

Sygn. akt: KIO 1830/16

WYROK

z dnia 13 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2016 r. przez Odwołującego – **PORR Polska Infrastructure Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 50A (02-672 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Łódzkie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi**, al. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wiertniczej 108 (Lider), **INTOP Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tarnobrzegu przy ul. Sienkiewicza 145M (Partner), **Trakcja PRKiL Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59 (Partner), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **PORR Polska Infrastructure S.A z/s** w Warszawie i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **PORR Polska Infrastructure S.A. z/s** w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Odwołującego – PORR Polska Infrastructure S.A z/s w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Województwa Łódzkiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Rozbudowa Drogi Wojewódzkiej nr 710 – budowa mostu przez rzekę Warta w m. Warta” (nr sprawy DZ.342.26.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, 2016/S 071-123664, wobec powtórzonej czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum w składzie Intop Warszawa Sp. z o.o., Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o., Trakcja PRKiL S.A (dalej jako Konsorcjum Intop), wykonawca Porr Polska Infrastructure S.A. wniósł w dniu 30 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1830/16).

O wyniku ponowionych w postępowaniu czynności Odwołujący dowiedział się w dniu 21 września 2016 r. z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej mailem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem:

1. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp – poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Intop, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących ceny za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego z dnia 12 września 2016 r., pomimo iż zastrzeżenie nie było skuteczne, gdyż wykonawca w terminie nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie rzetelnej oceny wyjaśnień Konsorcjum Intop w zakresie kalkulacji ceny za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego, co dodatkowo narusza art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 18 lipca 2016 r., oraz zgodnie z wyrokiem KIO 1315/16, KIO 1324/16 z dnia 3 sierpnia 2016 r., tj. powtórzenie czynności badania i oceny ofert zgodnie z wytycznymi Izby;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej „uznk”) - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Intop pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Intop, jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez Konsorcjum Intop, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 12 września 2016 r., odnośnie kalkulacji ceny za wybudowanie i rozbiórkę mostu dojazdowego i ujawnienia zastrzeżonych informacji Odwołującemu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Intop;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego;

Stanowiąca przedmiot odwołania czynność wyboru oferty najkorzystniejszej podjęta została przez Zamawiającego po przeprowadzeniu czynności nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2016 r. (KIO 1315/16, KIO 1324/16) i ponownie zawierała wskazanie na ofertę Konsorcjum Intop. Wyrokiem tym Izba uwzględniła wniesione przez Odwołującego w dniu 18 lipca 2016 r. odwołanie (KIO 1315/16) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Intop, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pierwotnie odrzuconej, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. We wniesionym odwołaniu Odwołujący żądał także odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oferty Konsorcjum Intop, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Izba odnosząc się do tego zarzutu podkreśliła w uzasadnieniu wyroku, że zarzut jest „przedwczesny i nie udowodniony na tym etapie...” (str. 41 uzasadnienia wyroku Wysokiej Izby). W części uzasadnienia odnoszącej się zasadniczo do oceny oferty Odwołującego zawarte zostały wytyczne dla Zamawiającego: *Zamawiający przeprowadzi więc ponowną ocenę ofert. Zamawiający powinien mieć na uwadze charakter wynagrodzenia przypisanego do mostu objazdowego, i w ocenie Izby powinien skupić się na rzeczowej ocenie otrzymanych wyjaśnień, których jeszcze zażąda od wykonawcy, i ten materiał uczynić w całości podstawą swojej oceny, w tym co do tego, czy cena za most objazdowy jest realna, mając na względzie indywidualne warunki tego wykonawcy i dowody przez niego przedłożone. W tożsamy sposób Zamawiający powinien zweryfikować ofertę konsorcjum INTOP. Zamawiający dysponuje instrumentami prawnymi do przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego”* (str. 44 *in fine*). Wykonując wyrok Izby Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2016 r. zwrócił się do Konsorcjum Intop z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny

netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego w wysokości 6.029.185,98 zł, tj. „do ponownego szczegółowego wyjaśnienia i przedstawienia dowodów na poparcie swoich wyjaśnień”. W dniu 12 września 2016 r. wykonawca złożył wyjaśnienia, utajniając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Obecnie Odwołujący formułuje zarzut naruszenia zasady jawności postępowania przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Intop z 12.09.2016 r., z uwagi na sposób zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, niezgodny z art. 8 ust. 3 Ustawy. Literalne brzmienie przywołanego przepisu sugeruje, że brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie). Swoje wywody prawne co do sposobu wykładni normy prawnej Odwołujący opierał na przywołanych kilku orzeczeniach KIO.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia informacji objętych wyjaśnieniami zawierało się w ogólnych sformułowaniach: *informacje podlegające zastrzeżeniu nie były ujawniane do wiadomości publicznej i spółka INTOP Warszawa sp. z o. o. podjęła niezbędne działania celem zachowania ich w poufności. Informacje organizacyjne przedsiębiorstwa są przechowywane w zabezpieczonym systemie informatycznym obiegu dokumentów i zarządzania kosztami z ograniczonym dostępem, przeznaczone do wglądu tylko dla osób zajmujących się konkretnym zakresem działania firmy. Dla przykładu wgląd do realizacji danego kontraktu mają jedynie osoby przypisane bezpośrednio z danym zakresem realizacji i jest to zaledwie kilka osób (2-4 osoby z kadry kierowniczej) posiadają uprawnienia dostępu do tych informacji.*” Konsorcjum Intop nie przedstawiło żadnego dowodu potwierdzającego jego twierdzenia, co więcej wykonawca nie podjął jakichkolwiek kroków lub niezbędnych działań zmierzających do zachowania poufności, a ich wykazanie jest jednym z warunków, które należy spełnić, aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający przychyłając się do wniosku wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie dokonał weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być poparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

Odtajnienie w całości wyjaśnień wykonawcy ma szczególne znaczenie w kontekście możliwości pełnej weryfikacji przedstawionych wyjaśnień, kalkulacji i dowodów odnoszących się do wybudowania i rozbiórki mostu objazdowego, a także oceny zarzutu złożenia oferty

stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Już jawna treść wyjaśnień wskazywać ma, że Zamawiający uchybiając wyrokowi Izby nie dokonał rzetelnej oceny tych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał na ceny jakie w tej pozycji oferowali poszczególni wykonawcy, w stosunku do których cena Konsorcjum Intop stanowi 181,85% średniej ze wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Podobnie, cena Konsorcjum Intop w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia stanowi 186,67%. W ocenie Odwołującego koszty spornej pozycji zostały znacznie, ponad dwukrotnie zawyżone celem osiągnięcia dodatkowej korzyści w postaci kredytowania dalszych prac. Zamawiający akceptując wycenę przeprawy mostowej Odwołującego na poziomie 1.278.420,82 zł., powinien jako zamawiający publiczny szczególnie poddać analizie wycenę wybranego wykonawcy, prawie 4-krotnie większej (6.029.185,98 zł.).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intop, Odwołujący wskazał, że zaoferowanie przez Konsorcjum Intop, jako wynagrodzenia ryczałtowego za budowę i rozbiórkę mostu tymczasowego tak wysokiej kwoty stanowi niewątpliwie czyn nieuczciwej konkurencji. Most tymczasowy służy bowiem do przeprowadzenia ruchu drogowego w czasie rozbiórki i budowy mostu stałego. Jest to robota wykonywana na początku realizacji kontraktu, za którą też wykonawca otrzyma w pierwszej kolejności wynagrodzenie. Zamiar zaoferowania sztucznie zawyżonej ceny wynikać ma z wyjaśnień z dnia 12 września 2016 r., w których wykonawca wskazuje, że *ze względu na ryczałtowy charakter pozycji kosztorysowej (w stopniu szczegółowości: cena ryczałtowa za wykonanie i utrzymanie obiektu tymczasowego wraz z dojazdami), poniższe wyjaśnienia, załączone kosztorysy (tajemnica przedsiębiorstwa) nie mogą być użyte jako podstawa rozliczeń zadania pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym - w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej. Załączone kosztorysy zostały przedstawione w związku z wnioskiem Zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień odnośnie wysokości oferowanej przez nas ceny...*

