

**WYROK**  
z dnia 11 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **ECM GROUP POLSKA S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Ciepłińskiego 4, 35-010 Rzeszów**,

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Grontmij Polska sp. z o.o., CTG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35** - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- wykonawcy **SAFEGE Oddział w Polsce, ul. Solec 22; 00-410 Warszawa** - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ECM GROUP POLSKA S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ECM GROUP POLSKA S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **ECM GROUP POLSKA S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza**

**sygn. akt: KIO 180/13**

**Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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. 113, 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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie zarządzania i nadzoru nad realizacją projektu <<Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej- województwo podkarpackie>> - współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Rozwoju Polski Wschodniej, a także prowadzenia przewidzianych w Projekcie działań informacyjnych i szkoleniowych*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 października 2012 roku pod numerem 2012/S 193-317659.

Zamawiający dnia 18 stycznia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 28 stycznia 2013 roku wykonawca ECM GROUP POLSKA S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na naruszeniu:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że Konsorcjum Grontmij (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grontmij Polska sp. z o.o., CTG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu) potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a przez to zaniechanie wykluczenia w/w wykonawcy z postępowania,
2. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej oferty Konsorcjum Grontmij i uznanie, że utajnione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Grontmij oraz SAFEGE z powodu rażąco niskiej ceny,
4. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców Konsorcjum Grontmij oraz Safege, a w ich wyniku naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert.
2. Nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Grontmij w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.
3. Dodatkowo nakazanie zamawiającemu udostępnienia oferty wraz z wyjaśnieniami, w zakresie obejmującym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.
4. Nakazanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Grontmij oraz SAFEGE.
5. Nakazanie dokonania ponownej oceny ofert.

Zamawiający, dnia 28 stycznia 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosili przystąpienia wykonawcy:

- 1) dnia 31 stycznia 2013 roku - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grontmij Polska sp. z o.o., CTG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35,
- 2) dnia 30 stycznia 2013 roku - SAFEGE Oddział w Polsce, ul. Solec 22; 00-410 Warszawa.

Zamawiający dnia 7 lutego 2013 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

**Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego oświadczenia podmiotów, z których zasobów korzysta przystępujący konsorcjum Grontmij oraz oświadczenie ubezpieczyciela wykonawcy Grontmij Polska sp. z o.o.**

**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.

Odwołujący podniósł zarzut zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Grontmij w zakresie informacji obejmujących wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób zdolnych do realizacji zamówienia oraz wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy SAFEGE w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie odwołującego zamawiający, pełniąc funkcję organizatora i gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest zobowiązany do wypełnienia obowiązków nałożonych na niego w ustawie Pzp. W szczególności jest on zobowiązany zbadać, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei wykonawca powinien należycie uzasadnić swoje twierdzenie, iż powyższe przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione.

Odwołujący zgodził się z tym, że pewne dane mogą zasługiwać na utajnienie, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale nie cały wykaz usług, wykaz osób, czy wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Dane osób w zakresie imion i nazwisk oraz nazwy kontraktów lub kontrahentów mogą być utajone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale absolutnie nie mogą być utajniane informacje, które poświadczają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, takie jak zakres wykonanych usług.

Na swojej stronie internetowej Grontmij sp. z o.o. udostępnia listę projektów, które zrealizował i które realizuje. Trudno zatem uznać, iż wobec usług, które Grontmij sp. z o.o. realizuje, podejmuje działania mające na celu zachowanie poufności informacji ich dotyczących. O ich publicznym charakterze, świadczy już zresztą sam fakt, iż wykonywane były w ramach zamówień publicznych, a tym samym informacja taka jest powszechnie dostępna.

Odnosząc się do kwestii skuteczności dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący wskazał, iż skuteczność zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła omawiana przesłanka (tak: Michał Pankiewicz w: *„Tajemnica przedsiębiorstwa w prawie zamówień publicznych - zakres i zasady stosowania oraz skutki prawne*

*bezpodstawnego zastrzeżenia*” w „Prawo Zamówień Publicznych” nr 4/2001 w C.H. Beck Legalis).

Odwołujący zwrócił uwagę na podstawową przyczynę, która wyklucza uznanie informacji wynikających z wykazu osób całościowo za tajemnicę przedsiębiorstwa, na którą KIO zwróciła uwagę w wyroku z dnia 4 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1016/12. W wyroku tym Izba stwierdziła, iż informacje wynikające z wykazu wykonanych robót oraz z wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Grontmij, odwołujący wskazał, iż konsorcjum ograniczyło się jedynie do zacytowania ustawowych przesłanek uznania danych informacji za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i głośownego twierdzenia, że przesłanki te występują. Swojego twierdzenia nie uzasadniło w sposób wiarygodny, w szczególności zaś nie wskazało nawet, jakie czynności podejmuje celem zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Mimo to, zamawiający uwzględnił zastrzeżenia poczynione przez konsorcjum, co oznacza, że poprzestał *de facto* na samym sprzeciwie konsorcjum, co do ujawniania przedmiotowych informacji.

Odwołujący wskazał również na brak uzasadnienia dla utajnienia wyjaśnień mających wpływ na wysokość ceny, które mają kluczowe znaczenie dla stwierdzenia, czy cena zaferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską.

Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum Grontmij z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 4 lit. c, wykonawca miał posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę, co najmniej pięciu milionów złotych. Celem wykazania spełniania tego warunku, konsorcjum Grontmij przedstawiło polisę ubezpieczeniową, w której jako ubezpieczony został wskazany Grontmij Polska sp. z o.o., a jako „dodatkowo ubezpieczony” Grontmij Nederlanden B.V. W treści polisy zostało zawarte zastrzeżenie następującej treści: *„Ochrona ubezpieczeniowa na warunkach niniejszej polisy obejmuje sytuacje wyłącznie, gdy Grontmij Nederlanden B.V. występuje, jako konsorcjant z ubezpieczonym (Grontmij Polska Sp. z o.o.) i pod warunkiem, że roszczenie dotyczy szkód wynikających z objętych umową ubezpieczenia czynności*

*zawodowych wykonywanych przez Grontmij Polska Sp. z o.o.*”. Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę, iż Grontmij Nederlanden B.V nie występuje w przedmiotowym postępowaniu w konsorcjum z ubezpieczonym, Grontmij Polska sp. z o.o. nie posiada skutecznej ochrony ubezpieczeniowej, wynikającej z przedłożonej polisy. W ocenie odwołującego, wobec powyższego, przedłożona polisa nie może zostać uznana, jako dokument wykazujący spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty SAFEGE i konsorcjum Grontmij z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że co prawda utajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny uniemożliwia odwołującemu odniesienie się do nich i ich ocenę, tym niemniej nie budzi wątpliwości, iż oferty złożone przez SAFEGE i konsorcjum Grontmij, zawierają cenę nierealną, nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, nieodpowiadająca realiom rynkowym, a tym samym cenę rażąco niską. Zgodnie natomiast art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oferta zawierająca rażąco niską cenę podlega odrzuceniu.

Odnosząc się do tak opisanych i podniesionych przez odwołującego zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty konsorcjum Grontmij w zakresie informacji obejmujących wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób zdolnych do realizacji zamówienia, Izba uznała, iż zarzut ten jest zarzutem spóźnionym, wniesionym po terminie.

W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Wskazać bowiem należy, iż otwarcie ofert nastąpiło w dniu 30 listopada 2012 r. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego artykułu - takich jak m.in. zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie 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. Ustawa - Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do czynności - braku odtajnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa - nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zachowując

## **sygn. akt: KIO 180/13**

należyta staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji stanowiących - zdaniem wykonawcy składającego ofertę - tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty (vide: postanowienie KIO z dnia 18 czerwca 2012 r. sygn. akt: KIO 1161/12, postanowienie KIO z dnia 9 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 840/12).

Przyjmując bardziej liberalną, korzystniejszą dla odwołującego wykładnię art. 182 ustawy Pzp, wskazać należy, iż pierwsze pismo z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania do wglądu, odwołujący złożył w dniu 17 grudnia 2012 r., a zatem w 17 dni po upływie terminu na składanie ofert. Ponadto w dniu 27 grudnia o godz. 8.00 zamawiający udostępnił odwołującemu dokumenty objęte wnioskiem, tj. oferty, uzupełnienia i wyjaśnienia z wyłączeniem dokumentów objętych tajemnicą (pismo zamawiającego z dnia 20.12.2012 r. znak: OR-IV.272.1.63.2012). Nie budzi zatem wątpliwości fakt, iż możliwość uzyskania informacji o zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odwołujący uzyskał już w dniu 30 listopada 2012 r., natomiast pełną wiedzę w tym zakresie posiadał w dacie 27 grudnia 2012 r.

Powyższe jednoznacznie wynika z okoliczności przytoczonych powyżej.

Izba nie podziela poglądu prezentowanego przez odwołującego, iż nie był w posiadaniu informacji, że część oferty konsorcjum Grontmij została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa wcześniej, niż po ogłoszeniu przez zamawiającego wyników prowadzonego postępowania. Istotnym jest bowiem fakt, że odwołujący w dacie 20 grudnia 2012 roku, został poinformowany przez zamawiającego o tym, iż zostanie mu udostępniona właściwa dokumentacja. Nadto, w dacie dokonywania wglądu w dokumentację, odwołującemu nie została udostępniona dokumentacja zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa. W tejże to dacie, tj. 27 grudnia 2012 roku, przez fakt, iż zamawiający nie udostępnił wszystkich żądanych przez odwołującego dokumentów, ujawniła się decyzja zamawiającego o utrzymaniu w mocy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum Grontmij, co do dokumentów dotyczących wykazu doświadczenia wraz z referencjami oraz wykazu osób.

Odwołujący nie wykonując swojego uprawnienia, w ustawowym terminie, co do możliwości podważenia decyzji zamawiającego, składając w dacie 28 stycznia 2013 roku odwołanie na powyższe zaniechanie, uchybił terminowi na skuteczne stawianie zarzutów w tym zakresie, dlatego też Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty konsorcjum Grontmij oraz oferty wykonawcy Safege, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzut powyższy został zgłoszony w terminie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, „Oferty, opinie biegłych, oświadczenia,



informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.”. Zgodnie zaś z ust. 3 art. 96 ustawy Pzp, „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.”.

Powyższe przepisy jednoznacznie wskazują, w jakiej dacie odwołujący mógł się zapoznać z załącznikami do protokołu z postępowania, którymi to załącznikami są między innymi wyjaśnienia składane w zakresie rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu, najwcześniejszym dniem, w którym mógł się zapoznać z dokumentacją postępowania, w tym załącznikami do protokołu, to dzień ogłoszenia wyników postępowania – dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. 18 stycznia 2013 roku. Tym samym zarzuty odwołującego, w powyższym zakresie, zostały postawione w terminie.

Niemniej, w ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że zastrzeżenie skarżonych informacji zostało poczynione z naruszeniem prawa. Wskazać należy, iż w obu przypadkach, tj. konsorcjum Grontmij oraz wykonawcy SAFEGE, wyjaśnienia zawierały kalkulację składników ceny oferty oraz szczegółowy opis w tym zakresie, a ponadto opis czynników wpływających na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp. W ocenie Izby, powyższe informacje nie są powszechnie dostępne, mają charakter handlowy, a przez to posiadają istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie ma podstaw do ich udostępnienia innym wykonawcom, w tym odwołującemu.

Ponadto wskazać należy, że odwołujący poza przywołaniem stosownych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w *petitum* odwołania oraz ogólnikowym stwierdzeniem, iż *„Brak jest również uzasadnienia dla utajnienia wyjaśnień mających wpływ na wysokość ceny, które mają kluczowe znaczenie dla stwierdzenia, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę jest ceną rażąco niską”*, nie wskazał z jakich powodów uznaje, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dla informacji zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach nie może być skuteczne. Tak ogólnikowo sformułowane stwierdzenia odwołującego nie kreują zarzutu w ujęciu takim, o jakim mowa jest w ustawie Pzp. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 925/11 *„Dla uznania, iż zarzut został postawiony, a zatem o jego istnieniu, koniecznym jest, aby Odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, iż na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem postawieniem tezy - Odwołujący, formułując ją, jest zobowiązany wskazać jakie, konkretnie zachowanie*

*Zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego powzięcia był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy. Jest zobowiązany wskazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem Zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną, sformułować tezę o naruszeniu tejże normy przez Zamawiającego. Tym samym sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie mogą mieć charakteru blankietowego - muszą być wypełnione »treścią« - muszą odnosić się do konkretnego działania lub jego zaniechania przez Zamawiającego.”*

Nadto wskazać należy, że dokonane przez przystępujących zastrzeżenie wyjaśnień ceny było w pełni uzasadnione. W złożonych wyjaśnieniach wykonawcy wskazywali i omówili obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również przedstawili żadaną przez zamawiającego informację dotyczącą składników ceny mających decydujące znaczenie dla kalkulacji łącznej ceny oferty.

