Sygn. akt KIO 2717/10

WYROK
z dnia 30 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Izabela Kuciak
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 grudnia 2010 r. przez **WARBUD Spółkę Akcyjną, 02-342 Warszawa, ul. Al. Jerozolimskie 162 A** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Gmina Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecina, 70-456 Szczecin, pl. Armii Krajowej 1**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ERBUD Spółki Akcyjnej, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A, 2) MAXI-STAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Uściskowiec 4, 64-600 Oborniki, 3) Tomasza Kaczmarka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne MAXI-STAR KONSTRUKTOR Zakład Pracy Chronionej Tomasz Kaczmarek, Uściskowiec 4, 64-600 Oborniki,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecina, 70-456 Szczecin, pl. Armii Krajowej 1** i nakazuje:
1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **WARBUD Spółkę Akcyjną, 02-342 Warszawa, ul. Al. Jerozolimskie 162 A,**

Sygn. akt KIO 2717/10

2) dokonać wpłaty kwoty **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecina, 70-456 Szczecin, pl. Armii Krajowej 1** na rzecz **WARBUD Spółki Akcyjnej, 02-342 Warszawa, ul. Al. Jerozolimskie 162 A,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt KIO 2717/10

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecina, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. „Budowa Filharmonii Szczecińskiej im. M. Karłowicza w Szczecinie, przy ul. Małopolskiej".

7 grudnia 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: 1) ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, 2) MAXI-STAR spółki z o.o. z siedzibą w Uściskowcu, 3) Tomasz Kaczmarek – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne MAXI-STAR KONSTRUKTOR Zakład Pracy Chronionej z Uściskowca (zwane dalej również „Konsorcjum ERBUD" lub „Przystępującym")

17 grudnia 2010 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp, poprzez dokonanie następujących czynności w sposób sprzeczny z tymi przepisami:

1. Nieujawnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Konsorcjum ERBUD.
2. Wybór oferty Konsorcjum ERBUD jako najkorzystniejszej.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności polegającej na nieujawnieniu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Konsorcjum ERBUD.
2. Unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.
3. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
4. Odrzucenie oferty Konsorcjum ERBUD.
5. Uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał w szczególności na następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

Czynność Zamawiającego dotycząca nieujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum ERBUD narusza zasady określone w art. 8 ust. 2 i 3 ustawy pzp. W myśl art. 8 ust. 2 pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei stosownie do

art. 8 ust. 3 pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, przy czym wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 pzp. Zatem Zamawiający może ograniczyć dostęp tylko do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa określonych przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) 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 odniesieniu do Konsorcjum ERBUD zakres powyższych informacji jest bardzo ograniczony, gdyż ERBUD S.A. jest spółką publiczną, notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych i ma obowiązek udostępniać do publicznej wiadomości wiele informacji dotyczących sytuacji ekonomicznej, w tym przede wszystkim sprawozdań finansowych obrazujących kompleksowo sytuację spółki, jak również pozyskanych zamówień, czy struktury spółki. Oznacza to, że w odniesieniu do Konsorcjum ERBUD tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić mogą w zasadzie informacje techniczne i technologiczne, natomiast z uwagi na ich jawność, nie będą to informacje organizacyjne. Odwołujący

przypuszcza, że w swoim wyjaśnieniu Konsorcjum ERBUD oparło się wyłącznie na informacjach organizacyjnych. W przedmiotowym postępowaniu to Zamawiający sporządził dokumentację projektową, w związku z czym brak tutaj niejawnych informacji technicznych czy technologicznych. Dlatego w ocenie Odwołującego w wyjaśnieniu Konsorcjum ERBUD nie znalazły się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem brak jest podstaw do uznania informacji tam zawartych za niepodlegające ujawnieniu stosownie do art. 8 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

Po zapoznaniu się z cenami zaoferowanymi w złożonych ofertach w postępowaniu Odwołujący stwierdza, iż oferta złożona przez Konsorcjum ERBUD powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający określił wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia publicznego na kwotę 98.668.524,59 zł (netto), a przed otwarciem ofert podał 120.400.000,00 zł (brutto) jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum ERBUD złożyło ofertę na kwotę 81.719.600 złotych brutto, tj. o 38.680.400 złotych tańszą od szacunków Zamawiającego (co stanowi o ponad 32% różnicy). Konsorcjum ERBUD zaproponowało również cenę znacząco odbiegającą od cen innych uczestników, przy czym różnica pomiędzy kolejną ofertą złożoną

przez Odwołującego wynosi ponad 13 mln złotych, co przy skali przedsięwzięcia wykracza znacząco poza różnice występujące na rynku robót budowlanych, a w porównaniu do średniej ceny pozostałych ofert różnica ta rośnie do ponad 23.400.000 zł.

Zgodnie z opinią doktryny „rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym" (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 169). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07, o cenie rażąco ruskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia na Budowę Filharmonii Szczecińskiej należy zwrócić uwagę na szczególny przedmiot zamówienia. W celu prawidłowego wykonania robót budowlanych niezbędne jest zastosowanie materiałów o szczególnej jakości, tj. zapewniających osiągniecie celu jakim jest wykonanie budynku ze szczególną troską o akustykę. Dla wykonania robót niezbędne jest pozyskanie materiałów odbiegających od materiałów powszechnie używanych z budynkach innego rodzaju. Materiały te stanowią znaczący udział w cenie całkowitej oferty, a ich zastosowanie wpływa na jej wysokość większą niż przy obiektach kubaturowych o porównywalnej skali, ale jednocześnie nie wymagających zastosowania takich materiałów (zarówno wykończeniowych, jak i w części konstrukcyjnych). Nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum ERBUD przy uwzględnieniu szczególnego rodzaju materiałów niezbędnych dla prawidłowego wykonania zamówienia.

Z tego też powodu Odwołujący uważa, że zachodzi domniemanie złożenia oferty z rażąco niską cenę, co wobec przeprowadzenia procedury wyjaśnienia tej ceny, stawia w konsekwencji przed Zamawiającym obowiązek odrzucenia oferty konsorcjum ERBUD.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

23 grudnia 2010 r., na skutek wezwania Zamawiającego z 20 grudnia 2010 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Konsorcjum ERBUD, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowisko a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie w toku rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2 marca 2010 r. nr 2010/S 42-061361, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.szczecin.pl).

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 2 marca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 118.426.230,00 zł, co stanowi równowartość 30.848.197,45 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 120.400.000,00 zł.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż został w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp pozbawiony możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się tym interesem, gdyż złożył ofertę drugą pod względem ceny, która zgodnie z s.i.w.z. jest jedynym kryterium oceny ofert, uwzględnienie odwołania otwiera przed Odwołującym realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Izba na podstawie przepisu art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję Zamawiającego przeciwko przystąpieniu Konsorcjum ERBUD, gdyż Zamawiający zgłaszając opozycję nie uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, po stronie którego zgłosił przystąpienie. Zamawiający podniósł bowiem, iż wobec złożenia przez Konsorcjum ERBUD oferty z najniższą ceną, która została wybrana jako najkorzystniejsza, uwzględnienie odwołania oznacza dla niego stratę. Izba zważyła, iż interes jakim ma się legitymować zgłaszający przystąpienie (art. 185 ust. 2) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować

wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 pzp). Konsorcjum ERBUD wskazało w zgłoszeniu przystąpienia, iż nie ma możliwości wykonania zamówienia za kwotę wskazaną w ofercie, która stanowi rażąco niską cenę – jest zatem zainteresowane uwzględnieniem odwołania. Uwzględniając powyższe oraz fakt zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba dopuściła Konsorcjum ERBUD do udziału w tym postępowaniu w charakterze Przystępującego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, pisma Zamawiającego z 26 listopada 2010 r., pisma Konsorcjum ERBUD z 3 grudnia 2010 r., pisma WARBUD S.A. z 6 grudnia 2010 r., pisma Zamawiającego z 7 grudnia 2010 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, w tym zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej Konsorcjum ERBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a także oświadczenia Stron i Uczestnika oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, a podtrzymanych na rozprawie, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp z uwagi na to, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na poniżej opisane okoliczności w niniejszej sprawie miał szczególne znaczenie przepis art. 191 ust. 2 pzp, zgodnie z którym Izba wydając wyrok, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (odwoławczego).

26 listopada 2010 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 pzp zwrócił się do Konsorcjum ERBUD o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że cena oferty Przystępującego, wynosząca 81.715.600,00 zł, co stanowi około 65% wartości szacunkowej „brutto" (kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) oraz znacznie odbiegająca od cen pozostałych złożonych ofert w postępowaniu – wymaga skorzystania z instytucji wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. 3 grudnia 2010 r. Konsorcjum ERBUD przesłało w odpowiedzi 101 stron, z czego 7 stron obejmowało właściwe wyjaśnienia, a na pozostałe strony złożyło się 9 załączników – dowodów na potwierdzenie podnoszonych w wyjaśnieniach okoliczności. Zamawiający dokonując 7 grudnia wyboru oferty Konsorcjum ERBUD jako najkorzystniejszej, przesądził tym samym, iż dokonał pozytywnej oceny udzielonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami.

W niniejszej sprawie Izba nie oceniała jednak, czy ta dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych 3 grudnia 2010 r. była prawidłowa z punktu widzenia

obiektywnych kryteriów wskazanych w przepisie art. 90 ust. 2 pzp, gdyż z uwagi na stan

niniejszej sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego jest to zbędne dla jej rozstrzygnięcia. Izba zważyła bowiem, iż oświadczenie Konsorcjum ERBUD zawarte w treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z 23 grudnia 2010 r. czyni uprzednio złożone wyjaśnienia nieaktualnymi, a dokonaną przez Zamawiającego ocenę tych wyjaśnień bezprzedmiotową. Istotne natomiast jest to, iż Zamawiający, pomimo otrzymania kopii zgłoszenia przystąpienia, w ogóle nie wziął pod uwagę treści oświadczeń w nim zawartych. Tymczasem wskazuje ona na nieadekwatność i niekompletność wcześniej złożonych wyjaśnień, w których nie odniesiono się do okoliczności dotyczących oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W szczególności wskazana okoliczność nieuwzględnienia wyceny prac związanych z akustyką obiektu filharmonii czyni niewiarygodnymi złożone w pkt. 1 wyjaśnień z 3 grudnia 2010 r. ogólnikowe oświadczenie o uwzględnieniu wszystkich wymagań s.i.w.z., z uwzględnieniem wymagań dokumentacji projektowej oraz wzoru umowy. Przystępujący potwierdził zatem okoliczność podnoszoną przez Odwołującego, która skłoniła go zresztą do wnikliwej analizy złożonej oferty pod kątem szczególnych wymagań przedmiotu zamówienia. Wobec tego należy uznać, iż w ostatecznym rozrachunku Zamawiający winien ustalić, iż cena oferty Konsorcjum ERBUD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pomimo niewątpliwej niedogodności dla Zamawiającego wynikającej z ujawnienia się tej okoliczności dopiero po wniesieniu odwołania, przepisy ustawy pzp umożliwiały Zamawiającemu uwzględnienie takiej zmiany również na tym etapie postępowania.

Wobec powyższego niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, iż w świetle art. 6 kodeksu cywilnego Odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Natomiast w ocenie Izby to Zamawiający nie udowodnił stawianych pod adresem Przystępującego zarzutów, iż stanowisko zajęte przez niego w toku postępowania odwoławczego stanowi obejście przepisów o związaniu ofertą i utracie wadium w razie odmowy podpisania umowy. Stwierdzić bowiem należy, iż Konsorcjum ERBUD nie miałoby prawnej możliwości zniweczenia uprzednio złożonych wyjaśnień, gdyby nie odwołanie wniesione przez WARBUD S.A., na co jednak Przystępujący nie miał żadnego wpływu.

Potwierdził się również zarzut nieprawidłowego ograniczenia przez Zamawiającego dostępu do informacji zawartych w opisanych powyżej wyjaśnieniach Konsorcjum ERBUD z 3 grudnia 2010 r., to jest zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 pzp.

W odpowiedzi na pisemny wniosek Odwołującego z 6 grudnia 2010 r. o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający 7

grudnia 2010 r. odpisał, iż z uwagi na zastrzeżenie przez Konsorcjum ERBUD tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie udostępni złożonych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Zamawiający wskazał, iż „w świetle analizy powyższego materiału (…) nie jest uprawniony do udostępnienia dokumentu złożonego przez Konsorcjum". Przebieg rozprawy wskazuje jednak na to, iż analiza ta była powierzchowna i *de facto* sprowadzała się do poddania się przez Zamawiającego perswazyjnemu działaniu opatrzenia 67 ze 101 stron przesłanych przez Konsorcjum ERBUD swoistym „znakiem wodnym" z klauzulą „Ściśle tajne nie udostępniać pod rygorem odpowiedzialności karnej" oraz przytoczenia w pkt. 5 wyjaśnień przepisów karnych ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający nie zwracał się do Konsorcjum ERBUD w celu ustalenia, czy rzeczywiście wszystkie 101 stron zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, choć część z nich wcale nie została opatrzona przywołaną powyżej klauzulą, nie mówiąc już o bardziej dogłębnej analizie treści przekazanych informacji pod kątem tego czy stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą dla Konsorcjum ERBUD, nieujawnione przez nie do wiadomości publicznej, co do których podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dopiero na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż w załącznik obejmujący kopie faktur od kontrahentów ERBUD S.A. uważa za podlegające objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa

Pomimo wniosku Odwołującego z 6 grudnia 2010 r., potwierdzonego stanowczo

odwołaniem wniesionym 17 grudnia 2010 r. oraz zasadniczej zmiany okoliczności spowodowanej otrzymaniem 23 grudnia 2010 r. stanowiska Konsorcjum ERBUD, wnoszącego o uwzględnienie tego odwołania w całości – Zamawiający pozostał bierny i nie zawiadomił pozostałych uczestników postępowania o odtajnieniu treści wyjaśnień z 3 grudnia 2010 r. Na rozprawie Zamawiający stwierdził z kolei, iż oczekiwał na złożenie przez Odwołującego kolejnego wniosku w tym zakresie. Tymczasem z art. 8 pzp wynika, iż jawność postępowania jest zasadą a nie wyjątkiem, wobec tego niezwłocznie po ewidentnym odpadnięciu podstaw do jej ograniczenia przez Zamawiającego, winien on niezwłocznie zawiadomić Odwołującego o możliwości wglądu do wyjaśnień, do których uprzednio odmówił mu wglądu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 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), uwzględniając w ramach uzasadnionych kosztów Odwołującego wynagrodzenie jego pełnomocnika w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku (faktury VAT) przedłożonej do akt sprawy – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……