Konsorcjum INTOP znacznie (prawie dwukrotnie w stosunku do szacunkowej wartości określonej przez Zamawiającego) zawyżając wartość robót mostowych związanych z mostem objazdowym dokonuje wprost manipulacji stawkami kosztorysu (znacznie je zawyżając), dzięki czemu stwarza sobie sytuację, która mogłaby mu umożliwić skredytowanie przez Zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia. Tak wprost uznała KIO w wyroku z 22 października 2014 r. (KIO 2046/14). W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu SN z 22.10.2002 r., sygn. akt III CKN 271/01). Naruszającym dobre obyczaje, na które wskazuje cytowanym przepisem stanowi działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkretnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Zamawiający określił limit finansowy na rok 2016 na kwotę 4.850.000,00 zł brutto i jednocześnie ustalił kary umowne za nieosiągnięcie prawie całości limitu (98% zakresu rzeczowego), co miało zmobilizować wykonawców do wykonywania jak największej ilości prac. Przez zawyżenie wyceny przeprawy mostowej Konsorcjum Intop spowodować może to wyczerpanie limitu finansowego na ten rok, a ewentualnie dodatkowo pozyskane środki, ponad realnie poniesione koszty prac, będą mogły być przeznaczone na sfinansowanie innych pozycji prac kosztorysowych.

Brak wskazania zatem realnych kosztów wykonania prac związanych z mostem objazdowym potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanej pozycji. Takiego działania nie można - zdaniem Izby wyrażonej w ww. wyroku z 22.10.2014 r. - uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, wypełnia podstawę do uznania, że dany wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący jako podstawę żądania odrzucenia oferty Konsorcjum Intop wskazał naruszenie, jako wiodącego w tym zarzucie przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”). Odwołujący przywołał przy tym orzecznictwo sądów powszechnych dotyczące kwalifikacji prawnej działania wyczerpującego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji o jakim mowa w przepisie. Przy ocenie działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych (wyrok SA w Katowicach z 24.5.2007 r., sygn. akt V ACa 328/07).

Oferta Konsorcjum Intop zawyżona prawie dwukrotnie w stosunku do szacunków Zamawiającego nosi znamiona spekulacyjnego manipulowania cenami w pozycjach

kosztorysu, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym bezpośrednio w celu polepszenia swojej sytuacji przy pozyskaniu i następnie realizacji zamówienia. Kluczowym jest tutaj aspekt ryczałtowego charakteru wynagrodzenia za te roboty mostowe, co może spowodować sytuację, że otrzymane w tym zakresie — zawyżone dwukrotnie — wynagrodzenie będzie stanowiło podstawę do kredytowania innych prac Konsorcjum Intop, co jest niedopuszczalne w regułach uczciwej konkurencji.

Złożenie przez Konsorcjum Intop takiej oferty prowadziło do naruszenia interesu innych przedsiębiorców występujących jako wykonawcy (oferenci) w tym postępowaniu, a także tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną nieuczciwą praktykę rynkową. Odwołujący przywołał w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego, Krajowej Izby Odwoławczej.

Brak wykazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej wykonawcy, który dokonał tylko formalnie, a nierealnie wyceny wskazanej pozycji, stanowiące zaprzeczenie normalnego konkurencyjnego działania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 6.10.2016 r. po stronie Zamawiającego wykonawca – Konsorcjum Intop wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Ustawy, a w przypadku przyjęcia przez Izbę, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia tego wniosku, o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wywodząc w niej podstawę do odrzucenia odwołania wypełniającą normę zawartą w art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy w oparciu o stwierdzoną analogię zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intop, w którym Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę wyrokiem z 3 sierpnia 2016 r.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania, w którym zasadniczy zarzut, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intop oparty miał być na tych samych okolicznościach faktycznych, co podniesione przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 18.7.2016 r. (sygn. akt KIO 1315/16), co do których Izba odniosła się w wyroku z dnia 3 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1315/16 i KIO 1324/16. W podstawie prawnej wniosków o odrzucenie odwołania wskazywano na art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Ustawy, zgodnie z którymi Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się (pkt 4) lub odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (pkt 5).*

Wyrokiem z 3.8.2016 r. (sygn. akt KIO 1315/16 i KIO 1324/16) Izba uwzględniła odwołanie dotyczące pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej w tym samym postępowaniu wniesione przez Odwołującego – Porr Polska Infrastructure SA i nakazała Zamawiającemu *unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.* W uzasadnieniu *za przedwczesny i nie udowodniony na tym etapie Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty INTOP, mającej stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (...) istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy był fakt, iż Odwołujący nie udowodnił stawianego zarzutu, wywiódł go na tym etapie postępowania z przyjętej przez siebie wykładni wyjaśnień wykonawcy – co w ocenie Izby było co najmniej przedwczesne i bez przeprowadzenia dalszego badania oferty tego wykonawcy, nie mogło przekonywać o zasadności tezy Odwołującego. Niemniej jednak w zakresie przeprowadzonej oceny oferty tego wykonawcy Zamawiający nie działał w sposób wypełniający zasady określone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, co w ocenie Izby skutkuje tym, że w ramach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien poddać tą ofertę dalszym wyjaśnieniom oraz rzeczowej i wnikliwej ocenie. Za zasługujące na uwzględnienie Izba uznała zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego.* Dalej Izba odniosła się do wyjaśnień Konsorcjum Intop, które Zamawiający przyjął bez wnikliwej i rzeczowej oceny, natomiast obszernie wyjaśnienia Odwołującego ocenił w oparciu o zasygnalizowaną z ostrożności możliwość ujęcia elementów w innych pozycjach i w sposób odmienny przyjął, że doszło do przerzucania kosztów i manipulacji ceną. Uwzględniając odwołanie Izba wskazała na potrzebę ponownej oceny ofert Odwołującego, w ramach której *Zamawiający powinien mieć na uwadze charakter wynagrodzenia przypisanego do mostu objazdowego, i w ocenie Izby powinien skupić się na rzeczowej ocenie otrzymanych wyjaśnień, jak również*

wyjaśnień, których jeszcze zażąda od wykonawcy – i ten materiał uczynić w całości podstawą swojej oceny, w tym co do tego, czy cena za most objazdowy jest realna, mając na względzie indywidualne warunki tego wykonawcy i dowody przez niego przedłożone. W tożsamy sposób Zamawiający winien zweryfikować ofertę konsorcjum INTOP. Zamawiający dysponuje instrumentami prawnymi do przeprowadzenia stosowanego postępowania wyjaśniającego.

Wykonując wyrok Izby Zamawiający wezwał Odwołującego oraz Konsorcjum Intop do wyjaśnienia treści ofert w zakresie wyceny prac związanych z mostem objazdowym, a następnie je ocenił i dokonał ponownie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Intop.

Uwzględniając przywołaną treść orzeczenia Izby na potrzeby oceny formalnej obecnie rozpoznawanego odwołania skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, iż nie było podstaw do stwierdzenia, aby obecne odwołanie dotyczyło czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Zasadniczo wyrokiem Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, do której nakazała przywrócić ofertę Odwołującego, a jednocześnie, pomimo zarzutu podniesionego wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intop na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, nie nakazała odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazane w uzasadnieniu wyroku wytyczne dla Zamawiającego co do zakresu przyszłych czynności, które powinny zmierzać do wyjaśnienia treści ofert Odwołującego i Konsorcjum Intop, nie przesądzały jednoznacznie o wyniku ich oceny, a tym samym nie było możliwe powiązanie wyniku postępowania ustalonego po wykonaniu nakazanych czynności z rozstrzygnięciem Izby. Inaczej mówiąc, treść wyroku nakazująca powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego nie przesądzała o tym jakie czynności Zamawiający podejmie na skutek wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum Intop, w szczególności nie zawierała wskazania na konieczność jej odrzucenia. Samo wskazanie w uzasadnieniu na potrzebę wezwania Konsorcjum Intop, z przyczyn oczywistych, nie mogło wywoływać dalej idących skutków dla przyszłych czynności. To Zamawiający mógł ocenić przyszłe wyjaśnienia wykonawcy, co do których Izba nie wypowiedziała się dotąd wyrokiem. Powyższe oznacza zatem, iż ponowny wybór oferty najkorzystniejszej mógł stanowić przedmiot zaskarżenia, jako nowa czynność w postępowaniu podjęta po przeprowadzeniu nakazanych wyrokiem Izby czynności w postępowaniu. Dodatkowe wyjaśnienia z dnia 12.9.2016 r. złożone przez Konsorcjum Intop zmieniały stan faktyczny postępowania, w jakim Zamawiający dokonywał czynności badania i oceny oferty poprzedzające jej ponowny wybór. W związku z powyższym również nie znalazł uzasadnienia wnioski o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy. Ponadto należy zauważyć, iż odwołanie obejmuje nie tylko zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intop, ale

także zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień z 12.9.2016 r., co już samo stanowiło przeszkodę do odrzucenia odwołania w całości.

Izba skierowała odwołanie do rozpoznania w całości na rozprawie prowadzonej bezpośrednio po zamknięciu posiedzenia prowadzonego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny: w tym wyboru oferty najkorzystniejszej, której utrzymanie faktycznie pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania i wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, oferty i wyjaśnień z 12.9.2016r. wykonawcy Konsorcjum Intop oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

1. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp – poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Intop, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących ceny za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego z dnia 12 września 2016 r., pomimo iż zastrzeżenie takie nie były skuteczne, gdyż wykonawca w terminie nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - Izba oddaliła.

Zasadniczo podstawę zarzutu stawianego wobec zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień Konsorcjum Intop Odwołujący wywodził z tezy, iż wykonawca nie dopełnił obowiązku wykazania zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach z 12.9.2016 r. zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy. Odwołujący nie kwestionował charakteru informacji dotyczących wyceny pozycji kosztorysowej, których złożenia Zamawiający żądał również od Odwołującego. Wyjaśnienia Konsorcjum Intop dotyczące wyceny pozycji kosztorysowej – *wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego*, zostały utajnione podobnie, jak uczynił to Odwołujący w swoich wyjaśnieniach, co czyniło w części argumentację Odwołującego wybiórczą. W szczególności, z uwagi na zakres przedmiotowy wynikający z wezwania,

wyjaśnienia Konsorcjum Intop dotyczyły informacji handlowych ale również indywidualnej kalkulacji kosztów wykonawcy i jego sytuacji na rynku wynikającej z dostępu do materiałów i usług. Stwierdzenie przez Odwołującego, iż Konsorcjum Intop nie wykazało zasadności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie znajdowało potwierdzenia w stanie faktycznym, stąd Izba oddaliła zarzut jako nieudowodniony. Odwołujący opierał zarzut na części jawnej wyjaśnień, co w sposób oczywisty nie mogło wyczerpywać całości informacji, które Zamawiający miał możliwość ocenić, również pod względem ustalenia, czy informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba uznała, iż dostatecznym dla wykazania prawnej ochrony informacji niejawnych było wskazanie na ich charakter i podjęte działania zabezpieczające, co zostało dodatkowo wsparte dowodami w postaci opisu procedur, wstępnych uzgodnień co do wyceny prac przez podmioty trzecie, pozwalającymi na poznanie uwarunkowań dla szacunku kosztów bezpośrednich i pośrednich związanych z realizacją części prac.

Dla wykazania zasadności zarzutu nie było wystarczającym, również na gruncie znowelizowanych przepisów art. 8 ust. 3 Ustawy, stwierdzenie przez Odwołującego, iż wykonawca nie podołał ciężarowi dowodowemu na etapie składania wyjaśnień. Również na Odwołującym, który inicjuje postępowanie odwoławcze spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z jakich wywodzi podstawę formułowanych zarzutów. Odwołujący tymczasem wyłącznie skupił uwagę na brakach uzasadnienia jakie miały dotyczyć przesłanek dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, bez jakiegokolwiek refleksji nad charakterem informacji, które nie wymagały szczegółowego wykazywania dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadniczo już ustalenie zakresu informacji w oparciu o wezwanie Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r. pozwalało na stwierdzenie, że informacje mogą dotyczyć informacji handlowych, organizacyjnych, finansowych. Zamawiający wskazał bowiem na niedostateczną treść wyjaśnień z dnia 22.06.2016 r. stwierdzoną wyrokiem Izby i wytknięty brak jakichkolwiek wyliczeń, czy kosztorysów. W ocenie Izby, wyjaśnienia jakie zawierało pismo z 12.9.2016 r., w całości wykazywało zasadność utajnienia informacji, popartych dowodami. Nie tylko część jawna pisma zawierała argumenty istotne dla oceny, czy wyjaśnienia zasługiwały na utajnienie. Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, aby wyjaśnienia w istotnej części dotyczące kalkulacji kosztów wynikające z przedłożonych dowodów mogły być ujawnione innym wykonawcom.

2. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie rzetelnej oceny wyjaśnień Konsorcjum Intop w zakresie kalkulacji ceny za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego, co dodatkowo narusza art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 18 lipca 2016 r., oraz zgodnie z wyrokiem KIO

1315/16, KIO 1324/16 z dnia 3 sierpnia 2016 r., tj. powtórzenie czynności badania i oceny ofert zgodnie z wytycznymi Izby – Izba oddaliła.

W tej części zachowują aktualność wywoły Izby prezentowane w odniesieniu do wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy. Żądaniem odwołania z dnia 18 lipca 2016 r. (sygn. akt KIO 1315/16) było odrzucenie oferty Konsorcjum Intop, którego Izba nie uwzględniła. Związanie Zamawiającego żądaniami zawartymi w odwołaniu przy ponownych czynnościach może mieć miejsce tylko w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i umorzeniu postępowania odwoławczego przez Izbę na podstawie art. 186 ust. 2 Ustawy. W takim tylko przypadku Ustawa nakłada na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tymczasem poprzednie postępowanie odwoławcze zakończyło się wyrokiem Izby, w którym nakazano Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert. Zamawiający nie był zatem związany żądaniami zawartymi w odwołaniu, których Izba nie uwzględniła swoim rozstrzygnięciem. Zamawiający zobowiązany był natomiast wykonać wyrok Izby, w którym Izba wskazywała na konieczność uzyskania dalszych wyjaśnień od Konsorcjum Intop w zakresie wyceny na poziomie 6.029.185,98 zł netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego, niezbędnych do pełnej oceny zasadności wyceny prac. Ponieważ na moment wyrokowania nie było możliwym ustalenie przez Izbę w jaki sposób wykonawca będzie prezentował dalsze argumenty, ponad te zawarte w piśmie z dnia 22.06.2016r. wytyczne miały charakter uniwersalny, umożliwiając ich odniesienie do wyjaśnień oby wzywanych na tej podstawie wykonawców. Zamawiający zgodnie z wyrokiem wezwał Konsorcjum Intop do ponownego szczegółowego wyjaśnienia i przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń (pismo z 31.8.2016 r.) co czyniło zadość nakazowi ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej „uznk”) - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Intop pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – Izba oddaliła.

Zasadniczo Odwołujący opierał zarzut na stwierdzeniu, iż pozycja kosztorysowa rozliczana ryczałtowo – wybudowanie i rozbiórka mostu objazdowego, została sztucznie zawyżona w ofercie Konsorcjum Intop, co miało wypełniać znamiona czynu opisanego w art. 3 ust. 1 uznk, tj. czynu naruszającego dobre obyczaje, który może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy. Odwołujący argumentował, że oferta Konsorcjum INTOP zawyżona prawie dwukrotnie w stosunku do szacunków Zamawiającego, nosi znamiona spekulacyjnego manipulowania cenami w pozycjach kosztorysu, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi

obyczajami, podjętym bezpośrednio w celu polepszenia swojej sytuacji przy pozyskaniu i następnie realizacji zamówienia.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała za gołosłowne stwierdzenie Odwołującego o sztucznym zawyżeniu wartości przedmiotowej pozycji. Wywody Odwołujący opierał na subiektywnej ocenie wyjaśnień bez znajomości ich pełnego zakresu, a tym samym oderwanej od warunków w jakich Konsorcjum Intop dokonywało wyliczenia kosztów, z jakimi po stronie tego wykonawcy wiązałoby się wybudowanie, utrzymanie i rozebranie mostu objazdowego. Również przyjęte przez Odwołującego założenie co do konieczności poniesienia kosztów na początku robót na poziomie 70% stanowiło luźną sugestię, której Izba nie mogła uwzględnić. Izba uznała natomiast, iż wyjaśnienia Konsorcjum Intop dotyczące zakresu robót, ich rozliczenia z udziałem inżyniera, wskazywały na konieczność rozłożenia płatności w całym okresie realizacji umowy, gdyż most objazdowy ma być wykorzystywany, aż do zakończenia prac, po którym zostanie rozebrany. Dopiero z tym momentem nastąpi ostateczne rozliczenie prac. Izba uwzględniła również okoliczność, iż na wycenę pozycji wpływał koszt miesięcznego utrzymania mostu, co przy wydłużonym o 10 miesięcy w stosunku do pierwotnego terminu wykonania prac, musiało zwiększać koszty po stronie wykonawcy, również w odniesieniu do kosztów szacowanych przez Zamawiającego. Potwierdzają to również dowody załączone do wyjaśnień, na które składały się oferty postawienia mostu, wyceniane między innymi w oparciu o koszt miesięczny dzierżawy mostu. W świetle tych okoliczności Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, aby koszty zostały sztucznie zawyżone w celu utrudnienia innym wykonawcom konkurowania o przedmiotowe zamówienie. Jedynie na marginesie należy zauważyć, iż zawyżenie kosztów nie mogłoby naruszać interesów innych przedsiębiorców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, chociażby dlatego, iż czyniłoby to ofertę Konsorcjum Intop mniej konkurencyjną. Skoro Odwołujący nie upatrywał w wycenie kwestionowanej pozycji przyczyny zaniżenia wyceny innych pozycji (ukrycia części kosztów) nie było podstaw do uznania, aby oferta nie miała charakteru konkurencyjnego i nie mogła być porównywana z innymi ofertami na równych zasadach. Kwestia realizacji zamówienia pozostaje tu nieistotna w tym znaczeniu iż nie jest możliwe na tym etapie postępowania ustalenie ponad wszelką wątpliwość w jaki sposób przebiegać będą prace. Zasadniczo zatem jedynie wyjaśnienia złożone w toku postępowania Zamawiającemu stanowiły podstawę do oceny oferty. Wyjaśnienia te cechowały się dużą szczegółowością, dostarczały informacji o kosztach związanych z wykonaniem spornej pozycji kosztorysowej, poparte dowodami. Zamawiający nie miał zatem podstaw do stwierdzenia, że Konsorcjum Intop nie wykazało rzetelności wyceny prac, a tym bardziej, aby wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Intop, jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty – Izba oddaliła.

Zarzut stanowił konsekwencję wcześniejszych zarzutów, które Izba oddaliła, co czyniło go bezpodstawnym.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: