

Sygn. akt: KIO 1249/15

Sygn. akt: KIO 1250/15

WYROK

z dnia 29 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 12 czerwca 2015 r. przez:

- A. P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1249/15)**
- B. W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1250/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Oddala oba odwołania;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwoływających się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Odwoływających się kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1249/15

Sygn. akt: KIO 1250/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych w związku z budową drogi ekspresowej S7 Gdańsk (A1) – Elbląg (S22): odcinek Koszwały – Kazimierzowo wraz z opracowaniem wyników badań z podziałem na 4 części zamówienia.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 stycznia 2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2015 r. pod numerem 2015/S 012-017222.

W dniu 2 czerwca 2015 r. Zamawiający (dla części III i IV zamówienia) zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była podstawą wniesienia obu odwołań.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1249/15 oraz KIO 1250/15

P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: również „*Odwołującym Archeoplan*”) oraz W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: również „*Odwołującym Archeo-Explorers*”) w dniu 12 czerwca 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania (odpowiednio w części 3 i 4 zamówienia) na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze, zarzucając naruszenie art. 7, 8 ust. 3, 24 ust. 2 pkt 2, 89 ust. 1 pkt

3 i 4, art. 91 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze (w części III i IV zamówienia) oraz odpowiednio wyboru oferty Odwołujących się w poszczególnych zaskarżonych częściach zamówienia (odpowiednio w części III i IV).

Pismami z dnia 23 czerwca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w obu odwołaniach oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do niniejszych postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego w dniu 17 czerwca 2015 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze.

Krajowa Izba Odwoławcza nie potwierdziła skuteczności przystąpień ww. wykonawców zgłaszających przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego, z

uwagi, iż zgłoszenie przystąpień wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2015 r., t.j. z uchybieniem terminu wobec wezwania Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, które miało miejsce w dniu 12 czerwca 2015 r.

Pismami z dnia 23 czerwca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w obu odwołaniach oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych w związku z budową drogi ekspresowej S7 Gdańsk (A1) – Elbląg (S22): odcinek Koszwały – Kazimierzowo wraz z opracowaniem wyników badań z podziałem na 4 części zamówienia.*

/dokumentacja postępowania: Rozdział I pkt 5.1 „Opis przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący Archeoplan jak i Archeo-Explorers w poszczególnych częściach (w części 3 i 4) złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, t.j. m. in.:

Część III zamówienia:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze – z ceną 1.161.748,60 zł brutto;
2. Pr. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie – z ceną 1.663.412,85 zł brutto.

Część IV zamówienia:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze – z ceną 1.079.534,62 zł brutto;
2. W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie – z ceną 1.781.848,51 zł brutto.

/dokumentacja postępowania: pkt 9 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 7-9 protokołu/.

Ponadto Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dwukrotnie wzywał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze do złożenia wyjaśnienia wszystkich czynników mających wpływ na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 8 maja 2015 r. oraz z dnia 21 maja 2015 r./.

Wobec wezwania Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze złożyli w dniach 19 maja 2015 r. oraz 2 czerwca 2015 r. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 19 maja 2015 r. oraz 2 czerwca 2015 r./.

Ponadto wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 19 maja 2015 r. oraz 2 czerwca 2015 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/.

Zamawiający pismem z dnia 21 maja 2015 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze do wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze do złożenia wyjaśnień zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 21 maja 2015 r./.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze w dniu 2 czerwca 2015 r. złożyli wyjaśnienia dotyczące skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 2 czerwca 2015 r. dotyczące zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa/.

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty (w części 3 i 4 zamówienia), t.j. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz . J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 2 czerwca 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy – P. W. prowadzący działalność gospodarczą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą w Krakowie oraz W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers z siedzibą w Krakowie – wnieśli odwołanie w dniu 12 czerwca 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawców: P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN z

siedzibą w Krakowie oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Archeologiczna Archeo-Explorers z siedzibą w Krakowie z dnia 12 czerwca 2015 r. /.

Pismami z dnia 23 czerwca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniach oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

/dokumentacja postępowania: Pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba wzięła pod uwagę argumentację przedstawioną przez Zamawiającego. Zgodzić należy się, że działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą się ograniczać do jednorazowej czynności, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie Zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze, należało uznać za szczegółowe, jednak przedstawiony sposób kalkulacji zastosowany przez Wykonawców nie był wystarczająco czytelny, dlatego też Zamawiający po raz drugi zwrócił się do ww. wykonawców o wyjaśnienia. Pozycje kosztorysu wymagane przez Zamawiającego znajdowały się w innych częściach zamówienia, niż kalkulował je Zamawiający, a kilka elementów było zatomizowanych i przeliczonych przez liczbę jednostek normatywnych, co nie służyło przejrzystości oceny kalkulacji za konkretną czynność. Jak wskazał Zamawiający były to zatem główne powody, dla których Zamawiający wezwał Wykonawców do powtórnych wyjaśnień. Wyjaśnienia nie były niepełne i ogólnikowe, a raczej niejednoznaczne w odczycie dla Zamawiającego. Fakt, iż powtórne wezwanie było jedynie doprecyzowaniem

niewyjaśnionych wcześniej okoliczności wskazuje treść wezwania Zamawiającego z dnia 21 maja 2015 r. proszącego o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień dotyczących treści oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Analizując treść obu wezwań, w ocenie Izby nie doszło do powielenia wezwania, a jego doprecyzowania o pewne okoliczności, zatem Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie Wykonawców do złożenia wyjaśnień, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby pierwsze wezwanie, nie wyjaśniało pewnych okoliczności i elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawców nie można również uznać za niepełne i ogólnikowe. Odnosiły się one wprost do sytuacji Wykonawców, wykazujących, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. Zamawiający dodał również, że Odwołujący w swoich zarzutach odnieśli się wyłącznie do swojej sytuacji i własnych wyliczeń, nie zaś sytuacji Wykonawców, a sam Zamawiający nie wskazywał na żadnym etapie postępowania jakiej wysokości stawki należy zastosować w stosunku do wynagrodzenia dla pracowników fizycznych. Wyliczenia Odwołujących opierały się wyłącznie na ich własnych kalkulacjach, nie uwzględniając jednocześnie sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze. Zamawiający odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może dokonywać mechanicznie, niejako z automatu, a fakt odrzucenia oferty innego z wykonawców nie może przesądzać o pozycji innych wykonawców w tym postępowaniu, gdyż każdą sytuację – i złożone wyjaśnienia - należy oceniać indywidualnie w realiach konkretnego postępowania oraz indywidualnych możliwości danego wykonawcy.

Ponadto w konsekwencji nie wykazano również przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze, kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem ww. Wykonawcy zamierzają utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazali, ale nawet nie przywołali żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Wykonawców. Nie zostało zatem

wykazane, że Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze działali z zamiarem eliminacji Odwoływających z rynku.

Zgodzić należy się z Odwoływającymi, co do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wedle znowelizowanego brzmienia 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 (...). Zatem do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie oraz A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze poczynili stosowne zastrzeżenie, jednak nie wykazali jednocześnie - przy dokonywaniu tej czynności – zasadności tego zastrzeżenia. Jednakże naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 3 i ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odtajnienie i udostępnienie ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwoływający, pomimo iż nie znali wyjaśnień ww. Wykonawców co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydowali się we wniesionych odwołaniach podnieść zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - i to oparte przez nich na wskazanych okolicznościach faktycznych, które Izba – w granicach odwołań - rozpoznała i uznała za

niezasadne. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru ofert Odwołujących – w częściach III i IV - jako najkorzystniejszych. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w ocenie Izby zarzut nie został w żaden sposób skonkretyzowany przez Odwołujących się. Odwołujący nie wskazali na czym ten zarzut polega, nie odnieśli się do konkretnego stanu faktycznego oraz prowadzonego postępowania. Jak już wskazywano w orzecznictwie samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołują się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinni wskazać w jaki sposób ich interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony. Zatem uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołujących przepisów ustawy Pzp.

W konsekwencji, odwołania podlegały oddaleniu. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....