

Sygn. akt: KIO 34/16

WYROK
z dnia 25 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2016 r. przez wykonawcę **PM Group LAAX sp. z o.o. sp.k. w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Ministerstwo Rozwoju w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Trappa sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie wykonawcy Trappa sp. z o.o. w Warszawie, w zakresie:**
 - a) **wykazu głównych usług,**
 - b) **tematyki szkoleń prowadzonych przez trenerów wymienionych w załączniku nr 6 (wykazie osób),**
 - c) **podmiotu, na zlecenie którego zorganizowano szkolenie, wymienionego w załączniku nr 6 (wykazie osób),**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. **kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa, Ministerstwo Rozwoju w Warszawie**
 - i:
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PM Group LAAX sp. z o.o. sp.k. w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,**

- 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Ministerstwa Rozwoju w Warszawie** na rzecz wykonawcy **PM Group LAAX sp. z o.o. sp.k. w Białymstoku** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa, Ministerstwo Rozwoju w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zorganizowanie i przeprowadzenie szkoleń horyzontalnych dla pracowników instytucji systemu Umowy Partnerstwa, dotyczących realizacji działań w perspektywie finansowej 2014-2020”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2015 r., nr 2015/S 197-357646.

W dniu 31 grudnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę PM Group LAAX sp. z o.o. sp.k. w Białymstoku, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Trappa sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odtajnienia dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie w jakim informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach zostały udostępnione w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 25 listopada 2015 r., wyjaśnieniach przystępującego z 30 listopada 2015 r. oraz wykazu usług,
- 3) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego,
- 4) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie merytorycznego zakresu wykazanych przez przystępującego szkoleń,
- 5) zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia koniecznych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu

odwołujący wniósł w dniu 11 stycznia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach zostały udostępnione w wezwaniu do złożenia

wyjaśnień z 25 listopada 2015 r., wyjaśnieniach przystępującego z 30 listopada 2015 r. wykazu usług głównych,

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo niewystarczających i niewiarygodnych wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w toku postępowania wyjaśniającego,

3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotu szkoleń wykazanych przez tego wykonawcę;

4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia pomimo nie wykazania przez przystępującego spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
 - a) wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie merytorycznego zakresu wykazanych przez przystępującego szkoleń,
 - b) wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp niezbędnych do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia,
 - c) odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie w jakim informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach zostały udostępnione w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 25 listopada 2015 r., wyjaśnieniach przystępującego z 30 listopada 2015 r. oraz wykazu usług głównych,
 - d) odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on

niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Część informacji pochodzących z ww. dokumentów została ujawniona przez zamawiającego w udostępnionym odwołującemu wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 25 listopada 2015 r., jakie zostało skierowane do przystępującego oraz odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 listopada 2015 r. Ujawnione zostały informacje zawarte w utajnionym załączniku nr 6 oraz załączniku nr 6a. Ma to o tyle istotne znaczenie, że zgodnie z przytoczoną wyżej argumentacją nie jest możliwe traktowanie danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jeżeli została ona już w jakikolwiek sposób ujawniona. Wobec tego zastrzeżone dokumenty i oświadczenia przystępującego winny zostać ujawnione w zakresie odpowiadającym informacjom już udostępnionym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 25 listopada 2015 r. oraz wyjaśnieniach z 30 listopada 2015 r. Odnośnie zaś wykazu usług głównych, zastrzeżenie ich tajności jest bezprawne. Zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako wyjątek od zasady jawności postępowania. Z tego względu zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, ale w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. W ocenie odwołującego, fakt, iż szkolenie musiało obejmować rekrutację powoduje niemożność traktowania informacji o danym szkoleniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Rekrutacja obejmuje bowiem: ogłoszenia w prasie, internecie, kolportaż ulotek itp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący swoimi wyjaśnieniami nie udowodnił, że zaoferował rentowną ofertę. Wywiódł, że zgodnie ze szczegółowym opisem zamówienia (vide: pkt 4) *„Liczba szkoleń dla każdego z bloków uzależniona będzie od zapotrzebowania na realizację szkoleń w tym zakresie zgłoszoną przez uczestników w procesie rekrutacji.”*. Natomiast wynagrodzenie wykonawcy będzie uzależnione od liczby przeprowadzonych szkoleń co za tym idzie ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia wynagrodzenia. Zatem należy uznać, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem w którym pojawiają się elementy kosztorysowe. Konsekwencją tego jest konieczność analizy pod kątem rażąco niskiej ceny, cen jednostkowych. Wątpliwości odwołującego budził pkt 4 wyjaśnień. Zgodnie z oświadczeniem przystępującego, wykonawca wycenił koszt zorganizowania i przeprowadzenia 1 godziny szkolenia na 50 zł. Odwołujący podniósł, że wskazana cena nie koresponduje z cenami rynkowymi. Samo wynagrodzenie trenera za przeprowadzenie szkolenia dotyczącego programów unijnych jest kilkukrotnie wyższe niż kwota wskazana przez przystępującego.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w załączonym do oferty załączniku nr 6, przystępujący przedstawił 8

trenerów. Każdy z tych trenerów wykazał 5 szkoleń, jako temat wszystkich wymienionych pozycji wpisano „Wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie”. W ocenie odwołującego, zamawiający winien w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotu szkoleń wykazanych przez tego wykonawcę „Wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie”. Wykazane szkolenie stanowi podstawowe doświadczenie przystępującego. W ocenie odwołującego, zamawiający winien zwrócić uwagę na przedmiot wykazanego szkolenia. Przywołał treść pkt 4.1.3 ppkt 2 SIWZ, zgodnie z którym „W przypadku wykazania doświadczenia trenera w prowadzeniu szkoleń, których tematyka ograniczała się do jednego programu operacyjnego takie szkolenia nie będą brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu”. Dodał, że przystępujący nie ustosunkował się do wątpliwości zamawiającego dotyczących braku „śladów” prowadzenia rekrutacji na rzeczzone szkolenia w internecie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący w przypadku każdego wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu szkolenia wskazał, że było ono organizowane we własnym imieniu. W złożonych wyjaśnieniach stwierdził, że „Wykonawca wpisując organizacja szkolenia we własnym imieniu miał na myśli siebie, a zatem „Organizacja szkolenia w imieniu TRAPPA sp. z o.o.”. W ocenie odwołującego, szkolenia organizowane „dla siebie” tj. na swoją rzecz nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak cechy odpłatności oznacza, że nie mamy do czynienia z usługą, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do ustawy Pzp. W przypadku gdy szkolenia organizowane są na rzecz podmiotu zewnętrznego możliwe jest uzyskanie referencji w rozumieniu Prawa zamówień publicznych tj. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Natomiast w przypadku szkoleń organizowanych „dla siebie” nie ma możliwości uzyskania referencji w rozumieniu ustawy Pzp. Przywołał definicję usługi z art. 2 pkt 10 ustawy Pzp oraz definicję świadczenia z art. 353 § 2 KC. Argumentował, że usługą będzie tylko takie świadczenie, w przypadku którego istnieje konsument, tj. odbiorca świadczenia odnoszący z niego choćby potencjalną korzyść. Dopóki nie istnieje podmiot, który odnosiłby lub powinien odnosić konkretne korzyści o charakterze majątkowym wiążące się z danym świadczeniem, dopóty świadczenie to nie będzie usługą. Realizacja „własnego” projektu odwołującego nie może być uznana za usługę w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tegoż przepisu, konieczna jest realizacja świadczenia na rzecz innego podmiotu, a zatem takiego zachowania się usługodawcy, które zgodne będzie z treścią zobowiązania łączącego go z kontrahentem i czyniące zadość interesowi wierzyciela. Po wykonaniu usługi, to wierzyciel może potwierdzić jej należyte wykonanie poprzez wystawienie odpowiednich referencji. W

przypadku projektów wykazanych przez odwołującego brak jest podmiotu uprawnionego do wystawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tychże projektów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Trappa sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego z 25 listopada 2015 r. skierowane do przystępującego, wyjaśnienia przystępującego z 30 listopada 2015 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 18 grudnia 2015 r. skierowane do przystępującego, wyjaśnienia przystępującego z 21 grudnia 2015 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Trappa sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze,

której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności odrzucenia tej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadzioby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mógł skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie mu oferty złożonej przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

1. Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności odtajnienia dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie w jakim informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach zostały udostępnione w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 25 listopada 2015 r., wyjaśnieniach przystępującego z 30 listopada 2015 r. oraz wykazu usług

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zorganizowanie i przeprowadzenie szkoleń horyzontalnych dla pracowników instytucji systemu Umowy Partnerstwa, dotyczących realizacji działań w perspektywie finansowej 2014-2020.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty przystępującego i zamawiającego.

Ustalono również, że przystępujący załączył do swej oferty m.in. następujące dokumenty:

- a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ (s. 21-45 oferty przystępującego),
- b) wykaz doświadczenia szkoleniowego trenerów ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6a do SIWZ (s. 46-58 oferty przystępującego),
- c) wykaz głównych usług wraz z dokumentem referencyjnym (s. 59-62 oferty przystępującego).

Załączył do formularza ofertowego oświadczenie, w którym informuje, że informacje zawarte w ww. dokumentach zastrzega jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. Na s. 17-20 oferty zamieścił uzasadnienie utajnienia części swej oferty.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2015 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, stanowiącego wypełniony załącznik nr 6 do SIWZ. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in., że *w załączonym do oferty wykazie osób przystępujący przedstawił 8 trenerów. Każdy z trenerów wskazał 5 szkoleń, jako temat wszystkich szkoleń, jako temat wszystkich szkoleń wpisano „wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie”. Jak wynika z analizy wykazu szkolenia te zostały przeprowadzone w 21 różnych terminach, przy czym każdorazowo dwóch trenerów wskazuje ten sam termin szkolenia. Natomiast w informacji dotyczącej podmiotu, na zlecenie którego zorganizowano szkolenie (firma i adres), w przypadku każdego szkolenia wpisano: Organizacja szkolenia we własnym imieniu.* Zamawiający poprosił o wyjaśnienie wątpliwości opisanych w dalszej części pisma.

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 30 listopada 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. W piśmie tym przystępujący wyjaśniał, że wpisując w wykazie „organizacja szkolenia we własnym imieniu” miał na myśli siebie, a zatem „organizacja szkolenia w imieniu Trappa sp. z o.o.”. Informował, że w związku nową perspektywą 2014-2020 zorganizował szereg szkoleń dla specjalistów, których tematyka obejmowała: wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie, pozyskiwanie funduszy unijnych, biznesplan, studium wykonalności, analiza ekonomiczno-finansowa. Wyjaśniał, że podmiotem na zlecenie którego zostały przeprowadzone szkolenia jest Trappa sp. z o.o.. W każdym szkoleniu brały udział 2 osoby, odbiorcami szkolenia były osoby, które z ramienia wykonawcy zajmują się pozyskiwaniem funduszy unijnych. Treści ww. pisma przystępujący nie zastrzegł jako tajemnica swego przedsiębiorstwa.

Ustalono także, że zamawiający udostępnił odwołującemu treść wezwania z 25 listopada 2015 r. oraz treść wyjaśnień przystępującego z 30 listopada 2015 r.

Zamawiający nie odtajnił żadnej części oferty przystępującego, w szczególności wykazu osób, ani wykazu usług.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego w zakresie wykazu usług, gdyż nie zostało wykazane, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla*

tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby nadzwyczaj lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia poczynione przez przystępującego nie stanowiło dowodu na to, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji z wykazu usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie przystępujący załączył do swej oferty. Na wstępie dostrzeżenia wymagało, że informacje które utajniono w wykazie usług obejmowały wyłącznie dane odnośnie przedmiotu usługi szkoleniowej (nazwa, liczba osób przeszkolonych, czas trwania szkolenia), odbiorcy oraz terminu realizacji szkoleń.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że uzasadnienie utajnienia ww. danych sporządzone przez przystępującego jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

Zdaniem Izby fakt, że podmiot na rzecz którego wykonano usługę jest podmiotem z sektora prywatnego, nie oznacza sam przez się, że informacja na temat tej usługi stanowi czyjąkolwiek tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, zgodnie z którym informacja na temat usługi zrealizowanej przez wykonawcę na

rzecz podmiotu z sektora prywatnego ze swej natury obdarzone są przymiotem tajności. Stanowisko przystępującego, że ww. dane od początku objęte były tajemnicą przedsiębiorstwa przez niego jak i jego kontrahenta, pozostało gołosłowne. Przystępujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił w jaki sposób owo utajnienie nastąpiło. Nie przedstawiono zamawiającemu umów, z których wynikałoby że jakieś dane co do kontraktu mają być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Stanowisko przystępującego jakoby odtajnienie danych miało umożliwić jego konkurentom poznanie „różnych aspektów działalności” okazało się nad wyraz ogólne. Domysłem zamawiającego pozostawiono wnioskowanie o jakich to aspektach przystępujący się wypowiada. Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja, jakoby odtajnienie wykazu pozwoliło kontrahentom na prześledzenie sposobu doboru odbiorców przez przystępującego. Dostrzeżenia wymagało, że w wykazie usług w przypadku wszystkich usług szkoleniowych podano jako odbiorcę jeden podmiot. Nie wiadomo zatem o jakim doborze odbiorców mógłby wnioskować konkurent przystępującego na podstawie tak znikomej treści. Nie należało zapominać, że wykonawcy nie mieli obowiązku prezentować w wykazie usług całego swego doświadczenia w realizacji usług szkoleniowych. Rolą wykonawcy było jedynie zaprezentowanie szkoleń istotnych z punktu widzenia postawionego warunku, a ponadto zrealizowanych tylko w okresie zakreślonym przez zamawiającego. Wbrew stanowisku przystępującego, na podstawie wykazu usług inni wykonawcy nie mieli możliwości prześledzenia stosowanej przez niego polityki cenowej. W wykazie usług sporządzonym przez przystępującego próżno było szukać jakichkolwiek informacji na temat wartości usług szkoleniowych. W końcowej części uzasadnienia przystępujący podniósł, że dostęp do zastrzeżonych w ofertach informacji posiadają wyłącznie upoważnieni pracownicy przystępującego, zaś osoby trzecie wyłącznie do podpisaniu stosownej umowy o poufności. Odnosząc się do tego fragmentu uzasadnienia stwierdzono, że odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie twierdził że owe bliżej nieopisane działania podjęto względem informacji zastrzeżonych w wykazie usług złożonym w tym konkretnym postępowaniu. Nie złożono wykazu osób, które miały dostęp do informacji, nie wiadomo w jaki sposób przystępujący zagwarantował, że „upoważnieni pracownicy” nie ujawnią danych z wykazu osób, które – jak Izba wskazała - ograniczały się do danych na temat terminu, przedmiotu i odbiorcy szkolenia. Jeżeli zaś chodzi o osoby trzecie, nie złożono zamawiającemu nie tylko umów o zachowaniu w poufności, ale nawet ich wzoru celem oceny czy gwarantuje zachowanie zakładanego efektu. Nie wiadomo zatem jaki krąg osób posiada dostęp do spornych informacji. Nie wiadomo czy u przystępującego obowiązują jakiekolwiek systemy ochrony informacji odnoszące się np. do sposobu obiegu dokumentów, sposobu postępowania z informacjami niejawnymi itp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w zakresie wykazu usług przystępującego. Stwierdzono bowiem, że przystępujący nie sprostął ciężarowi udowodnienia, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Za zasadny uznano zarzut zaniechania odtajnienia informacji znajdujących się w wykazie osób (załącznik nr 6 do SIWZ wypełniony przez przystępującego) w zakresie:

- a) tematyki szkoleń prowadzonych przez trenerów,
- b) podmiotu, na zlecenie którego zorganizowano szkolenia.

W rozpatrywanym zakresie zarzuty odwołania oparte były wyłącznie na tym, że część informacji z utajnionego w całości wykazu osób została ujawniona przez przystępującego w wyjaśnieniach z 30 listopada 2015 r. Należało zgodzić się z odwołującym, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca musi podjąć w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powyższe wynika jednoznacznie z przytoczonego wcześniej przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w orzecznictwie „*Przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.*” (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. sygn.. akt I CKN 1159/00).

Dostrzeżenia wymagało, że w swych wyjaśnieniach z 30 listopada 2015 r., przystępujący poinformował m.in., że trenerzy wymienieni w wykazie zrealizowali szkolenia na jego rzecz. W omawianym piśmie przystępujący wskazał także, że w związku z nową perspektywą 2014-2020 zorganizowano szereg szkoleń dla specjalistów, których tematyka obejmowała: wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie, pozyskiwanie funduszy unijnych, biznesplan, studium wykonalności, analizę ekonomiczno-finansową. Nie było sporne pomiędzy stronami, że treść wyjaśnień z 30 listopada 2015 r. nie została zastrzeżona przez zamawiającego. Odwołujący w zwykłej i dozwolonej drodze zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o ich udostępnienie i uzyskał dostęp do omawianego pisma. Tym samym powszechnie dostępna stała się informacja z wykazu osób przystępującego odnośnie podmiotu, na rzecz którego zrealizowano szkolenia oraz informacja co do tematu szkoleń. Zamawiający zaniechał czynności odtajnienia części wykazu osób w ujawnionym zakresie, czym naruszył dyspozycję art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ jednak zamawiający prawidłowo udostępnił odwołującemu treść niezastrzeżonych wyjaśnień z 30 listopada 2015 r., z których sporne informacje wynikały, naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, gdyż sporne informacje odwołujący niewątpliwie uzyskał. Z uwagi jednak na konieczność uwzględnienia odwołania z powodu bezprawnego zaniechania odtajnienia wykazu usług, Izba nakazała także

zamawiającemu usunięcie naruszenia przez odtajnienie wykazu osób przystępującego w takim zakresie jak wskazano w sentencji.

2. Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Na podstawie pkt 2.1. SIWZ ustalono, że przedmiotem zamówienia publicznego jest:

- a) świadczenie na rzecz Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju usługi polegającej na zorganizowaniu i przeprowadzeniu szkoleń horyzontalnych dla pracowników instytucji systemu Umowy Partnerstwa, dotyczących realizacji działań w perspektywie finansowej 2014-2020,
- b) zapewnienie uczestnikom szkolenia sal szkoleniowych, wykwalifikowanych trenerów, materiałów szkoleniowych oraz wyżywienia w dniach, w których będą prowadzone szkolenia

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 10.1. SIWZ, Wykonawca miał podać *cenę oferty (za wykonanie całości zamówienia) w Formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ oraz do celów rozliczeniowych ceny jednostkowe brutto za przeszkolenie jednego uczestnika.*

Z kolei w świetle pkt 10.3 SIWZ, Wykonawca musiał *uwzględnić w cenie oferty oraz w cenach jednostkowych wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.*

Zgodnie z § 3 ust, 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, *Zapłata wynagrodzenia, (...), nastąpi w transzach płatnych po zakończeniu realizacji każdego etapu zadania. Podstawą do ustalenia wysokości każdej transzy wynagrodzenia wykonawcy za dany etap zadania będzie iloczyn: liczby osób zgłoszonych na 2 dni robocze przed terminem realizacji wszystkich szkoleń przeprowadzonych w danym miesiącu kalendarzowym i ceny jednostkowej za przeszkolenie jednego uczestnika szkolenia wskazanej w ofercie wykonawcy.*

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, wykonawcy obowiązani byli podać w ofercie:

- a) cenę jednostkową netto i brutto obejmującą koszt przeszkolenia 1 uczestnika jednodniowego szkolenia,

b) cenę netto i brutto za realizację całości zamówienia dla 3700 osób, z których każda weźmie udział w 3 szkoleniach.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 1.500.000 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania). Kwota ta została oszacowana przez zamawiającego w dniu 1 września 2015 r. na podstawie rozeznania cen rynkowych przedmiotu zamówienia (pkt 2.3. protokołu postępowania).

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Koszt przeszkolenia uczestnika jednodniowego szkolenia (zł)	Cena brutto za realizację całości zamówienia dla 3700 osób, z których każda weźmie udział w 3 szkoleniach (zł)
1.	PeDaGo Kraków	89,20	990.120,00
2.	Odwołujący	88,00	976.800,00
3.	ROI CONSULTING Sp. z o.o. Warszawa	148,65	1.650.015,00
4.	Europejska Platforma Edukacyjna sp. z o.o. Lublin	92,00	1.021.200,00
5.	MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu sp. k. Warszawa	89,76	996.336,00
6.	Wykonawcy występujący wspólnie: ALDEO Systemy Zarządzania sp. z o.o. Radom (lider konsorcjum) AKME CONSULTING Krzysztof Pikor Rzeszów	92,00	1.021.200,00
7.	Przystępujący	85,00	943.500,00
8.	Instytut Badań i Innowacyjnych Technologii sp. z o.o. Poznań	102,70	1.139.970,00
9.	ECORYS Polska sp. z o.o. Warszawa	131,61	1.460.871,00
10.	Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej Warszawa	83,40	925.740,00
11.	TOWARZYSTWO AMICUS Białystok	129,00	1.431.926,64
12.	IBD Business School Sp. z o.o. Warszawa	173,00	1.920.300,00

Powyższe ustalono na podstawie zbiorczego zestawienia ofert (załącznik do protokołu postępowania).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 25 listopada 2015 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący pismem z dnia 30 listopada 2015 r. przesłał zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. W wyjaśnieniach tych m.in. przedstawił kalkulację kosztów, w której wyszczególnił następujące pozycje:

- 1) opracowanie harmonogramu realizacji zamówienia – 6.000 zł,
- 2) opracowanie merytoryczne i przygotowanie programu oraz materiałów szkoleniowych w podziale na opracowanie merytoryczne, zapewnienie materiałów i transport za łączną cenę 126.000 zł,
- 3) rekrutacja uczestników szkolenia z podziałem na koszty strony i koszty specjalistów ds. rekrutacji – 66.000 zł,
- 4) zorganizowanie i przeprowadzenie szkolenia dla łącznie ok. 11.100 osób, przy założeniu liczby grup szkoleniowych 111 (100 osób w grupie), przy liczbie godzin w 1 grupie: 6 h, liczbie wszystkich godzin szkoleniowych: 666 h, **stawce za przeprowadzenie 1 h szkoleń: 50 zł**, razem 33.000,00 zł,
- 5) zapewnienie sal do przeprowadzenia szkoleń oraz pomieszczeń do konsumpcji: 111.000 zł,
- 6) zapewnienie wyżywienia dla wszystkich uczestników szkolenia: 444.000 zł,
- 7) opracowanie i złożenie zamawiającemu raportów z realizacji zamówienia: 36.000 zł,
- 8) pozostałe koszty organizacyjne, osoby reprezentujące wykonawcę w miejscu szkolenia, certyfikaty, ankiety, testy, koszty biura, itp. 30.000 zł,
- 9) marża przystępującego: 91.500 zł brutto, to jest 10 % kwoty ofertowej.

Ustalono także, że zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący swój zarzut oparł na jednej okoliczności faktycznej. Zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia upatrywał wyłącznie w tym, że – jego zdaniem - jeden z elementów cenotwórczych z kalkulacji przedstawionej przez przystępującego był niedoszacowany. Nie było sporne pomiędzy stronami, że przystępujący w przedstawionej przez siebie kalkulacji wyszczególnił jako odrębny element cenotwórczy „zorganizowanie i przeprowadzenie szkolenia dla łącznie ok. 11.100 osób”. Element ten

wycenił na poziomie 33.000 zł, przy założeniu że stawka za przeprowadzenie 1 h szkoleń wynosi 50 zł. Odwołujący argumentował, że powyższy element stanowi cenę jednostkową, czego konsekwencją miała być konieczność analizy pod kątem cen rażąco niskiej nie całej ceny ofertowej, lecz cen jednostkowych.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego jakoby sporny element cenotwórczy był ceną jednostkową, nie znajdowało oparcia w treści SIWZ. W pkt 10.1. SIWZ, zamawiający jednoznacznie przesądził, że dla celów rozliczeniowych brane będą od uwagę ceny jednostkowe brutto za przeszkolenie jednego uczestnika. Z postanowienia § 3 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, wynikało jednoznacznie, że podstawą do ustalenia wysokości każdej transzy wynagrodzenia wykonawcy za dany etap zadania będzie iloczyn: liczby osób zgłoszonych na szkolenie i ceny jednostkowej za przeszkolenie jednego uczestnika szkolenia wskazanej w ofercie wykonawcy. Wreszcie z powyższym korespondowały postanowienia wzoru formularza ofertowego, w którym wykonawcy mieli podać cenę jednostkową za przeszkolenie jednego uczestnika szkolenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, na gruncie analizowanej SIWZ za cenę jednostkową można było co najwyżej uznać koszt przeprowadzenia szkolenia dla jednego uczestnika. W konsekwencji, o ewentualnych niedoszacowaniach można byłoby mówić wtedy, gdyby występowały na poziomie kalkulacji kosztu za przeszkolenie jednego uczestnika szkolenia. W tej sytuacji nawet wykazanie, że istnieją ewentualne niedobory w jednej składowej ceny jednostkowej nie mogło prowadzić do ustalenia, że cała cena jednostkowa, a w konsekwencji cała cena ofertowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niedobory w elemencie „zorganizowanie i przeprowadzenie szkolenia” mogą być bowiem rekompensowane przez ewentualne nadwyżki w innych elementach składowych stawki za przeszkolenie jednego uczestnika szkolenia. Odwołujący nie zakwestionował prawidłowości kalkulacji żadnego innego elementu cenotwórczego. W braku sporu pomiędzy stronami należało uznać, że wszystkie pozostałe elementy cenotwórcze z kalkulacji przystępującego są skalkulowane na poziomie rynkowym.

Wzięto pod uwagę, że stawka 50 zł/h za zorganizowanie i przeprowadzenie szkolenia zgodnie z kalkulacją przystępującego nie miała pokrywać kosztów opracowania merytorycznego materiałów i programów szkoleń, kosztów żywienia, przerwy kawowej, kosztów organizacyjnych. Koszty te wykonawca wycenił bowiem w innych pozycjach swej kalkulacji. Dostrzeżenia wymagało również okoliczność, że przystępujący niektóre inne koszty wycenił na wyższym poziomie niż odwołujący. Przykładem tego była wycena kosztów serwisu kawowego za stawkę jednostkową 5 zł wyższą niż w kalkulacji odwołującego, co w skali całego zamówienia oznaczało różnicę na poziomie 50.000 zł na korzyść przystępującego. Nie bez znaczenia okazał się również fakt, że przystępujący założył na zamówieniu znaczny aż 10 % zysk.

Wzięto pod uwagę, że stawka za przeszkolenie jednego uczestnika szkolenia w przypadku przystępującego i odwołującego została obliczona na bardzo zbliżonym poziomie. Przystępujący zaoferował zorganizowanie przeszkolenia jednego uczestnika za kwotę 85,00 zł, zaś odwołujący – za cenę 88,00 zł. Różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego (943.500,00 zł brutto) a ceną oferty odwołującego (976.800,00 zł brutto) wyniosła zaledwie nieco ponad 3%. Ponadto pięciu wykonawców, kalkulując ceny ofertowe niezależnie od siebie, zaoferowało w postępowaniu ceny na poziomie poniżej 1 mln zł, a więc na poziomie zbliżonym do cen ofertowych obydwu wykonawców.

Za niedające podstaw do ustalenia zaoferowania ceny rażąco niskiej uznano dowody przedstawione przez odwołującego przy niepodpisanym piśmie procesowym z 22 stycznia 2016 r. (oferty: trenera J.S.A., trenera U.I, Euro – Consulting Doradztwo Gospodarcze, MM Global Consulting Sp. z o. o.). Jako dokumenty prywatne, w ocenie Izby, świadczyły one jedynie o tym, że konkretni trenerzy, związani z odwołującym, oświadczyli, że gotowi są wykonać szkolenie za cenę wskazaną w tych oświadczeniach, na warunkach wskazanych w tych oświadczeniach. Powyższe nie dowodziło tego, że niemożliwym jest zrealizowanie szkolenia ze stawką za zorganizowanie i przeprowadzenie szkolenia (w rozumieniu kalkulacji przystępującego) na poziomie 50 zł za godzinę. Nie wykazano także, że warunki te są identyczne z założeniami, o których mowa w kalkulacji przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut należało uznać za chybiony.

3. Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie merytorycznego zakresu wykazanych przez przystępującego szkoleń

Ustalono, że zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający opisał w SIWZ, w jaki sposób oceniał będzie spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W pkt 4.1.3. ppkt 2 SIWZ zamawiający wskazał, że uzna ww. warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem składającym się m.in. z: *8 trenerów mających doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z tematyki Funduszy Europejskich w perspektywie finansowej 2007-2013 i/lub 2014-2020 ze szczególnym uwzględnieniem działań z obszaru programów operacyjnych finansowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i/lub Funduszu Spójności i/lub Europejskiego Funduszu Społecznego, o łącznym wymiarze minimum 120 godzin zegarowych, z zastrzeżeniem, że każde ze szkoleń trwało nie krócej niż 6 godzin zegarowych zajęć nie licząc przerw i posiłków.* Zamawiający zastrzegł także, że w przypadku wykazania doświadczenia trenera w prowadzeniu szkoleń, których tematyka ograniczała się do jednego programu operacyjnego

takie szkolenia nie będą brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ustalono również, że zamawiający zażądał, aby w celu potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy złożyli wraz z ofertą *wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.* Wykaz należało sporządzić według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ (pkt 5.1.8 SIWZ). Zgodnie ze wzorem wykazu osób, zamawiający wymagał od wykonawców ujawnienia następujących informacji: imię i nazwisko trenera, informacja o podstawie dysponowania osobą, temat szkolenia, nazwa funduszu, którego dotyczyło szkolenie, perspektywa finansowa, nazwa programu operacyjnego, którego dotyczyło szkolenie, czas trwania zajęć szkoleniowych w godzinach zegarowych, podmiot na zlecenie którego zorganizowano szkolenie.

Ustalono także, że przystępujący, w celu wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu załączył do swej oferty wykaz osób (s. 21-45 oferty przystępującego). W treści wykazu osób podał informacje w zakresie imion i nazwisk trenerów, tematów przeprowadzonych przez nich szkoleń, nazwy funduszu, którego dotyczyły szkolenia, perspektywy finansowej, nazwy programu operacyjnego, którego dotyczyło szkolenie, czasu trwania zajęć szkoleniowych w godzinach zegarowych, podmiotu na zlecenie którego zorganizowano szkolenia. Treść wykazu osób została przez przystępującego utajniona jako tajemnica jego przedsiębiorstwa.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2015 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, stanowiącego wypełniony załącznik nr 6 do SIWZ. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in., że w załączonym do oferty wykazie osób przystępujący przedstawił 8 trenerów. Każdy z trenerów wskazał 5 szkoleń, jako temat wszystkich szkoleń „wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie”. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie wątpliwości opisanych w dalszej części pisma.

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 30 listopada 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. W piśmie tym przystępujący wyjaśniał, że zorganizował szereg szkoleń dla specjalistów, których tematyka obejmowała: wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie, pozyskiwanie funduszy unijnych, biznesplan, studium wykonalności, analizę ekonomiczno-finansową.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynikało z warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ zamawiający oczekiwał od wykonawców dysponowania kadrą trenerów, którzy posiadali doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z tematyki Funduszy Europejskich w perspektywie finansowej 2007-2013 i/lub 2014-2020. Zamawiający wymagał również, aby szkolenia te odnosiły się do więcej niż jednego programu operacyjnego. W wykazie osób przystępujący istotnie poinformował, że trenerzy którymi dysponuje przeprowadzali szkolenia pod nazwą „wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie”.

Odwołujący uważał, że wobec tak opisanego tematu szkoleń zamawiający powinien wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ich przedmiotu. Zwracał bowiem uwagę, że zgodnie z SIWZ jeżeli tematyka ograniczała się do jednego programu operacyjnego takie szkolenia nie będą brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba po dokonaniu analizy wykazu osób złożonego przez przystępującego stwierdziła, że z dokumentu tego wynikało w sposób jednoznaczny jakich programów operacyjnych dotyczyły szkolenia. W przypadku każdego ze szkoleń liczba programów była większa aniżeli wymagana przez zamawiającego. Wobec powyższego brak było podstaw do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, które należałoby wyjaśniać.

Przywoływana przez odwołującego w trakcie rozprawy wątpliwość, że szkolenia na temat „wprowadzenia do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie” trwające zaledwie 6 godzin mogły nie obejmować tematyki większej liczby programów operacyjnych, okazała się niezasadna. Przystępujący w wykazie osób w pozycji „czas trwania zajęć szkoleniowych w godzinach zegarowych” podał znacznie większą liczbę godzin trwania szkoleń. O powyższym można było wnioskować także na podstawie analizy pozycji „termin realizacji szkoleń” z wykazu osób. Z każdej z ww. pozycji dotyczącej wszystkich szkoleń wynikało, że wykazywane szkolenia były wielodniowe.

Zarzut okazał się zatem niezasadny.

4. Zarzut zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia koniecznych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Ustalono, że zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający opisał w SIWZ, w jaki sposób oceniał będzie spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W pkt 4.1.3. ppkt 2 SIWZ zamawiający wskazał, że uzna ww. warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem składającym się m.in. z: *8 trenerów mających doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z tematyki Funduszy Europejskich w perspektywie finansowej 2007-2013 i/lub 2014-2020 ze szczególnym uwzględnieniem działań z obszaru programów operacyjnych finansowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i/lub Funduszu Spójności i/lub Europejskiego Funduszu Społecznego, o łącznym wymiarze minimum 120 godzin zegarowych, z zastrzeżeniem, że każde ze szkoleń trwało nie krócej niż 6 godzin zegarowych zajęć nie licząc przerw i posiłków.*

Ustalono również, że zamawiający zażądał, aby w celu potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy złożyli wraz z ofertą *wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.* Wykaz należało sporządzić według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ (pkt 5.1.8 SIWZ). Zgodnie ze wzorem wykazu osób, zamawiający wymagał od wykonawców ujawnienia informacji m.in. na temat podmiotu na zlecenie którego zorganizowano szkolenie.

Ustalono także, że przystępujący, w celu wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu załączył do swej oferty wykaz osób (s. 21-45 oferty przystępującego).

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2015 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, stanowiącego wypełniony załącznik nr 6 do SIWZ. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in., że *w informacji dotyczącej podmiotu, na zlecenie którego zorganizowano szkolenie (firma i adres), w przypadku każdego szkolenia wpisano: Organizacja szkolenia we własnym imieniu.* Zamawiający poprosił o wyjaśnienie wątpliwości opisanych w dalszej części pisma.

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 30 listopada 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. W piśmie tym przystępujący wyjaśniał, że wpisując w wykazie „organizacja szkolenia we własnym imieniu” miał na myśli siebie, a zatem „organizacja szkolenia w imieniu Trappa sp. z o.o.”. Informował, że w związku nową perspektywą 2014-2020 zorganizował szereg szkoleń dla specjalistów, których tematyka obejmowała: wprowadzenie do tematyki projektów unijnych w nowej perspektywie, pozyskiwanie funduszy unijnych, biznesplan, studium wykonalności, analiza ekonomiczno-finansowa. Wyjaśniał, że podmiotem na zlecenie którego zostały przeprowadzone szkolenia jest Trappa sp. z o.o.. W każdym szkoleniu brały udział 2 osoby, odbiorcami szkolenia były osoby, które z ramienia wykonawcy zajmują się pozyskiwaniem funduszy unijnych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynikało z warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ zamawiający oczekiwał od wykonawców dysponowania kadrą trenerów, którzy posiadali doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z tematyki Funduszy Europejskich w perspektywie finansowej 2007-2013 i/lub 2014-2020. Zgodnie z pkt 5.1.8. SIWZ, w celu potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą wyłącznie wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia.

Jak wynikało z przytoczonych postanowień SIWZ, warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania doświadczonymi trenerami miał być weryfikowany wyłącznie w oparciu o informacje znajdujące się w przedstawionym wykazie osób. W szczególności zamawiający nie wymagał udowadniania faktu posiadania doświadczenia trenerów dokumentami referencyjnymi wystawianymi przez odbiorców szkoleń. Jak się wydaje, odwołujący błędnie utożsamiał sposób wykazywania doświadczenia osób, którymi wykonawca dysponuje, z udowadnianiem doświadczenia posiadanego przez samego wykonawcę. W przypadku tego ostatniego zasobu zamawiający rzeczywiście wymagał jego udokumentowania wykazem usług pochodzącym od samego wykonawcy, jak również poświadczeniem, pochodzącym od zleceniodawcy usług (por. pkt 5.1.7 SIWZ). Tylko w przypadku tego ostatniego zasobu po stronie wykonawców aktualizował się obowiązek w postaci konieczności wykazania się dokumentem wystawionym przez podmiot zewnętrzny. Jednakże obowiązku takiego zamawiający nie przewidział w odniesieniu do warunku w zakresie dysponowania trenerami posiadającymi stosowne doświadczenie. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek wykazać warunek udziału w postępowaniu wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. W konsekwencji doświadczenie zawodowe trenerów mogło być wykazane jedynie oświadczeniem samego wykonawcy, znajdującym się w wykazie osób.

Niezależnie jednak od powyższego, stanowisko odwołującego jakoby zleceniodawcą i zleceniobiorcą usług szkoleniowych był ten sam podmiot, nie znajdowało jakiegokolwiek oparcia w treści wykazu. Z dokumentu tego wynikało jednoznacznie, że usługi szkoleniowe zostały zrealizowane przez trenerów na rzecz przystępującego. W szczególności decydująca okazała się jest tu treść kolumny „Informacja o podstawie dysponowania” wykazu osób. Na podstawie tej informacji można było ustalić, że trenerzy to nie przystępujący, zaś świadczone przez nich szkolenia żadną miarą nie mogły być nazwane szkoleniami wewnętrznymi.

Natomiast stanowisko odwołującego jakoby usługi szkoleniowe miały charakter nieodpłatny, pozostało gołosłowne.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut należało ocenić jako chybiony.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego w zakresie wykazu usług może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie im wykazu usług złożonego przez przystępującego. W konsekwencji może to doprowadzić do skutecznego zakwestionowania oferty złożonej przez wykonawcę wybranego i oferta innego wykonawcy, w tym również odwołującego, może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za

bezszykowne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w zakresie wskazanym w sentencji.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za bezzasadne, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: