

Sygn. akt: KIO 1877/13

Sygn. akt: KIO 1878/13

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa
Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 sierpnia 2013 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez **Odwołujących:**

A. ENERGOPOMIAR Sp. z o.o., ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 1877/13),

B. SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (sygn. akt: KIO 1878/13),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Elektrownia CCGT Grudziądz Sp. z o.o., ul. Marii Curie Skłodowskiej 6/7, 86-300 Grudziądz,

przy udziale **Wykonawców:**

A. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1877/13, po stronie Zamawiającego:

a) ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa,

b) Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij GmbH, ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,

c) SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,

B. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1878/13, po stronie Zamawiającego:

a) Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij GmbH, ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań.

orzeka:

1. oddala obydwie odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwolujących**:

A. ENERGOPOMIAR Sp. z o.o., ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 1877/13),

B. SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (sygn. akt: KIO 1878/13), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolujących**:

A. ENERGOPOMIAR Sp. z o.o., ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 1877/13),

B. SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (sygn. akt: KIO 1878/13), tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Odwolującego** – ENERGOPOMIAR Sp. z o.o., ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 1877/13), na rzecz **Zamawiającego** - Elektrownia CCGT Grudziądz Sp. z o.o., ul. Marii Curie Skłodowskiej 6/7, 86-300 Grudziądz, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz od **Odwolującego** - SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (sygn. akt: KIO 1878/13) na rzecz **Zamawiającego** - Elektrownia CCGT Grudziądz Sp. z o.o., ul. Marii Curie Skłodowskiej 6/7, 86-300 Grudziądz, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1877/13

Sygn. akt KIO 1878/13

UZASADNIENIE

Elektrownia CCGT Grudziądz Sp. z o.o., ul. Marii Curie Skłodowskiej 6/7, 86-300 Grudziądz, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, w trybie przetargu ograniczonego na . „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. „Budowa bloku gazowo-parowego o znamionowej mocy elektrycznej 420 – 600 MWe w Grudziądzu wraz z niezbędną infrastrukturą i przyłączami dla dwóch bloków”.

W dniu 23.07.2013 r., wykonawcy otrzymali od zamawiającego informacje o wyniku oceny ofert w postępowaniu i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij GmbH, ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań.

Wobec takiej czynności zamawiającego dwaj wykonawcy:

A. ENERGOPOMIAR Sp. z o.o., ul. gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (sygn. akt: KIO 1877/13),

B. SGS Polska Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa (sygn. akt: KIO 1878/13),wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r.

odwołanie o sygn. akt KIO 1877/13

Wykonawca ENERGOPOMIAR Sp. z o.o., zwany dalej „odwołującym Energopomiar” we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust, 2 pkt. 1, 3 i 4, art. 32 ust.1, art. 89 ust. 2, 3 i 4, art. 96 ust. 3, art.3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1503 wraz z późniejszymi zmianami) oraz przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z dnia 8 października 2001 r.).

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH,
- nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania i odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH,
- SGS Polska sp. z o.o,
- Konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited,

- Konsorcjum ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. i HDR Engineering Inc,
a także, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na wstępie odwołania wskazał, że w dniu **24** czerwca 2013 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu, a bezpośrednio przed tą czynnością zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w wysokości **18 450 000,00** brutto PLN.

W postępowaniu zostały złożone oferty w następujących kwotach brutto:

- Konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o. i Grontmij GmbH -**11 808 014, 76** PLN,
- SGS Polska sp. z o.o. - **14 500 000, 00** PLN,
- Konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited - **14 516 460, 00** PLN,
- Konsorcjum ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. i HDR Engineering Inc. - **18 449 704, 80** PLN,
- Energopomiar Sp. z o.o. - **21 490 589,52** PLN.

Stwierdził, że zamawiający wielokrotnie w trakcie procedury przetargowej naruszył przepisy ustawy Pzp, dlatego też złożenie odwołania w sprawie stało się konieczne.

W stosunku do wykonawcy Grontmij odwołujący podniósł dwa zarzuty dotyczące zaoferowania za wykonanie przedmiotu zamówienia rażąco niskiej ceny oraz popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie rażąco niskiej ceny oferty podał, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy Grontmij o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednakże złożone w tym zakresie wyjaśnienia jego zdaniem nie potwierdzają, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, nie obalając domniemania wynikającego z wezwania zamawiającego. Wyjaśnienia Grontmij są ogólnikowe, i można stwierdzić iż mogą odnosić się do każdego podmiotu biorącego udział w niniejszym postępowaniu. Tym samym, Grontmij nie wskazało na żadne konkretne okoliczności pozwalające uznać, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie zostały wymienione żadne obiektywne czynniki pozwalające zaoferować świadczenie na tak niskim poziomie.

Stwierdził, także iż zaoferowana kwota stanowi 64% od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podniósł również zarzut rażąco niskiej ceny wobec pozostałych wykonawców którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednakże jako uzasadnienie tego zarzutu wskazał tylko *iż argumenty dotyczące rażąco niskiej ceny wobec wykonawcy Grontmij pozostają aktualne w stosunku do ich ofert.*

Treści pozostałych zarzutów podniesionych wobec ofert wykonawców: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa, SGS Polska Sp. z o.o.,

ul. Bema 83, 01-233 Warszawa, Konsorcjum Mott MacDonald Polska Sp. z o.o, a także zamawiającego Izba nie prezentuje z powodu braku możliwości ich rozpatrywania, co zostanie poddane ocenie Izby w dalszej części odwołania.

odwołanie o sygn. akt KIO 1878/13

Drugi z wykonawców- SGS Polska sp. z o.o, zwany dalej „odwołującym SGS” w związku z wyborem oferty wykonawcy Konsorcjum Grontmij Polska Sp. z o.o we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie odtajnienia dokumentów i badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy konsorcjum firm Grontmij Polska Sp. z o.o. oraz Grontmij GmbH,
2. badanie i ocenę ofert, a w ich wyniku, wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grontmij,
3. niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Grontmij w zakresie rażąco niskiej ceny,
4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grontmij

Powyższe czynności Zamawiającego naruszają:

-art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zasadności utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, ewentualnie dokonanie błędnej oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę,

-art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich nie zastosowanie lub błędne zastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a tym samym wybór taki jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp,

-art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności pominięcie obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i przyjęcie, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny

-art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny,

z ostrożności także:

-art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez błędną ocenę oferty

Wykonawcy i uznanie, że oferta ta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

-art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Zarzucając zamawiającemu wskazane uchybienia odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę,
4. nakazanie odrzucenia ofert Wykonawcy,
5. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy Grontmij udzielonych zamawiającemu w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny oferty podniósł, że zamawiający odmówił mu udostępnienia części oferty złożonej przez Grontmij w zakresie udzielonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, zasłaniając się zastrzeżeniem tego wykonawcy, iż dokumenty te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawnione.

Podniósł, że zamawiający nie podjął czynności zmierzających do weryfikacji stanowiska wykonawcy Grontmij w zakresie zastrzeżenia tych informacji co oznacza, że podjęta decyzja w zakresie odmowy udostępnienia dokumentów nie ma podstaw prawnych i faktycznych a wykonawca ten nie udowodnił, iż zastrzeżone informacje faktycznie spełniają przesłanki wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaniechanie odtajnienia i udostępnienia tej części oferty uniemożliwia innym wykonawcom ocenę, czy prawidłowo skalkulował swoją cenę i czy zamawiający dokonał właściwej oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wskazał, że informacje dotyczące kalkulacji ceny nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie są spełnione łącznie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności brak jest wyjaśnień ze strony wykonawcy, które potwierdziły by spełnienie tych przesłanek.

Wobec powyższego w ocenie odwołującego zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego, tj. zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę, godzi w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych części oferty wykonawcy uniemożliwia odwołującemu realizację podstawowego uprawnienia wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego.

W związku z powyższym stwierdził, że należy uznać iż zamawiający zaniechał badania utajnienia zastrzeżonych informacji tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym samym dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Gromtnij podniósł iż zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 17 000 000 zł netto. Cena oferty wykonawcy Grontmij znacznie odbiegała od tej kwoty, gdyż wynosiła tylko 11 808014,76 zł brutto.

Dokonując oceny tej oferty, zamawiający zasadnie powziął wątpliwości, co do wysokości zaoferowanej ceny i w związku z tym w dniu 1.07.2013 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących wskazanych w wezwaniu elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu zamawiający w szczególności wnosił o udzielenie wyjaśnień dotyczących:

- kosztu organizacji i utrzymania biura na czas realizacji Etapu II umowy
- koszt zatrudnienia poszczególnych członków zespołu Inżyniera Kontraktu (ilość przewidywanych roboczogodzin każdego członka zespołu oraz jego stawka godzinowa),
- kwot przewidzianych na delegacje krajowe i zagraniczne,
- wielkości planowanego zysku.

Wykonawca udzielił w piśmie z dnia 04.07.2013 r. zdaniem odwołującego zbyt ogólnych wyjaśnień, w których poinformował, że szczegółowe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pomimo braku możliwości wglądu w treść złożonych wyjaśnień z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że w jego ocenie zamawiający dokonał niewłaściwej oceny złożonych wyjaśnień, bowiem w ocenie odwołującego oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, czyli cenę skalkulowaną poniżej cen rynkowych.

Stwierdził, że cena przedstawiona przez wykonawcę jest ceną niewiarygodną i nierealistyczną w odniesieniu do cen rynkowych oraz do ceny oszacowanej przez zamawiającego. Konieczność uwzględnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności zakresu przedmiotu zamówienia, przy szacowaniu wynagrodzenia powoduje, że w świetle dyrektyw zawartych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie jest możliwe wykazanie, że cena ta nie jest rażąco niska.

Tym samym odwołujący wskazał, że w jego ocenie zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, gdyż stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, winien brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych

przepisów.

Natomiast przepis art. 90 ust. 3 Pzp przesądza, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto wskazał, że skoro zamawiający powziął wątpliwości, co do wysokości ceny oferty, i uznał ją za niewiarygodną żądając wyjaśnień, to nie może poprzestać w tym zakresie tylko na fakcie złożenia wyjaśnień bez ich złożenia merytorycznej oceny.

Zgodnie bowiem z treścią art. 90 ust. 3 Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 13.08.2008r.) (KIO/UZP 752/08; KIO/UZP 788/08; KIO/UZP 789/08), jeśli wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia jedynie ogólnikowe stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami, nie należy ich uznawać za wystarczające, a ofertę należy odrzucić, czego zamawiający w niniejszym przypadku zaniechał.

Równocześnie odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, że biorąc pod uwagę treść SIWZ, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia i zestawiając to z formularzem cenowym wykonawcy Grontmij uznać należy, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż istnieje uzasadniona wątpliwość czy wykonawca ten przedstawiając swoją kalkulację ceny odniósł ją do wymagań zamawiającego i zakresu świadczonych usług, o co wnosimy.

W odpowiedzi na odwołania zamawiający zaprezentował stanowisko iż oba odwołania winny zostać oddalone, a ponadto:

odwołanie o sygn. akt KIO 1877/13

winno zostać odrzucone w całości, gdyż odwołujący nie przesłał zamawiającemu kompletnej treści odwołania. Zamawiający otrzymał zarówno faksem jak i e-mailem jedynie treść samego odwołania - str. 1-13. Odwołujący nie przesłał zamawiającemu załączników, które stanowią integralną część odwołania. Tym samym odwołanie w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp winno zostać odrzucone. Podniósł, że istotny jest brak „załącznika nr 6 - dowody wskazane w treści odwołania”. Z uwagi na wskazany brak zamawiający nie miał wiedzy jakie dowody zostały przedstawione w odwołaniu w związku z powyższym nie mógł się do nich ustosunkować.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego rażąco niskiej ceny zaoferowanej w ofercie wykonawcy Grontmij wskazał iż twierdzenia, wnioski i argumenty zamawiającego dot. problematyki rażąco niskiej ceny podniesione w zarzutach w tym odwołaniu, są tożsame ze stanowiskiem zamawiającego w tej kwestii dotyczącej odwołania o sygnaturze akt KIO 1878/13.

Izba przedstawi je przy prezentowaniu stanowiska zamawiającego dot. odwołania

wykonawcy SGS.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofertach pozostałych trzech wykonawców tj. SGS Polska, konsorcjum Mott MacDonald oraz konsorcjum ILF podał, że w zarzutach dotyczących rażąco niskiej ceny ofert tych wykonawców odwołujący podnosi, że argumenty dotycząco rażąco niskiej ceny oferty Grontmij dotyczą pozostałych wykonawców.

Odwołujący pominął jednak jego zdaniem istotny fakt, że różnica pomiędzy cenami ofert SGS Polska Sp. z o.o. i konsorcjum Mott MacDonald wynosi 16.460,00 zł, zaś różnica pomiędzy ceną oferty ILF a wartością jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wynosi tylko 50.295,20 zł. Nie można więc twierdzić, że argumenty dotyczące rażąco niskiej ceny Grontmij pozostają aktualne do pozostałych uczestników postępowania. Tym samym z tego względu zarzuty te uznać należy za chybione.

W zakresie zarzutu wobec wykonawcy Grontmij dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na utajnieniu informacji dot. wyjaśnień elementów oferty odnosząc się do argumentacji odwołania wskazał, że pismem z dnia 4 lipca 2013 roku Grontmij złożył zamawiającemu wyjaśnienia dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zastrzegając jednocześnie, że wyjaśnienia te, z uwagi na ich treść oraz szczegółowość, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 16 lipca 2013 roku zamawiający, zwrócił się do Grontmij, z prośbą o informacje na temat możliwości odtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, złożonych pismem z dnia 4 lipca 2013 r.

W odpowiedzi na wezwanie Grontmij pismem z dnia 18 lipca 2013 roku złożył wyjaśnienia podtrzymujące zastrzeżenie całych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający po analizie stanowiska wykonawcy Grontmij podjął decyzję o nieodtajnieniu informacji z uwagi na fakt, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że informacji tych nie można uzyskać w dozwolony prawem sposób (np. z publicznie dostępnych rejestrów, ewidencji itp.) a tym samym nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Informacje te zawierają dane dot. organizacji pracy i kalkulacji kosztów pracy Grontmij, a tym samym posiadają wartość gospodarczą. Ponadto Grontmij podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności, czego wyrazem jest jednoznaczne i kategoryczne stwierdzenie w treści pisma z dnia 4 lipca, a następnie potwierdzone w treści pisma z dnia 16 lipca 2013 roku. Wskazał, że wyjaśnienia przystępującego 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. 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.

Stanowiska zamawiającego co do pozostałych zarzutów Izba nie prezentuje z tego samego powodu co i zaniechania przedstawienia pozostałych zarzutów tego odwołującego.

w zakresie zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 1878/13

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnosząc się do zarzutu zaniechanie wezwania Grontmij do wyjaśnień w zakresie zasadności utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaniechania badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że w tym zakresie Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż pismem z dnia 4 lipca 2013 roku Grontmij złożył zamawiającemu wyjaśnienia dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zastrzegając jednocześnie, że wyjaśnienia te, z uwagi na ich treść oraz szczegółowość, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pismem z dnia 16 lipca 2013 roku zamawiający, zwrócił się do Grontmij, z prośbą o informacje na temat możliwości odtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, złożonych pismem z dnia 4 lipca 2013 r. W odpowiedzi na wezwanie Grontmij pismem z dnia 18 lipca 2013 roku złożył wyjaśnienia podtrzymujące zastrzeżenie całych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stwierdził, że zamawiający po analizie treści pisma dotyczącego wyjaśnienia zaoferowanej ceny jak również biorąc pod uwagę pismo Grontmij o nieodtajnieniu informacji zawartych w tych wyjaśnieniach powziął decyzję o uznaniu wyjaśnień firmy Grontmij jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na powyższe zamawiający wskazał, że nie sposób zgodzić się z zarzutem odwołującego mówiącym o tym, że nie zostały podjęte czynności zmierzające do weryfikacji stanowiska wykonawcy w przedmiotowym zakresie.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny ofertowej wykonawcy Grontmij podał iż wykonawca ten w treści swoich wyjaśnień wskazał, iż cena ofertowa uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ, w tym w szczególności cały zakres prac opisanych we wzorze umowy, a tym samym kalkulując cenę uwzględnił koszty zatrudnienia personelu, wykonania dojazdów na miejsce świadczenia usługi, zorganizowania i utrzymania biura podczas trwania kontraktu oraz uwzględnił odpowiednią marżę jako zysk. Wskazał nadto, że zamawiający nie kwestionuje, iż z powodu różnicy ceny w ofercie wykonawcy Grontmij wobec kwoty oszacowania wartości zamówienia, nabral wątpliwości co do tego, czy cena Grontmij nie jest rażąco niska. Efektem tych wątpliwości było zwrócenie się do Grontmij o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku których otrzymał szczegółowe, dostateczne i dokładne

dane wyjaśniające elementy złożonej oferty. Nie można jednak zgodzić się, aby fakt, iż zaistniała różnica między ceną oferty Grontmij, a wysokością kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowiły same w sobie dowód tego, iż zaoferowana przez Grontmij cena jest ceną rażąco niską.

Stwierdził, że szczegółowość wyjaśnień zaoferowanej ceny, wskazuje iż proponowane przez Grontmij ceny mieszczą się w takim przedziale, który umożliwia wykonanie zamówienia i jest ekonomicznie uzasadniony, *tj. takim, który pozwala na dalsze prowadzenie działalności gospodarczej przez wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej*, a zatem nie można uznać tych stawek jako rażąco zaniżonych.

Nadmienił, że w postępowaniu mamy do czynienia z usługą, nie zaś towarem o dokładnie sprecyzowanych parametrach, którego cenę można z łatwością ustalić. W takich sytuacjach szczególnego znaczenia nabiera organizacja pracy przy wykorzystaniu odpowiednich zasobów infrastruktury i zasobów ludzkich. Większa swoboda w zakresie rozwiązań przekłada się na swobodną kalkulację ceny. Sposób organizacji wpływa na wysokość ceny, jest indywidualny dla każdego wykonawcy, stąd też wynika różnorodność cen. W takim wypadku dużego znaczenia nabiera realizowanie przez wykonawcę innych tego typu zamówień w przeszłości, które mogą stwarzać przewagę w znajomości organizacji pracy i świadomość możliwości minimalizacji kosztów realizacji zamówienia.

Za istotny należy uznać również fakt, że zamawiający w treści SIWZu pozostawił wykonawcom dużą swobodę w zakresie ustalania cen. Zamawiający w sposobie obliczenia ceny wskazał jedynie ogólnie na konieczność uwzględnienia wszelkich wymogów SIWZ oraz wliczenia w ceny ryczałtowe także wszelkich kosztów towarzyszących. Nie podał natomiast jakichkolwiek wytycznych, co do sposobu kalkulacji ceny, nie opracował przedmiaru, czy nie podał standardów na podstawie, których wykonawcy byliby zobligowani wyliczyć ceny ryczałtowe za określone opracowania projektowe. Reasumując powyższe istotne uwagi co do przesłanek które legły u podstaw takiej czynności zamawiającego dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Grontmij stwierdził, że zamawiający nie naruszył przepisów prawa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a takie ewentualne naruszenie o których mowa w odwołaniach nie zostało udowodnione.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wymienieni na wstępie wykonawcy. Przystąpienia miały miejsce po stronie zamawiającego, tym samym wykonawcy Ci broili w zakresie wskazanym w przystąpieniach stanowiska zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, treści odwołań, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę treść pism procesowych oraz oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający

Izba zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż podniesione zarzuty w większości nie znalazły potwierdzenia zarówno w materiale sprawy, jak i w treści oświadczeń złożonych przez odwołujących.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania o sygn KIO 1877/13, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, pomimo zgłoszenia takiego wniosku, jak również stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu odwołujących o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Również przystępujący wykazali posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpili.

Na wstępie oceny zarzutów podniesionych w przedmiotowych odwołaniach niezbędne jest odniesienie się Izby do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania wykonawcy Energopomiar (sygn. akt KIO 1877/13), a dotyczącego niezłączenia do odwołania załącznika nr 6 wymienionego w odwołaniu. Według oświadczenia zamawiającego brak załączenia tego załącznika uniemożliwił mu pełne merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania. Załącznik ten, według ustaleń Izby na rozprawie, dotyczył wykonawcy Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. gdzie odwołujący zarzucił temu wykonawcy, że nie składał sprawozdań finansowych za lata 2009-2012 r. co według odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się na wstępie do wniosku zamawiającego wskazać należy, że zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby nie mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopii odwołania”. Jednakże opierając się na linii orzeczniczej KIO w tej kwestii stwierdzić należy, że nie chodzi tu o tożsamą formę odwołania przekazanego Prezesowi KIO oraz zamawiającemu, lecz o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie pism o tej samej treści. Konieczne jest także dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów. W zakresie oceny braku załączników istotne jest przed ewentualnym odrzuceniem odwołania z tego powodu dokonanie rozważenia rzeczywistego wpływu nie dołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów – załączników, na treść odwołania.

Izba odnosząc się do treści niezłączonego do odwołania załącznika ustaliła iż w rzeczywistości dotyczy on – biorąc pod uwagę argumentację do tego zarzutu wskazaną w pkt 2.13 – 2.15 odwołania, sytuacji, jak pisze sam odwołujący „złożonego na wcześniejszym

etapie wniosku”, a więc zarzutu spóźnionego, gdyż dotyczy on prawidłowości oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego Izba uznała, że jeśli zarzut którego dotyczy przedmiotowy załącznik, jako spóźniony nie może być rozpatrywany, to tym samym brak jego załączenia do odwołania nie mógł mieć jakiegokolwiek merytorycznego wpływu na stanowisko zamawiającego. Dlatego też nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania wykonawcy Energopomiar uznając, że byłoby to niczym nie uzasadnionym formalizmem w szczególności nie znajdującym poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych.

Ponadto przed odniesieniem się Izby do zarzutów tego odwołania, zasadne jest na wstępie wskazanie, że odwołanie to zawiera cały szereg merytorycznych błędów co do stawianych zarzutów oraz żądań w tym zakresie. Analizując treść tego odwołania można odnieść wrażenie, że odwołujący podzielił odwołanie na dwie części. Pierwsza część dotyczyć ma zarzutów wobec wykonawców (str 3-9), a druga wobec zamawiającego(str 9-13). Takie postawienie zarzutów w myśl przepisu art. 180 ust.1 jest niedopuszczalne gdyż *odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy, czynności zamawiającego*, a nie wykonawcy. Postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

W związku z taką sytuacją przystępujący Grontmij postawił wniosek o oddalenie w całości odwołania tego wykonawcy z powodu niespełnienia przez odwołującego wymogu posiadania interesu we wniesieniu odwołania o którym mowa w przepisie art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Izba biorąc pod uwagę fakt, że na wstępie odwołania odwołujący wskazał iż odwołanie jest wnoszone wobec czynności zamawiającego uznała, że osobne wskazanie co do części zarzutów iż dotyczą one tylko zamawiającego lub tylko wykonawców, jest omyłką pisarską odwołującego.

Natomiast w zakresie posiadania interesu we wniesieniu odwołania Izba ustalając, że niewątpliwie co najmniej jeden zarzut w odwołaniu tego wykonawcy jest postawiony prawidłowo i nie jest spóźniony, stwierdziła iż odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania. Tym samym wniosek o jego oddalenie bez rozpatrywania podniesionych zarzutów nie został uwzględniony.

Nadto wskazać należy, że w niniejszej sprawie wystąpiły także wątpliwości co do prawidłowości postawienia zarzutów przez odwołującego Energopomiar, gdyż odwołanie zawiera szereg opisów pewnych zdarzeń, które najprawdopodobniej zaistniały w tym

postępowania, jednakże z analizy ich treści trudno wywieść co odwołujący konkretnie zarzuca zamawiającemu i jaki przepis ustawy Pzp został w tym przypadku naruszony.

Istotną kwestią jest także odniesienie się do sposobu w jaki ten odwołujący formułuje zarzuty wobec wykonawców SGS Polska, konsorcjum Mott MacDonald oraz konsorcjum ILF iż zaoferowali oni za wykonanie przedmiotu zamówienia cenę, która według odwołującego jest ceną rażąco niską.

W tym zakresie Izba wskazuje, że sposób sformułowania przez odwołującego części zarzutów należy uznać w świetle przepisów ustawy Pzp za co najmniej niewłaściwy. Sformułowanie zarzutu oznacza sprecyzowanie przez wykonawcę zastrzeżeń wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu i nadaniu im ściśle określonej przepisem art. 180 ust 2 ustawy Pzp formy, polegającej na skonkretyzowaniu tych zachowań, a także wykazaniu niedoskonałości postępowania zamawiającego, które – wraz z dopełniającą argumentacją ma przekonywać o zasadności podniesionego zarzutu i skorelowanego z nim żądania. Izba nie może wywodzić z treści odwołania jakie zarzuty zamawiającemu postawił odwołujący, zarzut powinien być sformułowany w sposób jednoznaczny tak aby Izba i inni uczestnicy postępowania mogli w sposób jednoznaczny stwierdzić co jest przedmiotem zaskarżenia odwołującego.

Przedstawienie jedynie ogólnych stwierdzeń o nieprawidłowościach mających miejsce w postępowaniu nie pozwala na uznanie takiego opisu za przedstawienie zarzutu. Nie stanowi więc zarzutu opisanie pewnych czynności zamawiającego w sposób blankietowy. Natomiast uzasadnienie odwołania powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktyczne, które uzasadniają stawianie zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń(podobnie wyrok **KIO 908/13**).

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12:gdzie stwierdził, że *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy”*. Podobne stanowisko w tym zakresie przyjął również Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09 wskazując, że: *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Wobec powyższe Izba stwierdza, że istnieje konieczność ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego odwołania, zdaniem Izby wskazać należy, że odwołujący:

- w sposób nieprawidłowy sformułował część zarzutów, dotyczy to w szczególności zarzutów dotyczących ceny ofert wykonawców: SGS Polska, konsorcjum Mott MacDonald oraz konsorcjum ILF. Postawienie zarzutów w ten sposób, że ich uzasadnienie jest takie same jak wobec ceny oferty wykonawcy Grontmij, jest nieprawidłowe z dwóch powodów;

- po pierwsze zaznaczyć należy, że wykonawca Grontmij co do ceny oferty został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Takie wyjaśnienia zostały złożone i wyniku ich oceny przez zamawiającego (art 90 ust. 3) zostały uznane za wyjaśniające w zakresie postawionych pytań, że oferta wykonawcy Grontmij nie zawiera rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Natomiast pozostali ww. wykonawcy nie byli wzywani do złożenia wyjaśnień, a więc w sprawie mamy inny stan prawny i faktyczny dotyczący ceny ofert. W tym zakresie stwierdzić należy, że wyjaśnianie przez zamawiającego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest samodzielną, odrębną czynnością w postępowaniu, zaistniałą tylko w sytuacji wezwania wykonawcy o wyjaśnienia.

W tym zakresie wskazać należy za Sądem Okręgowym w Rzeszowie, który w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 stwierdził, że na tym etapie postępowania, po złożeniu wyjaśnień w zakresie domniemania rażącej ceny oferty *„przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień dotyczących ceny – czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia”*. Tym samym w żaden sposób oceny ceny oferty Grontmij nie można przenosić do oceny ofert ww. wykonawców, gdyż jak wskazano nie byli oni wzywani do złożenia wyjaśnień.

W sytuacji kiedy każdy z wykonawców ma swobodę kalkulacji ceny oferty, kalkulacja ceny ich ofert następuje w innych uwarunkowaniach, przynależnych tylko danemu podmiotowi. Zarzut rażąco niskiej ceny został wobec ww. wykonawców sformułowany przez odwołującego w sposób ogólnikowy w pełnym oderwaniu od okoliczności rynkowych przynależnych danemu wykonawcy, tak iż nie nadaje się do rozpoznania przez Izbę

- po drugie nawet gdyby w tej sytuacji, odwołujący w sposób prawidłowy sformułowałby zarzuty wobec tych trzech wykonawców, to i tak postawienie zarzutu nieodrzczenia ich ofert należałoby uznać za przedwczesne.

Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu zarzutu rażąco niskiej ceny bez wyczerpania przez zamawiającego trybu wyjaśniania tej kwestii o którym mowa w przepisie art. 90 ust.1 ustawy Pzp., gdyż nie jest możliwe zastosowanie przepisu art. 89 ust.1 pkt 4 bez wcześniejszego zastosowania trybu wyjaśnień o którym mowa w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

W dalszej części odniesienia się do postawionych przez Energopomiar zarzutów wskazać należy, że uszło uwadze odwołującemu, że w przypadku postępowań dwuetapowych – z jakim mamy tutaj do czynienia, innym etapem jest etap oceny wniosków zwianych z wykazywaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a innym etapem jest ocena złożonych ofert. Za wyrokiem KIO o sygn. akt 1321/10 wskazać należy, że „*W postępowaniu o zamówienie publiczne, Zamawiający stawia przed wykonawcami wymóg spełnienia warunków podmiotowych i przedmiotowych. Określane warunki podmiotowe wynikają z art. 22 ust.1 i art. 24 ust.1 ustawy pzp, są to warunki odnoszące się do podmiotu-wykonawcy, a ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Natomiast warunki przedmiotowe odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, wynikają z postanowień siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu ich niespełnienie, powoduje odrzucenie oferty danego wykonawcy. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych”.*

W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwe jest, że etap oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest zakończony i obecny etap dotyczy oceny spełniania – w świetle czynności zamawiającego, warunków przedmiotowych oferty. Tym samym podnoszenie na etapie obecnego postępowania niespełniania przez wykonawców warunków podmiotowych i żądania wykluczenia wykonawców są spóźnione i ich rozpatrywanie jest niedopuszczalne.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że spośród zarzutów podniesionych w odwołaniu zarzutów, tylko zarzut nieodrzczenia oferty wykonawcy Grontmij dotyczący rażąco niskiej ceny oferty może być przedmiotem orzekania Izby. Nadmienić należy, że sam przedstawiciel odwołującego Energopomiar, po wysłuchaniu w tym zakresie stanowisk zamawiającego i przystępujących doszedł do takiego wniosku gdyż na rozprawie stwierdził, że *nie jest prawdą jakoby wszystkie zarzuty jego odwołania są spóźnione, gdyż na pewno zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Grontmij podniesiony w pkt 2.1 do 2.6 nie jest zarzutem spóźnionym.*

Za spóźniony Izba uznaje również zarzut dotyczący objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy Grontmij, gdyż niewątpliwie z treści odwołania(pkt 2.28) wynika, że odwołujący dowiedział się o tym fakcie w dniu 16 lipca 2013 roku w trakcie

zapoznawania się z dokumentacją postępowania. Tym samym termin na wniesienie odwołania w tej kwestii upłynął dla tego wykonawcy w dniu 26 lipca 2013 roku.

Rozpatrzenie zarzutu dotyczącego zarzutu rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wykonawcę Grontmij nastąpi wraz z rozpatrzeniem takiego samego zarzutu w odwołaniu wykonawcy SGS Polska sp. z o.o.

Odwołanie o sygn akt KIO 1878/13 SGS Polska sp. z o.o.

W zakresie zarzutu niezasadnego utajnienia wyjaśnień wykonawcy Grontmij odwołujący zarzucił zamawiającemu iż ten zaniechał wezwania Grontmij do wyjaśnień w zakresie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny i tym samym zaniechał badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, ewentualnie dokonał błędnej oceny złożonych wyjaśnień.

Zamawiający odpowiadając na ten zarzut wykazał przedstawiając w tym zakresie stosowne dokumenty, że pismem z dnia 4 lipca 2013 roku wykonawca Grontmij w odpowiedzi na wezwanie złożył zamawiającemu wyjaśnienia dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zastrzegając jednocześnie, że wyjaśnienia te, z uwagi na ich treść oraz szczegółowość, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym faktem zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2013 roku zwrócił się do Grontmij, z wnioskiem o wyjaśnienie czy złożone wyjaśnienia spełniają wymagania z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W odpowiedzi na wezwanie Grontmij pismem z dnia 18 lipca 2013 roku złożył wyjaśnienia podtrzymujące zastrzeżenie całych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie odnosząc się merytorycznie w jakimkolwiek zakresie się do treści wezwania.

W zakresie możliwości uznania złożonych wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa wskazać należy, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że

zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10)” (tak również: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, wyd. 2 , LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115).

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny, czy spełnione zostały określone w ustawie Pzp przesłanki uprawniające do ograniczenia jawności postępowania, zaś w przypadku gdy ograniczenia jawności jest wynikiem zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobligowany jest do ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Należy wskazać, iż to łącznie spełnienie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ww. ustawy przesądza o możliwości uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, co z kolei uprawnia do odstąpienia w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego od generalnej zasady jaką jest zasada jawności postępowania. O łącznym spełnieniu przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi w uzasadnieniu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. o sygn. akt I CKN 304/00 (OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 5).

Stwierdzić należy, że obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania zasadności takiego zastrzeżenia i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego zarzutu Izba stwierdza, że dokonując oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy Grontmij oraz stanowiska samego odwołującego, który na rozprawie stwierdził, że „*nie kwestionuje zasadności utajnienia formularza cenowego dotyczącego w szczególności wysokości wynagrodzenia poszczególnych członków zespołu, natomiast kwestionuje zasadność utajnienia złożonych wyjaśnień innych informacji odnoszących się do części opisowej*”, Izba uznaje, że poprzez

takie oświadczenie odwołujący dokonał ograniczenia tego zarzutu do elementów złożonych wyjaśnień nie obejmując nim Tabeli kalkulacji kosztów.

Odnosząc się do treści wyjaśnień wykonawcy Grontmij z dnia 4 lipca 2013 roku, wezwania zamawiającego do tego wykonawcy z dnia 16 lipca 2013 roku o wskazanie podstaw do możliwości uznania tych wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także odpowiedzi na to wezwanie wykonawcy Grontmij z dnia 18 lipca 2013 roku Izba stwierdza, że brak jest podstaw do uznania wyjaśnień wykonawcy Grontmij z dnia 4 lipca 2013 roku - poza tabelą – Kalkulacja ceny, za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie sposób przypisać tym wyjaśnieniom przymiotu tajemnicy z uwagi na ich ogólny charakter, uniwersalność, a także to iż zawierają one twierdzenia z założenia wspólne podmiotom działającym komercyjnie na określonym rynku usług.

Nawet gdyby pominąć analizę treści złożonych wyjaśnień, to odnosząc się do treści pisma wykonawcy z dnia 18 lipca 2013 roku należy stwierdzić, że wykonawca ten podając „w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 16.07.2013 r. (PG-EL/755/2013) informujemy, że nie akceptujemy zaproponowanego przez Państwo zakresu odtajnienia i podtrzymujemy zastrzeżenie całych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa” w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżenie treści wyjaśnień co do ceny oferty jest zasadne.

Tym samym stwierdzić należy, że wykonawca Grontmij w żaden sposób nie wykazał, że złożone wyjaśnienia wykazują spełnienie w tym zakresie wymagań z art. 11 ust.4 ustawy oznak. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa - co a w tym postępowaniu nastąpiło. Brak złożenia wyjaśnień wskazujących na spełnienie w tym zakresie przesłanek ustawowych winno spowodować bezwarunkowe odtajnienie całości zastrzeżonego dokumentu. Zauważenia wymaga także to, że w piśmie z dnia 18 lipca 2013 roku wykonawca informuje zamawiającego o nieakceptowaniu zamiaru odtajnienia w części złożonych wyjaśnień. W tym zakresie stwierdzić należy, że akceptacja wykonawcy nie ma w tym wypadku żadnego znaczenia prawnego, to zamawiający ma bezwzględny obowiązek zbadania czy dokonane zastrzeżenia spełnia przesłanki z art. 11 ust.4 ustawy oznak.

Wskazać należy, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa nie na podmiocie, który powołuje się na zasadę jawności, twierdząc że informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz na podmiocie, który z powołania się na wyjątek od zasady wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić iż ciężar dowodu spoczywał pierwotnie na przystępującym, a w konsekwencji – w rozpoznawanej sprawie - na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę.

W zakresie zarzutów z obu odwołań dotyczących zaferowania przez wykonawcę Grontmij rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, Izba po dokonanej analizie wszystkich kosztów ujętych przez wykonawcę w tabeli – Kalkulacja kosztów, uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że za wskazaną cenę wykonawca ten nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, a więc, że przedmiotowa ceną nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Uzasadniając stanowisko w tym zakresie Izba wskazuje, że bezspornym jest, iż w zakresie ofert złożonych w postępowaniu zachodzi znacząca rozpiętość zaferowanych cen, która wymagała zastosowania przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych procedury wyjaśnienia ceny. Tym samym przedstawiona rozbieżność w zakresie cen za wykonanie tego samego przedsięwzięcia jest znacząca w takim stopniu, że uzasadniała wystąpienie zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty, który zaferował cenę istotnie odbiegającą od cen w ofertach pozostałych wykonawców jak i kwoty oszacowanej przez zamawiającego jako wartość zamówienia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, jak również nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). *Nie można także - przeczyłoby to bowiem zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, należy stwierdzić, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych(...)”.*

Podkreślenia wymaga fakt, że z momentem wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkuje to tym, że inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z 12 sierpnia 2005 r., w spr. VI Ca 464/05: „SO nie podziela poglądu wyrażonego przez zamawiającego w skardze, że to na zamawiającym spoczywa bezwzględnie ciężar wykazania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Otóż w przypadku wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia, to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. W przypadku gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty.” (tak też: wyrok SO w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06).

Dokonane w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mające wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i uzasadniać podstawowe elementy cenotwórcze składające się na koszt wykonania zadania. Wyjaśnienia te mają dawać realną, opartą na obiektywnej ocenie możliwość przesądzenia, czy cena jest rażąco niska, czy za jej wysokość możliwe jest wykonanie zamówienia bez zagrożenia dla prawidłowej realizacji zadania.

W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Pojęcie „*elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*”, o których mowa w przepisie art. 90 ust.1 to kategoria nawiązująca do ceny – do jej elementów kalkulacyjnych, które spowodowały, że cena ma taką właśnie wartość. Elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny w rozumieniu tego przepisu, to zatem takie czynniki, które decydują o jej zaoferowanej wysokości, które tłumaczą jej wartość, pozwalają w niezbędnym zakresie prześledzić jej składowe oraz wpływ wartości elementów składowych - istotnych w danej sytuacji czynników cenotwórczych na cenę jako całość.

W przedmiotowym postępowaniu bezspornym jest, iż głównym czynnikiem cenotwórczym są koszty osobowe. Tym samym zasadniczym kosztem wykonania zamówienia jest koszt wynagrodzenia osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu. Zauważyć należy, że wysokość wynagrodzenia osób o takich samych lub podobnych kwalifikacjach jest elementem indywidualnym. Każdy wykonawca przy stosowaniu odpowiedniej polityki kadrowo- płacowej jest w stanie wykonać dane zamówienie za inną kwotę.

W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 15 lutego 2011 roku sygn. KIO 207/11 wskazano iż jest możliwe jest wykonanie tej samej usługi przez inne osoby mającą takie same wymagane kwalifikacje jak osoba wskazana w ofercie odwołującego, za stawkę godzinową wielokrotnie niższą. Tym samym oferowanie cen za wykonanie tego przedmiotu zamówienia na poziomie znacznie niższym od cen konkurentów wcale nie oznacza, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Izba dokonując oceny wskazanego przez odwołującego SGS dowodu pn. „raport płacowy 2013 r.” odnoszący się do płac w sektorze budownictwa i energetyki nie stwierdziła aby kwoty wynagrodzenia wskazane przez odwołującego w Tabeli Kalkulacji kosztów odbiegały w istotny sposób od kwot wskazanych w ww. raporcie.

Ponadto rozpatrując te zarzuty odwołania zgodzić należy się z stanowiskiem zarówno zamawiającego jak i przystępującego Grontmij iż „*że obydwa odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny są tylko prowadzoną polemiką ze stanowiskiem zamawiającego, gdyż żaden z odwołujących nie przedstawił jakichkolwiek własnych wyliczeń, a tym samym dowodów, które uzasadniałyby przyjęcie, że cena wykonawcy konsorcjum*”.

Zaznaczyć należy jednak, że odwołujący nie mając dostępu do wyjaśnień złożonych przez przystępującego mieli utrudnione zadanie co do precyzyjnego zakwestionowania elementów cenotwórczych w tej ofercie. Tym samym przedstawili w odwołaniach jedynie hipotetyczne rozważania co do kosztów, jakie się wiążą z wykonywaniem przedmiotowego zamówienia. Jednakże te twierdzenia nie zostały poparte jakimkolwiek dowodem, nawet symulacją kosztów, co było możliwe gdyż cena w ofercie była jawna.

Próba wykazania iż dowodem mającym potwierdzać rażąco niską cenę w ofercie wybranej byłaby opinia biegłego w tym zakresie jest zdaniem Izby, niezasadna. Niezasadne jest zastępowanie obowiązku stron w zakresie przedstawiania dowodów na potwierdzenie stawianych twierdzeń, dowodem z opinii biegłego. Jednym z przejawów specyfiki dowodu z opinii biegłego jest to, że tenże środek dowodowy, z uwagi na składnik w postaci wiadomości specjalnych, nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową. Tutaj taka sytuacja nie wystąpiła, a zaproponowane przez odwołującego SGS tezy co do których biegły winien się wypowiedzieć, tj;

- 1) czy Konsorcjum w udzielonych wyjaśnieniach uwzględniło okoliczności mające wpływ na cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze SIWZ;
- 2) czy Konsorcjum w udzielonych wyjaśnieniach przedstawiło dowody na potwierdzenie okoliczności mających wpływ na cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze SIWZ, zdaniem Izby nie wymagają wiadomości specjalnych, a ich ustalenie leży w kompetencji Izby. Dlatego też Izba nie uwzględniła przedmiotowego wniosku.

Tym samym fakt wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Grontmij nie został przez odwołujących udowodniony, a to na nich spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie.

Reasumując powyższe ustalenia i rozstrzygnięcia, a w szczególności odnosząc się do zarzutu niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy Grontmij w zakresie ceny jego oferty Izba stwierdza, że pomimo tego iż znalazł on częściowo potwierdzenie to jednak w związku z nieuwzględnieniem zasadności zarzutu co do faktu zaoferowania w ofercie wybranej rażąco niskiej ceny postanowiła odwołania oddalić w całości.

Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów nie ma i nie może już mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania.

Odtajnienie i udostępnienie części ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący, pomimo iż nie znał wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o zwrot kosztu przejazdu gdyż załączony druk delegacji nie może być uznany za rachunek z którego wynikałoby, że koszty przejazdu na rozprawę zostały poniesione w tej wysokości. Jak wynika z § 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie kosztów, do kosztów stron w postępowaniu odwoławczym zalicza się uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prologacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. Nr 165 poz. 1373 z późn. zm).

Skoro rachunku spełniającego powyższe wymogi w tym zakresie nie złożono to – wskazane w druku delegacji wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji, kiedy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć **istotny** wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało częściowo miejsce w przedmiotowej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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.....

.....

.....