

Sygn. akt: KIO 1598/14

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę: **Turbocare sp. z o.o. we Wrocławiu (51-117), ul. Paprotna 12a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce (07-401), ul. Elektryczna 5**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power sp. z o.o. w Warszawie (00-124), Al. Jana Pawła II 12 oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach (40-615), ul. generała Jankego 13** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Turbocare sp. z o.o. we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Turbocare sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Racjonalizacja gospodarki zasobami w Elektrowni Ostrołęka B” zostało wszczęte przez ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 050-084291) w dniu 12 marca 2014 r.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: Turbocare sp. z o.o. we Wrocławiu, zwany dalej Odwołującym. Zarzucał on Zamawiającemu naruszenie:

1. *„Przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia wykonawcy konsorcjum Alstom z postępowania pomimo nie wykazania spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.*
2. *Przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia konsorcjum Alstom z postępowania pomimo nie wykazania spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.*
3. *Przepisu art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty konsorcjum Alstom pomimo zaistnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisem,*
4. *Przepisu art. 8 w zw. z art 7 oraz art 87 PZP, poprzez nieujawnienie pełnej treści oferty konsorcjum Alstom i uznanie skutecznego zastrzeżenia przez ten podmiot tajemnicy przedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek weryfikacji czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym zwłaszcza zażądania od tego wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie,”*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM

Power sp. z o.o. w Warszawie oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu żądania złożenia mu wyjaśnień co do zasadności poczynionego zastrzeżenia objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, a także nakazanie wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powołanych wykonawców, odrzucenie złożonych przez nich oferty, a wreszcie dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 7 sierpnia 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli Prezesowi Izby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power sp. z o.o. w Warszawie oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach, zwani dalej łącznie Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności to, aby można było uznać, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, o co wnioskował Przystępujący. Twierdził on, iż pierwsze z ciągu pełnomocnictw, na których podstawie działała osoba składająca odwołanie w imieniu Odwołującego, nie uprawniało umocowanej w jego treści osoby do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, tym samym nie mogła ona ustanawiać kolejnych pełnomocników uprawnionych do dokonywania w imieniu Odwołującego tej właśnie czynności. Izba nie podzieliła tego przekonania. W jej ocenie uwzględniając treść przedłożonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa, które było kwestionowane przez Przystępującego, a także uwzględniając zasady wykładni oświadczeń woli wpływające z art. 65 kodeksu cywilnego, uznać należało, iż treść powołanego pełnomocnictwa była wystarczająca dla przyjęcia, że opierając się na tym właśnie pełnomocnictwie możliwym było wniesienie odwołania do Prezesa Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty przedstawione Izbie w toku postępowania

odwoławczego przez Odwołującego w takim zakresie, w jakim zostały one sporządzone w języku polskim.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego w sprawie powołania biegłego na okoliczność ustalenia minimalnej ceny, za którą możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy i należyty. Izba uznała, że przeprowadzenie dowodu w oparciu o tak sformułowany wniosek skutkowałoby jedynie przedłużeniem postępowania odwoławczego. Podkreślenia wymaga, iż to na Odwołującym ciążył ciężar dowodu, a co za tym idzie także obowiązek odpowiedniego sformułowania wniosku dowodowego, w tym w szczególności tezy dowodowej. Zauważyć należy również, że przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie było to, czy Przystępujący w piśmie z dnia 16 maja 2014 r. należycie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także to, czy Zamawiający prawidłowo wyjaśnienia te ocenił. Mając na uwadze te okoliczności, Izba uznała, iż przeprowadzenie wnioskowanego przez Odwołującego dowodu prowadziłoby jedynie do zwłoki w postępowaniu, nie było bowiem w sprawie istotne to, na jaką kwotę przedmiot zamówienia wycenia rynek (co warte podkreślenia Odwołujący w swym wniosku nie odniósł się do żadnego konkretnego rozwiązania technicznego, czy to oferowanego przez siebie, czy to przez Przystępującego, sam jednocześnie twierdził, że oferowane przez obu wykonawców rozwiązania różnią się w stopniu znaczącym co do kosztowności ich wykonania – Odwołujący nie określił przy tym na podstawie jakich dokumentów biegły miałby sporządzić swoją opinię). Ważnym było wszak to, czy wycena dokonana przez tego konkretnego wykonawcę (Przystępującego) jest należycie udokumentowana, w szczególności w kontekście wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego, przedstawionymi przez niego wyjaśnieniami i może zostać uznana za rzetelną i pozwalającą stwierdzić, że cena zaoferowana przez tegoż wykonawcę nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 7.2 Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 15 lat dwóch zamówień: jednego polegającego na dostarczeniu i wymianie wirnika NP na blokach energetycznych o mocy nie mniejszej niż 200 MW, którego efektem było uzyskanie zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła o co najmniej 250 kJ/kWh oraz jednego polegającego na modernizacji transformatora blokowego na blokach energetycznych o mocy nie mniejszej niż 200MW, ze zwiększeniem jego mocy do co najmniej 270 MW. W tym samym punkcie SIWZ Zamawiający zawarł również następującą adnotację: „Wykaz zrealizowanych zamówień zdefiniowanych powyżej zawierać

rodzaj i wartość, opis przedmiotu zamówienia, kontraktowe i rzeczywiste daty oddania do eksploatacji, odbiorców, osiągnięte zmniejszenie jednostkowego zużycia ciepła.” Wzór wykazu zrealizowanych stanowił załącznik nr A7 do formularza oferty będącego załącznikiem nr 1 do części I SIWZ. We wzorze tym zawarta została tabela, którą wykonawcy mieli uzupełnić o odpowiednie dane. Zawierała ona cztery kolumny opisane następująco: *„Przedmiot (rodzaj) i opis zrealizowanych zamówień”, „Odbiorca dostaw/prac”, „Osiągnięte zmniejszenie jednostkowego zużycia ciepła” i „Miejsce i data wykonania (miesiąc, rok)”*.

Termin składania ofert upłynął w dniu 7 maja 2014 r. Przed jego upływem dwóch wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty – Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący zaoferował Zamawiającemu cenę odpowiadającą kwocie 30 282 600,00 zł, zaś Odwołujący 40 221 000,00 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 47 478 000,00 zł.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia powołał się na potencjał udostępniony mu przez podmiot trzeci: ABB sp. z o.o. w Łodzi. Wraz z ofertą przedstawił on oświadczenie złożone w imieniu powołane spółki, w którym zobowiązała się ona oddać jednemu z konsorcjantów Przystępującego do dyspozycji *„niezbędne zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego w zakresie dostawy wraz z montażem nowego transformatora blokowego o mocy co najmniej 270 MVA na blokach energetycznych nie mniejszych niż 200 WM na okres niezbędny do wykonania zamówienia”*. Wraz z powołanym oświadczeniem Przystępujący przedstawił wykaz wykonanych zamówień uzupełniony o informacje na temat realizacji dwóch zamówień wykonanych przez podmiot udostępniający swoje zasoby Przystępującemu.

Pismem z dnia 12 maja 2014 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący w odpowiedzi na powołane wezwanie złożył swe wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 16 maja 2014 r., przy czym oświadczył, iż ich treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał przedstawione mu wyjaśnienia za wystarczające, a zastrzeżenie tajemnicy za zasadne i uznał złożoną przez Przystępującego ofertę za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, w którym sformułował cztery zarzuty.

W pierwszej kolejności zarzucał on Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo nie wykazania przez niego spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu tj. posłużenie się potencjałem innego podmiotu bez jednoczesnego wykazania charakteru prawnego stosunku łączącego go z tym podmiotem. Zdaniem Odwołującego z przedstawionego oświadczenia złożonego w imieniu ABB sp. z o.o. nie wynika czy w ogóle istnieje jakikolwiek stosunek łączący ten podmiot z Przystępującym. Przyznał, że Zamawiający nie określił w SIWZ formy i niezbędnych elementów takiego zobowiązania, niemniej jednak było dla niego oczywiste, że z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, że określony stosunek łączący dwa podmioty istnieć musi.

Jako drugi Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo nie wykazania spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wskazanie w wykazach wykonanych usług dat ich zakończenia (kontraktowych i rzeczywistych) oraz wartości wykazanych zamówień. W ocenie Odwołującego podanie powołanych informacji w wykazie wykonanych zamówień było konieczne w świetle wymogów określonych w pkt 7.2 części I SIWZ.

Kolejnym zarzutem, na którym oparte zostało odwołanie, było twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego pomimo zaistnienia ku temu przesłanek zobowiązujących go do dokonania tej czynności. Zdaniem Odwołującego za cenę zaoferowaną przez Przystępującego nie była możliwa realizacja przedmiotu zamówienia, a najniższa możliwa do zaoferowania Zamawiającego cena odpowiadać powinna kwocie zbliżonej do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Twierdził on też, że posiadana przez niego wiedza o cenach oferowanych przez Przystępującego w ostatnich latach w postępowaniach, w których konkurowali oni ze sobą o uzyskanie kolejnych zamówień, pozwala mu stwierdzić, iż niemożliwym jest, aby Przystępujący zaoferował rozwiązanie do tego stopnia tańsze od oferty Odwołującego, tym bardziej, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie techniczne było de facto droższe od tego, które oferował Odwołujący.

Ostatnim, czwartym zarzutem było twierdzenie Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 8 w zw. z art 7 oraz art 87 ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie pełnej treści oferty złożonej przez Przystępującego i uznanie skutecznego zastrzeżenia przez tegoż wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek weryfikacji czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym zwłaszcza zażądania od Przystępującego złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego na Zamawiającym, jako na adresacie wyjaśnień składanych przez Przystępującego, ciążył obowiązek zbadania, czy poczynione przez niego zastrzeżenie jest zasadne.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do pierwszego zarzutu, istotnym w ocenie Izby było to, że Odwołujący twierdził jedynie, że z przedstawionego przez Przystępującego oświadczenia złożonego w imieniu ABB sp. z o.o. nie wynika czy w ogóle istnieje jakikolwiek stosunek łączy ten podmiot z Przystępującym. W ocenie składu orzekającego brak podstaw, aby uznać twierdzenia te za zasadne. W treści tegoż oświadczenia mowa nie tylko o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, ale także potencjału technicznego w zakresie dostawy wraz z montażem nowego transformatora blokowego o mocy co najmniej 270 MVA na blokach energetycznych nie mniejszych niż 200 WM na okres niezbędny do wykonania zamówienia. Jak to podnosił Przystępujący, w pkt 7.1 formularza oferty oświadczył on, iż dostawa i montaż nowego transformatora powierzona zostanie podwykonawcy, tj. właśnie firmie ABB sp. z o.o. Uwzględniając okoliczność, iż fakt ten został przez Przystępującego w sposób jednoznaczny potwierdzony w piśmie z dnia 14 sierpnia 2014 r. (co czyni w tym zakresie zastrzeżenie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 16 maja 2014 r. nieaktualnym – informacja ta została przez samego Przystępującego upubliczniona w toku postępowania odwoławczego), Izba za właściwe uznała zauważyć, iż fakt ten znalazł również potwierdzenie w treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Uwzględniając wszystkie powołane okoliczności, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Przystępujący nie

wykazał Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Co do drugiego z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, Izba uznała, iż stanowisko Odwołującego nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i obowiązujących przepisach prawa. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co istotne, jest on zobowiązany wykazać spełnianie warunków takimi, jakie opíše je Zamawiający, to on bowiem podejmuje decyzję co do tego, jak opisać wartości graniczne, tak aby możliwym było wyłonienie grona wykonawców, którzy podołają należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest przy tym to, iż musi on pamiętać, aby sporządzony przez niego opis warunków był związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego, tak jak wymaga tego przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie, jak to już ustalono Zamawiający opis warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia zawarł w pkt 7.2 I części SIWZ. Z opisu tego wynika, że wielkościami istotnymi dla Zamawiającego i rozstrzygającymi o uznaniu legitymowania się przez wykonawców odpowiednią wiedzą i doświadczeniem były: w odniesieniu do jednego zadań: objęcie jego zakresem dostarczenia i wymiany wirnika NP na blokach energetycznych o mocy nie mniejszej niż 200 MW, a także osiągnięty w wyniku tej wymiany efekt, tj. uzyskanie zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła o co najmniej 250 kJ/kWh, w odniesieniu zaś do drugiego zadania było to: objęcie jego zakresem modernizacji transformatora blokowego na blokach energetycznych o mocy nie mniejszej niż 200MW, a także osiągnięty w wyniku tej modernizacji efekt, tj. zwiększenie mocy do co najmniej 270 MW. Jednocześnie, w przypadku obu tych zadań, ważnym było, aby zrealizowane zostały w okresie ostatnich 15 lat. Mając to na uwadze, Izba uznała, że nieistotnym dla oceny spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, w świetle powołanych zapisów pkt 7.2 I części SIWZ i określonych w nim wielkościami granicznym, było podnoszone przez Odwołującego w wykazie znajdującym się na stronie 67 oferty złożonej przez Przystępującego nierozróżnienie daty zakończenia (kontraktowej i rzeczywistej) oraz wartości zrealizowanego zadania. Co istotne, Odwołujący nie twierdził, aby wykazywane przez Przystępującego w powołanym wykazie usługi nie odpowiadały w swym zakresie omówionym istotnym, wskazanym w treści opisu warunku cechom usług, których realizacja miała potwierdzać spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Nie twierdził on również, że Przystępujący nie wykazał, aby zostały one należycie wykonane. Mając to na uwadze stwierdzić należało, że nieistotnym było w wykazie nierozróżnienie dat kontraktowego i rzeczywistego zakończenia prac, skoro wskazane daty, co oczywiste, mieściły się w okresie ostatnich 15 lat

(odpowiednio rok 2012 i 2010). Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Dla rozstrzygnięcia zarzutu trzeciego istotnym było to, jaki był w jego przypadku rozkład ciężaru dowodu między Stronami. Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), zwanej dalej kc, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Analogiczną regulację zawiera przepis 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.

W rozpoznawanej sprawie, jak to zostało ustalone, Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego za najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych mu ofert. Wyboru tego dokonał po przeprowadzeniu postępowania opisanego w art. 90 ustawy Pzp, a zatem po uzyskaniu od Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W takim właśnie kontekście Odwołujący zakwestionował prawidłowość decyzji Zamawiającego. Twierdził on, iż cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską, a złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia prawdopodobnie nie dowodzą twierdzeń przeciwnych.

Zgodnie z powołanym przepisem art. 6 kc, a także odpowiednimi przepisami ustawy Pzp, Odwołujący powinien był dowieść w tej sytuacji zasadności swoich twierdzeń. Tym samym powinien on w sposób rzeczowy odnieść się do przedstawionych Zamawiającemu w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień i wykazać zawarte w nich uchybienia merytoryczne, które mogłyby zostać uznane za wystarczającą podstawę do odrzucenia kwestionowanej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. W przypadku, gdyby nie wykazał zaistnienia powoływanych przez siebie okoliczności, jego odwołanie zostałoby oddalone. W rozpoznawanej sprawie stojące przed Odwołującym zadanie obłożone zostało dodatkową trudnością – treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego została objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność ta, choć dolegliwa dla Odwołującego, zdaniem Izby nie wpływała zasadniczo na sam rozkład ciężaru dowodu, wpływała ona jedynie na ustalenie punktu odniesienia dla twierdzeń formułowanych przez Odwołującego. Co oczywiste, w takiej sytuacji, punktem odniesienia dla twierdzeń i dowodów przedstawianych przez Odwołującego nie mogły być wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, treści tych z oczywistych bowiem względów nie mógł on znać. Niemniej jednak, nie byłoby wystarczającym w takim przypadku samo li tylko postawienie przez Odwołującego tezy o prawdopodobnej wadliwości przedstawionych Zamawiającemu w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień. Koniecznym było, aby Odwołujący podjął, co ważne –

finalnie skuteczną, próbę wykazania, iż w oparciu o obiektywnie istniejące i znane znawcom odpowiedniego segmentu rynku, na którym działają obaj wykonawcy, przesłanki, nie sposób przyjąć, iż możliwe jest uznanie ceny ukształtowanej na poziomie zaoferowanym przez Przystępującego za cenę, która nie jest ceną rażąco niską. Z natury rzeczy twierdzenia Odwołującego w takiej sytuacji musiały zostać sformułowane na większym poziomie ogólności, nie mogły wszak odnosić się do literalnej treści przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień. Niemniej jednak przedstawiona przez Odwołującego argumentacja powinna być spójna i oparta na rzetelnych podstawach – winna odnosić się tak do odpowiednich zapisów SIWZ kształtujących odpowiednie elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, a także do odpowiednich zapisów oferty złożonej przez Przystępującego kształtujących te elementy (oferta ta była zgodnie z oświadczeniem Odwołującego mu znana, jak sam bowiem stwierdzić pozyskał on jej fotokopie), jak i wyceny tych elementów na rynku, a ponadto zwracać uwagę na wszystkie istotne dla wyceny przedmiotu zamówienia okoliczności, które w danej sprawie oddziaływałyby na ustalenie ostatecznego poziomu ceny. Stąd też Odwołujący mimo, iż nie mógł odnieść się wprost do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, powinien wykazać, że w istniejących realiach rynkowych nie jest możliwe zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie, jak uczynił to Przystępujący. Dopiero wtedy był on uprawniony do żądania od Izby weryfikacji złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dokonanej przez Zamawiającego ich oceny przez pryzmat zaprezentowanych przez siebie twierdzeń, a także pod kątem wystąpienia okoliczności, obiektywnych czynników, uzasadniających zaoferowanie odpowiednio niższej ceny, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennego niż opisany rozkładu ciężaru dowodu w przypadku objęcia zastrzeżeniem tajemnicy treści wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp doprowadziłoby do tego, że wystarczającym po stronie Odwołującego byłoby samo zanegowanie prawidłowości działań Zamawiającego. Rozwiązanie takie, w ocenie Izby, nie byłoby właściwe. Z takim, nie popartym żadnymi argumentami stanowiskiem wykonawcy stawiającego zarzuty, zrównać co do wywieranego przez niego skutku, należy również przypadek, gdy odwołujący stawiając zarzuty podejmuje próbę przedstawienia argumentów mających przemawiać za ich słusznością, niemniej jednak przywołane przez niego okoliczności nie znajdują wystarczającego oparcia w przywoływanych przez niego dowodach, bądź też nie pozwalają uznać, że przedstawione przez niego stanowisko odnosi się do wszystkich istotnych elementów cenotwórczych, a tym samym, że jest ono spójne, wyczerpujące i należycie uzasadnione.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący oparł stawiane przez siebie zarzuty na twierdzeniu, że za cenę zaoferowaną przez Przystępującego nie była możliwa realizacja przedmiotu zamówienia, a najniższa możliwa do zaoferowania Zamawiającemu cena odpowiadać

powinna kwocie zbliżonej do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Twierdził on też, że posiadana przez niego wiedza o cenach oferowanych przez Przystępującego w ostatnich latach w postępowaniach, w których konkurowali oni ze sobą o uzyskanie kolejnych zamówień, pozwala mu stwierdzić, iż niemożliwym jest, aby Przystępujący zaoferował rozwiązanie do tego stopnia tańsze od oferty Odwołującego, tym bardziej, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie techniczne było de facto droższe od tego, które oferował Odwołujący. Co jednak istotne nie przedstawił on jakiegokolwiek opisu oferowanego przez siebie rozwiązania, który to opis byłby zakorzeniony w treści złożonej przez niego oferty, a co znacznie istotniejsze, nie przedstawił takiego opisu wraz z powołaniem się na odpowiednie zapisy oferty złożonej przez Przystępującego, czy też na jakiegokolwiek inne dokumenty lub inne dowody, które potwierdzać by miały to, jakie dokładnie rozwiązanie Przystępujący zaoferował Zamawiającemu. Nie przeszkadzało to mu jednak twierdzić, iż rozwiązanie oferowane przez Przystępującego jest rozwiązaniem bardziej kosztochłonnym. Jedyną próbą wskazania oferowanego przez Przystępującego rozwiązania było przedstawienie będącego jego autorstwa zestawienia tabelarycznego stanowiącego załącznik do pisma z dnia 18 sierpnia 2014 r.. Było on jednak jedynie oświadczeniem Odwołującego, tym samym mogło zostać uznane jedynie za sformułowane na piśmie stanowisko Odwołującego, nie zaś za dowód w sprawie. Co równie ważne, nie można uznać, że pozwalają zidentyfikować dokładne rozwiązanie oferowane przez Przystępującego (nie dookreślały one nawet rozwiązania oferowanego przez Odwołującego, jako mającego służyć za ewentualny punkt odniesienia) przedstawione przez Odwołującego wraz z powołanym zestawieniem tabelarycznym wydruki korespondencji i ofert podmiotów trzecich. Z uwagi na przepis § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280), Izba nie uwzględniła załączonych do powołanego zestawienia wydruków, które sporządzone zostały w językach obcych, a których tłumaczenia nie przedstawiono Izbie (A1 w części nieprzetłumaczonej, A3, A4, T1, T2, T3, T4.1, T6.1). W odniesieniu do pozostałych załączników, Izba ustaliła co następuje: A1 w części przetłumaczonej – nie wykazano, że tak wycenione elementy zostały uwzględnione przez Przystępującego w jego kalkulacji ceny, czy też że zostaną wykorzystane przy ewentualnej realizacji umowy; podobnie w przypadku załączników: A5, T4.2, T5, T7, T8 i T9, z których większość stanowiła wyceny sporządzone na przestrzeni ostatnich 2-3 lat dla Odwołującego. Co do załącznika T7, zauważyć należy, iż zawiera on wycenę sporządzoną przez jednego z konsorcjantów będących Przystępującym, co jednak istotne wycena ta, zgodnie z treścią tegoż załącznika została sporządzona według dokumentacji Odwołującego. Podkreślenia wymaga fakt, iż Odwołujący w ogóle nie konfrontował swoich twierdzeń z treścią oferty złożonej przez Przystępującego i to w sytuacji, gdy oferta ta była

w całości jawna i dostępna Odwołującemu – jak sam twierdził w uzasadnieniu odwołania wykonał on jej fotokopie, a zatem treść tejże była mu znana. Izba uznała, iż Odwołujący nie wskazał żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwoliłyby zidentyfikować oferowane przez Przystępującego rozwiązanie, tym samym nie wykazał, aby można było uznać za właściwe utożsamianie tegoż rozwiązania z tym, które opisał w przedstawionym Izbie zestawieniu tabelarycznym.

Wszystkie te okoliczności nie pozwoliły Izbie ocenić stanowiska Odwołującego jako wyczerpującego i należycie uzasadnionego, a zatem takiego, które przemawiałoby za dokonaniem przez Izbę weryfikacji złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, a także ich oceny przeprowadzonej przez Zamawiającego. Brak bowiem było w rozpoznawanej sprawie podstaw do przyjęcia punktu odniesienia (konkretnej sytuacji rynkowej należycie opisanej przez Odwołującego, a w szczególności zidentyfikowania rozwiązania oferowanego przez Przystępującego – z uwagi na brak jakichkolwiek odniesień do treści oferty złożonej przez Przystępującego – uwzględniającej wszystkie wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia), do którego miałby się odnosić treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego udowodnione, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4), czy też art. 90 ustawy Pzp.

Ostatnim, czwartym zarzutem, jak to już wskazano, było twierdzenie Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 8 w zw. z art 7 oraz art 87 ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie pełnej treści oferty złożonej przez Przystępującego i uznanie skutecznego zastrzeżenia przez tegoż wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek weryfikacji czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym zwłaszcza zażądania od Przystępującego złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego na Zamawiającym, jako na adresacie wyjaśnień składanych przez Przystępującego, ciążył obowiązek zbadania, czy poczynione przez niego zastrzeżenie jest zasadne. Izba nie podzieliła tego przekonania. W ocenie składu orzekającego obowiązujące przepisy prawa nie nakazują Zamawiającemu w ramach badania i oceny ofert obligatoryjnej procedury wyjaśnienia treści oferty (czy też później składanych mu odpowiednich wyjaśnień, jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku) poprzez skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy odpowiedniego pisma. Jeśli Zamawiający poprzez analizę zastrzeżonych informacji – a taka ocena była przeprowadzana przez Zamawiającego, co poświadczył on do protokołu z rozprawy, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący (twierdził on jedynie, że nieznanne są mu powody uwzględnienia zasadności zastrzeżenia poczynionego przez Przystępującego) – dochodzi

do przekonania, że faktycznie ma do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa, jest to wystarczające w ramach procedury badania i oceny ofert również w kontekście weryfikacji oferty pod kątem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Co istotne, Odwołujący nie kwestionował samej możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy tego typu wyjaśnień (sam skorzystał z takiego zastrzeżenia wobec przedstawionej w toku rozprawy kalkulacji własnej ceny ofertowej). Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uznanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: