

WYROK
z dnia 21 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Mostostal Kraków S.A.; ul. Ujastek 7; 30-969 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **COLAS POLSKA sp. z o.o., ul. Nowa 49; 62-070 Pałędzie, MOST sp. z o.o., ul. Kujawska 51A; 81-862 Sopot**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępnienie odwołującemu pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami, z dnia 27 września 2019 roku oraz 10 października 2019 roku, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COLAS POLSKA sp. z o.o., ul. Nowa 49; 62-070 Pałędzie, MOST sp. z o.o., ul. Kujawska 51A; 81-862 Sopot, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Kraków S.A.; ul. Ujastek 7; 30-969 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań** na rzecz **Mostostal Kraków S.A.; ul. Ujastek 7; 30-969 Kraków**, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa obwodnicy Wroniek w ciągu drogi wojewódzkiej nr 182 i 184*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 26 lipca 2019 roku, pod numerem 2019/S 143-350823.

Dnia 28 października 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 listopada 2019 roku wykonawca Mostostal Kraków S.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2019.1010 t.j. z dnia 2019.05.30 ze zm.; dalej jako „*Ustawy uznk*”), poprzez ograniczenie dostępu do udzielonych przez konsorcjum firm COLAS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu - lider oraz MOST sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie - partner (dalej „*COLAS*”) wyjaśnień na wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. w szczególności przez uniemożliwienie zapoznania się przez odwołującego z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wobec uznania, że dokumenty (wyjaśnienia wraz z załącznikami) zastrzeżone przez konsorcjum COLAS w niniejszym postępowaniu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdy *de facto* nie zostały spełnione przesłanki ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanej ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy COLAS, jako najkorzystniejszej, mimo, że zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „*s.i.w.z.*”), która zawierała szczegółowy sposób skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych, a zamawiający przyjął, że wykonawca COLAS w kosztorysie (Tabeli Elementów Rozliczeniowych) uwzględnił wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej specyfikacji technicznej przypisanej danej pozycji oraz w specyfikacji technicznej - Wymagania Ogólne oraz

uwzględnił w nich wszystkie planowane do poniesienia koszty dla tej pozycji i/lub przeniósł je do innych pozycji elementów rozliczeniowych, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 Ustawy uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COLAS pomimo, iż złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku,

3. art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COLAS w sytuacji, gdy cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której przekazana zostanie pełna treść wyjaśnień i dodatkowych wyjaśnień złożonych przez COLAS w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, z jednoczesnym uznaniem zarzutu nr 2 i 3 za przedwczesne, ewentualnie (w razie nie podzielenia wniosku z pkt 1):
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. odtajnienie wyjaśnień złożonych przez COLAS w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, w tym dodatkowych wyjaśnień,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w konsekwencji odrzucenia oferty COLAS oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, a odwołujący w wyniku tego naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego ofertę najkorzystniejszą w znaczeniu określonym Ustawą Pzp, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w trakcie wglądu do ofert okazało się, iż odwołujący pozbawiony jest możliwości wglądu do części udzielonych wyjaśnień konsorcjum COLAS w związku

z zastrzeżeniem przez tego wykonawcę informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 4 listopada 2019 roku, odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie wyjaśnień, jednak do dnia wniesienia odwołania zamawiający nie ustosunkował się w żaden sposób do wezwania odwołującego.

W świetle powyższego odwołujący powziął wiadomość o zaniechaniu przez zamawiającego czynności do której był zobowiązany, tj. odtajnienia części wyjaśnień wykonawcy COLAS oraz poinformowania odwołującego o zakończeniu badania zasadności utajnienia dokumentów oraz o wyniku tego badania. W związku z zaniechaniem przez zamawiającego czynności do której był on zobowiązany, w terminie i na podstawie czynności wynikającej z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, odwołujący zmuszony był wnieść odwołanie.

Odwołujący podniósł, iż przedstawione przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z 27 września i 10 października 2019 r., zastrzeżone przez tego wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być zweryfikowane przez konkurencję co stanowi rażące naruszenie przez zamawiającego normy zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stosowne zastrzeżenia w pismach konsorcjum COLAS były jednakże lapidarne, ogólne i lakoniczne. Wykonawca stwierdził jedynie, iż załączone dokumenty zawierają informacje stanowiące tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, bez wymaganego „wykazania”, iż w istocie tak jest.

W ocenie odwołującego, nie mogą ostać się zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dot. określenia cen jednostkowych za wykonanie poszczególnych pozycji wskazanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych (TER) mając na uwadze przede wszystkim dokumenty techniczne składające się na s.i.w.z., w tym Szczegółowe Specyfikacje Techniczne. Zastrzeżone w wyjaśnieniach dla zamawiającego informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego, czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim wartości gospodarczej. Odnośnie samej wartości gospodarczej przekazywanych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić (zob. wyrok KIO z dnia 11 lipca 2013r., sygn. akt: KIO 1529/13). *„Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może*

znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). W przekonaniu Izby, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem” (zob. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14).

W nawiązaniu do tego ostatniego stanowiska odwołujący wskazał, że utajnionymi wyjaśnieniami objęte są informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładem mogą tu być odpowiedzi wykonawcy COLAS udzielone na powtórne wezwanie do wyjaśnień zamawiającego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z dnia 3 października 2019 roku, dot. przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w zakresie konkretnych i cen jednostkowych pozycji TER.

Odwołujący podniósł, że wykonawca COLAS nie określił, jakie konkretnie informacje z przedstawianych wyjaśnień stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wskazany został jakikolwiek negatywny wpływ odtajnienia tych informacji, a także nie sprecyzowano i nie przedłożono dowodów, co do podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do zachowania przedmiotowych informacji w poufności, za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uznać należy zaniechanie zamawiającego, polegające na nieodtajnieniu wskazanych informacji w terminach faktycznie uniemożliwiających realną weryfikację przez konkurencję, informacji przedkładanych przez tego wykonawcę.

W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, w przypadku uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, możliwym byłoby uznanie pozostałych zarzutów za przedwczesne, możliwe do sformułowania dopiero przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonywanym z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, zgodnie z którą na moment dokonywania tego wyboru wszelkie informacje niemające waloru tajemnicy przedsiębiorstwa byłyby udostępnione zainteresowanym.

Odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy COLAS, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., odwołujący podniósł, co następuje.

W ocenie odwołującego kosztorys COLAS zawiera pozycje, które czynią ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z. Zamawiający w pkt. 16 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” s.i.w.z. w sposób jednoznaczny i jasny nakazał wykonawcom stworzyć kosztorys w taki sposób, że każda cena jednostkowa w nim zawarta „[...] musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej ST, przypisanej danej pozycji oraz w ST Wymagania Ogólne oraz musi stanowić sumę wszystkich planowanych do

poniesienia kosztów dla tej pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych” (pkt. 16.1.).

Zamawiający zastrzegł kategorycznie w s.i.w.z. (pkt. 16.1.), iż wykonawca w danej cenie jednostkowej musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określone w odpowiedniej specyfikacji technicznej przypisanej danej pozycji kosztorysu ofertowego oraz w specyfikacjach technicznych w części ogólnej oraz cena ta musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów, a przy tym elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych kosztorysu ofertowego.

Charakter wynagrodzenia za realizację niniejszego zamówienia, zgodnie z projektem umowy załączonym do s.i.w.z., jest kosztorysowy.

W wyżej wymienionym kontekście, w ofercie COLAS zostały skalkulowane m.in. następujące pozycje:

1. Budowa mostu przez rzekę Wartę pozycja nr 7 oraz Budowa wiaduktu nad torami kolejowymi pozycja nr 7, tj. odpowiednio:

7	M.11.01.04	- zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu Wykonawcy,	m3	4 079,00	4,26	17 376,54
7	M.11.01.04	- zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu Wykonawcy,	m3	3 921,40	4,16	16 313,02

Odwołujący podniósł, iż zamawiający oraz projektant tworząc przedmiar przeanalizowali geologię i jasno określili we wszystkich pozycjach dotyczących robót ziemnych na całym zadaniu sposób zagospodarowania gruntem z wykopu oraz skąd pozyskać materiał na zasyпки, obsypki i nasypy (przykładowo: „wykonanie wykopów - w gruncie kat. III - wraz z transportem gruntu na składowisko Wykonawcy”; „wykonywanie nasypów mechanicznie w gr. kat. I-V z transportem gruntu z odkładu (grunt z wykopu doprowadzony do parametrów nadających się do wbudowania) z formowaniem, schodkowaniem i zagęszczaniem”). Dodatkowo zamawiający odpowiadając na pytanie wykonawcy nr 208 z dnia 02.09.2019 r. wskazał „że wszystkie dokumenty są równoważne i stanowią uzupełniającą się całość. Wszelkie wątpliwości powinny być zgłaszane Zamawiającemu i to Zamawiający dokonuje ostatecznej interpretacji, które rozwiązanie należy zastosować.”. SST M.11.01.04 przypisana powyższym pozycjom wskazuje w punkcie 1.3 „Zakres robót objętych ST” że „zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm wraz z zagęszczeniem oraz transportem gruntu z dokopu Wykonawcy”. SST D.02.03.01, branżowe opracowania, definiują dokop jako: „miejsce pozyskania gruntu do (...), położone poza pasem robot

drogowych.”. Podstawa płatności omawianych pozycji dodatkowo uszczegóławia, że cena powinna zawierać:

- prace pomiarowe i przygotowawcze,
- oznakowanie robót prowadzonych w pasie drogowym,
- zakup i transport materiałów przewidzianych ustaleniami niniejszej ST do wykonania robót,
- uporządkowanie terenu robót, przeprowadzenie niezbędnych badań laboratoryjnych i pomiarów wymaganych w Specyfikacji.

Zdaniem odwołującego, zamawiający oraz projektant opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, że materiał do wykonania wyżej wymienionych pozycji powinien pochodzić z dokopu, czyli z miejsca położonego poza pasem robót drogowych. Każde inne założenie (wykorzystanie piasku z wykopu, wykorzystanie piasku z wykopu z ulepszeniem) jest niezgodne z s.i.w.z. Średnia cen jednostkowych z wszystkich ofert dla danych pozycji to odpowiednio 74,67 i 77,29 zł/m³, czyli jest odpowiednio aż o 1753% i 1858% wyższa od cen COLAS, przy czym wartość tych dwóch pozycji w ofercie COLAS wynosi 33 689,56 zł, w porównaniu do średniej wartości z wszystkich ofert - 607 677,18 zł. Dodatkowo są to pozycje, które COLAS zadeklarował w formularzu oferty, że wykona samodzielnie, czyli ma doświadczenie w wykonywaniu zasypek i nie opierał się tylko na ofertach podwykonawczych, które mogły np. wprowadzić COLAS w błąd w zakresie założeń do wyceny.

W ocenie odwołującego, niemożliwe jest wykonanie tych pozycji z zyskiem po cenach wskazanych w kosztorysie COLAS, przy uwzględnieniu okoliczności, że:

- 1) w okolicy są dwie firmy, które sprzedają piasek (firma Kruszgeo oferuje piasek za 8 zł/Mg - załącznik nr 1 oraz firma N. która oferuje piasek za 10 zł/Mg - załącznik nr 2). Przy gęstości nasypowej około 1,8 Mg/m³, cena piasku bez transportu wynosi odpowiednio 14,40 zł/m³ oraz 18 zł/m³.
- 2) piasek w publikacjach SEKOCENBUD jest obecnie w cenie 25,83 zł/m³.
- 3) od kopalni firmy N. do budowy jest 10 km, a z kopalni firmy Kruszgeo około 21 km. Obecne ceny za transport tzw. „wannami” wahają się między 0,21 a 0,3 zł/Mg, co przekłada się odpowiednio na cenę transportu pomiędzy $0,21 \cdot 10 \cdot 1,8 = 3,78$ zł/m³ i $0,21 \cdot 21 \cdot 1,8 = 7,94$ zł/m³,
- 4) wbudowanie piasku wg KNRów i SEKOCENBUD wynosi 6,86 zł/m³ dla nasypu drogowego. Zasypanie fundamentów oraz zagęszczenie materiału jest zdecydowanie bardziej czasochłonnym zadaniem i cena rynkowa wynosi około 15 zł/m³.

Podsumowując ceny tych pozycji, wyliczonych zgodnie z s.i.w.z. powinny wynosić, w ocenie odwołującego minimum: 33,18 zł/m³ (14,4 + 3,78 + 15) bez pozostałych czynności wpisanych w podstawie płatności. Każda cena poniżej tej wartości świadczy o:

- rażąco niskiej cenie tej pozycji (czyli nieuwzględnieniu jakiejś składowej z podstawy płatności) - niezgodność z s.i.w.z.,
- przerzuceniu części kosztu do innych/inne pozycji - niezgodność z s.i.w.z.,
- wykorzystaniu materiału z wykopu - niezgodność z s.i.w.z.

2. Branża drogowa, pozycja 107a:

107a	D.08.05.01	- umocnienie wylotu ścieku skarpowego - dno rowu: ściek korytkowy 60x50x15 (22 szt.), przeciwskarpa: płyta chodnikowa 50x50x7cm (22 szt.) na posypce z mieszanki związanej cementem 1,5/2, gr. 10 cm,	szt.	208,00	168,00	3444,00
------	------------	---	------	--------	--------	---------

Cena jednostkowa tej pozycji w kosztorysie COLAS to 168 zł/szt. Opis pozycji dokładnie wskazuje, że do jej wykonania (1 sztuka) należy zakupić 22 sztuki ścieku korytkowego 60x50x15 oraz 22 sztuki płyty chodnikowej 50x50x7 cm na podsypce z mieszanki związanej cementem 1,5/2 gr. 10 cm.

Podstawa płatności danej pozycji uszczegóławia, że cena powinna zawierać:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót prowadzonych w pasie drogowym,
- zakup i transport wyrobów na miejsce wbudowania
- wykonanie koryta pod płyty chodnikowe,
- wykonanie podbudowy wykonanie podsypki,
- ułożenie płyt chodnikowych, ułożenie krawężników betonowych,
- ułożenie kostki betonowej, wypełnienie spoin,
- przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych przez ST,
- uporządkowanie terenu robót".

Średnia cen z wszystkich ofert dla danej pozycji to 941,88 zł/szt. czyli jest o 561% wyższa od ceny konsorcjum COLAS.

W ocenie odwołującego niemożliwe jest faktyczne wykonanie tej pozycji z zyskiem, a 168 zł, nie wystarczy nawet na materiał, co obrazują poniższe wyliczenia:

Oparte na cenniku SEKOCENBUD, II kwartał 2019 r.:

MATERIAŁ: płyta ściekowa korytkowa - 19,57 zł/sztuka x 22 + płyta chodnikowa 50x50x7 cm 9,90 zł/sztuka x 22 = 19,57*22+9,90*22 = 648,34 zł.

Dodatkowo z materiałów dochodzi do tego podsypka grubości 10 cm pod płytki chodnikowe o powierzchni 5,5 m² (22/4) czyli 5,5*0,1*170 zł/m³ = 93,5 zł.

Suma samych materiałów do wykonania danej pozycji to 741,87 zł

ROBOCIZNA: Robocizna w sekocenbudzie i KNRach dla takiego zakresu prac nie została określona ale z danych rynkowych 1m ułożenia ścieku korytkowego kosztuje około 20 zł, a ułożenie 1m² kostki betonowej kosztuje również około 20 zł, co daje łącznie: $22/2*20 + 22/4*20 = 220 \text{ zł} + 110 = 330 \text{ zł}$

Dodatkowo, odwołujący podkreślił, że COLAS wcześniejszą pozycję przedmiarową nr 107 w przedmiarze drogowym, która polega na wykonaniu tych samych robót tylko o zakresie 5,5- krotnie mniejszym (4 sztuki ścieku korytkowego i 4 sztuki płytek) wycenił w tej samej cenie 158 zł/sztukę, co ewidentnie wskazuje, że omawiana pozycja uwzględnia nie 22 sztuki każdego asortymentu a 4- czyli nie uwzględnia materiału do wykonania tej pozycji.

Podsumowując, cena tej pozycji, wyliczona zgodnie z s.i.w.z. powinna wynosić, w ocenie odwołującego minimum: 1 071,87 zł/sztuka bez pozostałych czynności wpisanych w podstawie płatności. Każda cena poniżej tej wartości świadczy o:

- rażąco niskiej cenie tej pozycji (czyli nieuwzględnieniu jakiegś składowej z podstawy płatności) - niezgodność z s.i.w.z.,
- przerzuceniu części kosztu do innych/inne pozycji - niezgodność z s.i.w.z.

3. Branża drogowa, pozycja 109:

109	D.08.05.01	- zabudowa studzienki ściekowej w ciągu ścieku (14 szt.) na końcu ścieku (8szt. szt.),	22,00	392,00	8 624,00
-----	------------	--	-------	--------	----------

Cena jednostkowa tej pozycji w kosztorysie COLAS to 392 zł/szt.

Opis tej pozycji dokładnie wskazuje, że do jej wykonania jest zabudowa studzienki ściekowej. Podstawa płatności danej pozycji uszczegóławia, że cena powinna zawierać:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót prowadzonych w pasie drogowym,
- zakup i transport wyrobów na miejsce wbudowania,
- wykonanie koryta pod płyty chodnikowe,
- wykonanie podbudowy wykonanie podsypki,
- ułożenie płyt chodnikowych,
- ułożenie krawężników betonowych, ułożenie kostki betonowej,
- wypełnienie spoin, przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych przez ST,
- uporządkowanie terenu robót.

Średnia cen z wszystkich ofert dla danej pozycji to 1 432,89 zł/szt., czyli jest o 366% wyższa od ceny konsorcjum COLAS. Niemożliwe jest wykonanie tej pozycji z zyskiem, a 392 zł nie wystarczy nawet na materiał, co obrazują poniższe wyliczenia:

Oparte na cenniku SEKOCENBUD, II kwartał 2019 r.:

MATERIAŁ: Studzienka ściekowa (wpust ściekowy) cena od 550 - 690 zł/sztukę.

ROBOCIZNA: Wyliczona robocizna za wybudowanie studzienki ściekowej na KNRach i SEKOCENBUD na podstawie pozycji KNR 2-18 0625-01 wynosi (bez materiału) 353,18 jako koszt bezpośredni.

Łącznie na podstawie KNRów i SEKOCENBUD wartość tej pozycji powinna wynosić minimum $550,00 + 353,18 = 903,18$ zł/sztuka, uwzględniając tylko materiał i robociznę bez pozostałych czynności wypisanych w podstawie płatności.

Podsumowując cena tej pozycji, wyliczona zgodnie z s.i.w.z. powinna wynosić, w ocenie odwołującego, minimum: 903,18 zł/sztuka bez pozostałych czynności wpisanych w podstawie płatności. Każda cena poniżej tej wartości świadczy o:

- rażąco niskiej cenie tej pozycji (czyli nieuwzględnieniu jakiegś składowej z podstawy płatności) - niezgodność z s.i.w.z.,
- przerzuceniu części kosztu do innych/inne pozycji — niezgodność z s.i.w.z.

Odwołujący podniósł również, że wartość całej oferty konsorcjum COLAS jest rażąco niska, stosunek procentowych wartości budżetu zamawiającego do ceny oferty konsorcjum COLAS, oraz w szczególności wyżej wymienione i opisane pozycje oraz ceny istotnych części składowych oferty tego wykonawcy, w pozycjach branży drogowej 16 - 29, które wynoszą średnio 20% cen jednostkowych średnich.

W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie występują takie okoliczności, które wzbudzają wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez konsorcjum COLAS, które to wątpliwości powinny zostać uwzględnione przed podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i realizacji kontraktu o wartości kilkudziesięciu milionów złotych.

Poza argumentami przedstawionymi przez odwołującego i dodatkowo planowanymi do przedstawienia podczas rozprawy za takim działaniem zamawiającego przemawiają względy celowościowe i dbałość o wydatkowanie środków publicznych, w szczególności w obliczu powszechnie znanych informacji o porzucaniu przez firmy budowlane kontraktów, których ceny ofert na etapie ich badania nosiły cechy rażąco niskich w rozumieniu art. 90 ustawy Pzp.

W kontekście braku uwzględnienia w wymienionych wyżej pozycjach kosztorysowych konsorcjum COLAS wszystkich kosztów ich wykonania, odwołujący podniósł także, że zgodnie z dyspozycją bezwzględnie obowiązującego art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2019.1010 t.j. z dnia 2019.05.30 ze zm.) - dalej jako „Ustawy uznk” - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawę tą stosujemy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, faktyczny brak wyceny wszystkich kosztów w danej pozycji kosztorysu oraz ewentualne „przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego" (wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14).

Z kolei art. 15. 1 Ustawy uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że zamawiający powinien kierować się przede wszystkim naczelną zasadą przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, określoną w art. 7 ustawy Pzp, tj., która nakazuje podejmowanie wszelkich czynności zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Oferta złożona przez konsorcjum COLAS w sposób oczywisty i ewidentny narusza nie tylko powszechnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, tj. art. 90 ale także ustanowione przez zamawiającego zasady wyceny ofert przez wykonawców. Rzeczone regulacje oraz korespondujące z nimi bardzo szczegółowe i transparentne wymagania zamawiającego, zawarte konsekwentnie we wszystkich dokumentach składających się na s.i.w.z., ustanowione zostały w celu możliwości weryfikacji ofert wykonawców, a także stwarzały punkty odniesienia dla porównywalności ofert złożonych w ramach niniejszego postępowania.

Z powyższego, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, wynika zatem, iż cena ofertowa konsorcjum COLAS nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją niniejszego zadania i/lub koszt ten został przeniesiony przez tego wykonawcę do innych pozycji kosztorysu.

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: COLAS POLSKA sp. z o.o. oraz MOST sp. z o.o. (dalej „przystępujący” lub „konsorcjum Colas”). Przystępujący, na posiedzeniu złożył pismo procesowe, stanowiące stanowisko w sprawie zarzutu nr 1, który to zarzut, w ocenie przystępującego, był zarzutem spóźnionym.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1, jednocześnie zgodnie z żądaniem odwołującego, który jest dysponentem odwołania, w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1, Izba uznała zarzuty odwołującego, opisane w pkt 2 i 3 odwołania, za przedwczesne, z uwagi na okoliczność, iż odwołujący nie mając dostępu do pełnej treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie mógł w sposób bezpośredni odnieść się do tych wyjaśnień, a co za tym idzie nie mógł w sposób prawidłowy postawić zarzutów.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (TP) musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak ww. wykazania powoduje natomiast, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez zamawiającego.

Przepisy ustawy Pzp, nie regulują trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących TP oraz nie wskazują wprost, od jakiego zdarzenia rozpoczyna się bieg terminu do wniesienia odwołania na zastrzeżenie TP części oferty danego wykonawcy.

Zgodnie z treścią przepisu art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp, „*Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust 1 i 2 wnosi się (...) w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto*

lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”.

W przypadku odwołania wobec zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych TP, w wyjaśnieniach złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należy przyjąć termin, posiłkując się treścią przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”.* Dyspozycja omawianego przepisu, w sposób bezpośredni reguluje termin na udostępnienie wykonawcom wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż terminem tym jest termin po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem wyjaśnienia takie stanowią załączniki do protokołu z postępowania.

Przekładając powyższe ustalenia na stan faktyczny przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż termin na wniesienie środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu zaczął biec od dnia podania do publicznej wiadomości, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. od dnia 28 października 2019 roku. Oznacza to, że odwołujący składający swoje odwołanie w dniu 7 listopada 2019 roku, dochował należytej staranności i wniósł odwołanie, na zaniechanie czynności zamawiającego, w terminie określonym przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych. Nie można również pominąć faktu, iż z dniem zawiadomienia o wynikach prowadzonego postępowania (wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu postępowania), zamawiający *de facto* informuje wykonawców, iż zakończył proces badania wszystkich ofert, ze wszystkimi skutkami takich ocen i decyzji. Skoro zatem zamawiający, w dniu 28 października 2019 roku, zawiadomił wykonawców, że taki proces dobiegł końca, to dopiero od tego dnia może zacząć biec termin na wnoszenie środków ochrony prawnej.

Odwołującemu, w dniu 29 października 2019 roku, zamawiający udostępnił dokumentację postępowania, jednakże z ograniczeniem wynikającym z uwzględnieniem zastrzeżenia TP, wyjaśnień przystępującego, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, na tę czynność zamawiającego, skutecznie wniósł odwołanie.

Przystępujący, odpowiadając na wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w pismach z dni: 27 września 2019 roku oraz 10 października 2019 roku, w zakresie wykazania przesłanek do skutecznego zastrzeżenia TP złożonych wyjaśnień podał, co następuje:

- *„Ponieważ informacje zawarte w załączonych dokumentach stanowią tajemnicę handlową naszego przedsiębiorstwa i zawierają nieujawnione do publicznej wiadomości*

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa prosimy o utajnienie ich treści.” (27 września 2019 r.),

- „Jednocześnie Konsorcjum wnosi o zachowanie poufności treści niniejszych wyjaśnień wraz z załącznikami, ponieważ informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa członków Konsorcjum i zawierają informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne ich przedsiębiorstw, mające wartość gospodarczą, nieznane powszechnie osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (ani nie będąc łatwo dostępnymi dla takich osób). Dlatego też Konsorcjum dąży do utrzymania ich w poufności. Zasadność utajnienia informacji wskazywanych w ramach wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny potwierdza szereg orzeczeń KIO. I tak w wyroku z dnia [...]” (10 października 2019 r.).

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich stron wyjaśnień wraz z załącznikami, są lakoniczne, ogólnikowe i odwołują się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazano w żaden sposób, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, nie opisano jakie wykonawca podjął działania w celu zachowania tych danych w poufności.

Zauważyć należy, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wprowadził także termin na wykazanie skuteczności poczynionego zastrzeżenia wskazując, że wykazanie musi nastąpić nie później niż w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału. W przypadku dokumentów składanych wraz z wyjaśnieniami termin na wykazanie skuteczności zastrzeżenia upływa z chwilą złożenia wyjaśnień, po tym terminie uprawnienie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią TP wygasa. Tym samym wyjaśnienia składane na rozprawie przez przystępującego i zamawiającego, iż z całokształtu złożonych wyjaśnień i załączników do nich wynika *know-how* wykonawcy, w żaden sposób nie mogą zostać uwzględnione, albowiem termin na dokonanie takich czynności już minął. Za bezzasadny Izba uznała również argument podnoszony na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego, iż w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, przy tożsamym zastrzeżeniu TP przez przystępującego, żaden wykonawca ani zamawiający nie podważał skuteczności takiego zastrzeżenia, albowiem być może inni wykonawcy nie mieli interesu w podnoszeniu takich okoliczności.

W celu odniesienia się do zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, należy odnieść się również do treści przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się informacje:

- 1) mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub mające wartość gospodarczą,
- 2) nie ujawnione do publicznej wiadomości,

3) wobec których podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Interpretacji powyższej „definicji” dokonał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r. Zgodnie z tą interpretacją, wszystkie wyżej wymienione przesłanki (tj. charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub wartość gospodarcza, brak podania do publicznej wiadomości powyższych informacji, oraz podjęcie wobec informacji zastrzeżonych jako tajne, działań mających na celu zachowanie poufności) spełnione muszą być łącznie, (sygn. Akt I CKN 304/00).

W ocenie Izby, żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona, a wskazując na powyższe orzeczenie stwierdzić należy, iż aby uznać informację za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie z powyższych przesłanek muszą być spełnione łącznie. Brak jest więc jakiegokolwiek podstawy dla uznania, że informacje te nie mogą być ujawnione. Tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego TP, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Tym samym, z uwagi na okoliczność, iż w ocenie Izby, przystępujący nie wykazał skuteczności zastrzeżenia TP wyjaśnień z dnia 27 września 2019 roku oraz z dnia 10 października 2019 roku, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nakazała zamawiającemu udostępnienie przystępującemu tych wyjaśnień w pełnej treści wraz z załącznikami. Uwzględnienie powyższego zarzutu, tj. przepisów art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, koresponduje z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje Izbie uwzględnienie odwołania, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp, przez zamawiającego, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem odwołujący, mając pełny dostęp do wyjaśnień przystępującego, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, może umożliwić odwołującemu, skonstruowanie zarzutów odwołania w zakresie okoliczności wcześniej nieznanymi odwołującemu, które zostały niezasadnie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. Okoliczność powyższa determinowała również brak konieczności rozpoznawania pozostałych zarzutów odwołania, które zostały postawione przez odwołującego, niejako „w ciemno”.

Izba, oddaliła wszystkie dowody zgłoszone przez odwołującego i przystępującego, jako nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący: