Sygn. akt: KIO 382/14

WYROK
z dnia 14 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Terlan sp. z o.o. w Poznaniu i Blejkan sp. z o.o. w Szczecinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Koninie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mazur sp. z o.o. w** Świeciu, **Z……..** Ś……., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego we Wrocławiu** oraz **Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych Remkan sp. z o.o. w Poznaniu,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obcią a wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Terlan sp. z o.o. w Poznaniu i Blejkan sp. z o.o. w Szczecinie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Terlan sp. z o.o. w Poznaniu i Blejkan sp. z o.o. w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Terlan sp. z o.o. w Poznaniu i Blejkan sp. z o.o. w Szczecinie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Koninie** kwotę

3.634,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset trzydziestu czterech złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

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

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 382/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Koninie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „renowacja kanalizacji sanitarnej w ramach projektu rozbudowa i modernizacja systemu kanalizacyjnego Miasta Konina – Etap II".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 22 listopada 2013 r. nr 2013/S 227-394417.

W dniu 17 lutego 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Terlan sp. z o.o. w Poznaniu i Blejkan sp. z o.o. w Szczecinie, zwanych dalej „odwołującym", o wyborze jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mazur sp. z o.o. w Świeciu, Z…….. Ś……., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego we Wrocławiu oraz Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych Remkan sp. z o.o. w Poznaniu, zwanych dalej „przystępującym".

W dniu 27 lutego 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez przystępującego,
2) zaniechania czynności odrzucenia oferty zło onej przez przystępującego,
3) czynności powtórnego wezwania przystępującego do zło enia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
4) zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 4 lutego 2014 r. wraz z załącznikami.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania w odniesieniu do oferty przystępującego ze względu na fakt, e wykonawca ten nie udzielił na ądanie zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz ze względu na to, e zło one przez ww. wykonawcę pismo potwierdza, e zaoferowana przez niego cena jest ceną ra ąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na fakt, e oferta ta zawiera ra ąco niską cenę,
2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców, wskutek powtórnego wezwania przystępującego pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
3) art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień z dnia 4 lutego 2014 r. wraz z załącznikami składanych przez przystępującego jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 29 stycznia 2014 r. pomimo tego, e wyjaśnienia te nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) uniewa nienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty zło onej przystępującego,
2) powtórzenia oceny ofert i odrzucenia oferty przystępującego, ze względu na fakt, e:
   a) wykonawca ten nie udzielił na ądanie zamawiającego odpowiednich wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
   b) zawiera ona ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3) uniewa nienia powtórnego wezwania przystępującego pismem z dnia 29 stycznia 2014 roku do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
4) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień z dnia 4 lutego 2014 r. wraz z załącznikami składanych przez przystępującego jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 29 stycznia 2014 r.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, e zamawiający wezwał przystępującego do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dwukrotnie. Najpierw pismem z dnia 22 stycznia 2014 r., na które to wezwanie otrzymał odpowiedź datowaną na dzień 28 stycznia 2014 r., a następnie zamawiający ponownie skierował takie wezwanie datowane na dzień 29 stycznia 2014 r., na które otrzymał odpowiedź wykonawcy datowaną na dzień 4 lutego 2013 r. Podkreślił, e zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę dokładnie do tego samego to jest wyjaśnienia całości oferty, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji 27.4. Wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zło ył pismo datowane na dzień 28 stycznia 2014 r. Pismo to w swej istocie nie mo e być uznane za wyjaśnienia, albowiem nie zawiera adnego z elementów z art. 90 ust. 2 Pzp, a jego ogólnikowość i lakoniczność nie pozwala go w ten sposób zakwalifikować. Zwracał uwagę na to, e o ile dopuszczalne są działania zamawiającego zmierzające do tego, aby wyjaśnić kwestie nie do końca jasne w zło onych

ju wyjaśnieniach, szczególnie gdy jest to obiektywnie uzasadnione, to nie do zaakceptowania jest sytuacja gdy zamawiający wielokrotnie wzywa wykonawcę do dokładnie tego samego, co miało miejsce w niniejszej sprawie. W ocenie odwołującego zamawiający powinien był ocenić zaoferowaną cenę jedynie z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 28 stycznia 2014 r., pomijając jako spóźnione wyjaśnienia z dnia 4 lutego 2014 r.

Co do pisma z 28 stycznia 2014 r. odwołujący podniósł, e pismo to jest jedynie przytoczeniem ró nego rodzaju ogólnych rozwa ań prawnych dotyczących kwestii ra ąco niskiej ceny, m.in. w kontekście ceny ryczałtowej. Brak jest natomiast odniesienia się do konkretnych elementów uzasadniających taką, a nie inną cenę. Jedynym konkretem jest wskazanie, e jeden z wykonawców – M…… sp. z o.o. jest producentem „wykładzin rękawowych", brak jest jednak jakiegokolwiek opisu w jaki sposób wpłynęło to na wysokość zaoferowanej ceny i na ile dało to lub mogło dać przewagę konkurencyjną temu wykonawcy. Zatem tak e i ten element wyjaśnień jest całkowicie bezwartościowy. Odwołujący wywiódł, e przystępujący praktycznie w aden sposób nie odniósł się do kwestii ceny z pozycji 27.4.

Niezale nie od powy szego odwołujący podniósł, e o ra ąco niskiej cenie w przypadku oferty przystępującego mo na mówić ju choćby po porównaniu cen zaoferowanych przez niego do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Cena zaoferowana przez przystępującego wynosi 10.348.682,48 zł netto (12.728.879,45 zł brutto), podczas gdy zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 27.303.540 zł brutto, a kwotę jaką postanowił przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienie określił na poziomie 22.198.000 zł netto. Odwołujący podniósł równie , e kolejna oferta tj. oferta odwołującego jest dro sza o blisko 50%, a następna zło ona przez konsorcjum Sekisui jest dro sza o ok. 60 % i wreszcie ostatnia z ofert (Górnośląskiego Zakładu Gazownictwa sp. z o.o.) o ok. 80% dro sza.

Odwołujący wywiódł nadto, e przystępujący istotnie zani ył wycenę robót w zakresie poz. 27.4 tj. „Wykonanie renowacji studzienek/komór kanalizacyjnych" (s. 127 oferty). Nie ma bowiem takiej mo liwości, aby za wskazaną przez tego wykonawcę kwotę (ok. 10.800 zł) wykonać tę renowację. Jej koszt, uwzględniając szczególnie zakres prac do wykonania, szczegółowo opisany w dokumentacji przetargowej, wynieść musi minimalnie ok. 1.000.000 zł, taką te kwotę wskazał zamawiający w opracowaniu dot. oszacowania przedmiotu zamówienia. Zresztą przystępujący zdaje się nie kwestionować tego faktu (tak wynika z ich wyjaśnień z dnia 28 stycznia 2014 r.), tylko wywodzi, e stratę na tej pozycji „odrobi na innych". Zdaniem odwołującego przystępujący nie uwzględniło tak e rzeczywistych kosztów prac projektowych, zani ając je w sposób bardzo istotny bo o ok. 350.000 zł. Wybrany wykonawca tak e nie uwzględnił rzeczywistego kosztu pracy pracowników, choć koszt samej kadry wymaganej przez zamawiającego w ramach tzw. warunków podmiotowych to nawet ok. 250.000 zł rocznie.

W ocenie odwołującego tak e zagregowane pozycje kosztów renowacji kanałów, nie pozwalają na jakikolwiek zysk (np. przeznaczony na pokrycie strat na poz. 27.4), a wręcz przeciwnie wycenione są istotnie ze stratą. Wynagrodzenie za te pozycje na poziomie ok. 8.369.000 zł nie wystarcza nawet na koszty u ytego materiału i bez znaczenia jest to, e Mazur sp. z o.o. jest producentem „wykładzin rękawowych", bo mar a na tego rodzaju

produktach jest na bardzo niskim poziomie i wbrew sugestiom nie daje istotnej przewagi konkurencyjnej. Nie bez znaczenia są tak e zani one koszty pozycji ogólnych, które podane są na nierealnie niskim poziomie zaledwie ok. 80.000,00 zł.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, e w jego ocenie zamawiający w sposób bezprawny zaniechał odtajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 4 lutego 2014 r. Przystępujący nie poczynił adnych starań, aby wykazać spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa o którym mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak e zamawiający nie poczynił adnych starań, aby wyjaśnić czy zastrze enie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne, a przyjął samo zastrze enie tego wykonawcy w sposób całkowicie bezkrytyczny.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M.…… sp. z o.o. w Świeciu, Z.…… Ś……., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego we Wrocławiu oraz Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych Remkan sp. z o.o. w Poznaniu. Zło ył pismo w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający zło ył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę zło oną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego z 22 stycznia 2014 r., wyjaśnienia przystępującego z 28 stycznia 2014 r., wezwanie zamawiającego z 29 stycznia 2014 r., wyjaśnienia przystępującego z 4 lutego 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania z 17 lutego 2014 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź zamawiającego na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania zło one w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zwa yła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, e odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba

stwierdziła, e nie została wypełniona adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta zło ona przez odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Ustalenie, i zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem mo e być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powy sze wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ wskazał, i :

a) Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu nale ytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 24.1),

b) cenę oferty nale y obliczyć wypełniając wykaz cen stanowiący załącznik nr 9 do niniejszej IDW oraz na podstawie informacji zawartych w Tomie III niniejszej SIWZ (pkt 24.2).

W Tomie II SIWZ, w części II – warunki szczególne kontraktu, w pkt 14.1, wskazano, e *cena kontraktowa będzie wynagrodzeniem ryczałtowym, podanym jako zatwierdzona kwota kontraktowa w akcie umowy i nie będzie podlegać waloryzacji oraz zmianom (…).*

Wzór wykazu cen nr 1 obejmował pozycje ogólne, takie jak ubezpieczenia i gwarancje, urządzenia i utrzymania i likwidacja zaplecza budowy, projekt organizacji robót. Wzór wykaz cen nr 2 obejmował 27 odcinków robót, w którym nale ało wskazać ceny za wykonanie takich elementów przedmiotu zamówienia jak: opracowanie dokumentacji projektowej i powykonawczej, zmiana organizacji ruchu na czas robót, wykonanie renowacji kanału, wykonanie renowacji studzienek/komór kanalizacyjnych.

Do upływu terminu składania ofert oferty zło yło 4 wykonawców, oferując wykonanie zamówienia za ceny ryczałtowe jak ni ej:
1) przystępujący - 12.728.879,45 zł,

2) odwołujący - 18.327.000,00 zł,
3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sekisui SPR Poland sp. z o.o. i Sekisui SPR Austria GmbH - 20.823.900,00 zł,
4) Górnośląski Zakład Gazownictwa sp. z o.o. - 23.050.200,00 zł.

Przystępujący zło ył wraz z ofertą wypełniony wykaz cen. W pozycji 27 dotyczącej jednego z 27 odcinków, tj. odcinka kolektor fi 1200 – przejście pod torami PKP (Zakładowa – Spółdzielców) w pozycji 4 – „wykonanie renowacji studzienek/komór kanalizacyjnych" zaoferował cenę 10.800,00 zł.

Pismem z dnia 22 stycznia 2014 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w postępowaniu ceny w zakresie całości oferty. Zamawiający wskazał, e w szczególności wyjaśnieniu winna podlegać pozycja 27.4 wykazu cen.

W piśmie z dnia 28 stycznia 2014 r. przystępujący powołał się na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przywołując postanowienia preambuły załącznika nr 9 – wykaz cen oraz klauzulę 14 warunków kontraktu. Przywołał orzecznictwo Izby co do tego, e przy badaniu ceny ra ąco niskiej winna być brana pod uwagę całkowita cena za wykonanie przedmiotu zamówienia. W dalszej części pisma wyjaśnił, e cena z pozycji 27.4 wynika z tego, e na etapie kalkulacji ceny ofertowej dokonał podliczenia kosztów związanych z renowacją studzien i komór co pozwoliło mu na określenie uśrednionej ceny jednostkowej i wg takiej uśrednionej ceny został wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ. Wskazał równie , e niezasadne jest jedynie matematyczne porównanie ceny zaoferowanej przez niego do szacunku zamawiającego czy cen ofertowych innych wykonawców. Wskazał na przykład jednego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Wodociągi Kieleckie. Wskazał na pogarszającą się koniunkturę na rynku budowlanym, czego skutkiem jest zaostrzenie się rywalizacji cenowej. Podkreślił, e lider konsorcjum przystępującego jest producentem materiału – rękawów termo i światło-utwardzalnych – wykorzystywanych do bezwykopowej renowacji sieci kanalizacyjnej. Wskazał, e zgodnie z SIWZ renowacji z wykorzystaniem rękawów ma być poddane ponad 8,6 km, co stanowi 67% całości zakresu zamówienia. Wskazał, e koszt pozyskania materiału przez producenta jest nieporównywalnie ni szy w stosunku do pozostałych oferentów.

Pismem z dnia 29 stycznia 2014 r., skierowanym do przystępującego, zamawiający wskazał, e ww. wyjaśnienia nie usuwają wątpliwości w przedmiocie ra ąco niskiej ceny. Wskazał, e ponownie wzywa do zło enia wyjaśnień oraz dostarczenia dowodów e oferta nie zawiera ra ąco niskiej ceny. W szczególności potwierdzających, ąda udokumentowania ceny w zakresie wskazanym w pkt 27.4 wykazu cen. Wskazał, e - jak

wynika z formularza oferty – tę część zamówienia wykonawca zamierza wykonać przy udziale podwykonawcy.

Pismem z dnia 4 lutego 2014 r. przystępujący zło ył wyjaśnienia wraz z załącznikami. Wskazał, e informacje zawarte w tym piśmie oraz załącznikach stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności co do sposobu kalkulacji ceny. Zawierają dane podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej.

Zamawiający pismem z dnia 17 lutego 2014 r. wybrał ofertę zło oną przez przystępującego jako najkorzystniejszą. W dniu 19 lutego 2014 r. zamawiający nie udostępnił odwołującemu treści wyjaśnień przystępującego z 4 lutego 2014 r., uznając zastrze enie tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego za skuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza zwa yła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za chybiony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wskutek powtórnego wezwania przystępującego pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę to, e treść wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jakie zamawiający skierował do przystępującego 22 stycznia 2014 r., była z jednej strony nad wyraz ogólnikowa, zaś z drugiej strony – w zakresie w jakim zamawiający wzywał do wyjaśnienia pozycji 27.4 wykazu cen - nie uwzględniała ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Podkreślenia wymaga, e zamawiający zakwestionował zaledwie jedną z pięciu pozycji wykazu odnoszącą się do jednego spośród 27 odcinków robót i wezwał do jej wyjaśnienia. Uczynił to, pomimo i bezdyskusyjnie ukształtowany w SIWZ sposób wynagradzania wykonawcy wykazywał cechy wynagrodzenia ryczałtowego, zaś na taki charakter wynagrodzenia wprost wskazywały przywołane wcześniej postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo, adna z pozycji „wykazu cen" nie stanowiła odrębnego kryterium oceny ofert, co – jak wskazuje się w orzecznictwie Izby - stanowi przesłankę do badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odrębnie takiego elementu ceny. Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pojęcie ceny ra ąco niskiej nale y odnosić do całego przedmiotu zamówienia. Pod kątem spełnienia

przesłanek ceny ra ąco niskiej badana jest zatem – poza opisanym wcześniej wyjątkiem - cała cena ofertowa.

Z kolei w pozostałym zakresie, zwłaszcza co do kluczowych elementów cenotwórczych wynikających z wykazu cen, wezwanie nale ało ocenić jako nazbyt ogólne. Zamawiający zaniechał wskazania choćby w sposób lakoniczny czy, a je eli tak to który z kluczowych elementów cenotwórczych budzi jego wątpliwości.

Jak wynikało z powy szego, wezwanie miało charakter nad wyraz ogólny i nie odnoszący się do tego, co powinno być przedmiotem wyjaśnień w powołanym stanie faktycznym, a mianowicie sposób kalkulowania całej ceny ofertowej, z szczególnym uwzględnieniem najistotniejszych elementów kosztotwórczych. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie takimi najistotniejszymi elementami były koszty osobowe, koszt projektowania, koszt renowacji kanałów, komór i studzienek. Oczywiście, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie wyklucza mo liwości wyjaśnienia określonych elementów cenotwórczych, a nawet precyzja wezwania niekiedy wręcz wymaga wskazania takich elementów. Jednak e w takiej sytuacji wezwanie powinno dotyczyć wszystkich najistotniejszych elementów cenotwórczych i nie powinno się tracić z pola widzenia całości ceny oferty. W szczególności badaniu nie powinien podlegać jedynie jeden z wielu mniej istotnych elementów cenotwórczych, w sytuacji gdy analizie nie poddawana jest znakomita większość innych, kluczowych elementów ceny. Takie wezwanie bowiem jedynie formalnie wyczerpuje przesłankę z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nie słu y wyjaśnieniu przyczyn zaoferowania określonej ceny ofertowej.

Biorąc powy sze pod uwagę Izba stwierdziła, e zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie przystępującego do zło enia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby pierwsze wezwanie, z przyczyn opisanych wcześniej, miało charakter ułomny.

Izba uznała za chybiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania w odniesieniu do oferty zło onej przez przystępującego ze względu na fakt, e wykonawca ten nie udzielił na ądanie zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz ze względu na to, e zło one przez ww. wykonawcę pismo potwierdza, e zaoferowana przez niego cena jest ceną ra ąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na fakt, e oferta ta zawiera ra ąco niską cenę.

Jak wyjaśniono wcześniej, pomimo dwukrotnego wezwania, zamawiający nie skierował do przystępującego ani jednego wezwania, które miałoby konkretny charakter i które uwzględniałoby ryczałtowy charakter wynagrodzenia, tak aby mo na byłoby je uznać za wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Stan niezło enia wyjaśnień, który skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp to taka sytuacja, gdy w

odpowiedzi na prawidłowe wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca uchyla się od odpowiedzi. Ponieważ zaś treść składanych wyjaśnień stanowiła odpowiedź na wezwanie dotyczące jednej z szeregu pozycji, to nie mo na było odrzucić oferty z powodu tego, e zło one pismo potwierdza fakt zaoferowania ceny ra ąco niskiej w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby to treść ułomnego wezwania zamawiającego zdeterminowała zakres i sposób udzielenia odpowiedzi. Nakazywała przystępującemu skupić się na wyjaśnieniu kalkulacji pozycji 27.4 wykazu cen. W tej sytuacji, nawet gdyby wykonawca niedoskonale wyjaśnił sposób kalkulowania pozostałych pozycji, to nie mo na było z tego powodu wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, a zwłaszcza odrzucić zło onej przez niego oferty. Nie tego bowiem dotyczyło wezwanie zamawiającego.

Warto w tym miejscu podkreślić akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak równie samej Izby pogląd, e zamawiający nie mo e automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny ra ąco niskiej, bez umo liwienia mu zło enia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w adnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa"). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, e „w celu ustalenia, czy oferta zawiera ra ąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny". Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, i zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny ra ąco niskiej bez umo liwienia wykonawcy zło enia stosownych wyjaśnień.

W ocenie Izby, ju z samego tego powodu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp nale ało uznać za chybiony. Uznanie zasadności poglądu przeciwnego oznaczałoby zaakceptowanie sytuacji, w której odrzucenie oferty z powodu ra ąco niskiej ceny następuje automatycznie, a więc bez wezwania do wyjaśnienia innych kluczowych elementów cenotwórczych, takich jak koszty osobowe, koszty prac projektowych, koszt renowacji kanałów, studzienek i komór.

Nie świadczyło o zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp porównanie przez odwołującego ceny ofertowej przystępującego (12.728.879,45 zł brutto) do kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (27.303.540 zł

brutto) czy cen oferowanych przez innych wykonawców: tj. odpowiednio 18.327.000,00 zł, 20.823.900,00 zł, 23.050.200,00 zł brutto.

Co do szacunku zamawiającego Izba stwierdziła, e kwota 27.303.540 zł brutto znacznie przewy szała ceny ofertowe zaoferowane przez wszystkich wykonawców, więc nie stanowiła wiarygodnego punktu odniesienia. Ponadto kwota ta musiała uwzględniać ró ne dopuszczone technologie wykonania renowacji (pkt 2.1.1. Tom III SIWZ), w tym równie dro sze od tej, którą zastosował przystępujący.

Co do cen oferowanych przez innych wykonawców, Izba wzięła pod uwagę, e zamawiający dopuścił mo liwość wykonania przedmiotu zamówienia ró nymi metodami. Zamawiający dopuścił szeroki wachlarz ró nych dopuszczalnych technologii wykonania przedmiotu umowy, co wynikało z postanowienia Tomu III SIWZ pkt 2.1. i 2.1.1., odpowiedzi na pytanie nr 4 (wyjaśnienia nr 1 z 10 grudnia 2013 r.) oraz odpowiedzi na pytanie nr 8 (wyjaśnienia nr 3 z 10 grudnia 2013 r.). W wyjaśnieniach nr 1, w odpowiedzi na pytanie 4, wskazano, e *„Zamawiający nie determinuje materiału, który powinien zostać zastosowany. Dopuszczone zostały zarówno wykładziny z włókna szklanego, jak i z włókniny poliestrowej (…)".* Analogicznie, w odpowiedzi *na* pytanie nr 8 o treści: *„Czy Zamawiający dopuści uszczelnienie kanalizacji metodą rękawa CIPP przy zastosowaniu technologii bezwykopowej polegającej na wyło eniu wnętrza kanału elastycznym linerem (rękawem) z włókna*

szklonego nasączonego w kontrolowanych warunkach fabrycznych ywicą poliestrową utwardzaną na miejscu budowy termicznie lub za pomocą promieni UV?" w wyjaśnieniach wskazano, e *„Zamawiający dopuszcza prowadzenie prac z zastosowaniem materiałów odpowiadających wymaganiom przedstawionym w dokumentacji przetargowej".* Biorąc *e* cen ofertowych zaoferowanych przez powy sze pod uwagę Izba stwierdziła,
poszczególnych wykonawców nie dało się automatycznie porównać.

Nie świadczyła o zaoferowaniu przez przystępującego ceny ra ąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia wartość poz. 27.4 wykazu cen tj. „wykonanie renowacji studzienek/komór kanalizacyjnych" na odcinku nr 27, którą wyceniono na kwotę 10.800 zł. Przystępujący w zło onych zamawiającemu wyjaśnieniach z 28 stycznia 2014 r. wskazał, e cena pozycji 27.4 wynika z tego, e na etapie kalkulacji ceny ofertowej dokonał podliczenia kosztów związanych z renowacją studzien i komór co pozwoliło mu na określenie uśrednionej ceny jednostkowej i wg takiej uśrednionej ceny został wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ. Jak wynikało z tych wyjaśnień przystępujący cenę za wykonanie renowacji studzienek kalkulował globalnie. Ponieważ część prac polegającą na renowacji studzienek i komór zamierzał zlecić podwykonawcy, zwrócił się do niego o wycenę. Ten zaś wycenił łącznie koszt wykonania tych robót, a wykonawca otrzymaną globalną kwotę po prostu podzielił przez liczbę studzienek. Kwota otrzymana w poz. 27.4 wykazu cen była zatem wynikiem tej operacji matematycznej. Natomiast szczegóły co do wysokości tej globalnej

---

kwoty znalazły się w załączniku nr 3 i 3a do wyjaśnień przystępującego z 4 lutego 2014 r. Natomiast wyliczenie znajdowało się w dodatkowej kalkulacji przedstawionej w załączniku nr 4 do powołanego pisma. Biorąc powy sze pod uwagę, kwota z pozycji 27.4 wykazu cen mogła nie odzwierciedlać rzeczywistych kosztów wykonania robót opisanych w pozycji 27.4. Jednak e taka sytuacja nie świadczyła o zaoferowaniu ceny ra ąco niskiej. W sytuacji ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i gdy jedynym kryterium oceny ofert odnoszącym się do wynagrodzenia była łączna cena ofertowa, to co dzieje się niejako „wewnątrz ceny łącznej" jest bez znaczenia. Wykonawca ma bowiem mo liwość pokrycia niedoborów w jednej pozycji poprzez oszczędności w innych pozycjach.

Nie świadczyło o zaoferowaniu ceny ra ąco niskiej wycenienie przez przystępującego kosztów prac projektowych na poziomie ok. 350.000 zł. Odwołujący przeprowadził z trakcie rozprawy wywód, w którym wskazywał na 3 metody szacowania kosztów prac projektowych.

Izba stwierdziła, e zamawiający nie wymagał, aby koszt prac projektowych był liczony konkretną metodą, w szczególności którąkolwiek z metod opisanych przez odwołującego. Po wtóre, ka da z kalkulacji, które zdaniem odwołującego miały być kalkulacjami kosztów prac projektowych na minimalnym poziomie oparta była w większym lub mniejszym zakresie o poczynione przez odwołującego zało enia, których zasadność budziła wątpliwości i czyniła je niewiarygodnymi.

W swej kalkulacji opartej o wyliczenie jednostek nakładu pracy opartej o środowiskowe zasady wyceny prac projektowych, odwołujący przyjął stawkę za jednostkę nakładu pracy na poziomie 20 zł netto. Wyjaśnił, e wysokość tej stawki wynika z uchwały Izby Projektowania Budowlanego (informacja nr 1 załączona do kalkulacji odwołującego). Jednak e stawka Izby nie ma wią ącego charakteru dla projektantów, gdy Izba nie ma prawa aby jej wysokość narzucać projektantom.

Co do metody szacowania według stawki godzinowej za roboczogodzinę, kalkulacja odwołującego oparta była o zało oną stawkę wynagrodzenia dla projektanta. Stawkę wynagrodzenia odwołujący oszacował w oparciu o zło one raporty płacowe (str. 8 raportu płacowego firmy Hays i str. 8 raportu firmy Antal, zło one przez odwołującego na rozprawie). Jednak e, jak wynikało z treści tych raportów, zostały one sporządzone na podstawie danych uzyskanych w trakcie rekrutacji prowadzonych przez ww. firmy. Brak było podstaw do przyjęcia, e stawki wynagrodzenia uzyskiwane w toku rekrutacji prowadzonych przez te firmy muszą znaleźć zastosowanie w przypadku specjalistów przystępującego. Powoływane stawki wynagrodzenia projektantów nie musiały być wią ące dla wykonawcy na lokalnym rynku konińskim. Jak oświadczył przystępujący zamierza on płacić swemu projektantowi stawkę znacznie ni szą. Potwierdzeniem prawidłowości ww. stanowiska była wycena oferty prac projektowych, która została uwzględniona przez przystępującego w cenie ofertowej

(oferta projektanta - korespondencja mailowa z 4 grudnia 2014 r., którą przystępujący zło ył w trakcie rozprawy). Warto podkreślić, e przystępujący dysponował jeszcze ni szą, od przyjętej w wycenie, ofertą wykonania prac projektowych objętych przedmiotem zamówienia, z której jednak nie skorzystał (oferta cenowa z 28 stycznia 2014 r., zło ona przez przystępującego w trakcie rozprawy). Przystępujący nie korzystał natomiast z ofert biur projektowych, które odwołujący zło ył w trakcie rozprawy (oferta firmy GSG Industria sp. z o.o., oferta Studio DK sp. z o.o. – dowód nr 5). Wykonawca nie musiał zatem kalkulować kosztów prac projektowych w takiej wysokości, jak to utrzymywał odwołujący. Izba wzięła równie pod uwagę to, e wartość prac projektowych w ofercie przystępującego była wy sza od wartości tych prac w ofercie wykonawcy Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. w Zabrzu, który wyceniał je niezale nie od przystępującego i w warunkach konkurencyjnych. Wartość prac projektowych w ofercie tego wykonawcy ustalona po zsumowaniu odpowiednich pozycji w wykazie cen wynosiła 240 000 zł.

Nie świadczyła o zaoferowaniu przez przystępującego ceny ra ąco niskiej wysokość kosztów pracowniczych. Odwołujący wywodził w odwołaniu, e koszt samej kadry kluczowej wymaganej przez zamawiającego w ramach tzw. warunków podmiotowych to nawet ok. 250.000 zł rocznie. Na tę okoliczność odwołujący w trakcie rozprawy zło ył sporządzone przez siebie opracowanie zatytułowane „koszty wynagrodzenia dla kluczowej kadry", które odnosiło się do wymogów zamawiającego odnośnie kluczowej kadry, o której mowa w pkt 9.1.2 SIWZ.

Odwołujący w swej kalkulacji poczynił zało enia, które jednak w pewnej części okazały się nieprawidłowe. Po pierwsze, w świetle SIWZ i udzielonych wyjaśnień projektant nie musiał uczestniczył w całym procesie inwestycyjnym. Powy sze wynikało z odpowiedzi, jakie zamawiający udzielał w dniu 11 grudnia 2013 r. Na pytanie o treści: „Prosimy *dla Eksperta 3- Projektant usunięcie konieczności zarezerwowania przez Wykonawcę tylko i wyłącznie na potrzeby niniejszego zamówienia. Wymaganie takie nie jest stosowane w praktyce, podwy sza koszty projektu"* zamawiający udzielił odpowiedzi *„Zamawiający wyra a zgodę na prośbę Wykonawcy i rezygnuje z tego wymogu wobec Projektanta.".* Po wtóre, wymóg zarezerwowania eksperta 1,2,3 na potrzeby wyłącznie analizowanego zamówienia, sformułowany w pkt 9.1.2 SIWZ, nie oznaczał konieczności obecności kadry kierowniczej non stop na terenie robót. Sformułowanie to mo na było równie odczytywać, jako konieczność obecności na budowie na takich etapach procesu inwestycyjnego, gdy będzie to niezbędne. Ponadto odwołujący uwzględnił w kalkulacji osobowych kosztów dwunastomiesięczny okres zatrudnienia kadry kluczowej. Tymczasem 12 miesięcy było maksymalnym okresem realizacji zamówienia. Nie mo na wykluczyć, e okres ten zostanie skrócony z powodu zastosowania takiej technologii, która to umo liwi, na co wskazywał przystępujący w wyjaśnieniach.

Wreszcie, jak ju wcześniej wskazano, odwołujący ustalił w kalkulacji wysokość stawek wynagrodzenia projektanta i ekspertów w oparciu o raporty płacowe firmy Hays i firmy Antal. Pozostają w tym zakresie aktualne poczynione wcześniej rozwa ania Izby co do wiarygodności tych raportów. Aktualne pozostają równie rozwa ania Izby do co wysokości stawek wynagrodzenia biura projektowego, na którego ofercie przystępujący oparł się szacując koszt prac projektowych. Z oferty tej wynikała ni sza, ani eli wynikająca z raportów płacowych zło onych przez odwołującego, wysokość stawki wynagrodzenia projektanta. Wreszcie zasady wiedzy i doświadczenia yciowego podpowiadają, e kierownicy robót na terenie miasta Konina mogą nie otrzymywać średnich stawek krajowych, o których mowa w ogólnokrajowych raportach płacowych.

Nie zostało wykazane aby zagregowane koszty renowacji kanałów nie pozwalają na jakikolwiek zysk i aby zostały wycenione ze stratą. Odwołujący w tym zakresie równie opierał się m.in., na sporządzonej przez siebie kalkulacji. Zakładała ona u ycie pewnych materiałów. Izba wzięła pod uwagę, e przystępujący zdecydował się wykonać część prac w innej technologii tj. technologii rękawa z włókna szklanego, na co wskazywał w obu wyjaśnieniach. Po drugie, lider konsorcjum przystępującego – M…….. sp. z o.o. jest producentem włókniny z włókna szklanego, jedynym w tym zakresie na terenie Polski, co daje mu przewagę, która przekładała się na mo liwość oferowania korzystniejszej ceny. Nie przeczyły tej okoliczności zło one przez odwołującego wykazy dostawców niektórych

materiałów (półproduktów) firmy M…….. sp. z o.o., zło one przez odwołującego na rozprawie (dowód nr 15). To, e M…… sp. z o.o. zaopatruje się w niektóre materiały u innych podmiotów nie oznacza jeszcze, e dostawcy ci dysponują technologią produkcji rękawa z włókna szklanego analogicznie jak przystępujący i e mo na ją od nich nabyć. To, jakiego rodzaju jest to przewaga i jak przekłada się na mo liwość obni enia ceny było równie przedmiotem wyjaśnień z 4 lutego 2014 r. oraz załączonych do wyjaśnień kalkulacji. Powy sza okoliczność była o tyle istotna, e w świetle SIWZ renowacji z wykorzystaniem wykładzin rękawowych ma być poddane 8,6 km sieci, co stanowi ok. 67% całości zakresu zamówienia. Nie świadczyły o braku ww. przewagi zło one przez odwołującego na rozprawie pisma z firmy Infra S.A. (dowód nr 14), do których załączono cennik firmy M……. sp. z o.o. z 2012 r.. To, e w poprzednich latach M…….. sp. z o.o. oferował niektóre materiały firmie Infra S.A. za określoną cenę nie oznacza, e są to minimalne ceny jakie mo e zaoferować zamawiającemu w warunkach konkurencyjnego przetargu w bie ącym roku. Pomijając ju fakt upływu czasu, nie wiadomo, czy ceny oferowane firmie Infra S.A. były cenami minimalnymi, czy nie obejmowały narzutów i mar y, a jeśli tak to w jakiej wysokości.

Nie bez znaczenia jest to, e renowacja kanalizacji z zastosowaniem wykładziny z włókna szklanego wpływa na skrócenie czasu renowacji, co ma wpływ na zmniejszenie tych

elementów cenotwórczych, które zale ały wprost od terminu realizacji zamówienia, takich jak choćby zatrudnienie personelu. Okoliczność ta została podniesiona przez przystępującego i zamawiającego. Odwołujący wprawdzie zaprzeczył tej okoliczności, jednak e za stanowiskiem zamawiającego i przystępującego przemawiał dowód z dokumentu – publikacja ze specjalistycznego czasopisma pt. „Bezwykopowa renowacja kanalizacji wykładziną CIPP utwardzaną promieniami UV", jaką przystępujący załączył do swego pisma procesowego z 10 marca 2014 r. W publikacji tej wskazano wyraźnie, e „proces *utwardzania odbywa się wyjątkowo szybko, np. dla DN 150 z prędkością 2,5-3,0 m/min, zatem ok. 150 m/godz. Szybki i precyzyjny monta pozwala na sprawne skrócenie procesu utwardzania w porównaniu z metodami z u yciem gorącej wody lub pary wodnej".* Podkreślenia wymagał fakt, e autorem tego artykułu był Pan M…….. I…….., z firmy Infra S.A., z którą odwołujący współpracuje i z której – jak wskazywał w trakcie rozprawy – przejął część pracowników. W ocenie Izby zatem brak było podstaw aby poglądom przedstawionym w publikacji zamieszczonej w specjalistycznym czasopiśmie bran owym odmówić wiarygodności.

Nie świadczyły o zani eniu ceny zło one przez odwołującego oferty ryczałtowe podwykonawców odwołującego: firmy Woda i Kanał Sp. z o.o. oraz firmy M…….. N…….. na wykonanie tego elementu robót (dowód nr 7). Przystępujący nie korzystał z oferty tych podmiotów, ale z oferty innego podmiotu – swego podwykonawcy (załącznik nr 3, 3a do wyjaśnień z 4 lutego 2014 r.).

Izba wzięła równie pod uwagę to, e przystępujący nie korzystał z oferty dostawcy materiałów, na podstawie której kalkulację sporządził odwołujący. Świadczyły o tym inne ceny zaoferowane przystępującemu przez dostawców materiałów, o których mowa w załączniku nr 1 do wyjaśnień z 4 lutego 2014 r. i z których to ofert przystępujący skorzystał.

Nic nie wnosiły do sprawy pisma z firmy Poliner z 19 grudnia 2013 r., zawierające ofertę cenową na wykonanie i dostawę rękawów poliestrowych dla odwołującego. Prace, które wyceniała w tych pismach firma Poliner przystępujący zamierzał bowiem wykonać w innej technologii. Ponadto nie wiadomo, czy koszt prac w tej technologii oszacowany przez firmę Poliner był na poziomie minimalnym. Powy sze wątpliwości były uzasadnione w świetle kalkulacji dla prac wykonanych tą metodą przedstawioną przez przystępującego w celach poglądowych w tabeli (załącznik nr 4 do wyjaśnień z 4 lutego 2014 r.).

W dalszej części Izba stwierdziła, e chybionym okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień z dnia 4 lutego 2014 r. wraz z załącznikami, składanych przez przystępującego.

Izba uznała, e wyjaśnienia przystępującego z 4 lutego 2014 r. wraz z załącznikami

stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego i nie podlegały ujawnieniu innym wykonawcom. Zamawiający zasadnie uznał poczynione przez wykonawcę zastrze enie informacji jako „tajemnicy przedsiębiorstwa" za skuteczne. W myśl art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Przystępujący poczynił działania niezbędne dla zachowania poufności. Opatrzył wyjaśniania z 4 lutego 2014 r. stosownym zastrze eniem. Izba po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami uznała, e niewątpliwie wartość gospodarczą posiadają takie informacje jak kierowane do przystępującego oferty cenowe dostawców materiałów, obejmujące stawki materiałów, czy te dane dostawcy materiałów, z którym wykonawca współpracuje. oferta podwykonawcy w zakresie renowacji studni i komór, Charakter taki ma równie obejmująca wyliczenie prac i stawki oferowane przystępującemu. Powzięcie tych informacji przez firmy konkurencyjne mo e być wykorzystane w celu osłabienia pozycji rynkowej danego przedsiębiorcy na którą sam zapracował, a tym samym osłabienie jego mo liwości uzyskania zamówienia w tej bran y. Potwierdzeniem zdecydowanej walki konkurencyjnej na analizowanym rynku był przebieg rozprawy. W jej trakcie odwołujący przedstawiał bowiem pisma, cenniki składane przez członka konsorcjum przystępującego – M……. sp. z o.o. adresowane do firmy Infra, z którą odwołujący obecnie współpracuje.

Zasada jawności postępowania nie mo e być interpretowana w ten sposób, e ka dy wykonawca ma prawo ądania wejścia w posiadanie informacji odnośnie źródeł zaopatrzenia, zasad rządzących współpracą innego wykonawcy z dostawcami materiałów czy podwykonawcami, w sytuacji gdy na daną pozycję rynkową dany podmiot często pracował wiele lat i gdy na rynku – co pokazała rozprawa – trwa ostra walka konkurencyjna.

Wobec powy szego Izba uznała, e takie informacje zasługują na objęcie ich ochroną, jako tajemnicę przedsiębiorstwa stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a podnoszone w tym zakresie zarzuty jako niezasadne i nieudowodnione.

Reasumując, wobec niepotwierdzenia się w przedło onym Izbie materiale dowodowym zasadności podnoszonych zarzutów, odwołanie zostało oddalone.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wy ej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powy sze pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw w łącznej wysokości 3.634,00 zł, na podstawie rachunku zło onego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……..…