

WYROK
z dnia 1 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2011 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (Lider konsorcjum) oraz Energotechnika-Energorozruch S.A. z siedzibą w Gliwicach (Partner konsorcjum)**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Elektrownia Opole S.A. z siedzibą w Brzeziu koło Opola**.

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK S.A. z siedzibą w Opolu (Partner konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu REMAK-ROZRUCH S.A. z siedzibą w Opolu (Partner konsorcjum)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego : **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Energotechnika-Energorozruch S.A. z siedzibą w Gliwicach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Energotechnika-Energorozruch S.A. z siedzibą w Gliwicach** na rzecz zamawiającego **PGE Elektrownia Opole S.A. z siedzibą w Brzeziu koło Opola**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W dniu **20 czerwca 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwana dalej: „ustawą Pzp”), wpłynęło odwołanie złożone przez Odwołującego się - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Energotechnika-Energorozruch S.A. z siedzibą w Gliwicach**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PGE Elektrownia Opole SA w Brzeziu koło Opola**.

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na „Budowę instalacji do bezpośredniego podawania biomasy do kotła nr 2 w PGE Elektrownia Opole S.A.”, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym WE o nr 2010/S 144-222693.

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1.1. zaniechaniu odtajnienia informacji zawartych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: spółkę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, spółkę Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych Remak S.A. z siedzibą w Opolu i spółkę Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu REMAK-ROZRUCH S.A. z siedzibą w Opolu (dalej łącznie: „Konsorcjum Mostostal”) jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającym z zaniechania prawidłowego dokonania czynności sprawdzających prawidłowości zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również zaniechaniu udostępnienia całości załączników do protokołu postępowania, w tym informacji zawartych w załącznikach do pism Zamawiającego skierowanych do Konsorcjum Mostostal po dacie otwarcia ofert oraz zawartych w załączniku do odpowiedzi Konsorcjum Mostostal na te pisma;

1.2. zaniechaniu zwrócenia się do Konsorcjum Mostostal w trybie przewidzianym w art. 90 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty;

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp, a w szczególności następujących przepisów: art. 7, art. 8, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90, art. 96 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, a także innych przepisów wskazanych poniżej w uzasadnieniu. Ponadto Zamawiający naruszył art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

1 unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Mostostal jako oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu;

2 dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Mostostal, w tym:

2.1. odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal;

ewentualnie

2.2. odtajnienia wyżej wymienionych informacji zawartych w ofercie Konsorcjum Mostostal, a także odtajnienia całości załączników do protokołu postępowania, w tym całości korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Mostostal po dacie otwarcia ofert;

względnie dokonania czynności sprawdzających prawidłowość zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Konsorcjum Mostostal oraz

3. zwrócenia się przez Zamawiającego do Konsorcjum Mostostal w trybie przewidzianym w art. 90 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania w dniu 10 czerwca 2011 r., a zatem termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 20 czerwca 2011 r.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jako wykonawca nie podlegający wykluczeniu z postępowania i posiadający stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, który złożył ważną ofertę w tym postępowaniu, wskutek niezgodnych z prawem działań i zaniechań Zamawiającego, skutkujących wyborem oferty Konsorcjum Mostostal, Odwołujący (którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ocenionych ofert), utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym jego interes doznał uszczerbku.

Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.12.2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07 „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał co następuje: pismem z dnia 10 czerwca 2011r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Konsorcjum Mostostal jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Z rankingu ocenianych ofert wynika, że oferta Odwołującego znajduje się na drugiej pozycji.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie mu wszelkiej korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Konsorcjum Mostostal w postępowaniu po dacie otwarcia ofert.

W odpowiedzi Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo z dnia 13 czerwca 2011r., do którego Zamawiający załączył dwa pisma wysłane do Konsorcjum Mostostal w dniu 3 i 6 czerwca 2011r (daty wysłania pism), zawierające prośbę skierowaną do tegoż konsorcjum o „wyjaśnienie wszelkich kwestii opisanych w załączniku do niniejszego pisma" na potrzeby dokonywanej oceny oferty w zakresie jej zgodności z SIWZ.

Wraz z pismem Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2011r. Odwołujący otrzymał również pismo Konsorcjum Mostostal do Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2011r., w którym stwierdzono, iż „w załączeniu przesyłamy wyjaśnienia, w których potwierdzamy zgodność naszej oferty z SIWZ”. Załączniki do wyżej wymienionych obu pism Zamawiającego nie zostały Odwołującemu udostępnione, natomiast w załączniku do odpowiedzi Konsorcjum Mostostal z dnia 6 czerwca 2011r. ujawniona została tylko pozycja 1, w pozostałej części załącznik został utajniony.

Pismem z dnia 14 czerwca 2011r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o niezwłoczne udostępnienie części zastrzeżonej oferty Konsorcjum Mostostal jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności Załącznika nr 20 - Specyfikacja techniczna instalacji podawania biomasy, jak również całości korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Konsorcjum Mostostal. W dniu 14 czerwca 2011r. Odwołujący otrzymał odmowną odpowiedź Zamawiającego w tej sprawie.

Działania i zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu naruszają, w ocenie Odwołującego, zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jest to jedna z kluczowych zasad obowiązujących w postępowaniach prowadzonych zgodnie z ustawą Pzp. W orzecznictwie podkreśla się, iż „zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp, pod kątem jego zasadności. Badanie powyższej kwestii jest obowiązkiem zamawiającego (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r.(sygn. III CZP 74/05). Zamawiający może bowiem z woli ustawodawcy ograniczyć dostęp do informacji wyłącznie w ustawowo określonych przypadkach, a zatem aby móc skorzystać z tego uprawnienia, zamawiający musi uprzednio dokonać pozytywnej oceny, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Aby oceny takiej dokonać w sposób rzetelny, zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia badania czy informacje objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem zakazu ich udostępnienia, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...) Wskazać należy, iż w powyższej kwestii wielokrotnie wypowiadał się w orzeczeniach Sąd Najwyższy (tak wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00).” - wyrok KIO o sygn. akt KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11.

Zgodnie z uchwałą SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05 (Biul. SN 2005, nr 10, poz. 7) o tym, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, decyduje nie subiektywny stan wiedzy i świadomości wykonawcy, ale obiektywne okoliczności, a zamawiający jest obowiązany do ustalenia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w razie negatywnej weryfikacji - ujawnić te informacje.

Również w doktrynie przyjmuje się, że w przypadku utajnienia części oferty „...najwłaściwszym postępowaniem zamawiającego będzie skorzystanie z art. 87 ust. 1 i wyjaśnienie tych elementów oferty, które wykonawca uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób nie budzący wątpliwości co do ich rzeczywistego charakteru”.

Zamawiający uchybił obowiązkowi weryfikacji zasadności utajnienia części oferty Konsorcjum Mostostal w przedmiotowym postępowaniu, przyjmując bezkrytycznie i nie poddając weryfikacji prawidłowość objęcia przez to konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa praktycznie całej merytorycznej (technicznej) części oferty Konsorcjum Mostostal, w tym specyfikacji technicznej oferowanej instalacji, definiującej de facto przedmiot oferty

Jak wynika z udostępnionej (szczętkowo - tj. bez załączników do pism Zamawiającego wysłanych do Konsorcjum Mostostal po dacie otwarcia ofert, bez załącznika do odpowiedzi Konsorcjum Mostostal na te pisma, bez protokołów z posiedzeń Komisji Przetargowych oraz bez opinii biegłych w postępowaniu) Odwołującemu dokumentacji postępowania, Zamawiający dwoma pismami zwrócił się do Konsorcjum Mostostal o wyjaśnienie treści oferty. Nie znając utajnionej części oferty, jak również treści konkretnych pytań Zamawiającego w tej sprawie (zawartych w załącznikach do ww. pism Zamawiającego, które nie zostały Odwołującemu udostępnione) ani też konkretnych odpowiedzi Konsorcjum Mostostal na te pytania (również zawartych w nie udostępnionym Odwołującemu załączniku) Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować, czy pytania Zamawiającego bądź odpowiedzi Konsorcjum Mostostal nie zmierzały do niedozwolonego uzupełnienia treści oferty Konsorcjum Mostostal. Niewątpliwie w każdym przypadku żądanie wyjaśnień w odniesieniu do tych zapisów oferty, które nie powinny budzić wątpliwości co do ich treści, a których prawidłowa ocena skutkować powinna odrzuceniem oferty jako nie spełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

W orzecznictwie wskazano, że zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10). W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie informacji zawartych w części technicznej oferty Konsorcjum Mostostal jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uniemożliwienie dostępu do całości załączników do protokołu odnoszących się do tych informacji, służy właśnie takiemu celowi. Tym bardziej, że wysokość ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Mostostal w postępowaniu nasuwa wątpliwości co do tego, czy treść oferty złożonej przez to konsorcjum spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje również, iż sama okoliczność zapoznania się z ofertą Konsorcjum Mostostal i powzięcia wiadomości, że część informacji w niej jest utajniona, nie stanowi jeszcze podstawy do wniesienia odwołania w tym zakresie. Tak trafnie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 2324/10 i KIO 2325/10, odnosząc się do terminu na podniesienie zarzutu bezzasadnego utajnienia części oferty. W wyroku tym Izba podniosła, iż „Samo dostrzeżenie uchybień w ofercie konkurencyjnej nie może stanowić podstawy do wniesienia odwołania - gdyby tak twierdzić, termin na zgłoszenie wszelkich zastrzeżeń wobec ofert konkurencyjnych (w tym również co do podstaw wykluczenia i odrzucenia) biegłby od chwili ich

otwarcia."

Zgodnie z instrukcją zawartą na s. 38 Części A SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców i wymagania formalnoprawne) wykonawcy byli zobowiązani załączyć do formularza oferty - jako Załącznik 2 - Opis Techniczny Przedmiotu Kontraktu. Opis Techniczny Przedmiotu Kontraktu przygotowywany przez danego wykonawcę definiuje przedmiot (parametry techniczne) jego oferty i stanowi część oferty. Zamawiający zobowiązał wykonawców (s. 38 Części A SIWZ), aby opracowali ten Opis zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ, w tym zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (Część B SIWZ) oraz zapisami Kontraktu (Część C SIWZ). Niezgodność treści Załącznika 2 z treścią SIWZ oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i powinna skutkować odrzuceniem oferty.

Jak wskazano powyżej, utajnienie tej części oferty Konsorcjum Mostostal, która stanowi Opis Techniczny Przedmiotu Kontraktu, a de facto w tym przypadku - opis przedmiotu oferty, jak również odmowa dostępu do odnoszącej się do niej korespondencji (prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Mostostal po otwarciu ofert) oraz opinii biegłych, stanowią w ocenie Odwołującego działania zmierzające do uniemożliwienia mu weryfikacji poprawności oferty Konsorcjum Mostostal.

Tym niemniej, już sama cena zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal w postępowaniu świadczy w ocenie Odwołującego, iż zaproponowane przez Konsorcjum Mostostal w ofercie rozwiązanie techniczne nie uwzględnia w pełni wszystkich wymogów SIWZ. Biorąc pod uwagę doświadczenie Odwołującego przy wykonywaniu tego rodzaju obiektów i posiadaną wiedzę inżynierską, zasadne wydaje się przyjęcie, iż kilka najbardziej kosztogennych elementów, takich jak: wykonanie fundamentów obiektów budowlanych; spełnienie gwarancji absolutnych oraz gwarantowanych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego; spełnienie przez wszystkie urządzenia dobrane przez wykonawcę warunków technicznych i technologicznych opisanych w SIWZ; zapewnienie spełnienia przez wykonawcę wymagań Zamawiającego w zakresie instalacji elektrycznej oraz instalacji AKPiA; spełnienie przez Oferenta warunku gaszenia pożaru wewnątrz zbiorników magazynowych za pomocą CO₂, lub gazów obojętnych zostało prawdopodobnie zaoferowanych przez Konsorcjum Mostostal niezgodnie z wymogami SIWZ. Weryfikacja i konkretyzacja tych zarzutów wymaga jednakże odtajnienia oferty Konsorcjum Mostostal.

Zamawiający jako kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podał przy otwarciu ofert kwotę 61.500.000 zł. Ceny zaoferowane w postępowaniu przez wykonawców wynoszą odpowiednio:

1.	Konsorcjum Mostostal	53.357.400,00 zł
2.	Odwołujący	64.554.798,80 zł
3.	Polimex Mostostal	79.827.000,00 zł
4.	Konsorcjum Zabrze	120.132.255,00 zł.

Średnia arytmetyczna wszystkich cen zaofertowanych w postępowaniu wynosi ok. 80 mln zł. Cena zaofertowana przez Konsorcjum Mostostal jest zatem o 33% niższa od tej średniej, będąc jednocześnie o 55% niższa od ceny zaofertowanej przez Konsorcjum Zabrze oraz o 19% niższa niż średnia cen najbardziej zbliżonych do siebie (oferta cenowa Konsorcjum Mostostal, Odwołującego i Polimex Mostostal).

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i orzecznictwem sądowym, oprócz wartości przedmiotu zamówienia kryterium do podjęcia decyzji w sprawie wszczęcia postępowania wyjaśniającego jest również cena ofert złożonych w postępowaniu (wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1443/08), gdzie stwierdzono, że „Punktem odniesienia może być przede wszystkim szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług (pod warunkiem ustalenia jej przez Zamawiającego z należytą starannością) oraz cena innych ofert złożonych w postępowaniu”. W wyroku tym Izba również przyjęła, iż „Na aprobatę zasługuje w ocenie Izby podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.”

Również w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. (X Ga 127/08) Sąd Okręgowy w Poznaniu przyjął, że kryterium oceny w zakresie uznania zasadności wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy Pzp może być ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym.”

Powyższe różnice powinny, zdaniem Odwołującego, skutkować wszczęciem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy Pzp. Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty jest bowiem obowiązkiem Zamawiającego w każdej sytuacji, gdy uzasadnione jest podejrzenie, iż najniższa z zaofertowanych cen jest ceną rażąco niską. W ocenie Odwołującego podejrzenie to – biorąc wskazane powyżej różnice cenowe - jest zasadne, tym bardziej, iż w przekonaniu Odwołującego różnica pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Mostostal oraz cenami pozostałych ofert w postępowaniu jest wynikiem nierzetelnej kalkulacji oferty, a w części niejawnej (technicznej) oferty Konsorcjum Mostostal mogą znajdować się dowody na to, że zaofertowane rozwiązanie nie spełnia wymogów SIWZ.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach tej sprawy podejrzenie, iż oferta Konsorcjum Mostostal zawiera ceną niewiarygodnie niską, nierealistyczną, grożącą niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, jest zasadne, a niewszczęcie procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp stanowi bezprawne zaniechanie Zamawiającego.

W dniu **24 czerwca 2011 roku**, w wyniku wezwania Zamawiającego, do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca konsorcjum firm, którego liderem jest Mostostal Warszawa

SA.

W dniu 29 czerwca 2011 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję o wyborze oferty Konsorcjum Mostostal jako oferty najkorzystniejszej oraz wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający, ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego podniesionych w odwołaniu stwierdził, co następuje:

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający nie dokonał weryfikacji dokonanego przez Konsorcjum Mostostal zastrzeżenia złożonych przez ww. konsorcjum dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy stwierdzić, że Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie miał takiego obowiązku. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 września 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1857/10), gdzie stwierdzono, że „Co do zaniechania podjęcia przez Zamawiającego określonych działań mających na celu wyjaśnienie treści oferty w celu ustalenia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, że obowiązujące przepisy prawa nie nakazują Zamawiającemu w ramach badania i oceny ofert obligatoryjnej procedury podjęcia wyjaśnienia treści oferty 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 - dochodzi do przekonania, że faktycznie mamy 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 - Prawo zamówień publicznych ”.

Taka też sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, gdyż Zamawiający dokonał szczegółowej analizy złożonych przez Konsorcjum Mostostal dokumentów, które zostały zastrzeżone jako dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i stwierdził, że Konsorcjum Mostostal zasadnie nadało przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym przez siebie dokumentom, o czym świadczą złożone przez Konsorcjum Mostostal wyjaśnienia w piśmie z dnia 28 czerwca 2011 r. (znak: MW/1060/2011/KAT w którym Konsorcjum Mostostal stwierdziło, iż informacje, które zostały przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w pełni odpowiadają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), gdyż zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą W dalszej części ww. pisma stwierdza się, że Konsorcjum Mostostal poniosło znaczne koszty związane z opracowaniem optymalnej koncepcji technicznej i technologicznej, która pozwoliła na zoptymalizowanie kosztów przy jednoczesnym spełnieniu wszelkich wymagań i oczekiwań Zamawiającego. Przekłada się to na konkretną wartość gospodarczą, która jest własnością Konsorcjum Mostostal i która jest chroniona. W celu zachowania poufności informacji zawartych

w ww. załącznikach Konsorcjum Mostostal podjęło wszelkie niezbędne działania. Informacje te były udostępnione tylko i wyłącznie zespołowi ekspertów, który był zaangażowany w jego opracowanie oraz członkom Zarządów podmiotów prawnych tworzących Konsorcjum Mostostal. Zgodnie z postanowieniami SIWZ część zastrzeżona została złożona w oddzielnym tomie z oznakowaniem „tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje, o których mowa powyżej zawierają szereg wrażliwych informacji dot. organizacji realizacji zlecenia, zastosowanej technologii, know-how i stanowią dla Konsorcjum Mostostal istotną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie narazi Konsorcjum Mostostal na szkodę i wydatnie pogorszy ich pozycję konkurencyjną na rynku. Konsorcjum Mostostal jednocześnie w ww. piśmie wskazało, iż zgodnie z wewnętrzną polityką podmiotów prawnych tworzących to konsorcjum, informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Mostostal stanowiące walor techniczny, technologiczny, organizacyjny i handlowy przedsiębiorców tworzących Konsorcjum Mostostal nie były i nie są udostępnione do publicznej wiadomości. Informacje te chronione są przed konkurencyjnymi podmiotami w celu zachowania przewagi techniczno-handlowej. W celu uniemożliwienia dotarcia do informacji zastrzeżonych przez osoby postronne m.in. w zawieranych umowach i porozumieniach znajdują się postanowienia zobowiązujące ich strony do zachowania poufności wszelkich informacji dotyczących zastosowanych rozwiązań technicznych i konstrukcyjnych. Informacje te chronione są przez wykonawcę również poprzez mechanizmy ograniczonego dostępu do pomieszczeń i systemów informatycznych, w których przechowywane są dane zawarte w Załączniku 2.0 oraz Załączniku 2.N, a także środki o charakterze prawnym, jak np. szkolenia dla pracowników o potrzebie ochrony informacji oraz wewnętrzne procedury bezpieczeństwa. Jednocześnie Konsorcjum Mostostal potwierdziło, że w innych postępowaniach, w których wykorzystywana jest przedmiotowa koncepcja opracowana przez Mostostal Warszawa S.A., zastosowane rozwiązania techniczne i technologiczne również stanowią informację zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem informacje techniczne i technologiczne wskazane w Załącznikach 2.0 i 2.N, jak i dotycząca tych zagadnień korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Mostostal w pełni zasługują na ochronę prawną jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż wiadomości te nie były publicznie ujawniane, a ich ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy, gdyż informacje te mogą być uważane za poufne w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu."

Nadto podkreślenia wymaga fakt, iż odwołanie wniesione przez Odwołującego w części dotyczącej nieujawnienia Załącznika nr 2.0 do złożonej przez Konsorcjum Mostostal oferty - „Specyfikacja techniczna instalacji podawania biomasy”, zostało wniesione po upływie wymaganego przez ustawę terminie. Jak wynika bowiem z art. 182 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 ustawy Pzp wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu

należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, W tym przypadku termin ten należy liczyć od dnia otwarcia ofert tj. od dnia 20.05.2011r. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.04.2011r. sygn. akt KIO 791/11, gdzie twierdzi się, że „Tym samym za zasadny należy przyjąć najwcześniejszy możliwy termin w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustaleniach w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Takim terminem w niniejszym postępowaniu jest moment otwarcia ofert. Od tej chwili wykonawcy mogli zwrócić się do zamawiającego o udostępnienie ofert konkurencji i w ten sposób sprawdzić w jaki sposób zamawiający wskazaną tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach ocenił”. W dalszej części uzasadnienia ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż „Argumentami przemawiającymi za prawidłowością stanowiska przesądzającego o konieczności jak najszybszego weryfikowania tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzji zamawiających w tym przedmiocie przez wykonawców, są ewentualne następstwa procesowe zbyt późnego podjęcia tej kwestii na drodze odwołania, w szczególności dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu”. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie treści ofert konkurencyjnych i dnia 26 maja 2011 r. zapoznał się z tymi ofertami. W tymże dniu Odwołujący powziął więc informację o dokonanych w ofercie Konsorcjum Mostostal zastrzeżeniach. Termin na wniesienie odwołania w tej sprawie minął wiec dnia 05 czerwca 2011 r.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, Zamawiający informuje, że: „Tryb wyjaśniania przez zamawiającego rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców związany jest z istnieniem wątpliwości w tym zakresie u zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie ma w tym zakresie żadnych wątpliwości, to nie ma obowiązku uruchomienia tej procedury.” Zamawiający dokonał szczegółowej analizy zaproponowanych przez Konsorcjum Mostostal w ofercie rozwiązań i uznał, że cena za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal nie budzi zastrzeżeń ani wątpliwości. Należy pamiętać, że cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, a te zostały przez Konsorcjum Mostostal opisane w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wielokrotnie w orzecznictwie wskazywano, iż „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Tymczasem w swojej Ofercie Wykonawca szczegółowo opisał zastosowaną technologię i zdaniem Zamawiającego zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zamawiający podkreśla też, że odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej

zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (patrz wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08). Cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, która uniemożliwia w sposób całkowicie bezsprzeczny wykonanie przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę w konkretnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych. Za cenę rażąco niską należy zatem uznać cenę nierealną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia w obiektywnym tego słowa znaczeniu (patrz wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 1135/10, 1136/10). W wyroku z dnia 19 czerwca 2006 r., UZP/ZO/-1711/06 Zespół Arbitrów stanął na stanowisku iż: „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik języka polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Samo porównanie cen: ustalonej przez zamawiającego oraz oferty wykonawcy, której cena znacznie odbiega od tej ustalonej przez zamawiającego nie uprawnia do odrzucenia oferty”. Powyższe twierdzenie zostało potwierdzone także w innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którym „cena rażąco niska jest ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas, zdaniem składu orzekającego Izby, mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia ” (wyrok KIO z dnia 28 lutego .2008 r., KIO/UZP 123/08). W innym orzeczeniu stwierdzono, iż za: „ (...) ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę” (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2008 r., KIO/UZP 1441/07). Podobnie w dalszym orzeczeniu, gdzie mówi się, iż: „Cenę za rażąco niską można by uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN rażący to: rzucający siew oczy, wyraźny, bardzo duży” (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r., KIO/UZP 73/07, KIO/UZP 74/08). Odwołujący w swym odwołaniu nie przedstawił, w myśl art.6 kodeksu cywilnego, dowodu, który by w sposób przekonujący wskazywał na fakt, iż zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal jest rażąco niska. Samo wskazanie różnic zaoferowanych cen przez wykonawców nie dowodzi jeszcze samo w sobie, że zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal cena jest rażąco niska. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Mostostal nie budziła wątpliwości Zamawiającego i dlatego też nie zachodziła potrzeba wszczęcia w tym względzie postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ust. 1 ustawy Pzp.

Dlatego zarzut Odwołującego dotyczący nieodrzczenia oferty Konsorcjum Mostostal z uwagi na rażąco niską cenę Zamawiający uważa za nieuzasadniony.

Na rozprawie strony podtrzymały prezentowane stanowiska. Odwołujący złożył dowody, które świadczyć miały o fakcie powszechności i ujawnienia do publicznej wiadomości informacji zastrzeżonych przez Przystępującego w ofercie jako tajemnica. Przystępujący natomiast złożył dowody, które wskazywać miały na brak tożsamości informacji ujawnionych w innych postępowaniach.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pozostałej dokumentacji postępowania, dowodów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w jego złożeniu. Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa w przypadku, gdy w istocie nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zaniechanie do złożenia wyjaśnień w przypadku podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku u Odwołującego w toku postępowania, skutkując utrudnieniem lub uniemożliwieniem uzyskania zamówienia wobec braku możliwości weryfikacji oferty konkurencyjnej. Oferta Odwołującego zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców,

a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym, wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, należało stwierdzić, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia części oferty zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa zauważyć należy, iż jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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 one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie, a więc informacji enumeratywnie wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Zasada jawności postępowania przejawia się w szeregu czynności dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, począwszy od jawnego ogłoszenia o zamówienia a skończywszy na jawności umów zawieranych w sprawie zamówienia publicznego.

W zakresie definicji informacji, które nie podlegają udostępnieniu, ustawa Pzp odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa znajdującej się w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.) w art. 11 ust. 4. Zgodnie brzmieniem tego przepisu „*przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności*”. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe. Jej istotą jest też poufność, tj. nie

może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, iż podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca.

Z ugruntowanej linii orzeczniczej wynika, iż obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie indywidualnego badania oferty w każdym przypadku wystąpienia w niej informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie może to być badanie bezkrytyczne, powinno być zatem poparte uzyskanymi od wykonawcy dowodami, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji. Co prawda przepisy ustawy Pzp nie przewidują procedury przeprowadzenia takiego badania, jak i obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, jak i poważne konsekwencje prawne ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takiej zastrzeżonej w ofercie, winny skłonić Zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia, chyba że jest w stanie sam stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie.

Nie przesądzając o trafności argumentacji Odwołującego w zakresie powyższego zarzutu, Izba uznała zasadności argumentacji Zamawiającego, iż przedmiotowe odwołanie w odniesieniu do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, jako że termin na wniesienie przedmiotowego odwołania należało liczyć od dnia otwarcia ofert, a w ostateczności od momentu odmowy udostępnienia wykonawcy części oferty zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Naruszeniem przez Zamawiającego przepisów - jak wynika to z zarzutu zawartego

w treści odwołania - jest zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego pełnej treści oferty. Należy zauważyć, na co zwraca także uwagę orzecznictwo, iż w odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, której elementy zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności zasadniczą trudnością jest określenie daty, kiedy rozpoczyna on bieg. Powyższe związane jest z brakiem w ustawie Pzp dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy, czy stosownego momentu ich dokonania oraz poinformowania o powyższym wykonawców. Równocześnie w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 na Zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia. Jednak ani Sąd Najwyższy w powyższym orzeczeniu, ani ustawa Pzp nie wskazuje na procedurę dokonania takiej weryfikacji, w tym w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia Zamawiający ma badać i jak powinien informować wykonawców o wynikach takiego badania. Zamawiający nie jest więc zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnieniem informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią niezależnie od tego, czy zostały zastrzeżone przez wykonawcę.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyraża przekonanie, iż w jego ocenie odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co skutkowałoby koniecznością jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż przepisu (a więc np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego być jawna), odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Równocześnie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przestanką do wniesienia odwołania jest zatem określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym fakt, iż dany wykonawca dokonał bezzasadnego, zdaniem innego wykonawcy i potencjalnego odwołującego, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż zaistniała podstawa do wniesienia odwołania. Podstawę taką w ocenie Izby stanowić będzie odmowa udostępnienia pełnej treści oferty, w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępnienie oferty z pominięciem elementów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa). Dopiero wówczas można uznać, iż „powzięto lub przy

zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia", tj. o odmowie udostępnienia oferty w zakresie, co do którego wykonawca uznaje, iż brak jest możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 czerwca 2011 roku, sygn. akt 1172/11). Skoro zatem, jeżeli wykonawcy Odwołującemu się w dniu 26 maja 2011 roku nie wyrażono zgodny na udostępnienie części ofert objętych tajemnicą, od tego momentu należało liczyć termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia. Podnoszenie tego zarzutu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej uznać należało za czynność spóźnioną, gdyż z przepisu art. 92 ustawy Pzp stanowiącego o obowiązku poinformowania wykonawców o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika, iż jego elementem są informacje dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach. Ogłoszenie decyzji o wyborze oferty w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa nic nie zmienia. Przez odmowę ujawnienia Odwołującemu informacji zawartych w ofercie Przystępującego, Zamawiający wyraził swoją pozytywną ocenę zasadności dokonanego utajnienia. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt. KIO 2756/10).

Słuszne są uwagi i argumentacja Odwołującego, że całość dokumentacji z postępowania, a więc protokół z postępowania oraz załączniki do niego (w tym także korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z wykonawcami), udostępniane są wykonawcom z momentem ogłoszenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Warto jednak zwrócić uwagę, że w późniejszych pismach Odwołującego do Zamawiającego (np. pismo z dnia 14 czerwca 2011 roku, znak pisma: MOW/0192/06/11) nie kwestionował on trafności decyzji o zastrzeżeniu części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowy udostępnienia tej części oferty, ponieważ informacje te takiego waloru nie posiadają, a twierdził jedynie, że odtajnienie ma służyć zbadaniu poprawności treści oferty i jej zgodności z treścią SIWZ. Ponadto w piśmie z dnia 14 czerwca 2011 roku skierowanym przez Zamawiającego do Odwołującego podtrzymano decyzję znaną Odwołującemu już w dniu 26 maja 2011 roku o nieodtajnieniu części oferty. Jeżeli w ocenie Odwołującego informacja oznaczona w ofercie Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie spełniała wszystkich przesłanek, aby można było ją uznać za tajemnicę, to tym bardziej od odmowy udostępnienia należało korzystać ze środków ochrony prawnej albowiem argumentacja i dowody zaprezentowane w toku obecnie prowadzonego postępowania odwoławczego mogłyby wpłynąć na decyzję Zamawiającego w toku prowadzenia procedury badania i oceny ofert. W ocenie składu orzekającego Zamawiający w tym zakresie nie naruszył art. 96 ust. 2 i 3 poprzez udostępnienie wykonawcy Odwołującemu się protokołu z postępowania wraz z załącznikami po wyborze oferty najkorzystniejszej jedynie w części jawnej.

Skład orzekający Izby zwraca jednak uwagę, że sposób sporządzenia przez

Zamawiającego protokołu z postępowania na druku ZP-1 w części dotyczącej podania wartości zamówienia poprzez odniesienie się do progów udzielania zamówień sektorowych nie jest prawidłowy, a już z pewnością nie są to zapisy, które w protokole powinny znajdować się po otwarciu ofert. Nie jest to uchybienie, które miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania.

Na marginesie, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 8 ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że zastrzeżenie informacji objętych w ofercie konsorcjum Mostostal tajemnicą przedsiębiorstwa można uznać za prawidłowe. Odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, iż informacje zastrzeżone w ofercie Przystępującego waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie noszą. Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie informacje pochodzące z innych postępowań nie mogą być w tym zakresie decydujące, ponieważ każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną odrębnością i przeprowadzane jest na potrzeby konkretnego Zamawiającego, który konkretyzuje warunki udziału w postępowaniu, a przede wszystkim warunki dotyczące przedmiotu zamówienia. Żadne z przywołanych przez Odwołującego postępowań w 100% nie odpowiadało obecnie prowadzonemu postępowaniu. Różne były opisy przedmiotu zamówienia, tym samym różny mógł być zakres myśli technologicznej, którą wykonawcy prezentowali w składanych ofertach. Nie wykazano, po pierwsze że zastosowana technologia jest tą samą technologią zastosowaną na innych obiektach, po drugie zaś nie wykazano, że nie mogła ona zostać przez Przystępującego udoskonalona od momentu zakończenia prowadzonych uprzednio postępowań i obecnie nie może być objęta klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp ustalono, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaoferowali następujące ceny:

1) Konsorcjum Mostostal	53.357.400,00 zł
2) Konsorcjum Doosan	64.554.798,80 zł
3) Polimex Mostostal	79.827.000,00 zł
4) Konsorcjum Mostostal Zabrze	120.132.255,00 zł

Ustalono również, że podczas otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości 61.500.000 zł (punkt 18 druku ZP-1 – protokół z postępowania). W toku prowadzonego postępowania nie zwracał się do wykonawcy wybranego, tj. konsorcjum Mostostal o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ze względu na podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też

dyrektywny unijne nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07). Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. *Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*”. Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „*Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.*” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

Podzielono również pogląd, że oceny przesłanek zaoferowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż „*Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*” (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Jeśli Zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT,
- ceny zaoferowane przez innych wykonawców,
- ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, iż Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na poparcie swojej tezy. Nie wskazał jakikolwiek przesłanek, które uzasadniałyby konieczność rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. Ocena, czy zachodzi podstawa do wystąpienia o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest subiektywną oceną Zamawiającego. Ustawodawca nie określił w tym przypadku żadnych wytycznych, pozostawił decyzję Zamawiającemu, czy w danych

okolicznościach uzasadnione będzie podejrzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej. Jeżeli zatem różnica w cenie między dwiema pierwszymi ofertami wynosiła około 10 000 000 zł i na takim poziomie kształtowała się różnica między ofertą najtańszą a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, to Zamawiający mógł nie powziąć podejrzenia, które winno prowadzić do wezwania konsorcjum Mostostal do złożenia wyjaśnień. W niniejszej sprawie różnice w cenach w przypadku trzech pierwszych ofert znacząco od siebie nie odbiegały, nie odbiegały również od wartości zamówienia, a więc Izba uznała, że Zamawiający nie miał obowiązku występowania do wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny.

Porównując złożone w postępowaniu oferty, słusznie Zamawiający i Przystępujący zauważyli, że różnica między ofertą najtańszą a drugą w kolejności ofertą Odwołującego nie jest znacząca, biorąc choćby pod uwagę zakres i przedmiot zamówienia. Taka różnica procentowa w żaden sposób nie udowadnia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jest to normalne następstwo przyjęcia przez kolejnych wykonawców różnej wielkości składników cenotwórczych czy zysku. Nie są to różnice, które mogłyby uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny lub rodzić podejrzenia u Zamawiającego, które miałyby go skłonić do żądania wyjaśnień.

Idąc dalej i porównując złożone oferty z wartością szacunkową oszacowaną przez Zamawiającego i kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania, również nie sposób przyjąć, że oferta złożona przez konsorcjum Mostostal jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Wysokość zaoferowanej przez konsorcjum Mostostal ceny do kwoty środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi około 85%. Nie jest to poziom rażąco odbiegający, nawet od ofert złożonych w postępowaniu, który nie gwarantowałby nieosiągnięcia choćby minimalnego zysku lub który groziłby niewykonaniem przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego porównywanie oferty z najniższą ceną w postępowaniu z ofertami znacząco od niej odbiegającymi (najdroższymi) jest pewnego rodzaju manipulacją faktami. Dużo bardziej właściwsze wydaje się porównanie wartości (ceny) dwóch pierwszych w rankingu ofert. Porównanie to zaś pokazuje, iż ta wskazywana przez Odwołującego różnica w takim ujęciu nie jest znacząca i wynosi około 10 000 000 zł. Kierując się argumentacją Odwołującego i porównując ceny ofert w stosunku do ofert najdroższych, można byłoby uznać, że również cena oferty Odwołującego nosi cechy rażąco niskiej, a przecież to właśnie cena oferty Odwołującego jest kwotowo najbardziej zbliżona do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, więc z pewnością nie można uznać jej za rażąco niską.

Odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest także wystarczające (za wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione

prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (za wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 671/08). Takie ukształtowanie cen w postępowaniu oznacza po prostu zaciętą walkę o tak intratne zamówienie. Ponadto różnica między wartością netto oferty konsorcjum Mostostal i wartością szacunkową zamówienia (tak bowiem należałoby dokonać w ocenie składu orzekającego tego porównania) także nie jest znacząca i nie rodzi podejrzenia rażąco niskiej.

Dokonana analiza pokazuje, iż w żadnym z punktów odniesienia, Odwołujący nie udowodnił możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, która rodziłaby ze strony Zamawiającego obowiązek podjęcia weryfikacji złożonej oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z przedstawionych względów Izba stwierdziła, że nie zachodziły okoliczności wymagające wszczęcia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał z jakich powodów i niejasności w ofercie, w jego ocenie podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i nie spełnia wymogów specyfikacji. Na tę okoliczność nie przytoczono argumentacji merytorycznej, a zarzutu nie poparto dowodami.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. Kwestionowane przez Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego nie naruszają przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności Zamawiającego nie potwierdziły się, a podjęte decyzje nie miały wpływu na wynik postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r.,

Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty strony (Zamawiającego) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł.

Przewodniczący: