
- Załącznik nr 1 do pisma/ tajemnica przedsiębiorstwa – zawierające dodatkowe
informacji odnośnie zawartych w wyjaśnieniach przekazanych Zamawiającemu/.
Niniejszy załącznik nie zawiera nowych okoliczności, a jedynie pogłębia wiedzę
wynikającą z wcześniejszych wyjaśnień złożonych w postępowaniu przetargowym.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także wyrok KIO z 09.12.2016 r., sygn.. akt: KIO 2228/16, odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo uzupełniające Zamawiającego z 27.03.2017 r. (wpływ 28.03.2017 r.) /przekazane wyłącznie składowi orzekającemu Izby oraz Przystępującemu w trybie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14)/, pismo Przystępującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

20

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 180 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości, a to bezzasadne ograniczenie Odwołującemu dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wskutek nieudostępnienia Odwołującemu treści pisma z 27.02.2017 r. konsorcjum zawierającego wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum wraz z większością załączników, co w konsekwencji prowadzi do pozbawienia lub co najmniej ograniczenia prawa Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej jaki jest odwołanie,
- 2) art. 24 ust 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez uznanie za ważną oferty Przystępującego i zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania, pomimo iż KOPEX brał udział w przygotowaniu postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma Przystępującego złożonego na posiedzeniu. W tym zakresie, Izba wskazuje na przywołane w treści w/w pism okoliczności wezwania z 17.01.2017 r. będącego wynikiem wykonania wyroków KIO z 09.12.2016 r., sygn.. akt: KIO 2228/16. Nadto, Izba potwierdza uzyskanie wyjaśnień od Przystępującego w odpowiedzi na przywołane wezwanie wraz z załącznikami. Udzielone odpowiedzi korelują z treścią wezwania i wskazanymi w tym zakresie wytycznymi wynikającymi z uzasadnienia wyroku o sygn.. akt: KIO 2228/16. Odwołujący w dniu 10.03.2017 r. przejrzał dokumenty postępowania (potwierdził na rozprawie zapoznanie się z przeprowadzonym przez Zamawiającego rozeznaniem rynku, tj. uzyskanymi czterema ofertami handlowymi, jak i uzyskaną opinią biura projektowego). Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie załączył m.in. - Warianty rozmieszczenia wciągarek (wg. projektu, wariant I, II i III) oraz opinie biura projektowego. Z kolei w piśmie uzupełniającym na bazie uzyskanych wyjaśnień od Przystępującego, wskazał analizę i wyliczenia dwóch sytuacji. Pierwszej, w której

21

Odwołujący decyduje się zrealizować zamówienie zgodnie z założeniami dokumentacji projektowej, tzn. z wykorzystaniem wciągarek o udźwigu 35t. Drugiej, w której Odwołujący decyduje się zrealizować zamówienie z wykorzystaniem posiadanych przez siebie wciągarek o udźwigu 45t. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu, Izba uznała, że w/w podlega oddaleniu.

Należy jednakże wskazać, że niniejsze zarzut jest zasadny. Jednakże ze z uwagi na oddalenie drugiego zarzutu, Izba uznaje, że kwestia nie wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp). Po pierwsze,

zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w terminie na złożenie wyjaśnień było dopuszczalne, zgodnie bowiem ze stanowiskiem Izby, należy odnieść wskazany termin w przepisie do tego stricte wyjaśnienia. W tym zakresie Izba potwierdza trafność i aktualność stanowiska wyrażonego w przywołanym przez Zamawiającego orzeczeniu w odpowiedzi na odwołanie, tj. orzeczenia KIO z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 165/16, jak i wyroku KIO z 10.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1377/15. Po drugie, niewątpliwie na datę zastrzeżenia, Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia, czyli kwestia tego czy dane informacje mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające wobec jednoznacznej treści przepisu warunkującego objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa od wykazania. Izba podkreśla bowiem (za wyrokiem KIO z 07.04.2015 r., sygn. akt: KIO 568/15, sygn. akt: KIO 570/15), że: "(...) samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym "wykazaniem", o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólne wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.

Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie

22

danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla "wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy.

Aby spełnić przesłankę "wykazania", o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca winien zatem wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że spełniają łącznie wszystkie przesłanki, określone w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp, a które zostały przytoczone powyżej. (...).

Dokumenty złożone wraz z pismem procesowym przez Przystępującego na posiedzeniu - na okoliczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały de facto dopiero przedstawione w toku postępowania odwoławczego, co jest z uwagi na wskazany chociażby w przepisie termin działaniem spóźnionym. Nadto, Izba przypomina, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzić dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby de facto, że ocena oferty Odwołującego dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę.

Po trzecie, w ocenie Izby, mimo zasadności zarzutu, z uwagi na wskazane wyżej okoliczności, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, podlega on oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała że podlega on oddaleniu.

Należy wskazać, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia były wynikiem wezwania, które ściśle odpowiadało wytycznym zawartym w tym zakresie we wcześniejszym

23

wyroku o sygn. akt: KIO 2228/16. Przedstawił dowody, że jego udział nie utrudnił uczciwej konkurencji, w szczególności, że Przystępujący nie znajdował się w sytuacji korzystniejszej od innych Wykonawców, w szczególności Odwołującego, zwłaszcza odnośnie wyciągarek. Określił jak zamierza wykonać w/w część robót, oraz czy, a jeśli tak to kiedy nabył prawo do dysponowania wymaganą liczbą i rodzajem wyciągarek, czy miało to miejsce w momencie sporządzenia projektu. Złożył wyjaśnienia, czy większa liczba wyciągarek o mniejszym udźwigu były dostępne dla wszystkich wykonawców lub nie pociągało to większych problemów i nakładów, oraz za jakie kwoty można uzyskać do nich dostęp.

Ze złożonych wyjaśnień i dowodów wynika, że Przystępujący odpowiedział na każde z powyższych zagadnień w sposób pozwalający uznać, że jego udział nie utrudniał uczciwej konkurencji. W momencie sporządzania dokumentacji projektowej, jak i obecnie Przystępujący posiadał 16 wyciągarek 35 tonowych (z tego 14 ówczesznie do chwili obecnej jest zaangażowanych na innych kontraktach), tak wskazał w wyjaśnieniach oraz w piśmie i na rozprawie. Nadto, w momencie sporządzania i obecnie w ogóle nie dysponował i nie dysponuje wciągarkami 45 tonowymi, tak wskazał w wyjaśnieniach oraz w piśmie i na rozprawie. W konsekwencji, tak czy inaczej będzie zmuszony, wobec nie dysponowania wymaganą liczbą wciągarek (4 sztuki) podjąć stosowne kroki w tym zakresie i ponieść związane z tym koszty. Przystępujący, w ocenie Izby, wykazał dostępność wciągarek w cenach i terminach, które mogą skutkować wyższymi kosztami dla Przystępującego niż Odwołującego. Kwestia ta jest o tyle istotna, że stanowiska Odwołującego z rozprawy wynika, że w ogóle nie przewidywał de facto wykonywania zamówienia zgodnie z projektem. W żaden sposób nie podważał istnienia Wykonawców oferujących konieczne wciągarki. Przyznał, że miał wgląd do rozeznania rynku dokonanego przez Zamawiającego i uzyskanych przez Zamawiającego ofert. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił i nie przedstawił kontr dowodu względem ofert do których miał dostęp u Zamawiającego. Przy czym, złożył oświadczenie, że realizacja zamówienia zgodnie z projektem jest nieracjonalna ekonomicznie. Powyższe nie poparł żadnym dowodem, ani symulacją kosztów. Nie sprostął w tym zakresie spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu (art. 190 ust.1 Pzp). Nie przedstawił dowodu, z którego wynikałoby, że rozwiązanie zgodne z projektem jest droższe dla niego niż przeprojektowanie, choć powoływał się na swoją wiedzę w tym zakresie i przeprowadzona analizę rynku dokonaną w trakcie przygotowywania oferty. Składał tylko oświadczenia, choć musiał mieć świadomość złożenia dowodów przez Przystępującego.

W zakresie przeprojektowania, nie przedstawił żadnego dowodu, że zmiany w tym zakresie będą wymuszać uzyskanie zamiennego projektu budowlanego. Mimo, że wiedział, iż w tym zakresie Zamawiający dysponuje opinią niezależnego biura projektowego uzyskaną

24

przed wyjaśnieniami Przystępującego. Wgląd bowiem dotyczył całości dokumentacji przetargowej. Odwołujący poprzestał na polemice z Zamawiającym i Przystępującym na rozprawie. Odwołujący kwestionował ewentualne możliwe warianty Zamawiającego, jednakże nie przedstawił własnego sposobu /jedynie wskazał, że zamierza zastąpić rozwiązanie przewidujące 6 wyciągarek 35 ton obejmującym 4 wyciągarki o wyższym udźwigu 45 ton/, a dokładnie nie przedstawił kosztów takich zmian jak przewidywane przez siebie /oświadczył jedynie, że należałoby zmienić parametry układu wieży szybowej, a koszty przeprojektowania to koszty szacunkowe 1 mln zł., podnosił też kwestie bliżej niesprecyzowanych lawinowych zmian w projekcie/. W ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania zasadności swoich twierdzeń, chociażby w zakresie swojej oferty. Izba uznaje także, że dysponował wbrew pozorom znaczną ilością informacji pozwalających na przedstawienie stosownej argumentacji popartej dowodami. Zwłaszcza takich które pozwoliłyby skonfrontować dowody i twierdzenia przedstawione przez Przystępującego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, ograniczył się do polemiki.

Nie potwierdziły się także argumenty odnośnie przygotowania dokumentacji projektowej z uwzględnieniem czasookresu związanego z zaangażowaniem przejściowym posiadanego przez Przystępującego sprzętu – wyciągarek 35 tonowych/ dowody załączone do wyjaśnień oraz zestawienie środków trwałych przeczą sugestiom Odwołującego, sprzęt był zaangażowany na etapie projektowania i jest tak nadal – dotyczy wyciągarek 35 t./.

Z dokumentacji wynika także, że ewentualny wariant zamiany projektu mogący być korzystniejszy dla Przystępującego nie jest wynikiem prac projektowych, ale zmiany SIWZ na

skutek zadanych pytań (wyjaśnienia treści SIWZ oraz zmiana SIWZ z 15.07.2016 r. – pytanie i odpowiedź nr 12).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

25

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości – 4289,00zł, tzn. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 570,00 zł zgodnie z przedłożonymi biletami PKP (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie łącznej 119,00 zł.

Przewodniczący:

.....

26