Dodatkowo wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Grontmij zawierają szczegółowe informacje co do sposobu skalkulowania ceny przez przystępującego, w tym co do kosztów, jakie planuje ponieść przystępujący w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja przystępującego będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować na ile przystępujący wyceni swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.

W powyższym zakresie na aprobatę zasługują wyroki KIO: z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12, w którym Izba stwierdziła m.in., że: (...) *szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem min, kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. w ocenie Izby zawierają informacje handlowe niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy pozostające w związku z informacjami, które zostały złożone w ofercie i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa”, z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, zgodnie z którym: „(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych*

*informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencji na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działań Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.*, z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 217/12, w którym: „Izba uznała, że dokumenty zawarte, jako załącznik (...) zostały przez zamawiającego ocenione prawidłowo jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców, umów o nadzór autorski, umów na opracowanie dodatkowej dokumentacji, rachunków i faktur na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty, oferty dotyczące dojazdów, wykazanie przyjętej kalkulacji związanej z możliwością łączenia czynności nadzoru autorskiego (wyjazdów) w ramach różnych umów o nadzór autorski dla kilku zamawiających itp. czyli inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Te informacje wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów.”.

Izba wskazuje również, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił postawionego zarzutu, tj. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, iż informacje zastrzeżone przez przystępujących w złożonych wyjaśnieniach ceny nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący błędnie przyjął, że to na zamawiającym i przystępujących spoczywa ciężar dowodu w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia konsorcjum Grontmij z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zarzut powyższy postawiony został w odniesieniu do dwóch elementów oferty, a mianowicie w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W zakresie pierwszego z zarzutów Izba wskazuje, że odwołujący w toku prowadzonego postępowania, na potwierdzenie powyższej okoliczności nie przedstawił żadnego dowodu.

Kontradyktoryjność postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w obowiązku udowodnienia prawdziwości twierdzeń prezentowanych w jego trakcie. Powyższy obowiązek wynika przede wszystkim z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, w zakresie ciężaru dowodu zastosowanie znajduje przepis art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. artykułem ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W ocenie Izby okolicznością łagodzącą nie może być z całą pewnością fakt, że odwołujący nie mógł zapoznać się z treścią dokumentów objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Jakiż bowiem byłby cel objęcia zastrzeżeniem tych dokumentów, gdyby Izba realizując żądanie odwołującego odtajnienia tych dokumentów, w wyniku prowadzonego postępowania doszły do przekonania (być może i sam odwołujący), że wykonawca zastrzegający tajemnicą przedsiębiorstwa część dokumentów zastrzegł je prawidłowo. Sytuacja powyższa powodowałaby wystąpienie szkody po stronie przystępujących, kwalifikowana ujawnieniem tajemnicy handlowej, czy innych istotnie ważnych z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej. Dlatego też Izba uznała, że odwołujący ponosząc ciężar dowodowy winien przedstawić Izbie na rozprawie dokumenty, które w jego ocenie znajdują się w ofercie przystępujących, a Izba badając sprawę winna będzie dokonać analizy, czy rzeczywiście dowody (dokumenty) zgłoszone przez odwołującego potwierdzają słuszność stawianych zarzutów. Przyznanie racji odwołującemu będzie automatycznie uznaniem słuszności stawianego zarzutu. Wniosek przeciwny powodował będzie oddalenia zarzutu. Jednakże samo gołosłowne twierdzenie odwołującego o możliwościach nie może wywołać zamierzonego skutku prawnego, zorientowanego na korzyść odwołującego.

Odnosnie drugiego z zarzutów dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego konsorcjum Grontmij dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Z załączonej przez konsorcjum polisy, ubezpieczonym jest Grontmij Polska sp. z o.o., czyli podmiot wchodzący w skład konsorcjum. Dodatkowo ubezpieczonym w ramach tej samej polisy jest firma Grontmij Nedehanden B.V. Warunkiem skuteczności dodatkowego ubezpieczenia (dotyczącego Grontmij Nederlanden B.V.) jest wystąpienie następujących okoliczności:

1. Grontmij Nederlanden B.V. występuje jako konsorcjant z ubezpieczonym (Grontmij Polska Sp. z o.o.),
2. Roszczenie dotyczy szkód wynikających z objętych umową ubezpieczenia czynności zawodowych wykonywanych przez Ubezpieczonego (Grontmij Polska Sp. z o.o.).

Tym samym brak okoliczności, o których mowa powyżej, skutkuje jedynie brakiem objęcia ochroną ubezpieczeniową dodatkowo ubezpieczonego, tj. Grontmij Nederlanden B.V. Nie ma natomiast wpływu na ważność czy zakres ubezpieczenia względem ubezpieczonego, tj. Grontmij Polska sp. z o.o.

Za bezsprzeczne należy więc uznać, iż Grontmij Polska sp. z o.o. posiada ważne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej spełniające warunek określony w § 5 pkt 4 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W szczególności Izba zwraca uwagę, że *ratio legis* wprowadzenia, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza ona wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Zaznaczyć należy, iż polisa OC, którą składają wykonawcy w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie. Tak więc, nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia, bowiem takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1582/11).

Wskazać zatem należy, że postanowienie polisy o treści: *„ochrona ubezpieczeniowa na warunkach niniejszej polisy obejmuje sytuacje wyłącznie gdy Grontmij Nederlanden B.V. występuje jako konsorcjant z ubezpieczonym”*, tak samo zresztą jak postanowienie o treści: *„ochrona ubezpieczeniowa ograniczona jest wyłącznie do szkód pozostałych na terytorium*

*RP*” zostało zamieszczone w części polisy dotyczącej dodatkowo ubezpieczonego, tj. Grontmij Nederlanden B.V. Tym samym postanowienie polisy o treści: „ochrona ubezpieczeniowa na warunkach niniejszej polisy obejmuje sytuacje wyłącznie gdy Grontmij Nederlanden B.V. występuje jako konsorcjant z ubezpieczonym” dotyczy tylko i wyłącznie warunków dodatkowego ubezpieczenia dla Grontmij Nederlanden B.V. i oznacza, że Grontmij Nederlanden B.V. posiada dodatkowo ubezpieczenie w ramach zawartej polisy, ale wyłącznie w sytuacji, kiedy występuje jako konsorcjant z Grontmij Polska sp. z o.o. Wskazane w polisie ograniczenie dotyczy tylko spółki Grontmij Nederlanden B.V. i nie ma wpływu na posiadanie ochrony ubezpieczeniowej przez Grontmij Polska sp. z o.o., która w świetle przedstawionej polisy jest bez wątpienia ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej zawodowej na sumę 10.000.000,00 zł.

Powyższe potwierdza ponadto dowód zgłoszony przez przystępującego konsorcjum Grontmij, w którym ubezpieczający potwierdził, że „*Grontmij Polska sp. z o.o. posiada indywidualne, niezależne od udziału Grontmij Nederlanden B.V., ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w kwocie wskazanej w polisie: 2.500.000 EUR, tj. 10.000.000 PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.*” Odwołujący dowodu przeciwnego nie złożył.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert przystępujących z uwagi na okoliczność, iż zawierają one rażąco niską cenę, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

W zakresie omawianego zarzutu, Izba podtrzymuje wcześniej prezentowane stanowisko o obowiązku przedstawienia dowodów w sprawie, których to dowodów odwołujący nie złożył.

Ponadto Izba wskazuje, że odwołujący w złożonym odwołaniu nie usiłuje nawet uzasadnić z czego miałyby wynikać, że cena zaoferowana przez przystępujących jest ceną nierealistyczną. W szczególności odwołujący nie wykazał w żaden sposób, iż cena zaoferowana przez przystępujących wskazujące na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie próbował nawet wykazać, że zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez przystępujących narazi ich na straty.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 3/07: „*Zamawiający odrzuca ofertę, gdy na podstawie dokonanej oceny dojdzie do wniosku, że cena jest rażąco niska. Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c zgodnie, z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (...)*”.

Tym samym na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

**sygn. akt: KIO 180/13**

**sygn. akt: KIO 180/13**

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

**Przewodniczący:** .....