

WYROK

z dnia 3 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 20 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **TESGAS S.A z siedzibą w Dąbrowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa gazociągów wysokiego ciśnienia* (nr postępowania GDS/PSG15)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

A ZRUG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Energy System Toruń” sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, „Gazobudowa – Poznań” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

– zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – TEGAS S.A z siedzibą w Dąbrowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

1

Sygn. akt KIO 561/15

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

2

Sygn. akt KIO 561/15

Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „ppz” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Budowa gazociągów wysokiego ciśnienia* (nr postępowania GDS/PSG15).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej 2015/S_008-010138 z 13 stycznia 2015 r., z tym że 8 stycznia 2015 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej {www.grupasienna.pl}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez zamawiającego na kwotę 68.049.551,78 zł, co stanowi równowartość 16106784,02 euro, w tym:

- dla części 1 – 38.005.715 zł, co stanowi równowartość 8.995.648,42 euro,
- dla części 2 – 30.043.836,80 zł, co stanowi równowartość 7.111.135,60 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 83.700.948,71 zł, w tym:

- dla części 1 – 46.747.029,45 zł,
- dla części 2 – 36.953.919,26 zł.

11 marca 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym w zadaniu nr 1 – o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZRUG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również w skrócie „ZRUG”}, a także sklasyfikowaniu na odpowiednio drugim i trzecim miejscu ofert złożonych odpowiednio przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Energy System Toruń” sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, „Gazobudowa – Poznań” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również w skrócie: „Konsorcjum EST”} oraz przez Odwołującego – TEGAS S.A. z siedzibą w Dąbrowie {dalej również w skrócie „Tegas”}.

20 marca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następujących czynności lub zaniechań Zamawiającego w zadaniu nr 1: wyboru najkorzystniejszej oferty, zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez ZRUG i Konsorcjum

3

Sygn. akt KIO 561/15

EST jako zawierających rażąco niską cenę, zaniechania odrzucenia oferty ZRUG jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zaniechania odtajnienia (zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) całości wyjaśnień ZRUG i Konsorcjum EST dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez nich ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (ewentualnie w zw. z przepisami poniżej wymienionych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „uokik”} – przez jego niezastosowanie wobec oferty ZRUG, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
2. Art. 90 ust. 2 – przez błędną ocenę złożonych w trybie art. 90 ust. 1 przez wykonawców ZRUG oraz Konsorcjum EST wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
3. Art. 87 {na rozprawie Odwołujący skorygował, że chodzi o art. 89} ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 – przez błędną ocenę ofert wykonawców ZRUG oraz Konsorcjum EST oraz złożonych przez nich w trybie art. 90 ust. 1 i 2 wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia tych ofert jako zawierających rażąco niską cenę.
4. Art. 8 ust. 1, 2, 3 oraz art. 96 ust. 3 – przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny złożonej przez ZRUG oraz Konsorcjum EST, pomimo niewykazania przez nich, że zawarte tam dane stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa.
5. Art. 8 ust. 2 oraz 3 w zw. z art. 11 ust. 4 uznk – przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez ZRUG oraz Konsorcjum EST w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia

naczelnej zasady Prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zadaniu nr 1:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty ZRUG.
2. Dokonania ponownej oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty ZRUG jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.
4. Odrzucenia oferty Konsorcjum EST jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.
5. Odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny

4

Sygn. akt KIO 561/15

złożonych przez ZRUG.

6. Odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum EST.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

{stan faktyczny}

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na fakt, że Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części (zadania) {opisane w pkt 3.1 SIWZ}, jednocześnie dopuszczając składanie ofert częściowych maksymalnie na jedną z tych części (zadań) {pkt 4.1 SIWZ}.

Odwołujący następnie zrelacjonował, że w terminie składania ofert między innymi oferty złożyli: ZRUG na zadanie nr 1 oraz CETEL Serwis sp. z o.o. {dalej w skrócie: „CETEL”) na zadanie nr 2. Ponadto CETEL w celu wykazania, że spełnia warunki ubiegania się o zamówienie posłużył się, zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp, zasobem podmiotu trzeciego, tj. ZRUG, który udostępnił mu następujące zasoby: doświadczenie, dwie osoby z wymaganej przez zamawiającego kadry oraz niezbędne zasoby finansowe. Przy czym jednocześnie wskazano, że ZRUG będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca CETEL w zakresie realizacji robót budowlano-montażowych gazociągu wysokiego ciśnienia.

Odwołujący podkreślił także, że *w obu ofertach (CETEL i ZRUG), w częściach, które uzupełniali / sporządzali wykonawcy Istnieje szereg podobieństw (np. identyczne wstawienie, pogrubienia, wycięcia, odstępy, sformułowania, itp.). Dowód: – oferta ZRUG (u zamawiającego), – oferta CETEL (u zamawiającego).*

Odwołujący podał również, że wg przyjętych kryteriów oceny ofert najkorzystniejsze oferty złożyli: w zadaniu nr 1 – ZRUG (z ceną 17.760.000,00 zł netto), a w zadaniu nr 2 – CETEL (z ceną 13.836.000,00 zł netto).

Odwołujący wskazał również, że po złożeniu ofert i ich wstępnej ocenie Zamawiający wezwał m.in. obu tych Wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Przy czym CETEL złożył tak ogólne wyjaśnienia, że skutkiem tego było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 pzp.

{czyn nieuczciwej konkurencji – aspekty prawne}

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp i wywiódł, że z przepisu tego wynika dla zamawiającego obowiązek odrzucenie oferty w razie stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na to, że zarówno według orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej {w odwołaniu wskazano na wyroki: z 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12), 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14) i 23 grudnia 2013 r.

5

Sygn. akt KIO 561/15

(sygn. akt KIO 2851/13)}, jak i doktryny {w odwołaniu odesłano do: D. Szczepański, *Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, komentarz praktyczny*, Wydawnictwo ABC} należy tu brać pod uwagę zarówno przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący następnie przytoczył brzmienie art. 3 ust. 1 uznk i wywiódł, że jest to tzw. klauzula generalna, co oznacza, że każde działanie wyczerpujące znamiona tego przepisu

powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 3 i 7 uokik *Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające (...): 3) podziale rynku zbytu lub zakupu; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy i ceny.* Co istotne według Odwołującego, art. 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję.

Odwołujący stwierdził, że *porozumienie ograniczające konkurencję, a dotyczące przetargów (zarówno prywatnych jak i publicznych) określane są także jako tzw. „zmowa przetargowa”*. Zmowa taka może mieć charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego) tj. zawieranego pomiędzy konkurentami lub porozumienia wertykalnego (pionowego), tj. zawieranego przez przedsiębiorcę przystępującego do przetargu i jego organizatora. Odwołujący zastrzegł, że w tej sprawie mamy do czynienia z tym pierwszym rodzajem.

Odwołujący powołał się na doktrynę {w odwołaniu odesłano do: W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Lex 2012; K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 286; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002}, która wskazuje, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający

6

Sygn. akt KIO 561/15

z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium, itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że również orzecznictwo Prezesa UOKiK wskazuje na różnego rodzaju zmywy przetargowe, w tym jednoznacznie – co istotne według Odwołującego dla tej sprawy – na samo ustalenie, który z wykonawców o jaką część zamówienia będzie się ubiegał {w odwołaniu odesłano do tezy 118 decyzji Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r. (nr DOK-11/2014), publ. www.uokik.gov.pl} oraz ogólnie do decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 r. (nr RLU-38/2012)}.

Według Odwołującego podobnie według orzecznictwa Izby {w odwołaniu jako przykład wymieniono wyrok z 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12)} sam fakt ustalenia pomiędzy przedsiębiorcami, który z nich na jaki rejon (część zamówienia) startuje, skutkować powinien odrzuceniem oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący dodał, że także porozumienie o wycofaniu się z postępowania (nie braniu w nim udziału) jest tego rodzaju porozumieniem antykonkurencyjnym.

Odwołujący stwierdził, że według orzecznictwa i doktryny nie jest konieczne zawarcie porozumienia dotyczącego wszystkich warunków udziału w przetargu, a wystarczające jest porozumienie się w jednym z elementów postępowania lub co do tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach, wycofa się {w odwołaniu ponownie odesłano do tezy 118 decyzji Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r.

(nr DOK-11/2014)}.

Odwołujący wskazał również, że w przypadku zмовы przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania. Z tego względu na mocy art. 7 ust. 3 uokik zмова przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu zakazu w trybie art. 7 ust. 1 uokik {w odwołaniu w tym miejscu ponownie odesłano do: K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 286; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 86}

Wreszcie Odwołujący zauważył, że zgodnie z orzecznictwem Prezesa UOKiK sam

7

Sygn. akt KIO 561/15

fakt, że celem danego porozumienia jest chęć nieuczciwego podwojenia w stosunku do innych uczestników przetargu szansy na realizację zamówienia [co] ograniczyło uprawnienie zamawiającego do wyboru zwycięskiej oferty spośród ofert konkurencyjnych, jest wystarczający dla stwierdzenia, że dane porozumienie ogranicza konkurencję {w odwołaniu ponownie odesłano do decyzji Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r. (nr DOK-11/2014), tym razem do tezy 99; co istotne według Odwołującego w sprawie tej uznano za takie nieuczciwe rynkowo zwiększenie szansy na pozyskanie zamówienia działanie wykonawców polegające na tym, że podmiot X ubiegał się wraz ze swoimi konsorcjantami o zamówienie, a jednocześnie udostępnił swe zasoby podmiotowi Y i miał być jego generalnym podwykonawcą}.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie ma żadnego znaczenia forma porozumienia, które może być pisemne, ustne, a nawet dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji {w odwołaniu wskazano na wyrok SOKiK z 27 kwietnia 2011 r. (sygn. akt XVII AmA 44/09). Odwołujący zwrócił uwagę, że także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt sprawy {w odwołaniu wskazano na wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA *Hercules Chemicals NV p-ko Komisji*, wyrok sądu w sprawie T-305/94 NV *Limburgse Wijnl Maatschappij p-ko Komisji*}.

{kwestie proceduralne – wykazanie zмовы przetargowej}

Odwołujący wywiódł, że zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest wykazanie, że z *całokształtu okoliczności sprawy wniosek, że doszło do zawarcia zмовы przetargowej jest racjonalnym i logicznym wnioskiem tłumaczącym tego rodzaju współpracę (inne fakty)*. Odwołujący zauważył, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) {w odwołaniu przywołano jako przykład fragmenty uzasadnień wyroków Izby: z 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14) i 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13; a także powołano się na wyroki Izby: z 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)}.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że bardzo podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06): *Sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. (...) Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za*

8

Sygn. akt KIO 561/15

pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie.

Odwołujący podsumował, że w świetle powyższego nie powinno być wątpliwości co do tego, że opisany stan faktyczny i przywołane dowody, w tym oczywiste domniemanie faktyczne są wystarczające dla podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty ZRUG. Według Odwołującego wskazane w odwołaniu informacje i powołane dowody są w pełni wystarczające dla stwierdzenia, że doszło pomiędzy ZRUG a CETEL do tzw. zмовы przetargowej.

{porozumienie ZRUG - CETEL}

W ocenie Odwołującego w tej sprawie stan faktyczny jednoznacznie wskazuje na to, że doszło do zawarcia pomiędzy ZRUG a CETEL antykonkurencyjnego porozumienia zmierzającego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Dla Odwołującego nie istnieje bowiem żadne inne racjonalne wytłumaczenie zachowań obu tych wykonawców, a ich działania jednoznacznie wskazują na zawarcie porozumienia i wspólną koordynację ich działań.

Zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że wykonawcy ci musieli między sobą ustalić, który z nich o jakie zadanie (część zamówienia) będzie się ubiegać. W ten sposób, wiedząc o tym kto na jakie zadanie składa ofertę, wykluczyli konkurencję między sobą w poszczególnych zadaniach. Odwołujący stwierdził, że niewątpliwie mogło to ich skłaniać, szczególnie ZRUG, do złożenia wyższej oferty niż w warunkach konieczności konkurencji.

Odwołujący zauważył także, że działania ZRUG i CETEL – niezależnie od ustalenia części zamówienia, o które każdy z podmiotów będzie się ubiegać – wskazują na zawarcie porozumienia zmierzającego do obejścia zakazu, o którym mowa w pkt 4.1 SMZ. Zdaniem Odwołującego ubieganie się CETEL o zamówienie na Zadanie nr 2 było raczej pozorne, a rzeczywistym beneficjentem tego miał być ZRUG. W ten sposób ZRUG miał na celu podwojenie swojej szansy na pozyskanie zamówienia, gdyż oprócz szansy w zadaniu 1 stwarzał sobie szansę także w zadaniu nr 2.

W opinii Odwołującego tego rodzaju działanie z pewnością narusza dobry obyczaj lojalnego i uczciwego postępowania, zgodnie z ustalonymi regułami. Działanie takie zagraża, a wręcz narusza interes innego przedsiębiorcy (tu konkurentów) lub klienta (tu Zamawiającego). Oczywiście jest bowiem, że narusza interes konkurentów sytuacja, w której w sposób nieuczciwy zmniejsza się im szanse na pozyskanie zamówienia. Naruszony został także interes zamawiającego, który celowo ograniczył ubieganie się o zamówienie tylko do jednej części. Tymczasem ZRUG i CETEL zawierając tego rodzaju porozumienie

9

Sygn. akt KIO 561/15

spowodowały, że zakaz ten stał się iluzoryczny.

Zdaniem Odwołującego podobieństwa w obu ofertach wskazują na to, że porozumienie pomiędzy ZRUG a CETEL dotyczyło także treści samych ofert. Według Odwołującego podobieństwa w tych ofertach wskazują na ścisłą współpracę także przy przygotowaniu ofert przez oba podmioty.

Dla Odwołującego bardzo charakterystyczne jest także to, że po złożeniu ofert zarówno CETEL, jak i ZRUG wiedziały, że zarówno jedna jak i druga oferta jest najkorzystniejsza wg przyjętych kryteriów ofert. W tej sytuacji CETEL złożył takie wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 pzp, aby jego oferta została odrzucona i to bez utraty wadium. Zdaniem Odwołującego wszystkie okoliczności sprawy wskazują, że ZRUG mając pewność pozyskania zamówienia w zakresie zadania nr 1, zrezygnował w porozumieniu z CETEL z mniej atrakcyjnego zadania nr 2. Według Odwołującego takie zachowanie musiało być skutkiem porozumienia pomiędzy ww. wykonawcami, gdyż nie ma innego racjonalnego wytłumaczenia, i w sposób oczywisty wyrządza szkodę Zamawiającemu, a przynajmniej zmierzało do jej wyrządzenia.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonując oceny ofert działał zbyt zachowawczo, najpewniej obawiając się, że dowody na zмовę przetargową mają charakter pośredni. Jednakże w świetle orzecznictwa, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądu Najwyższego wymagania dowodowe w tego rodzaju sprawach są daleko bardziej liberalne niż w innych sprawach, a to ze względu na to, że oczywistym jest, że żaden z podmiotów zawierających tego typu nielegalne porozumienie nie chce zostawiać dowodów potwierdzających tego typu działanie.

W tej sytuacji zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był odrzucić oferty

ZRUG i CETEL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Przy czym Odwołujący zastrzegł, że wnosi o odrzucenie jedynie oferty ZRUG, gdyż nie ma interesu w kwestionowaniu zaniechania odrzucenia oferty CETEL, bo nie ubiegał się o udzielenie zamówienia w zakresie zadania 2.

{ad pkt 2 i 3 listy zarzutów}

{wstęp i rozważania teoretyczne}

Odwołujący zauważył, że przedmiotowe postępowanie toczy się według podstawie znówelizowanych z dniem 19 października 2014 r. przepisów pzp, co ma znaczenie, gdyż jednym z podstawowych celów tej nowelizacji było zapobieżenie składaniu ofert z nierealnymi i nierynkowymi cenami, które zakwalifikować można jako ceny rażąco niskie. Według Odwołującego w tym celu znówelizowano art. 90 ust. 1 i 2 pzp, przerzucając obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska na wykonawcę składającego daną

10

Sygn. akt KIO 561/15

ofertę (Odwołujący dodał, że już wcześniej taki pogląd był dość konsekwentnie prezentowany w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych).

Odwołujący podkreślił, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a w konsekwencji dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Według Odwołującego wynika to nie tylko z dotychczasowego orzecznictwa Izby {w odwołaniu wskazano jako przykłady wyroki Izby z: 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 262/09), 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1415/09), 9 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 934/13)} i sądów okręgowych (które jego zdaniem zachowało aktualność), ale również ze znówelizowanej treści art. 90 ust. 2 pzp, który jednoznacznie przerzuca na wezwanego do wyjaśnień wykonawcę ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił również stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), że *dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny* {w odwołaniu wskazano dodatkowo, że podobne stanowisko zostało wyrażone przez ten sam sąd w wyrokach z: 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3765/13), który dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2354/13), oraz 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13), który dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}.

Odwołujący stwierdził również, że w razie złożenia odwołania na wybór oferty wykonawcy uprzednio wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp, ocenie podlegać powinno, czy zamawiający, dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami, prawidłowo je ocenił.

Odwołujący dodał, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, a w tym zakresie mamy do czynienia ze zbiegiem norm prawnych

{ocena wyjaśnień złożonych przez ZRUG i Konsorcjum EST}

Zdaniem Odwołującego w świetle znówelizowanego art. 90 ust. 1 pzp Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek wezwać w trybie tego przepisu ZRUG i Konsorcjum EST do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę, a wystarczającym powodem było to, że *ceny zaoferowane przez wykonawców są o ok. 54 % (ZRUG) i ok 44 % (Konsorcjum EST) niższe od wartości szacunkowej zamówienia*. Jednocześnie według Odwołującego Zamawiający nie może korzystać z tej procedury wyłącznie z powodów formalnych, gdy ma uzasadnione przekonanie, że złożona oferta jest prawidłowo wyceniona {w odwołaniu stanowisko to zostało poparte teżą ze wskazanego jako przykład wyroku Izby

11

Sygn. akt KIO 561/15

z 1 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1423/13)).

Odwołujący podał, że wykonawcy ZRUG i Konsorcjum EST odpowiedzieli

na wezwania Zamawiającego pismami z 5 marca 2015 r.

Odwołujący stwierdził, że ze względu na zastrzeżenie wyjaśnień ZRUG jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, nie ma wiedzy, co one zawierają. *Niemniej w jego ocenie wyjaśnienia te muszą być mocno niewiarygodne, albowiem cena zaoferowana przez ZRUG jest całkowicie nierealistyczna, a za tę cenę nie ma możliwości wykonania przedmiotu Zadania nr 1.*

W związku z tym Odwołujący postuluje dokonanie przez KIO dokładnej analizy i weryfikacji tych wyjaśnień, w tym załączonych dowodów, w szczególności pod kątem wystąpienia okoliczności w przypadku ZRUG, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum EST Odwołujący stwierdził, że w tym przypadku w żadnej mierze nie można stwierdzić, aby pismo to zawierało tego rodzaju wyjaśnienia, które obalałyby domniemanie rażąco niskiej ceny i wykazywałyby, że jest to cena realna, za którą możliwe będzie wykonanie przedmiotu zadania nr 1.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienie ta są niezwykle lakoniczne, ogólnikowe i nie potwierdzają, że cena (jako całość) zaproponowana przez Konsorcjum EST nie jest rażąco niska. W opinii Odwołującego Wykonawca ten ogólnikowo wskazuje tylko na swoją wiedzę i doświadczenie jako uzasadniające należyte wyliczenie ceny, co samo w sobie uznać należy za niewystarczające, albowiem jego doświadczenie nie jest szczególnie unikalne

Według Odwołującego także załączone do tych wyjaśnień dowody są dalece niewystarczające do obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, że cena ta jest o 54% niższą niż wartość zamówienia określona przez Zamawiającego dla zadania nr 1. Odwołujący przytoczył art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp, stwierdzając, że w kontekście brzemienia powyższego przepisu trudno uznać, aby wyjaśnienia obu wykonawców spełniały powyższe wymagania.

Odwołujący wskazał także, że w związku z jednoznacznym i oczywistym przerzuceniem ciężaru wykazania kwestii rażąco niskiej ceny, a w zasadzie jej braku, Odwołujący nie ma obowiązku dowodzenia w tym zakresie. Z tego też powodu za całkowicie wystarczające do uznania zasadności odwołania są powyższe rozważania i twierdzenia.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawców ZRUG i Konsorcjum EST jako obalające domniemanie rażąco niskiej ceny, a Wykonawcy ci wykazali, że ich cena nie jest ceną rażąco niską, gdyż pisma obu wykonawców nie wskazują na żadne elementy opisane w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp, a wyjaśnienia są ogólnikowe i lakoniczne, szczególnie Konsorcjum EST.

12

Sygn. akt KIO 561/15

{ad pkt 4 i 5 listy zarzutów }

{zasada jawności postępowania}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest jawność tego postępowania, która może być ograniczona tylko w przypadkach ściśle określonych ustawą (art. 8 ust. 2 pzp). Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w doktrynie, że: (...) *Gwarancja powszechnego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców.*

Odwołujący, po przywołaniu brzmienia art. 8 ust. 3 pzp, stwierdził, że wprawdzie przepis ten przewiduje ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak ponieważ jest to wyjątek od zasady, nie może być on interpretowany rozszerzająco (zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*).

Odwołujący przywołał na poparcie powyższego stanowiska również fragment uzasadnienia wyroku z 2 września 2013 r. (sygn. akt KIO 1993/13).

Odwołujący podsumował, że wyłączenie zasad jawności musi mieć charakter wyjątkowy, a ocena zastrzeganych informacji musi być dokonywana wnikliwie i przez pryzmat pierwszeństwa zasady jawności postępowania.

{pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa”}

Odwołujący, po przywołaniu treści art. 11 ust. 4 u.z.n.k., stwierdził, że aby dana informacja mogłaby być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą dla niej być łącznie

spełnione trzy przesłanki: po pierwsze – nie została ona udostępniona do wiadomości publicznej, po drugie – musi ona posiadać wartość gospodarczą (niekoniecznie wyrażoną w pieniądzu), po trzecie – przedsiębiorca musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Odwolujący przywołał stanowisko Sądu Najwyższego co do rozumienia tych przesłanek {w odwołaniu wskazano, że zostało ono m.in. zaprezentowane w wyrokach z: 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00), 5 września 2001 r., (sygn. akt I CKN 1159/00), z 7 marca 2003 r. (sygn. akt I CKN 89/0)}.

{nieudowodnienie *faktu*, że *zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*}

Odwolujący podał, że 13 marca 2015 r. udostępniono mu jedynie część wyjaśnień Konsorcjum EST (odmawiając udostępnienia s. 2 tych wyjaśnień tj. tabeli z „ogólnymi kosztami budowy”) oraz odmówiono udostępnienia w całości wyjaśnień złożonych przez ZRUG, z tym że 16 marca 2015 r. otrzymał skan tych wyjaśnień, ale w wersji zawierającej jedynie kilka akapitów. Odmawiając udostępnienia całości tych wyjaśnień pełnomocnik

13

Sygn. akt KIO 561/15

Zamawiającego uzasadnił to dokonaniem przez ww. wykonawców zastrzeżeniem, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że powinien odtajnić wyjaśnienia w całości, z uwagi na brak udowodnienia przez ZRUG i Konsorcjum EST, że zastrzeżone przez nich informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwolujący zwrócił uwagę, że nowelizacja dokonana na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232) wprowadziła w art. 8 ust. 3 pzp wyraźny zapis, że jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które zostały zastrzeżone nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz co do których wykonawca wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca zmodyfikował ten przepis wyznaczając granice czasowe oraz nakazując wyraźnie wykazanie wykonawcy faktu, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący powołał się na uzasadnienie tej nowelizacji, w którym wskazano, że słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust 3 Pzp (w brzmieniu sprzed nowelizacji) 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* {w odwołaniu wskazano na druk sejmowy nr 1653 z 10 lipca 2013 r.}

Odwolujący zwrócił uwagę, że już przed nowelizacją wskazywano, że: *Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji* {w odwołaniu wskazano: wyrok Izby z 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1187/13}. Odwołujący stwierdził, że pogląd ten znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zdaniem którego, to na przedsiębiorcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa, w razie sporu, ciężar wykazania, że określone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorcy {w odwołaniu wskazano; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt I OSK 2112/13)}.

Odwolujący podniósł, że zarówno ZRUG jak i Konsorcjum EST nie wykazały, aby informacje zastrzeżone w ich wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny jako tajemnica

14

Sygn. akt KIO 561/15

przedsiębiorstwa miały taki charakter. *W definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są*

określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działanie takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia {w odwołaniu wskazano: wyrok Izby z 22 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1384/14)}.

Odwołujący stwierdził, że takich dowodów brak jednak w niniejszej sprawie, gdyż zarówno ZRUG jak i Konsorcjum EST ograniczyli się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów.

Przykładowo ZRUG powołał się tylko na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, w oparciu o treść art. 8 ust. 3 pzp wskazujemy, że wyjaśnienia niniejsze w całości, w szczególności zaś informacje o posiadanych urządzeniach oraz kosztorys i oferty załączone do niniejszego pisma stanowią tajemnicę handlową wykonawcy (jako nieujawnione do wiadomości publicznej informacje technologiczne, organizacyjne oraz informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności). W związku z powyższym zastrzegamy rzeczono wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wyrażamy zgody na ich udostępnianie ponieważ stanowią wartość handlową wykonawcy. {str. 4 pisma ZRUG z 5 marca 2015 r. (wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny)}.

Natomiast Konsorcjum EST utajniając tabelę zawartą w jego piśmie z 4 marca 2015 r. wskazało, że *w/w tabela może służyć jedynie do użytku wewnętrznego Zamawiającego i nie może być udostępniona osobom i firmom zewnętrznym**. {str. 2 pisma Konsorcjum EST z 4 marca 2015 r. – wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny}

W ocenie Odwołującego wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może się sprowadzać do ogólnikowego stwierdzenia, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, albo że nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Wykonawcy winni byli wykazać, że wszystkie trzy przesłanki składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione i należy to uzasadnić, czego nie uczynili. Z uwagi na powyższe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny złożonych przez ZRUG i Konsorcjum EST uznać należy za niezasadne i nieskuteczne.

{brak należytej oceny przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia}

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonując oceny zasadności zastrzeżenia, nie może oprzeć się tylko na oświadczeniu wykonawcy. Powinien dokonać dogłębnej analizy po kątem zgodności takiego zastrzeżenia z zasadą jawności. Odwołujący stwierdził, że jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji Istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego {w odwołaniu

Sygn. akt KIO 561/15

wskazano na uchwałę Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05)}. Odwołujący dodał, że zdaniem Sądu Najwyższego, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {w odwołaniu wskazano na wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00)}.

Zdaniem Odwołującego analiza orzecznictwa Izby w tym zakresie w pełni potwierdza ten pogląd {w odwołaniu przywołano fragmenty uzasadnień wyroków z: 3 listopada 2014 r. (sygn. akt: KIO 2134/14, KIO 2153/14), 7 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1529/13), z 17 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2773/13), 24 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 762/12)}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia ZRUG i Konsorcjum EST, woląc nie narażać się na ewentualne zarzuty naruszenia rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa i ewentualnie pozostawić sprawę rozstrzygnięciu pomiędzy wykonawców. W ocenie Odwołującego przyjęcie tych wyjaśnień jako uzasadniających skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do fikcyjności i iluzoryczności, wprowadzonej w art. 8 ust. 3 pzp zmiany nakazującej wykazanie przesłanek wyłącznie

jawności, z uwagi na tajemnice przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego czynność zastrzeżenia została dokonana tylko w celu uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Działanie takie nie powinno podlegać ochronie i należy się zatem zgodzić z wyrokiem Izby z dnia 29 stycznia 2013 r. {w odwołaniu wskazano sygn. akt KIO 83/13}, w którym stwierdzono, że *nie można podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego*

2 kwietnia 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik i art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik}

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie uprawdopodobnił, a tym bardziej nie wykazał, że doszło do wypełnienia przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez ZRUG.

16

Sygn. akt KIO 561/15

Zamawiający stwierdził, że podstawowa część argumentacji Odwołującego sprowadza się do uznania, że ZRUG w sposób niedozwolony zwiększył swoje szanse na uzyskanie zamówienia, co zostało wywiedzione z faktu udostępnienia CETEL potencjału wraz ze zobowiązaniem do podwykonawstwa. W ocenie Zamawiającego takie działanie nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyż prawnie dozwolona czynność udostępnienia potencjału nie może być traktowana jako czynność potwierdzająca zmwę przetargową czy też naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się z kolei do argumentacji, że ZRUG i CETEL składając oferty na inne zadania wykluczyli konkurowanie ze sobą, Zamawiający stwierdził, że również nie wskazuje ona na działanie niedozwolone, gdyż każdy z wykonawców musiał podjąć decyzję o złożeniu oferty na jedną część.

Zamawiający zauważył, że uczestnictwo obu tych wykonawców w tej samej części zamówienia (w kontekście udostępnienia wiedzy i doświadczenia) obarczone byłoby większą dozą wątpliwości co do zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego złożenie ofert w dwóch różnych częściach, czyli *de facto* w różnych postępowaniach, w których oferty są oceniane osobno, nie może być podstawą do stwierdzenia zmwę cenowej. Według Zamawiającego niezasadne jest również wywodzenie z tego faktu możliwości podwyższenia cen ofert składanych w warunkach przetargu nieograniczonego.

Odnosnie zarzucanego obejścia zakazu składania przez jednego wykonawcę oferty na oba zadania, zdaniem Zamawiającego okoliczność, że ZRUG miał być podwykonawcą CETEL nie może naruszać uczciwej konkurencji, gdyż jest to zgodne z art. 26 ust. 2b pzp. Zamawiający podkreślił, że nie skorzystał z przewidzianego w art. 36a pzp uprawnienia do ograniczenia możliwości powierzenia podwykonawcom kluczowych elementów robót budowlanych.

Ponadto według Zamawiającego ponieważ obaj wykonawcy zamierzali korzystać z podwykonawców, częściowo w zakresie tych samych prac, nie można uznać, że celem działania ZRUG było pozyskanie całego zamówienia w części 2 dla siebie. Zamawiający dodał, że ponieważ nie żądał wskazania nazw podwykonawców, nie można wykluczyć, że może nim zostać każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W opinii Zamawiającego dalsze argumenty odwołania mające potwierdzać zmwę pomiędzy ZRUG a CETEL, stanowią tylko domysły niepoparte ustaleniami faktycznymi.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie sprecyzował podobieństw sposobu formatowania oferty i uzupełnień. Jednakże już pobieżna analiza ofert i oraz wyjaśnień i uzupełnień złożonych przez ZRUG i CETEL pozwoliła Zamawiającemu na stwierdzenie,

17

że nie ma takich podobieństw, o których wspomniano w odwołaniu. Według Zamawiającego jedyne podobieństwa występują w zakresie dokumentów, które zostały przygotowane z zastosowaniem przygotowanych przez niego wzorów, takich jak formularz oferty, wykazy, oświadczenia itp., które były załącznikami do s.i.w.z.

W opinii Zamawiającego twierdzenie, że CETEL intencjonalnie złożył wyjaśnienia niskiej ceny, nie wykazane przez niewystarczające rażąco zostało Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego wykonawca ten, najwyraźniej nie będąc w stanie uzupełnić zaświadczenia z ZUS złożonego w nieodpowiedniej formie, nie włożył wysiłku w wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, które nie mogły zmienić tego, że będzie wykluczony z postępowania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zauważył, że gdyby wykonawcy pozostawali w zмовie, ich działanie powinno zmierzać do pozyskania obu części zamówienia, stąd należałoby się spodziewać ze strony CETEL zachowania odwrotnego – uzupełnienia dokumentu i wyjaśnienia ceny oferty w możliwie najpełniejszy sposób.

Zamawiający podsumował, że według niego Odwołujący nie wykazał, aby złożenie przez ZRUG oferty w części 1 zamówienia naruszało przepisy prawa lub też dobry obyczaj.

{zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny}

Zamawiający oświadczył, że przeprowadził procedurę wyjaśnienia ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp w części 1 zamówienia w stosunku do 3 wykonawców, których cena odbiegała o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia (Odwołujący, ZRUG oraz Konsorcjum EST).

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia ZRUG oraz Konsorcjum EST były adekwatne do treści wezwania, które brzmiało: *Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 907 z późn. zm.), zw. dalej „ustawą Pzp”, Pełnomocnik Zamawiającego wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności proszę o przedstawienie proszę o przedstawienie kalkulacji ceny z podaniem informacji co do kosztów pracy, materiałów, opłat, zysku i innych elementów składowych ceny. Kalkulacji towarzyszyć powinny wyjaśnienie i dowody co do realności przyjętych podstaw wyceny.* Złożone wyjaśnienia zawierały kalkulację ceny z informacjami nt. kosztów pracy, materiałów zysku i innych opłat (kosztów). Ponadto zawierały obligatoryjnie wymagane w obecnym stanie prawnym dowody, tj. oferty pozyskane od podwykonawców i poddostawców. Tak przedstawione informacje zostały ocenione przez Zamawiającego jako wiarygodne i tym samym oferty wykonawców nie zostały odrzucone.

Zamawiający podniósł również, że obliczona przez niego wartość szacunkowa

Sygn. akt KIO 561/15

zamówienia była znacząco wyższa od cen złożonych ofert zarówno w zadaniu nr 1, jak i zadaniu nr 2. Najdroższa oferta w zadaniu nr 1, złożona przez Budimex S.A., zawierała cenę, która była niższa od wartości zamówienia o 25%. Zamawiający powołał się również na to, że w innych postępowaniach prowadzonych przez pełnomocnika Zamawiającego z zakresu wykonywania robót w sektorze przesyłania i dystrybucji gazu sytuacja taka występuje regularnie.

{zarzut zaniechania ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa}

Zdaniem Zamawiającego nieudostępnienie przez niego części wyjaśnień dotyczących ceny w ofercie ZRUG oraz Konsorcjum EST było prawidłowe i zgodne z art. 8 ust. 3 pzp w związku z art. 11 ust. 4 uzk

Zamawiający oświadczył, że dokonał wnikliwej oceny przedstawionych materiałów, czego efektem było okazanie części dokumentów, w tym również takich, które Wykonawcy ci zastrzegli w całości, z zaczerpniętymi informacjami, które Zamawiający uznał za prawidłowo zastrzeżone, oraz z odtajnionymi pozostałymi informacjami.

Zamawiający zacytował brzmienie art. 11 ust. 4 uzk i wywiódł z niego analogicznie jak Odwołujący trzy przesłanki uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tym że odnośnie podjęcia przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności, Zamawiający dodał, że na kanwie nowego brzmienia art. 8 ust. 3 pzp wykonawca zobowiązany jest wskazać uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa wraz ze złożeniem oferty, co w przypadku składania uzupełnień lub wyjaśnień oferty oznacza konieczność złożenia uzasadnienia wraz z uzupełnieniami lub wyjaśnieniami. Według Zamawiającego w przypadku obu Wykonawców, których dotyczy odwołanie, miało to miejsce.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia obu Wykonawców zawierają informacje m.in. nt. wykorzystywanych do realizacji zamówienia materiałów budowlanych i technik wykonywania robót, które stanowią informacje techniczne i technologiczne, gdyż dotyczą sposobu montażu przy zastosowaniu odpowiednich technologii i maszyn, których praktycznym celem jest uzyskanie gazociągu o satysfakcjonujących Zamawiającego parametrach zgodnych z wymaganiami umowy.

Zamawiający stwierdził, że w treści wyjaśnień ZRUG znajdują się informacje obejmujące know-how w zakresie wypracowanych w toku realizacji kolejnych projektów metod wykonywania robót przy zastosowaniu odpowiednich technik i maszyn, które pozwalają na sprawny montaż i wdrażanie, a tym samym mogą umożliwiać obniżenie kosztów realizacji umów i zminimalizować konieczność wykonywania napraw gwarancyjnych, co może przekładać się na konkretne korzyści finansowe Wykonawcy, a zatem ma wymierną

19

Sygn. akt KIO 561/15

wartość gospodarczą. Tym samym według Zamawiającego została wypełniona pierwsza przesłanka.

Ponieważ z informacji podanej w wyjaśnieniach ZRUG wynika, że wymienione informacje techniczne i technologiczne nie są i nigdy nie były podawane do publicznej wiadomości, według Zamawiającego tym samym Wykonawca zarówno uzasadnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jak dochował należytej staranności w zakresie zapewnienia tajności ww. informacji, co stanowi dopełnienie przesłanki drugiej i trzeciej.

Zdaniem Zamawiającego podobnie należy traktować wszelkie informacje dotyczące poddostawców lub podwykonawców, które znajdują się w treści wyjaśnień obu wykonawców. Zamawiający wywiódł, że ponieważ informacje te są zwykle efektem indywidualnych negocjacji, szeroko pojmowana działalność konkurencyjna może ingerować w takie relacje i doprowadzić do zniechęcania podwykonawców do kontynuowania współpracy z wykonawcą, a konieczność poszukiwania nowych kontrahentów może skutkować podniesieniem cen jednostkowych oraz ograniczeniem szans na uzyskanie zamówień i osiągnięcie zysków w przyszłości.

Zamawiający dodał, że według wyjaśnień informacje na temat ofert podwykonawców nie były ujawniane do publicznej wiadomości.

Dodatkowo odnośnie wyjaśnień Konsorcjum EST Zamawiający podkreślił, że utajniono tylko kosztorys, który z racji tego, że jest przygotowywany na okoliczność konkretnego wezwania nie był ujawniany do publicznej wiadomości.

Zamawiający powołał się również na to, że postępował w taki sam sposób z wyjaśnieniami otrzymanymi od wszystkich wykonawców. W tym uznał, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, które co do konstrukcji i zawartych dowodów są analogiczne do wyjaśnień ZRUG czy EST, są tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego nieodstąpienie przez Odwołującego od zastrzeżenia własnych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza fakt skutecznego zastrzeżenia podobnych materiałów przez innych wykonawców.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego drogą elektroniczną 23 marca 2015 r. kopii odwołania – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły 25 marca 2015 r. w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez:

- ZRUG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Energy System Toruń” sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, „Gazobudowa – Poznań” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Wobec dokonania tych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego

20

terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Szczegółowo swoje stanowisko Przystępujący Konsorcjum EST zaprezentował w piśmie z 1 kwietnia 2015 r.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczoney – 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 zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpień i dalszym piśmie Przystępującego ZRUG, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp 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: po pierwsze – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w którym złożył ofertę na zadanie 1 sklasyfikowaną na trzecim miejscu, po drugie – może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które spowodowały zaniechanie odrzucenia ofert Przystępujących, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były

zawarte w odwołaniu. Zarzut, o którym mowa w tym przepisie, nie sprowadza się do wskazania przepisu lub przepisów ustawy pzp, których naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, gdyż kształtują go przede wszystkim okoliczności faktyczne i (w mniejszym stopniu) prawne przywołane dla uzasadnienia, że dane działanie lub zaniechanie zamawiającego jest niezgodne z przepisami pzp. Izba jest zatem uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności uzasadniających jego wniesienie przez wykonawcę. Innymi słowy okoliczności zawarte w odwołaniu mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby, gdyż konstytuują podlegający rozpoznaniu zarzut, który nie może być zmieniony lub rozszerzony przez przywołanie nowych okoliczności na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. O ile na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może bowiem dowody przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp.

W ocenie składu orzekającego takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.*

Natomiast w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: *O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) wywiódł, że: Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (v: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 7 października 2011 r. w sprawie KIO 2054/11).*

W konsekwencji Izba pominęła dowody dotyczące okoliczności podniesionych dopiero na rozprawie, a treść ustnych i pisemnych stanowisk zaprezentowanych w toku postępowania odwoławczego została wzięta pod uwagę jedynie w zakresie dodatkowej argumentacji na poparcie lub odparcie zarzutów, które były zawarte uprzednio w odwołaniu.

I. zarzut dotyczący oferty ZRUG jako czynu nieuczciwej konkurencji

22

Sygn. akt KIO 561/15

Zarzut zawarty w odwołaniu Izba uznała za niezasadny.

Z pkt 1 listy zarzutów oraz uwag poczynionych w ramach ogólnych wywodów prawnych wynika, że złożenie przez ZRUG oferty miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uokik, polegający na zawarciu pomiędzy ZRUG a CETEL zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 uokik porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, które miałyby polegać na: (...) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego ofert, organizatorem przetargu warunków składanych w szczególności zakresu prac lub ceny {art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik został wskazany w pkt 1 listy zarzutów, a następnie przytoczony na str. 8 odwołania}, względnie na podziale rynków zbytu lub zakupu {art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik przytoczony na str. 8 odwołania}. Według odwołania każde z porozumień ograniczających konkurencję w przetargu stanowi tzw. zmwę przetargową, a w tym przypadku mamy do czynienia ze zmwą horyzontalną, czyli pomiędzy wykonawcami.

Należy jednak zauważyć, że o ile art. 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję (a te z kolei mogą mieć charakter wertykalny lub horyzontalny), o tyle w doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji termin „zmowa przetargowa” odnoszony jest wyłącznie do postaci porozumienia stypizowanej w pkt 7. Nie wiadomo zatem do czego odnieść przywołanie w ramach ogólnych rozważań brzmienia art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik, który nie dotyczy zarzucanej zmwę przetargowej.

Według dalszej części odwołania dotyczącej analizy porozumienia ZRUG - CETEL {str. 12 - 13 odwołania} zarzucana zmowa przetargowa miałyby polegać na ustaleniu przez ZRUG i CETEL, że będą się ubiegać odpowiednio o zadanie 1 i 2, czyli że nie będą ze sobą konkurować. Alternatywnie porozumienie miałyby dotyczyć obejścia przez ZRUG zakazu ubiegania się o obie części zamówienia, w ten sposób, że złożenie przez CETEL oferty w drugim zadaniu miało służyć zwiększeniu szansy ZRUG na uzyskanie zamówienia w ogóle. Przy czym porozumienie przewidywało również, na wypadek gdyby obu sygnatariuszom udało się złożyć oferty z najniższą ceną w danej części zamówienia, że CETEL złoży takie wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, aby zamawiający był zmuszony ją odrzucić. Tak sprecyzowanych form współpracy nie odniesiono już do uprzednio wskazanych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ani do wyszczególnionych w doktrynie postaci zmwę przetargowej, poprzestając na konstatacji, że było to

23

porozumienie zmierzające do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Ponadto w odwołaniu uprzednio wskazano {str 6 - 7} jako okoliczności wskazujące na zмовę przetargową {w tej części odwołania nie dokonano żadnego przyporządkowania ich pod kątem dalszej argumentacji}: po pierwsze – posłużenie się przez CETEL – dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także sytuacji finansowej, w całości (wiedza i doświadczenie, potencjał finansowy) lub częściowo (potencjał osobowy) – zasobami udostępnionymi przez ZRUG, który miał być też jego podwykonawcą w zakresie realizacji robót budowlano-montażowych gazociągu wysokiego ciśnienia; po drugie – podobieństwa edytorskie ofert i uzupełnień złożonych przez ZRUG i CETEL.; po trzecie – złożenie przez CETEL wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp, gdy otwarcie ofert ujawniło, że ZRUG i CETEL złożyli oferty z najniższymi cenami, tak ogólnych wyjaśnień, aby ich skutkiem było odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zarzut zawarty w odwołaniu nie może być uwzględniony, gdyż przedstawione w odwołaniu okoliczności, w większości bezsporne, są dalece niewystarczające, aby stwierdzić, że doszło do zмовы przetargowej pomiędzy ZRUG a CETEL. Skromny zakres sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, które miałyby świadczyć o nagannym zachowaniu ZRUG i CETEL kontrastuje z kołażem generalnych rozważań prawnych, które choć dotyczą szerokiego spektrum zagadnień prawa ochrony konkurencji, nie mogą zastąpić wykazania zarzucanej zмовы przetargowej.

Izba ustaliła, że spośród powyżej streszczonych okoliczności zawartych w odwołaniu, tylko dwie pierwsze mają charakter obiektywnych i jednoznacznych faktów, a pozostałe dwie stanowią w rzeczywistości oceny wybiórczo potraktowanych faktów. Podobieństwo ofert jest w tej sprawie okolicznością dyskusyjną, o czym szerzej poniżej. Z kolei, co prawda faktem jest, że oferta CETEL została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 pzp z powodu złożenia wyłącznie ogólnego oświadczenia o prawidłowości zaoferowanej ceny. Jednak w odwołaniu przemilczano fakt podniesiony w odpowiedzi na odwołanie i piśmie Przystępującego, że CETEL został również wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż do oferty załączył zaświadczenie z ZUS w niewłaściwej formie (wydruk dokumentu elektronicznego), a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp przedstawił zaświadczenie w odpowiedniej formie, ale wystawione z datą po upływie terminu składania ofert, co zostało uznane za niewykazanie braku podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert. Przy czym oba wezwania nastąpiły jednocześnie 2 marca 2015 r., jednocześnie również – 5 marca 2015 r. odpowiedział na nie CETEL. Okoliczności te wprost wynikają z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania.

24

Sygn. akt KIO 561/15

Powyższe ustalenie ma znaczenie, gdyż podważa adekwatność oceny Odwołującego, że CETEL celowo złożył takie wyjaśnienia, aby Zamawiający odrzucił jego ofertę. Co charakterystyczne Odwołujący nie twierdził, że CETEL celowo załączył do oferty zaświadczenie z ZUS w niewłaściwej formie lub celowo nie uzupełnił tego braku. Tym samym za prawidłową należy uznać ocenę Zamawiającego i Przystępującego ZRUG, że CETEL nie przykładął wagi do wyjaśnień dotyczących ceny, gdyż składając je wiedział już, że nie jest w stanie wykazać braku podstaw do wykluczenia.

Nie bez znaczenia jest również brak zdecydowania Odwołującego co do tego, na czym miałyby polegać zмова pomiędzy ZRUG a CETEL w tym przetargu nieograniczonym. W ramach ogólnych rozważań prawnych wskazano 7 postaci zмовы przetargowej wyszczególnianych w doktrynie, co nie znalazło żadnego przełożenia na analizę charakteru porozumienia pomiędzy ZRUG a CETEL. W tej części odwołania, pomimo deklarowanego braku wątpliwości co do jednoznaczności stanu faktycznego, Odwołujący jest tylko pewny, że zawarto porozumienie zmierzające do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, ale nie jest w stanie jednoznacznie się wypowiedzieć na czym polegało. Czy na porozumieniu dwóch niezależnych od siebie podmiotów, że nie będą ze sobą konkurować w postępowaniu i złożą ofertę na inne części zamówienia. Czy na porozumieniu dwóch nieformalnie powiązanych ze sobą podmiotów, że podmiot „zależny” (CETEL) złoży ofertę na inne zadanie niż podmiot „dominujący” (ZRUG), aby zwiększyć szansę tego ostatniego na uzyskanie zamówienia w ogóle. W ocenie składu orzekającego Izby są to alternatywne

postaci zmowy, w tym sensie, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego mogłaby zaistnieć tylko jedna z nich, a nie obie jednocześnie. W odwołaniu zdaje się przeważać druga wersja, w szczególności przypisywane CETEL dążenie do odrzucenia jego własnej oferty nie przystaje do wersji o zmowie dotyczącej podziału przedmiotowego zamówienia pomiędzy Przystępujących, aby nie musieli między sobą konkurować. Z kolei w konkluzji pisma z 2 kwietnia 2015 r. Odwołujący wskazał na porozumienie polegające na wymianie informacji, kto zamierza na jaką część złożyć ofertę, co zdaje się być złagodzoną wersją pierwszej. Taki dualizm stanowiska czyni nieuprawnionym ocenę Odwołującego, że zawarte w odwołaniu okoliczności są wystarczające, czy wręcz jednoznaczne, skoro w grę wchodzi dwie wzajemnie wykluczające się postaci zmowy.

O ile Izba nie podziela optymizmu Zamawiającego, że prawnie dopuszczalne instytucje prawne Prawa zamówień publicznych (udostępnienie zasobów, podwykonawstwo, konsorcjum) jako takie nie mogą być wykorzystane do bezprawnych antykonkurencyjnych praktyk, gdyż w oczywisty sposób przeczy temu praktyka obrotu analizowana przez doktrynę i orzecznictwo dotyczące ochrony konkurencji, o tyle nie sposób zaakceptować stanowiska Odwołującego, który korzystając z tego dorobku, usiłuje przedstawić zaledwie kilka

25

Sygn. akt KIO 561/15

okoliczności jako poszlaki tworzące całokształt prowadzący do jednoznacznego wniosku, którego jednak sam nie jest w stanie jednoznacznie wyartykułować. Według logiki stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu, jeżeli o udzielenie zamówienia ubiega się dwóch wykonawców, z których jeden udostępnia drugiemu zasoby i ma być jego podwykonawcą, oznacza to zawsze zmwę. Jeżeli składali oferty na inne części zamówienia – tym bardziej. W oczywisty sposób takie postawienie sprawy nie jest wystarczające, gdyż nie można takich sytuacji automatycznie zakwalifikować jako wypełnienie normy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Świadczą również o tym również wielokrotnie przywoływane w odwołaniu decyzje Prezesa UOKiK, które ponadto zapadły na tle odmiennych niż w tej sprawie, a przede wszystkim szczegółowo ustalonych na podstawie obszernego materiału dowodowego okoliczności faktycznych.

Przywoływana kilkakrotnie w odwołaniu decyzja z 30 grudnia 2014 r. nr DOK-11/2014 dotyczyła sytuacji, w której przy braku podziału zamówienia na części stwierdzono zmwę polegającą na tym, że jeden wykonawca {dalej: „wykonawca T”} zapewnił sobie *de facto* możliwość dwukrotnego złożenia oferty na ten sam przedmiot zamówienia – raz jako członek swojego konsorcjum i raz jako kompleksowy podwykonawca innego wykonawcy {dalej: „wykonawca Q”}. I do takiej sytuacji zostało odniesione, wyrwane w odwołaniu z kontekstu {a także niedokładnie zacytowane}, stwierdzenie o nieuczciwym podwojeniu w stosunku do innych uczestników przetargu szansy na realizację zamówienia oraz ograniczeniu zamawiającemu wyboru spośród ofert rzeczywiście konkurujących {por. pkt 99 i 103 uzasadnienia tej decyzji}. W takim też kontekście stwierdzono, że takie działanie zniekształca konkurencję w ramach danego przetargu, gdyż łagodzi presję konkurencyjną pomiędzy ofertami, w które zaangażowany jest przedsiębiorca, który dwukrotnie złożył ofertę {por. pkt 105 uzasadnienia tej decyzji}. Z kolei zostało to stwierdzone na podstawie całokształtu okoliczności, na który składały się następujące istotne ustalenia: (1) wykonawca T przygotował dla swojego konkurenta w przetargu (wykonawcy Q) kompleksową ofertę podwykonawczą, która swym zakresem obejmowała wszystkie elementy rozbicia ceny ofertowej; (2) wykonawca T aktywnie poszukiwał dla wykonawcy Q podmiotów trzecich, z którymi ten miałby podjąć współpracę, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu; (3) wykonawca Q zdecydował się na przyjęcie oferty podwykonawczej od wykonawcy T, mimo wiedzy, że ten również będzie stratał w przetargu; (4) wykonawca Q nie poszukiwał na rynku alternatywnych ofert podwykonawczych, (5) wykonawca Q, gdy rzekomo dowiedział się podczas otwarcia ofert, że jego potencjalny kontrahent jest faktycznie jego konkurentem, co spowodowało, że „poczuł się wystawiony”, nie zdecydował się na wycofanie z przetargu, co mógł uczynić (przez nieprzedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium) bez

26

ponoszenia konsekwencji {por. pkt 116 w zw. z pkt 104 i 112 uzasadnienia tej decyzji}. Co więcej, wbrew temu co zasugerowano w odwołaniu, decyzja ta nie wskazuje, że samo ustalenie który z wykonawców o jaką część zamówienia będzie się ubiegał stanowi zmwę przetargową {por. treść pkt 118 uzasadnienia tej decyzji wskazanego w tym kontekście w odwołaniu}.

W oczywisty sposób stan faktyczny w tej sprawie jest odmienny, a zatem nieadekwatne jest wyprowadzanie z niego wniosków o zmwie polegającej na nieuczciwym zwiększaniu kosztem innych wykonawców szans na uzyskanie zamówienia, tudzież niekorzystnym dla organizatora przetargu osłabieniu presji cenowej. Ponadto odwołanie w ogóle nie odnosi się do kwestii zakresu podwykonawstwa ZRUG w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Z tego powodu za bezpodstawny należy uznać zarzut obejścia ograniczenia możliwości złożenia oferty do jednej części, gdyż wymagałoby to wykazania generalnego charakteru podwykonawstwa ZRUG. Z kolei wywodzenie pozornego i niesamodzielnego charakteru uczestnictwa CETEL z faktu niezłożenia odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, jak już powyżej wskazano, okazało się bezpodstawne.

Dopiero w piśmie złożonym na posiedzeniu Odwołujący podniósł okoliczność stałej współpracy pomiędzy ZRUG a CETEL, która miałaby dodatkowo uprawdopodobniać ich zmwę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, zwłaszcza że dotychczas to CETEL był podwykonawcą ZRUG, a nie odwrotnie. Odwołujący przedstawił także dowody wskazujące na to, że w latach 2010-2012 ZRUG był drugim najważniejszym klientem CETEL, choć w 2013 r. już nie mieścił się na liście najważniejszych klientów. Izba zważyła, że zarzut zawarty w odwołaniu nie obejmuje w ogóle takiej okoliczności, a zatem z z mocy art. 192 ust. 7 pzp nie ma ona znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a zatem dowody w tym zakresie są zbędne. Dotyczy to również zgłoszonych na dowód powiązań gospodarczych pomiędzy ZRUG a CETEL dowodów: z wydruku strony internetowej CETEL {na którym w trybie podglądu wydruku zamiast logotypu CETEL pojawia się nazwa ZRUG}, z wydruku korespondencji elektronicznej ZRUG z dostawcą rur z końca stycznia 2015 r. {w której ZRUG pytał o rury do obu zadań}, przy czym drugi z tych dowodów w ogóle jest nieprzydatny do wykazania zgłoszonej tezy dowodowej.

Na marginesie można zauważyć, że nie wiadomo dlaczego utrzymywanie relacji handlowych, które znajduje odzwierciedlenie w powszechnie dostępnych dokumentach {sprawozdania zarządu CETEL z działalności}, miałyby w tym konkretnym przypadku świadczyć o zmwie przetargowej. Skoro poza wszelkim sporem jest, że CETEL nie mógłby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia bez udostępnienia mu zasobów przez podmiot trzeci, nie dziwi, że zwrócił się w tym celu do ZRUG, z którym dotychczas kooperował jako jego podwykonawca. Bezcelowe jest zatem dowodzenie powyższymi

sprawozdaniami, a także dodatkowym dokumentem {pn. *Raport premium o firmie Cetel Serwis sp. z o.o.*} faktycznej niezdolności CETEL do samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i samodzielnej jego realizacji, gdyż jest to okoliczność bezsporna. Natomiast żaden z tych dokumentów nie stanowi dowodu na twierdzenie, że CETEL był jedynie figurantem sterowanym przez ZRUG.

Izba nie stwierdziła również w ofertach ZRUG i CETEL szeregu podobieństw (np. identycznych wstawień, pogrubień, wycięć, odstępów, sformułowań itp.), które mogłyby pośrednio dowodzić ścisłej współpracy powyższych wykonawców przy sporządzaniu ofert. Odwołanie zawiera jedynie enigmatyczną konstatację i ogólnikowe powołanie się na całość ofert jako jej potwierdzenie. Do odwołania nie załączono również tych ofert z zaznaczonymi podobieństwami. Nie przeszkodziło to Odwołującemu jednocześnie podnosić jakoby miało to wskazywać na wspólne ustalanie przez ZRUG i CETEL treści ofert. Dopiero w piśmie z 2 kwietnia 2015 r. Odwołujący sprecyzował te okoliczności dotyczące podobieństw – jako rzekomo wskazujące na zmwę polegającą na podziale między ZRUG a CETEL części zamówienia. Takie działanie należy uznać za spóźnione, gdyż okoliczności te mogły i powinny zostać zawarte w odwołaniu, a jedynie dowody (czyli oferty) mogły zostać zgłoszone do zamknięcia rozprawy.

Na marginesie skład orzekający stwierdza, że wyliczone w piśmie podobieństwa,

pozornie liczne, mają w istocie marginalny charakter lub są wręcz wątpliwe. Trafnie przy tym Zamawiający zidentyfikował, że ich źródłem jest stosowanie gotowych wzorów dokumentów, które były załączone do s.i.w.z. (formularz ofertowy, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, wykaz robót budowlanych, wykaz osób, oświadczenie o udostępnieniu zasobów) lub funkcjonowały w związku z innymi postępowaniami prowadzonymi przez Grupę Sienną (oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej). Warto dodać, że z uzasadnień orzeczeń Izby przywołanych w uzasadnieniu odwołania wynika, że przesłanką do wnioskowania o zaistnieniu zмовы była zbieżność ofert o znacznie większym zakresie, zarówno co do liczby dokumentów, jak i istotności stwierdzonych podobieństw.

Nieprzekonująca jest również wersja o zмовie polegającej na ustaleniu przez ZRUG i CETEL, że będą się ubiegać odpowiednio o zadanie 1 i 2, czyli że nie będą ze sobą konkurować. Skoro na mocy decyzji Zamawiającego ofertę można było złożyć tylko na jedną część zamówienia, każdy z wykonawców z założenia musiał zrezygnować ze składania oferty w innej części zamówienia. Z kolei złożenie przez dwóch wykonawców oferty w jednym zadaniu powoduje zmniejszenie konkurencji w drugim. Dla dowolnej pary dwóch wykonawców przy dwóch zadaniach równie prawdopodobne jest, że obaj złożą oferty na zadanie 1 albo obaj złożą oferty na zadanie 2 albo każdy z nich złoży ofertę na inne

28

Sygn. akt KIO 561/15

zadanie.

Przystępujący ZRUG w piśmie z 1 kwietnia 2015 r. w przekonujący sposób uzasadnił, że wybrał zadanie 1, gdyż jego przedmiotem jest budowa gazociągu na odcinku będącym bezpośrednią kontynuacją budowanego przez niego już odcinka, co ze względów ekonomicznych, organizacyjnych i technologicznych jest korzystne. Jest to spójne z uprzednio składanymi wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty, w których powoływał się na taką okoliczność. Nie było to kwestionowane przez Odwołującego, który z siebie wiadomych powodów również uznał zadanie 1 za atrakcyjniejsze. Skoro wybór tego zadania był obiektywnie racjonalny, dla jego dokonania nie miało znaczenia posiadanie wiedzy o zamiarze ubiegania się przez CETEL o zadanie 2 {w piśmie z 1 kwietnia 2015 r. ZRUG przyznał, że CETEL zwrócił się do niego z propozycją podwykonawstwa w zadaniu 2}.

Należy zauważyć, że w sytuacji polegania przez CETEL na zasobach ZRUG, który miał być także jego podwykonawcą, racjonalne było złożenie przez CETEL oferty w innym niż ZRUG zadaniu. Przy takich uwarunkowaniach złożenie przez CETEL i ZRUG oferty w tym samym zadaniu, jak trafnie zauważył Zamawiający, w dużo większym stopniu wzbudziłoby podejrzenia co do zawarcia przez nich zмовы przetargowej. Byłaby to sytuacja potencjalnie zbliżona do opisanej w powyżej przywołanej decyzji Prezesa UOKiK. Gdyby dodatkowo okazało się po otwarciu ofert, że CETEL i ZRUG plasują się odpowiednio na 1 i 2 miejscu, a następnie CETEL wycofałby się z przetargu (np. przez niezłożenie odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp), wręcz nieuchronne byłoby posądzenie o istnienie zмовы pomiędzy nimi, a Odwołujący miałby ułatwione zadanie, aby to wykazać, już chociażby z tego względu, że jednoznacznie mógłby wskazać na czym ta zмова miałaby polegać.

II. zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie ZRUG i ofercie Konsorcjum EST

Zarzuty zawarte w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających

29

warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający zaznacza, że nie podziela stanowiska wyrażonego w odwołaniu, że złożenie wyjaśnień niewystarczających merytorycznie może być poczytywane w rozumieniu art. 90 ust. 3 pzp za niezłożenie wyjaśnień, co należy ograniczać do sytuacji braku udzielenia jakiejkolwiek odpowiedzi na wezwanie, względnie polegającej wyłącznie na kwestionowaniu wezwania.

Wobec niejednoznaczności stanowiska wynikającego z odwołania co do skutków nowelizacji art. 90 ust. 1 pzp, skład orzekający wskazuje, że według literalnego brzmienia tego przepisu, jeżeli zachodzą kryteria przykładowo w nim wskazane, zamawiający nie ma wyboru i musi wezwać do wyjaśnień, w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego, gdzie nie było sztywnej granicy, kiedy cena ma wzbudzić jego wątpliwości.

W ocenie składu orzekającego zarzuty zawarte w odwołaniu, choć formalnie o możliwie najszerszym zakresie, mają ogólnikowy charakter. Ceny ofert ZRUG i Konsorcjum EST zostały zakwestionowane, gdyż są niższe odpowiednio o 54% i 44% od wartości szacunkowej zamówienia, poza tym w odwołaniu podano wysokość netto tych cen, a zatem wartość szacunkowa podlega już wyliczeniu. Wyjaśnienia złożone przez ZRUG, niezależnie od ich treści – z którą Odwołujący nie mógł się zapoznać w całości – mają być niewiarygodne, gdyż za taką cenę oferty nie ma możliwości wykonania zadania 1. Na tej samej zasadzie załączone do tych wyjaśnień dowody – nieznane w ogóle Odwołującemu – zostały uznane za dalece niewystarczające. Udostępniona część wyjaśnień została zakwestionowana jako ogólnikowe powołanie się na posiadaną wiedzę i doświadczenie. Z kolei wyjaśnienia Konsorcjum EST – z którymi Odwołujący mógł się zapoznać, z wyjątkiem tabelarycznego ogólnego zestawienia kosztów budowy – zostały ocenione jako lakoniczne,

ogólnikowe i niepotwierdzające, że cena oferty nie jest rażąco niska.

W odwołaniu zamieszczono również uwagę, z której wynika, że powyższe okoliczności mają być całkowicie wystarczające, gdyż Odwołujący nie ma obowiązku dowodzenia w zakresie wykazania rażąco niskiej ceny.

Takie stanowisko zdaje się zasadzać na art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp, według którego ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja dotycząca rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego nie zwalniała Odwołującego od przedstawienia w odwołaniu, które zainicjowało to postępowanie, okoliczności uzasadniających podniesienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący zdaje się nie rozróżniać okoliczności faktycznych konstytuujących zarzut, czyli określonych twierdzeń o faktach, z których wywodzi skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Art. 190 w kolejnym ust. 1a pzp wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie

zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Przystępujący nie mieli zatem obowiązku wykazywania, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w zakresie wykraczającym poza zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne. Izba zważyła, że zarówno Przystępujący ZRUG, jak i Przystępujący Konsorcjum EST powołali się na rozprawie na swoje wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Abstrahując od rozważań co do tego, czy w aktualnym stanie prawnym aktualne lub potrzebne {wobec brzmienia art. 90 ust. 2 pzp} jest wyprowadzanie z art. 90 ust. 1 pzp domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego w tym trybie, w okolicznościach sprawy moc takiego domniemania należałoby uznać za co najmniej ograniczoną. Odwołujący celowo epatuje procentowym odbieganiem cen ofert od wartości szacunkowej, a pomija, że o ile Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania 1 blisko 47 mln zł, o tyle ceny ofert złożonych na to zadanie kształtowały się następująco {według danych odczytanych podczas otwarcia ofert}: 21.844.800,00 zł (ZRUG),

31

Sygn. akt KIO 561/15

26.629.500,00 zł (Konsorcjum EST), 28.132.560,00 zł (Odwołujący), 32.841.000,00 zł (PGNiG Technologie S.A.) i 35.068.758,78 zł (Budimex S.A.), a więc wszystkie znacząco odbiegały od tego oszacowania, a jednocześnie sama średnia cen tych ofert nie powodowałaby konieczności wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Wyjaśnienia z 4 marca 2015 r. złożone przez Konsorcjum EST sprowadzają się do przedstawienia uproszczonych założeń finansowych, przedstawionych w formie tabelarycznego zestawienia kosztów budowy i załączenia dowodów potwierdzających rynkowych charakter tych kosztów w postaci ofert od podwykonawców i dostawców materiałów. Wyjaśnienia z 5 marca 2015 r. złożone przez ZRUG zawierają przede wszystkim szczegółowy kosztorys ofertowy, do którego załączono oferty handlowe od podwykonawców i dostawców materiałów.

Odwołujący przemilczał, że taki sposób prezentacji wyjaśnień odpowiada wezwaniu Zamawiającego, który skonkretyzował, że oczekuje przedstawienia kalkulacji ceny z podaniem informacji co do kosztów pracy, materiałów, opłat, zysku i innych elementów składowych ceny, a także wyjaśnień i dowodów co do realności przyjętych podstaw wyceny.

W tych okolicznościach sformułowany w odwołaniu zarzut odnośnie wyjaśnień Konsorcjum EST jest nie tylko ogólnikowy, ale i nieadekwatny, gdyż nie wiadomo co miałyby oznaczać lakoniczność i ogólnikowość tabelarycznego zestawienia kosztów budowy, a także dlaczego dane w niej przedstawione i poparte załączonymi dowodami nie mogą potwierdzać realności zaoferowanej ceny.

Izba zważyła, że Odwołujący dopiero w piśmie z 2 kwietnia 2015 r. wskazał jako okoliczności podważające wyjaśnienia Konsorcjum EST, że załączone do nich oferty dotyczą: po pierwsze – jedynie 56,25% całości ceny oferty, po drugie – odmiennego zakresu prac niż wskazany w formularzu oferty jako przewidywany do powierzenia podwykonawcom. Okoliczności te zostały wywiedzione z treści dokumentów, które były dostępne Odwołującemu przy sporządzaniu odwołania. Z uwagi na normę art. 192 ust. 7 pzp Izba nie wzięła pod uwagę tych okoliczności, gdyż nie były zawarte w odwołaniu.

Po zapoznaniu się treścią wyjaśnień Konsorcjum EST Izba nie stwierdziła, aby zawarty w odwołaniu zarzut błędnej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego należało uznać za zasadny.

Z kolei zarzucaną wyjaśnieniom ZRUG ogólnikowość można odnieść jedynie do udostępnionej Odwołującemu we fragmentach części opisowej, a już nie do ich całości, nie mówiąc o szczegółowej kalkulacji oferty wraz z załączonymi dowodami. Przy czym opisowa część stanowi jedynie wstęp i nie może być rozpatrywana w oderwaniu od całości. Nie sprowadza się ona również do ogólnikowego powołania się na doświadczenie, gdyż wskazywane są również inne okoliczności w odniesieniu do zasadniczych etapów robót,

32

w tym posiadany sprzęt, dostęp do materiałów, technologia wykonania prac etc.

Skoro Odwołujący zdecydował się podnieść zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień ZRUG, nie powinno sprowadzać się to do ogólnikowego postulowania, aby Izba dokonała weryfikacji tych wyjaśnień *pod kątem wystąpienia okoliczności (...), o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp*. Również w przypadku stawiania zarzutu w ciemno Odwołujący, jeżeli chce mieć szansę na jego uwzględnienie, powinien sprecyzować jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie, a nie tylko odsyłać do brzmienia przepisu. W sytuacji Odwołującego, który również składał takie wyjaśnienia, nie powinno nastęrczać trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody niewystarczające.

Tym niemniej Izba możliwie szczegółowo zapoznała się z wyjaśnieniami ZRUG z 5 marca 2015 r. wraz z załączonymi do nich dowodami i stwierdziła, że nie są one ani lakoniczne, ani ogólnikowe, a prezentują oczekiwane przez Zamawiającego w wezwaniu informacje dotyczące sposobu kształtowania ceny oferty w ujęciu kosztorysu szczegółowego, które zostały poparte załączonymi dowodami. Niezasadny jest zatem zarzut, że Zamawiający powinien ocenić te wyjaśnienia odmiennie, niż to uczynił. W konsekwencji bezpodstawny jest zarzut, że cena oferty ZRUG jest rażąco niska.

III. zarzuty dotyczące nieudostępnienia wyjaśnień ZRUG i Konsorcjum EST

Zarzuty naruszenia przepisów wymienionych w pkt 4 i 5 listy zarzutów Izba uznała za zasadne, ale bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 8 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne {ust. 1}. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie {ust. 2}. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu {ust. 3}. Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa 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.

W odwołaniu adekwatnie i wyczerpująco opisano istotne okoliczności faktyczne co do sposobu zastrzeżenia i wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZRUG i Konsorcjum EST przy składaniu Zamawiającemu wyjaśnień odnośnie cen złożonych ofert. Sprowadzało się to do zdań w brzmieniu powyżej zacytowanym za odwołaniem. Okoliczności te były ponadto niesporne.

Izba zważyła, że *de lege lata* art. 8 ust. 3 pzp nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Zamawiający

ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to często miało miejsce w poprzednim stanie prawnym.

W konsekwencji poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 pzp oznacza, że *de facto* wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Powyższe stanowisko znajduje oparcie we wcześniejszym orzecznictwie Izby {por. uzasadnienia wyroków z: 26 lutego 2015 r. (sygn. akt 306/15), 2 marca 2015 r. (sygn. akt

34

Sygn. akt KIO 561/15

279/15) i również z 2 marca 2015 r. (sygn. akt 291/15)}, a także zostało zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie składu orzekającego oczywiste jest, że Konsorcjum EST poprzestało jedynie na zastrzeżeniu, że nie życzy sobie udostępnienia tabeli nr 1 z wyjaśnień, wprost nie nazywając nawet zawartych tam danych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W przekonaniu składu orzekającego również ZRUG nie uczynił zadość wymaganiom art. 8 ust. 3 pzp, gdyż sprecyzował jedynie zakres zastrzeżenia jako odnoszący się do całości wyjaśnień, w szczególności do kosztorysu i posiadanych maszyn. Przystępujący ZRUG podjął próbę wykazania zasadności tak poczynionego zastrzeżenia dopiero w toku postępowania odwoławczego, co jest bez znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, któremu takie uzasadnienie nie zostało przedstawione. Należy zauważyć, że obszerność i treść uzasadnienia, zarówno zawartego w piśmie Przystępującego z 1 kwietnia 2015 r., jak i domniemanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, dobitnie obrazuje, że przy składaniu wyjaśnień z 5 marca 2015 r. nic nie zostało wykazane.

Izba stwierdziła jednakże, że stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 pzp nie ma i nie może już mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, a zatem według art. 192 ust. 2 pzp nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odtajnienie i udostępnienie informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na ustalony przez Zamawiającego wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący, pomimo że nie znał częściowo wyjaśnień Przystępujących co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 pzp, które Izba rozpoznała i uznała za niezasadne. W konsekwencji nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Przystępującego ZRUG jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

35

Sygn. akt KIO 561/15

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

.....

.....