

WYROK
z dnia 30 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2014 r. przez wykonawcę **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Business Center 1 A. K., ul. Staromiejska 2/7, 40-013 Katowice,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralna Komisja Egzaminacyjna, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. WYG Consulting Sp. z o.o., ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa, 2. PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Legionowa 28 lok.101, 15-281 Białystok, 3. MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., Al. Jana Pawła II 25, 00-854 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Business Center 1 A. K., ul. Staromiejska 2/7, 40-013 Katowice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na 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 - Centralna Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług w zakresie organizacji i przeprowadzenia szkoleń egzaminatorów egzaminu maturalnego z j. polskiego, matematyki, biologii, chemii, fizyki, geografii, historii i wiedzy o społeczeństwie”, o wartości wyższej od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2014 r., nr 2014/S 125-222880.

I. Wykonawca – A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Business Center 1 A. K. z siedzibą w Katowicach, zwana „odwołującym” - wniosła w dniu 15.09.2014 r. odwołanie wobec wykluczenia jej z postępowania i uznania oferty za odrzuconą oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: WYG Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Białymstoku, MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. z siedzibą w Warszawie, zwanych „konsorcjum WYG”.

1. Zarzucając niezgodność z przepisami ustawy czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, odwołujący wskazał:

- a) czynności wyboru oferty konsorcjum WYG jako najkorzystniejszej,
- b) czynności badania i oceny oferty konsorcjum WYG,
- c) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum WYG,
- d) zaniechania wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- e) zaniechania faktycznego odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum WYG,
- f) zaniechania odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy,
- g) czynności badania i oceny oferty odwołującego,
- h) czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- i) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, z ostrożności odwołujący wniósł również odwołanie:

- od zaniechania czynności wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnionego wykazu osób;

- od zaniechania czynności wezwania konsorcjum WYG do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych uzasadnieniu odwołania oraz pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez konsorcjum WYG, a w przypadku MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy;

- tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że brak jest podstaw do tego, aby zamawiający odtajnił

i udostępnił odwołującemu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy, odwołujący wniósł również odwołanie od zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że konsorcjum WYG nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Czynnościom i zaniechaniu zamawiającego odwołujący postawił następujące zarzuty - naruszenia:

a) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że wykazał on spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo braku podstaw do takiego uznania;

b) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty konsorcjum WYG, pomimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

c) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WYG z postępowania, pomimo że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przez zaniechanie uznania oferty konsorcjum WYG za odrzuconą;

d) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania, pomimo że MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. nie złożyła listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy;

e) art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie faktycznego odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum WYG, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

f) art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

g) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum WYG jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, z ostrożności odwołujący postawił czynnościom i zaniechaniu zamawiającego następujące zarzuty - naruszenia:

h) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnionego wykazu osób;

i) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania konsorcjum WYG do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w uzasadnieniu odwołania - pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez konsorcjum WYG, a w przypadku MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy;

j) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty konsorcjum WYG, pomimo że konsorcjum WYG nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty konsorcjum WYG jako najkorzystniejszej;

- b) dokonał ponownego badania i oceny oferty konsorcjum WYG;
- c) dokonał czynności odrzucenia oferty konsorcjum WYG z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- d) dokonał czynności wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu i uznał jego ofertę za odrzuconą;
- e) odtajnił i udostępnił odwołującemu informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum WYG oraz w uzupełnieniach i wyjaśnieniach treści oferty;
- f) odtajnił i udostępnił odwołującemu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy;
- g) unieważnił czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnił czynność uznania jego oferty za odrzuconą;
- h) dokonał ponownego badania i oceny oferty odwołującego;
- i) dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania:

- że w istniejących okolicznościach jest to potrzebne, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby dokonał czynności wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnionego wykazu osób;
- że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie konsorcjum WYG do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów i pełnomocnictwa, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby dokonał ww. wezwania i wezwał konsorcjum WYG do złożenia w wyznaczonym terminie wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów i pełnomocnictwa a w razie ich nieskutecznego uzupełnienia odpowiednio wykluczył konsorcjum WYG z postępowania i uznał złożoną przez niego ofertę za odrzuconą oraz odrzucił ofertę konsorcjum WYG jako nieważną na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego;
- że brak jest podstaw do tego, aby zamawiający odtajnił i udostępnił odwołującemu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby dokonał czynności odrzucenia oferty konsorcjum WYG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust 3, gdyż konsorcjum WYG nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia

w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Odwołujący wskazał:

- spełnienie przesłanek uprawniających go do wniesienia odwołania (interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość powstania szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy);
- że naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie (uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania);
- okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następujące argumenty.

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że wykazał on spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą mimo braku podstaw do takiego uznania, stwierdził, co następuje.

Zamawiający uzasadniając wykluczenie odwołującego z postępowania wskazał, że: *„w odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył uzupełniony wykaz osób, który został opatrzony datą 18.08.2014 r., tj. datą przypadającą po terminie składania ofert. Brak jest przy tym jakiegokolwiek dodatkowej informacji Wykonawcy, że dokument ten został opatrzony datą bieżącą, lecz potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert tj. 05.08.2014 r. W konsekwencji oznacza to, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie zostało potwierdzone na dzień składania ofert, tj. 05.08.2014 r.”*

Nie godząc się ze stanowiskiem odwołujący wskazał, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie stanowi, iż dokumenty składane wskutek wezwania do uzupełnienia muszą być opatrzone datą przypadającą nie później niż na dzień składania ofert. Przeciwnie, z literalnego brzmienia przepisu wynika, że dokumenty takie mają jedynie potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Data wystawienia (sporządzenia) uzupełnianych dokumentów nie ma żadnego znaczenia (wyroki: z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 278/14, z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10, z dnia 26 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 72/11, czy z dnia 7 maja 2011 r. sygn. akt KIO 1013/11).

Odnosząc się do treści uzupełnionego wykazu osób odwołujący wskazał, że potwierdza ono spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert tj. 5 sierpnia 2014 r., gdyż potwierdza dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na ten dzień. Wskazał, że w uzupełnionym wykazie osób odwołujący podał tylko i wyłącznie te same osoby co w wykazie złożonym wraz z ofertą - w uzupełnionym wykazie nie została wskazana żadna inna czy dodatkowa osoba. Uznał, że nie sposób zrozumieć, jak w tym stanie faktycznym można mieć choćby wątpliwości, czy odwołujący dysponował osobami wskazanymi w uzupełnionym wykazie na dzień składania ofert.

Podkreślił, że zamawiający nie zakwestionował wykazu osób złożonego wraz z ofertą, nie uznał, że odwołujący tymi osobami nie dysponował. Przeciwnie, zamawiający wskazał, że powodem wezwania do uzupełnienia są tylko i wyłącznie pewne braki w opisie doświadczenia osób wskazanych w wykazie i braki te w uzupełnionym wykazie zostały usunięte, natomiast lista osób nie uległa zmianie. Skoro odwołujący daną osobą dysponował na dzień składania ofert i wskazał ją w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, to w przypadku wskazania tej samej osoby ponownie w uzupełnionym wykazie, nic się w tym zakresie nie zmieniło - odwołujący daną osobą dysponował na dzień składania ofert i nie sposób wyobrazić, że mogło by być inaczej.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 19 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 245/13, wydany w zbliżonym stanie faktycznym. Wskazał też stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia 3 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1299/12, KIO 1325/12.

Podsumowując uznał, że w świetle okoliczności sprawy nie ma żadnych wątpliwości, iż osobami wskazanymi w uzupełnionym wykazie osób, odwołujący dysponował na dzień składania ofert - powyższe wynika jednoznacznie z treści dokumentów przedstawionych przez odwołującego.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, odwołujący stwierdził, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odrębnym przepisem jest art. 104 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Podkreślił, że przepis ma zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 14 ustawy - do

czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Wskazał, że oferta złożona przez konsorcjum WYG, a w szczególności formularz oferty oraz formularz cenowy, została podpisana przez panią A. G., zatrudnioną w spółce WYG Consulting Sp. z o.o. na stanowisku Dyrektora ds. Rozwoju Edukacji. Do oferty na str. 124 załączone zostało pełnomocnictwo udzielone pani A. G. przez pana J. M., Prezesa Zarządu WYG Consulting Sp. z o.o., zgodnie z którym pani A. G. została upoważniona do prezentowania spółki (tj. WYG Consulting Sp. z o.o.) w czynności podpisania formularza oferty, potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem oraz podpisania oświadczeń, załączników oraz dokumentów stanowiących integralną część oferty w postępowaniu. Do oferty nie załączono żadnego dokumentu z którego wynikałoby, że pani A. G. może działać w imieniu i na rzecz pozostałych spółek wchodzących w skład konsorcjum WYG, tj. PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k. oraz MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. W szczególności uprawnienie takie nie wynika z pełnomocnictwa zamieszczonego na str. 124 oferty, gdyż w jego treści wskazano, że upoważnia do działania w imieniu spółki (tj. WYG Consulting Sp. z o.o.), nie wskazano natomiast, że również w imieniu pozostałych spółek wchodzących w skład konsorcjum WYG. Udzielając pełnomocnictwa pani A. G. Zarząd WYG Consulting Sp. z o.o. nie wskazał, że spółka ta działa jako pełnomocnik konsorcjum WYG, jak też nie wskazał, że pełnomocnictwo udzielane pani A. G. jest pełnomocnictwem dalszym. Tym samym nie ma żadnych podstaw do tego, aby uznać, że pełnomocnictwo zamieszczone na str. 124 oferty upoważniało panią A. G. do działania w imieniu całego konsorcjum WYG.

Odwołujący również podkreślił, że sposób sanowania jednostronnej czynności prawnej dokonanej w cudzym imieniu bez umocowania, przewidziany w art. 104 zdanie drugie Kodeksu cywilnego, nie znajduje zastosowania w sprawie. Zgodnie z przepisem, gdy ten komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Nie można uznać, że zamawiający zgodził się na działanie bez umocowania. Przeciwnie, w § 12 ust. 4 SIWZ zamawiający wskazał zasady podpisania oferty (przywołana treść SIWZ).

Z tego względu nie wchodzi w rachubę odpowiednie zastosowanie przepisów o zawarciu umowy bez umocowania i potwierdzenie przez konsorcjum WYG czynności dokonanych przez panią A. G. jako rzekomego pełnomocnika.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG

z postępowania, pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przez zaniechanie uznania oferty konsorcjum WYG za odrzuconą, odwołujący zacytował § 6 ust. 1 SIWZ przedstawiający opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Wskazał - w wykazie usług złożonym na potwierdzenie spełniania warunku konsorcjum WYG początkowo przedstawiło dwie, a po wezwaniu do uzupełnienia z dnia 13 sierpnia 2014 r., trzy usługi, przy czym dwie z nich zostały wykonane przez inne podmioty, które na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy udostępniły konsorcjum WYG swoją wiedzę i doświadczenie.

Podkreślił, że bez udostępnionej wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, konsorcjum WYG nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający wymagał minimum dwóch usług.

Odwołujący zapoznał się ze zobowiązaniami udostępnienia zasobów, przedstawionymi wraz z ofertą i wskutek wezwania do uzupełnienia z dnia 13 sierpnia 2014 r. W ocenie odwołującego, zobowiązania te nie dowodzą faktycznego dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Oba zobowiązania zostały skonstruowane w analogiczny sposób i oba co do zasadniczego elementu, czyli sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów w trakcie realizacji zamówienia, są bardzo lakoniczne. Ograniczają się do zobowiązania do stałego odpłatnego udziału w realizacji zamówienia przez bieżące konsultacje, doradztwo w zakresie organizacji i przeprowadzania szkoleń będących przedmiotem zamówienia. Jednakże z treści zobowiązań nie wynika na czym mają polegać konsultacje i doradztwo. Nie sposób więc przyjąć, że takie zdawkowe oświadczenia stanowią dowód realnego przekazania zasobów.

Na gruncie art. 26 ust. 2b ustawy stanowiącego podstawę możliwości powoływania się na cudzy potencjał w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w orzecznictwie KIO dominująca wydaje się być wykładnia, że niemożliwe jest korzystanie z wiedzy doświadczenia podmiotu trzeciego bez jego udziału w realizacji zamówienia. Podobną interpretację przedstawia opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt.: *„Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy (...))”*, w której akcentuje się niematerialny charakter wiedzy i doświadczenia, co stanowi o ich nierozzerwalnym związku z podmiotem, który ja posiada, a tym samym o ich nieprzenoszeniu. Jakkolwiek w tym zakresie występują inne zapatrywania, to nie można zaakceptować sytuacji, w której podmiot udostępniający swój potencjał składa jedynie enigmatyczne zapewnienia o gotowości doradztwa i konsultacji. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowi bardzo skomplikowana usługa polegająca na przygotowaniu

platformy internetowej, rekrutacji ponad 20 tysięcy uczestników szkoleń, zorganizowaniu dla nich szkoleń, zapewnieniu trenerów, miejsc hotelowych wraz z noclegami, wytworzeniu i dostarczeniu materiałów szkoleniowych, certyfikatów, etc., co należy wykonać w okresie do 31 marca 2015 r., czyli w ciągu zaledwie 6 miesięcy. Realizacja zamówienia stanowi bardzo duże wyzwanie logistyczne i organizacyjne i tylko podmiot, który dysponuje własnym doświadczeniem w tego typu przedsięwzięciach, jest je w stanie prawidłowo zrealizować. Jeśli wykonawca korzysta z doświadczenia użyczonego przez inny podmiot konieczne jest zatem, aby podmiot ten realnie uczestniczył w całym procesie realizacji przedsięwzięcia jako podwykonawca, który wesprze wykonawcę na każdym etapie realizacji zamówienia przez faktyczną realizację zamówienia, a nie tylko przez bliżej nieokreślone usługi doradcze i konsultacje.

W zobowiązaniach jedynie wzmiankuje się kwestię stosunku prawnego, który będzie łączył (lub łączy) konsorcjum WYG z podmiotem trzecim, tj. wskazuje się na umowę o współpracy na czas realizacji zamówienia bez podania jakichkolwiek szczegółów na jej temat. Zobowiązania oceniać należy jako zdawkowe i pozorne.

W związku z powyższym odwołujący uznał, że konsorcjum WYG nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania, pomimo że MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. nie złożyła listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, odwołujący stwierdził.

Zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy jak i § 7 ust. 2 pkt 2 i 3 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należą do grupy kapitałowej.

W przypadku gdy o zamówienie ubiegają się wykonawcy występujący wspólnie, listę albo informację miał złożyć każdy z nich. MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., wchodząca w skład konsorcjum WYG, na str. 85 oferty złożyła oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Pobieżna analiza innych dokumentów przedstawionych przez MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., w szczególności odpisu z KRS, wskazuje, że spółka ta należy do grupy kapitałowej,

obejmującej oprócz niej jeszcze co najmniej spółkę MDDP Sp. z o.o., wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000270642, oraz ADN Sp. z o.o. wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000340264. Spółki te są jedynymi komplementariuszami w spółce MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., są też jedynymi wspólnikami uprawnionymi do reprezentowania MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. Zgodnie z art. 117 Kodeksu spółek handlowych (K.s.h.) spółkę reprezentują komplementariusze, których z mocy umowy spółki albo prawomocnego orzeczenia sądu nie pozbawiono prawa reprezentowania spółki. Ponadto, zgodnie z przepisami K.s.h. to wyłącznie komplementariusze mają prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki. Podsumowując, nie ma żadnych wątpliwości, że spółka MDDP Sp. z o.o. oraz spółka ADN Sp. z o.o. kontrolują w sposób bezpośredni MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., bowiem posiadają uprawnienia, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. Tym samym w odniesieniu do ww. spółek spełnione są wymogi definicji grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. na swojej stronie internetowej (...) wprost wskazuje, że *„Akademia Biznesu wchodzi w skład grupy MDDP M., D., D. i Partnerzy.”* Tak samo MDDP Sp. z o.o. na swojej stronie internetowej (...) podaje, że *„Obecnie do grupy MDDP poza spółką doradztwa podatkowego, należą także: (...) Akademia Biznesu MDDP”*.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że nie ma wątpliwości, iż zamiast oświadczenia o nienależeniu do grupy kapitałowej, MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. powinna przedstawić listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Odwołujący zaznaczył, że nie ma żadnego znaczenia i nie zwalnia z obowiązku złożenia listy okoliczność, że żadna inna spółka z grupy kapitałowej, do której należy MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., nie złożyła w postępowaniu odrębnej oferty. Ustawa nie uzależnia bowiem obowiązku złożenia listy od tego, czy taka oferta została złożona, ale wyłącznie od tego, czy wykonawca należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy.

V. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie faktycznego odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że

informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący zamieścił cytaty z zawiadomienia zamawiającego dotyczącego odtajnienia fragmentów dokumentów w treści ofert.

1. Odwołujący wskazał, że zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie ujawnionych fragmentów zastrzeżonych informacji i po zapoznaniu się z nimi stwierdza, że zamawiający faktycznie zaniechał odtajnienia (ujawnienia) informacji bezpodstawnie zastrzeżonych. W dokumentach udostępnionych odwołującemu, a wcześniej zastrzeżonych przez konsorcjum WYG w całości, tj. w: -formularzu cenowym (załącznik nr 8 do oferty), -zobowiązaniu do udostępnienia zasobów przez inny podmiot wraz z wymaganymi dokumentami (załącznik nr 9 do oferty), -wykazie usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług (załącznik nr 10 do oferty), - wykazie osób (załącznik nr 11 do oferty), - uzupełnieniach i wyjaśnieniach oferty z dnia 21 sierpnia 2014 r., dotyczących wykazu usług, załączonych do niego dokumentów i wykazu osób, -wyjaśnieniach z dnia 27 sierpnia 2014 r., dotyczących wykazu usług i załączonych do niego dokumentów, zastrzeżone pozostają zasadnicze informacje, stanowiące najistotniejszą treść dokumentów, bez ujawnienia której nie sposób zweryfikować, czy konsorcjum WYG wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w wielu wypadkach ujawnił wyłącznie fragmenty czy wręcz strzępy dokumentów. Takiego postępowania nie sposób zaakceptować, a dokonane przez zamawiającego ujawnienie oceniać należy jako czynność pozorną.

Odwołujący zacytował definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oceniał, że dokumenty i informacje zastrzeżone przez konsorcjum WYG nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy, uznał, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, zamawiający powinien je odtajnić, czego nie uczynił. Stwierdził, że zaniechanie zamawiającego w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

2. Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego dotyczące zamówień wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że przynajmniej część z zastrzeżonych usług wykazanych przez konsorcjum WYG została zrealizowana na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych, w tym z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a zatem informacje na ich temat są jawne, zarówno w Unii Europejskiej jak i w większości państw świata. Tym samym konsorcjum WYG w złożonym wykazie musi powoływać się na

doświadczenie nabyte w realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych. Z tych względów zarówno zastrzeżona treść wykazu usług jak i dokumenty (np. referencje) potwierdzające, że opisane w wykazie usługi zostały wykonane należycie, powinny zostać odtajnione.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Nie sposób zatem uznać, aby informacje dotyczące dostaw i usług wykonanych na rzecz podmiotów publicznych mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje obejmujące nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca wykonał projekty, dostawy lub usługi, ich przedmiot, termin realizacji oraz cenę brutto nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie.

Dalej, odwołujący wskazał, że jeżeli w zastrzeżonym wykazie usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie znajdują się usługi „prywatne”, to sama okoliczność, iż dana usługa została wykonana na rzecz podmiotu prywatnego nie uzasadnia zastrzeżenia informacji na ich temat jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący powtórzył przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał, że zastrzegając wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające, iż usługi wyszczególnione w zastrzeżonym wykazie zostały wykonane należycie, konsorcjum WYG musiało odnośnie każdej przedstawionej w wykazie usługi wykazać, że wszystkie przesłanki zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione, co nie zostało w sprawie dokonane.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 322/11.

3. Również za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione uznał zastrzeżenie przez konsorcjum WYG pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania konsorcjum WYG do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ww. dokumenty nie zawierają żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Podkreślił, że wyłącznym celem złożenia dokumentów jest udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Powyższe stanowisko odwołującego znajduje pełne potwierdzenie w ujawnionych przez zamawiającego fragmentach zobowiązań - nie ma w nich niczego, co zasługiwałoby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący również podkreślił, że aktualnie w zobowiązaniach zastrzeżone pozostają jedynie: -dane osoby bądź osób, które podpisały zobowiązanie w imieniu podmiotu

udostępniającego zasoby, -dane podmiotu udostępniającego zasoby, -dane odbiorcy usługi wykonanej przez podmiot udostępniający zasoby.

Wszystkie pozostałe elementy zobowiązań zostały ujawnione, w pełni zasadnie, nie sposób natomiast zrozumieć jak tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić oznaczenie podmiotów udostępniających zasoby czy oznaczenie osób uprawnionych do działania w ich imieniu. Jak wynika z innych dokumentów złożonych przez konsorcjum WYG podmioty, które udostępniły zasoby, to odpowiednio podmiot wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego - Rejestru Przedsiębiorców (zapewne spółka prawa handlowego), a zatem podmiot którego dane są jawne i powszechnie dostępne zgodnie z przepisami ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz podmiot prawa niemieckiego (stowarzyszenie) wpisany do niemieckiego rejestru stowarzyszeń, a zatem również podmiot którego dane są jawne i powszechnie dostępne zgodnie z odpowiednimi niemieckimi przepisami. W przypadku tych podmiotów nie jest spełniony podstawowy warunek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej. Natomiast odnośnie utrzymania zastrzeżenia danych odbiorcy usługi wykonanej przez podmiot udostępniający zasoby, to w ocenie odwołującego jest wielce wątpliwe, że informacje w tym zakresie faktycznie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Odwołujący wskazał, że stanowisko odnośnie braku podstaw do zastrzeżenia zobowiązań znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 776/12.

Te same względy przesądzają o tym, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uznać dokumentów wymienionych w § 7 ust. 2 pkt 1 oraz 4 SIWZ (oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz aktualny odpis z właściwego rejestru), dotyczących innych podmiotów, które udostępniły konsorcjum WYG swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Ponownie stwierdził, że dokumenty nie zawierają żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, a ich rolą jest wyłącznie potwierdzenie, że podmiot udostępniający nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy. Nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, że dany podmiot nie jest w upadłości ani likwidacji, nie zalega z podatkami i składkami, nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie itd.

Ponadto, odnośnie odpisu z właściwego rejestru wskazał, że ustawową zasadą jest jawność i powszechna dostępność informacji uwidocznionych w rejestrze. Przywołał art. 8 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 20 sierpnia 1997 r.

Analogicznie uregulowane zostały kwestie dotyczące jawności i dostępności rejestrów spółek lub przedsiębiorców w większości państw świata, w tym także w Niemczech. Tym samym

w przypadku odpisu z właściwego rejestru nie jest spełniona podstawowa przesłanka uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej. Jawność i dostępność informacji zawartych w rejestrze powoduje ponadto, że również informacji wciąż zastrzeżonych w oświadczeniach o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro informacje te pokrywają z informacjami zamieszczonymi w rejestrze. Aktualnie w ww. oświadczeniach zastrzeżone pozostają jedynie: -dane osoby bądź osób, które podpisały oświadczenie w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby, -dane podmiotu udostępniającego zasoby. Nie sposób zatem uznać, że dokumenty podmiotu trzeciego mogły zostać skutecznie zastrzeżone przez konsorcjum WYG.

4. Za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione uznał zastrzeżenie przez konsorcjum WYG wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W ocenie odwołującego zastrzeżony wykaz osób nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami SIWZ dokument zawiera informacje o potencjale osobowym, który ma realizować zamówienie. Informacje te były składane wraz z ofertą aby potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie informacje te nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Odwołujący powołał się na przepis art. 139 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podkreślił, że domaga się odtajnienia (ujawnienia) wykazu osób przynajmniej w zakresie informacji na temat doświadczenia i wykształcenia ww. osób, niezbędnych do wykonania zamówienia - zgodnie z opisem w § 6 pkt 1 ppkt 2 SIWZ, natomiast bez udostępniania informacji w zakresie danych osobowych tych osób (imienia i nazwiska) oraz podstawie dysponowania nimi przez wykonawców. W opinii odwołującego informacje dotyczące doświadczenia i wykształcenia personelu nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Aktualnie w wykazie osób odnośnie doświadczenia personelu konsorcjum WYG zastrzeżone pozostają informacje dotyczące: -nazw szkoleń w realizacji, których uczestniczyły osoby wskazane w wykazie, -podmiotów na rzecz których przeprowadzono szkolenia, -liczby zrekrutowanych i przeszkolonych uczestników szkoleń.

Wszystkie pozostałe informacje na temat doświadczenia osób wskazanych w wykazie zostały ujawnione, w pełni zasadnie, nie sposób natomiast zrozumieć jak tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić informacje, których zamawiający nie odtajnił. Te informacje bez wątpienia nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Podkreślił, że

wszystkie szkolenia wskazane w wykazie osób były objęte dofinansowaniem ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Tym samym informacje na ich temat są jawne i dostępne na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej, w szczególności możliwe jest uzyskanie w tym trybie dostępu do umów o dofinansowanie z których wynikać będzie nazwa szkolenia, określenie podmiotu na rzecz którego przeprowadzono szkolenie jak i liczba zrekrutowanych i przeszkolonych uczestników szkoleń. Zatem także w tym wypadku nie jest spełniony podstawowy warunek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej.

Niezależnie od powyższego wskazał, że bez udostępnienia odwołującemu danych osobowych osób przedstawionych w wykazie i wskazania podstaw dysponowania nimi nie istnieje ryzyko, że odwołujący będzie mógł próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Nie zachodzi zatem obawa, że odwołujący mógłby się dopuścić praktyki „podkupowania” specjalistów od konkurencyjnych wykonawców. Tym samym ujawnienie powyższych informacji nie może w żaden sposób zaszkodzić konsorcjum WYG czy jego członkom. Dopuszczalność odtajnienia wykazu osób w sposób, którego domaga się odwołujący, zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 21 marca 2012 r., sygn. akt KIO 457/12.

Odwołujący podkreślił, że ujawnione informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia personelu posłużą mu wyłącznie w celu sprawdzenia, czy konsorcjum WYG wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób. Biorąc pod uwagę, że zamawiający w SIWZ opisał szczegółowo swoje wymagania odnośnie kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia personelu, nie sposób uznać, że informacje na temat ich posiadania przez poszczególne osoby wskazane w wykazie osób mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

5. Odnośnie formularza cenowego, sporządzonego wg wzoru zamieszczonego w załączniku nr 1 do Formularza oferty, odwołujący wskazał, że miał on zawierać wyłącznie informacje na temat cen jednostkowych poszczególnych rodzajów szkoleń, noclegów w pokoju jedno i dwuosobowym oraz materiałów szkoleniowych (wydruków i płyty), składających się na cenę oferty. Podanie żadnych innych informacji oprócz dotyczących ww. cen nie było wymagane. Przepis art. 8 ust 3 zdanie drugie ustawy stanowi, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy, tj. informacji dotyczących m.in. właśnie ceny. Już tylko z tego względu zastrzeżenie formularza cenowego oceniać należy jako niedopuszczalne i wprost naruszające ustawowy zakaz. Powyższe nie budzi też wątpliwości w orzecznictwie KIO, przykładowo w wyroku z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 308/12.

6. Wskazał, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy załącznikiem do niej będzie m.in. oferta wybranego wykonawcy (załącznik nr 2), a zatem także wchodzące w jej skład dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Oferta jako załącznik do umowy zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy stanowi jej integralną część, a zatem tak samo jak umowa będzie jawna i dostępna na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej. Zatem po zawarciu z konsorcjum WYG umowy w sprawie zamówienia publicznego, informacje zastrzeżone obecnie jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie, będą dostępne dla każdego zainteresowanego. Już tylko ta okoliczność powoduje, że nie sposób uznać informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro z góry zakłada się ich ujawnienie po uzyskaniu zamówienia.

7. W ocenie odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez konsorcjum WYG ww. dokumentów nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, uniemożliwienia weryfikacji oferty pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przez bezprawne zastrzeżenie konsorcjum WYG chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach: z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 745/08, z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1110/08 i w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1455/08.

Podkreślił, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał - wyroki z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11; z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11.

VI. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący stwierdził, co następuje.

Zamawiający wezwał konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Konsorcjum WYG złożyło wyjaśnienia, zastrzegając je w całości jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z informacji podanych przez zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że zamawiający zastrzeżenia respektuje i uznał je za prawidłowe.

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Odwołujący jest przekonany, że zastrzegając wyjaśnienia ceny, konsorcjum WYG nie wskazało, jakie okoliczności uzasadniają ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast dokonanie weryfikacji i oceny, czy dane zawarte w wyjaśnieniach rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który dokonuje zastrzeżenia. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu.

Na podstawie innych dokumentów zastrzeżonych przez konsorcjum WYG jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołujący przypuszcza, że dokonując zastrzeżenia wyjaśnień konsorcjum WYG poprzestało jedynie na ogólnej wzmiance w rodzaju: *„Dokument wraz z załącznikami objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”* W ocenie odwołującego takie uzasadnienie jest niewystarczające. Podkreślił, że jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji.

W ocenie odwołującego, konsorcjum WYG nie wykazało zaistnienia przesłanek dla objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący jest przekonany, że analiza wyjaśnień ceny wykaże, że zasadnicza większość zawartych tam wiadomości nie ma charakteru poufnego. Odwołujący podkreślił, że ogólność danych i uniwersalny charakter informacji wynikających z wyjaśnień oraz sposób ich prezentacji nie będzie wskazywać na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony *know-how*. Także nieskonkretyzowane co podmiotów, wartości, warunków porozumień deklaracje dotyczące relacji z innymi podmiotami, zaprezentowane na wysokim poziomie ogólności, nie będą pozwalały na uznanie ich za informacje posiadające wartość gospodarczą. Waler taki miałyby informacje

mające znaczenie z uwagi na mechanizmy konkurencji - tzn. ich uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy konsorcjum WYG na szkodę. W takiej sytuacji brak będzie zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Odwołujący jest przekonany, że konsorcjum WYG nie wskazało w tej mierze na swoje indywidualne rozwiązania organizacyjne godne ochrony. Znakomitej części zastrzeżonych wyjaśnień nie sposób przypisać tego przymiotu z uwagi na ich ogólny charakter, uniwersalność, oraz fakt, że zawierają one twierdzenia z założenia wspólne podmiotom działającym komercyjnie.

Stanowisko odwołującego znajduje oparcie w orzecznictwie KIO, przykładowo w wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1866/13.

VII. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum WYG jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, odwołujący wskazując przepis art. 91 ust. 1 ustawy oraz kryterium oceny ofert - § 16 pkt 1 SIWZ - „*Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert: Cena Ofertowa - waga 100%*”, stwierdził, że wobec przesłanek wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz niezasadności wykluczenia odwołującego wraz z uznaniem jego oferty za odrzuconą, oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

VIII. Odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnionego wykazu osób, odwołujący stwierdził, co następuje.

Podkreślił, że stawia zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych złożenie wyjaśnień przez odwołującego jest faktycznie potrzebne.

Jeżeli zamawiający miał wątpliwości [mimo, że w świetle treści uzupełnionego wykazu osób nie powinien ich mieć], co do dysponowania przez odwołującego osobami wskazanymi w uzupełnionym wykazie osób, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, to mógł i powinien zastosować art. 26 ust. 4 ustawy, tj. zwrócić się do odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do uzupełnionego wykazu. Zwrócenie się o takie wyjaśnienia było obowiązkiem zamawiającego, biorąc pod uwagę, że wykluczenie wykonawcy winno być ostatecznością i powinno się opierać na solidnych podstawach, a nie

na wątpliwościach, zresztą nieuzasadnionych. Wskazał wyrok KIO z dnia z dnia 24 lutego 2012 r, sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12.

Zaniechanie zamawiającego jest tym bardziej rażące, że w toku badania i oceny ofert zamawiający zwracał się do innych wykonawców w trybie art. 26 ust. 4 o udzielenie wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, m.in. do konsorcjum WYG (wezwanie z dnia 13 sierpnia 2014 r. oraz wezwanie z dnia 25 sierpnia 2014 r.). Konsorcjum WYG złożyło żądane przez zamawiającego wyjaśnienia a zamawiający uwzględnił je w toku oceny spełniania przez nie warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej nie sposób zrozumieć dlaczego zamawiający nie przeprowadził analogicznej procedury w stosunku do odwołującego i nie dał mu jakiegokolwiek szansy na wyjaśnienie wątpliwości co do dysponowania osobami wskazanymi w uzupełnionym wykazie osób. Powyższe stanowi ponadto dowód na to, że w toku badania i oceny ofert zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, w sposób oczywisty dyskryminując odwołującego i niejako z góry zakładając, że jego wyjaśnienia nic nie wniosą do sprawy. Założenie zamawiającego i oparta na nim rezygnacja z wezwania do wyjaśnień są całkowicie nieuprawnione, jak słusznie wskazano w wyroku Izby z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1619/13.

Wskazane powyżej okoliczności przesądzają zatem o zasadności postawionego zarzutu.

IX. Odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania konsorcjum WYG do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez konsorcjum WYG, a w przypadku MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, odwołujący stwierdził. Podkreślił, że postawił zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie konsorcjum WYG do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów jest jednak dopuszczalne.

Jak zostało wykazane, oferta złożona przez konsorcjum WYG podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego, tj. jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z tego względu nie jest możliwe wezwanie konsorcjum WYG do uzupełnienia jakichkolwiek oświadczeń i dokumentów.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a tak właśnie jest w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum WYG.

Dlatego odwołujący jedynie z ostrożności zarzucił zamawiającemu, że nie wezwał konsorcjum WYG do uzupełnienia: a) oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. warunku opisanego w § 6 ust. 1 pkt 1 SIWZ, b) pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez konsorcjum WYG, tj. dla pani A. G., c) w przypadku MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy.

X. Odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że konsorcjum WYG nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący stwierdził.

1. Na wstępie podkreślił, że stawia zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, iż brak jest podstaw do tego, aby zamawiający odtajnił i udostępnił odwołującemu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy. W przypadku nakazania odtajnienia wyjaśnień, odwołujący po zapoznaniu się z nimi będzie w stanie samodzielnie ocenić, czy wyjaśnienia te można uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Zamawiający zwrócił się do konsorcjum WYG na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wskazanie czynników decydujących o cenie. Odwołujący wskazał, że wezwanie było w pełni zasadne, powołał się na orzecznictwo Izby - np. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 794/08, wyrok z dnia 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 117/10, wyrok z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1363/12, wyrok z dnia 3 października 2012 r., sygn. akt KIO 2011/12), podnosząc, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy powinien decydować wynik analizy złożonych ofert: 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę, 2) porównanie z innymi złożonymi

ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen, 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen tynkowych. Przy czym w orzecznictwie podkreśla się, że wystarczające jest wystąpienie choćby jednego z ww. elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W przedmiotowej sprawie wystąpiły wszystkie ww. przesłanki uzasadniające wezwanie konsorcjum WYG do wyjaśnień ceny, a mianowicie cena zaoferowana przez konsorcjum WYG za realizację zamówienia jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, jest znacznie niższa od większości cen zaoferowanych w postępowaniu przez pozostałych wykonawców i jednocześnie rażąco wręcz odbiega od cen rynkowych żądanych za usługi składające się na realizację przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum WYG nie zakwestionowało wezwania zamawiającego przez wniesienie odwołania, potwierdzając tym samym, że ze względu na wskazane okoliczności jego wystosowanie było prawidłowe i w pełni uzasadnione.

Odwołujący podkreślił, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania.

Konieczne jest zatem zbadanie przez Izbę, czy wyjaśnienia złożone przez konsorcjum WYG nie są zbyt ogólnikowe, aby mogły obalić domniemanie zamawiającego w przedmiocie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący podkreślił, że nie mogą zostać zaakceptowane i uznane za wystarczające takie wyjaśnienia, w których wykonawca ograniczył się do ogólnikowego powołania się na różne okoliczności, jednak bez jakiegokolwiek wyjaśnienia w jaki konkretnie sposób i w jakiej konkretnej wysokości czynniki te przekładają się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Niewystarczające będą wyjaśnienia w których czynniki wskazane przez wykonawcę opisane zostały zdawkowo, wręcz hasłowo, bez podania żadnych szczegółów, itp. Wskazane przez wykonawcę czynniki muszą zostać poparte jakimikolwiek dowodami. Szereg czynników, na które mogło się powołać w swoich wyjaśnieniach konsorcjum WYG, dotyczy również pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie i tym samym ich wskazanie w żaden sposób nie będzie tłumaczyć rażącej dysproporcji pomiędzy ceną zaoferowaną przez konsorcjum WYG a cenami pozostałych ofert i szacunkową wartością zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach konsekwentnie wskazuje, iż niewystarczające jest ograniczenie się przez wykonawcę do wyliczenia w składanych wyjaśnieniach przykładowych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, bez wskazania w jaki konkretnie sposób powyższe okoliczności (czynniki) wpłynęły na

wysokość zaoferowanej przez niego ceny, przykładowo, w wyroku z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 314/12. Stanowisko zbieżne z powyższym Izba wyraziła w szeregu innych orzeczeń - wyroki: sygn. akt KIO 882/12, z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1124/11, z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2465/10.

3. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na opisane powyżej skutki wezwania do wyjaśnień ceny Izba zwróciła uwagę w szeregu swoich orzeczeń - wyroki: z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2242/10, z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 624/11, z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1363/12.

Po drugie, obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić przez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy i poparcie ich dowodami.

Odnosząc powyższe do okoliczności sprawy, odwołujący podniósł, że jeżeli okazałoby się, iż konsorcjum WYG przedłożyło ogólnikowe wyjaśnienia nie poparte żadnymi dowodami, to należałoby uznać, że konsorcjum WYG *de facto* żądanych wyjaśnień nie złożyło i tym samym nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy - wyroki: sygn. akt KIO 1587/11, z dnia 18 września 2010 r., sygn. akt KIO 1812/10, z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1568/11, z dnia z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt KIO 882/12.

O konieczności uznania, że konsorcjum WYG w rzeczywistości nie złożyło wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy będzie przesądzać nie tylko ich lakoniczność, lecz również to, że konsorcjum WYG nie wyjaśniło w jaki konkretnie sposób okoliczność powołane w wyjaśnieniach przekładają się na niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę skalę rozbieżności pomiędzy ceną zaoferowaną przez konsorcjum WYG a cenami pozostałych ofert i szacunkową wartością zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia, aby uznać je za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ustawy, muszą zawierać pełne informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powinien przedstawić i udowodnić obiektywne czynniki, które ukształtowały cenę jego oferty, w szczególności (...) - odwołujący wskazał czynniki na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp). W rezultacie, jeżeli wyjaśnienia złożone przez konsorcjum WYG zawierają wyłącznie bardzo ogólne i niczego niewyjaśniające stwierdzenia, to należy uznać, że konsorcjum WYG faktycznie wymaganych wyjaśnień nie złożyło, jak też nie dostarczyło

dowodów, które by potwierdziły, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. W konsekwencji zamawiający był obowiązany zastosować przepis art. 90 ust. 3 ustawy.

4. Z ostrożności odwołujący wskazał, że jeżeli nawet pismo konsorcjum WYG stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ustawy, uznać by za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, to ocena tych wyjaśnień winna potwierdzić, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego nie jest po prostu możliwe, aby w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum WYG obaliło domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że minimalne rynkowe koszty realizacji przedmiotu zamówienie przewyższają cenę zaoferowaną przez konsorcjum WYG. Tym samym cena ta nie wystarczy nawet na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, nie mówiąc już o jakimkolwiek zysku. W pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum WYG nie wyjaśniło w jaki sposób przy tak niskiej cenie oferty ma zamiar sfinansować niezbędne koszty, które w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia po prostu będzie musiało ponieść, a które to koszty obejmują m.in. wynagrodzenie odpowiednio wyszkolonego personelu, który trzeba będzie zatrudnić przy realizacji zamówienia, koszty noclegów w hotelach spełniających wymagania opisane w SIWZ i koszty materiałów szkoleniowych. W ocenie odwołującego cena zaoferowana przez konsorcjum WYG jest wręcz podręcznikowym przykładem ceny rażąco niskiej, czyli ceny niewiarygodnej, oderwanej całkowicie od realiów rynkowych, poniżej kosztów wytworzenia oferowanych usług (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10).

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł jak na wstępie.

Odwołujący wniósł w dniu 26 września 2014 r. dodatkowe - pismo procesowe, w którym podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. akt X Ga 569/11 w sprawie pełnomocnictwa do złożenia oferty.

II. Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie wraz z plikiem załączników stanowiących dowody w sprawie i wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości; 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma wskazał.

Na wstępie oświadczył, że wszelkie dokonane przez niego czynności w toku postępowania zostały przeprowadzone zgodnie zobowiązującymi w tym zakresie przepisami i zasadami udzielania zamówień zawartymi w treści ustawy.

Mając na uwadze, że czynności przeprowadzone na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania, w tym badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, a także w zakresie rażąco niskiej ceny, mają swoje głębokie uzasadnienie faktyczne i prawne, co w ocenie zamawiającego znajduje swoje potwierdzenie w poniżej przedstawionej argumentacji, zamawiający uznał zarzuty podniesione w odwołaniu za całkowicie bezzasadne.

Nadto zamawiający oświadczył, że stan faktyczny i odpowiedź na odwołanie została ograniczona zgodnie z zakresem i zarzutami odwołania do dwóch ofert będących przedmiotem postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny.

5 września 2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Dowód: pismo z 5 września 2014 r. - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty - na okoliczność daty rozstrzygnięcia, uzasadnienia faktycznego i oceny prawnej rozstrzygnięcia w stosunku do każdego z biorących udział w postępowaniu wykonawców - załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

W następstwie dokonanych przez zamawiającego czynności odwołujący złożył 15 września 2014 r. odwołanie.

1. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że wykazał on spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą mimo braku podstaw do takiego uznania, zamawiający zważył, co następuje.

Zgodnie z § 6 ust. 2a iii oraz 2b iv SIWZ w zakresie spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca był zobowiązany wykazać, że dysponuje:

- a) co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Koordynatora ds. szkoleń, która łącznie spełnia następujące warunki: i. (...), ii. (...),*
- iii. posiada doświadczenie w koordynowaniu i/lub kierowaniu szkoleniami stacjonarnymi współfinansowanymi ze środków Unii Europejskiej w ramach Narodowej Strategii*

Spójności/Narodowych Strategicznych Ram Odniesienia lub Narodowego Planu Rozwoju. Należy wykazać, że w czasie koordynowania i/lub kierowania, zostało zrekrutowanych i przeszkolonych łącznie co najmniej 7 000 osób, przy czym co najmniej 5 000 osób było rekrutowanych i przeszkolonych w trybie co najmniej dwudniowym, w ramach jednej umowy/decyzji.

b) co najmniej dwoma osobami do pełnienia funkcji Eksperta ds. rekrutacji i monitorowania, z których każda spełnia łącznie następujące warunki: i. (...), ii. (...), iii.(...), iv. posiada doświadczenie w koordynowaniu i/lub kierowaniu procesem rekrutacji uczestników w ramach szkoleń stacjonarnych. Należy wykazać, że w czasie koordynowania i/lub kierowania procesem rekrutacji zostało zrekrutowanych i przeszkolonych łącznie co najmniej 7 000 osób, przy czym, co najmniej 5 000 osób było zrekrutowanych i przeszkolonych w ramach jednej umowy/decyzji.

W załączonym do oferty wykazie osób odwołujący wskazał dwóch Koordynatorów ds. szkoleń oraz trzech Ekspertów ds. rekrutacji i monitorowania.

W zakresie Koordynatora ds. szkoleń nr 2 w wykazanym szkoleniu nr 2 wykonawca podał liczbę przeszkolonych osób wyłącznie w trybie szkoleń stacjonarnych dwudniowych (wykreślając szkolenia trzydniowe i dłuższe). Zważywszy, że usługa została zrealizowana na rzecz zamawiającego, zamawiający ustalił, że wskazana liczba dotyczyła przeszkolonych osób nie tylko w trybie szkoleń dwudniowych, ale też trzydniowych i dłuższych, co powodowało niezgodność oświadczenia wykonawcy ze stanem faktycznym. Z uwagi na ww. wadę oświadczenia wiedzy wykonawcy, zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu osób w zakresie prawidłowej liczby zrekrutowanych i przeszkolonych uczestników szkoleń dwudniowych lub o uwzględnienie (zaznaczenie) w dotychczasowej liczbie przeszkolonych trybu szkoleń trzydniowego i dłuższego.

Ponadto, w zakresie wykazanych szkoleń (dotyczy obu Koordynatorów ds. szkoleń oraz wszystkich Ekspertów ds. rekrutacji i monitoringu), wykonawca nie wykazał, że wskazane w przedmiotowych szkoleniach osoby w wymaganej liczbie przez zamawiającego zostały zrekrutowane i przeszkolone w ramach jednej umowy/decyzji. Zamawiający wezwał więc wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu osób w tym zakresie.

Dodatkowo zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia wskazywał, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący, w wyznaczonym terminie, tj. 21.08.2014 r., złożył uzupełniony wykaz osób, który został opatrzony datą 18.08.2014 r., tj. datą przypadającą po terminie składania ofert. Brak było przy tym jakiegokolwiek dodatkowej informacji wykonawcy, że dokument ten został

opatrzone datą bieżącą lecz potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 05.08.2014 r. W konsekwencji zamawiający uznał, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie zostało potwierdzone na dzień składania ofert, tj. 05.08.2014 r. Wobec powyższego zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją o wykluczeniu, stwierdził, że wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Głównym argumentem odwołującego na okoliczność rzekomego wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na dzień składania ofert, tj. 5 sierpnia 2014 r., jest w jego ocenie fakt, że na etapie wezwania:

- „Zamawiający nie zakwestionował wykazu osób złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą z tego powodu, iż w jego ocenie w rzeczywistości Odwołujący tymi osobami nie dysponował”, a przeciwnie, że

- „Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał, że powodem wezwania do uzupełnienia są tylko i wyłącznie pewne braki w opisie doświadczenia osób wskazanych w wykazie.”

Zamawiający uznał, że twierdzenia te nie są prawdziwe. Zamawiający ocenił i zakwestionował złożony wraz z ofertą wykaz osób w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czego wyraz dał przekazując wezwanie do uzupełnienia wykazu.

Podkreślił, że już sam fakt wezwania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przesądza o ich braku lub istniejących w nich błędach, a tym samym świadczy o niepotwierdzeniu przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast zakres wezwania do uzupełnienia odzwierciedla zakres niespełnienia warunku.

Mając zatem na uwadze treść wezwania do uzupełnienia dotyczącego wykazu osób służącego do wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, odwołujący łatwo mógł się zorientować, że na dzień składania ofert nie wykazał wymaganego doświadczenia w zakresie co najmniej jednego Koordynatora ds. szkoleń oraz co najmniej dwóch Ekspertów ds. rekrutacji i monitorowania.

Zamawiający dodał, że wszelkie wątpliwości co do powodów i rangi wezwania, jeżeli były, wyjaśniał końcowy fragment pisma: „Jeżeli nie jest możliwe uzupełnienie wykazu osób w sposób, o którym mowa powyżej, tak aby jego treść potwierdzała spełnienie warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia określonego w SIWZ - Zamawiający

wzywa do uzupełnienia wykazu o nowe osoby, których doświadczenie, umiejętności i kwalifikacje potwierdzą spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu.”

Twierdzenia zatem, które miałyby przesądzać o spełnieniu warunku, że:

- *„Zamawiający nie zakwestionował wykazu osób złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą z tego powodu, iż w jego ocenie w rzeczywistości Odwołujący tymi osobami nie dysponował”, a przeciwnie, że*
- *„Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał, że powodem wezwania do uzupełnienia są tylko i wyłącznie pewne braki w opisie doświadczenia osób wskazanych w wykazie”, są w związku z ww. okolicznościami całkowicie bezpodstawne.*

Na marginesie zamawiający dodał, że przytoczone powyżej twierdzenia nie stanowią przekonującej argumentacji dla uznania, że już na etapie składania ofert warunek w zakresie osób został spełniony, a zamawiający wezwaniem chciał jedynie skorygować wykaz osób tylko o pewne braki, nieistotne dla oceny potwierdzenia spełnienia warunku. Gdyby tak w rzeczywistości było, wezwanie do uzupełnienia dokonane w przedmiotowym zakresie (przed wyborem oferty) należałoby uznać za bezzasadne, a wykonawca w takiej sytuacji - zamiast uzupełnić wykaz - powinien był wnieść odwołanie na bezzasadną czynność wezwania. Co za tym idzie, obecnie złożone odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wykazu osób odwołującego, należałoby uznać za spóźnione i odrzucić jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Tym samym odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, w tym dotyczącego wyboru oferty konsorcjum, byłoby złożone bez istniejącego interesu w uzyskaniu zamówienia i podlegałoby oddaleniu przez Izbę.

Skoro jednak wykonawca czynności wezwania z 13.08.2014 r. do uzupełnienia wykazu osób nie zakwestionował, a w odpowiedzi złożył nowe oświadczenie, należy przyjąć, że wykonawca uznał je za zasadne i konieczne do realizacji i zgodnie z dyspozycją zamawiającego, w celu wykazania spełnienia warunku - wyrok z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 172/12.

Kolejnym argumentem odwołującego, który miałby przesądzać o spełnieniu warunku, tj. dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia już na dzień składania ofert, jest okoliczność,

- *„że w uzupełnionym wykazie osób Odwołujący wskazał tylko i wyłącznie te same osoby co w wykazie złożonym wraz z ofertą - w uzupełnionym wykazie nie została wskazana żadna inna czy dodatkowa osoba”* oraz dalej

„skoro Odwołujący daną osobą dysponował na dzień składania ofert i wskazał ją w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, to w przypadku wskazania tej samej osoby ponownie w uzupełnionym wykazie nic się w tym zakresie nie zmieniło”.

Zamawiający uznał, że jest to z gruntu błędne założenie. Fakt powielenia w uzupełnionym wykazie tych samych osób wcale nie oznacza, że nic się w tym zakresie nie zmieniło. Doświadczenie i kwalifikacje osób określone przez odwołującego w wykazie osób wraz z ofertą 5 sierpnia 2014 r. nie potwierdzały spełniania warunku posiadania wymaganego doświadczenia określonego przez zamawiającego. Obowiązkiem odwołującego po wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy było więc uzupełnienie wymaganego wykazu osób w taki sposób, aby potwierdzał on posiadanie wymaganego doświadczenia osób na dzień składania ofert, tj. na dzień 5 sierpnia 2014 r., nie zaś na dzień 18 sierpnia 2014 r.

Fakt wskazania w złożonym w wyniku uzupełnienia wykazie ponownie tych samych osób lecz z nowymi informacjami w zakresie ich doświadczenia nie przesądza o nabyciu i wykazaniu tegoż doświadczenia na dzień składania ofert w sytuacji, gdy wykaz oznaczony został datą po upływie terminu składania ofert, natomiast podana treść nie potwierdza terminu nabycia doświadczenia tych osób.

Zamawiający podkreślił, że nie odniósłby się do „późniejszej” daty wystawienia uzupełnionego oświadczenia (wykazu osób), gdyby z treści tego oświadczenia wynikało, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w dacie upływu terminu składania ofert. Dla takiej oceny niezbędne byłoby oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, lub w tej sytuacji określenie np. dat nabycia doświadczenia przez wskazane osoby, których odwołujący jednak nie wskazał. Nie wskazał też, że doświadczenie zostało nabyte do dnia składania ofert lub na ten dzień został spełniony w pełni warunek doświadczenia - wyroki: z dnia 28 października 2011 r., sygn. akt KIO 2237/11, z dnia 14 września 2011 r., sygn. akt KIO 1882/11, 1895/11.

Zamawiający dodał, że realizując zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, jednakowo od wszystkich wykonawców oczekuje wykazania spełnienia warunków. Oceny ich spełnienia dokonuje na podstawie załączonych wykazów (dostaw lub usług, robót budowlanych, osób, narzędzi), które stanowią oświadczenia wiedzy złożone przez wykonawcę. Jedynym odstępstwem od tej zasady jest ocena warunku wiedzy i doświadczenia na podstawie wykazu robót budowlanych lub wykazu głównych dostaw lub usług, co do których, zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zamawiający ma uprawnienie, w razie konieczności, zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty, usługi lub dostawy miały być wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji. Ponadto w przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty, usługi lub dostawy zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma

obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność należytego ich wykonania. Przytoczone odstępstwa od reguły oceniania spełnienia warunków nie dotyczą w żaden sposób warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a co za tym idzie - wykazu osób. W tym przypadku każdy wykonawca musi jednakowo, samodzielnie wykazać spełnienie warunków na dzień składania ofert.

W postępowaniu na dzień składania ofert należało wykazać dysponowanie ściśle określoną minimalną liczbą osób posiadających ściśle określone doświadczenie. I tego doświadczenia właśnie odwołujący u wskazanych osób nie wykazał. W pierwszym złożonym wykazie osób w zakresie wszystkich koordynatorów i ekspertów zabrakło informacji, że wskazane w podanych szkoleniach osoby w wymaganej liczbie przez zamawiającego zostały zrekrutowane i przeszkolone w ramach jednej umowy/decyzji. O ile podanie tej informacji byłoby wystarczające w dacie składania ofert, o tyle uzupełnienie jej po tej dacie nie uprawnia zamawiającego do uznania, że spełnienie warunku zostało potwierdzone na dzień składania ofert. Ponadto, w zakresie wskazanego Koordynatora ds. szkoleń nr 2 przez uzupełnienie zmienione zostały informacje w zakresie liczby osób zrekrutowanych i przeszkolonych w trybie szkoleń dwudniowych. O ile zmiana taka złożona w dacie składania ofert umożliwiłaby zamawiającemu pozytywną ocenę tej pozycji, o tyle dokonana po tej dacie możliwości takiej nie dawała. Zamawiający uzyskał dwie różne informacje na temat doświadczenia tej samej osoby. Pierwsza podana z błędną liczbą przeszkolonych w odniesieniu do wymaganego trybu szkoleń dwudniowych - zamawiający nie mógł jej uznać, natomiast druga ze skorygowaną liczbą przeszkolonych, ale potwierdzona dopiero po dacie składania ofert. W tym przypadku zamawiający nie może uznać żadnej z nich jako potwierdzającej spełnienie warunku na dzień składania ofert.

Teza zatem, która miałaby przesądzać o spełnieniu warunku *„że w uzupełnionym wykazie osób Odwołujący wskazał tylko i wyłącznie te same osoby co w wykazie złożonym wraz z ofertą - w uzupełnionym wykazie nie została wskazana żadna inna czy dodatkowa osoba”* oraz dalej

„skoro Odwołujący daną osobą dysponował na dzień składania ofert i wskazał ją w wykazie osób złożonym wraz z ofertą to w przypadku wskazania tej samej osoby ponownie w uzupełnionym wykazie nic się w tym zakresie nie zmieniło”,

jest w związku z ww. okolicznościami całkowicie bezpodstawna.

2. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, zamawiający zważył, co następuje.

30 lipca 2014 r. członkowie konsorcjum w skład, którego wchodzi WYG Consulting Sp. z o.o.; PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k.; MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. ustanowili pełnomocnikiem tego konsorcjum - WYG Consulting Sp. z o.o. Pełnomocnictwo obejmowało swoim zakresem reprezentowanie wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w toku postępowania, w tym w szczególności do podpisania i złożenia oferty, zawarcia umowy, poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem, przyjmowania i składania oświadczeń i zawiadomień w imieniu wszystkich wykonawców jak również inne wskazane w jego treści czynności. W dniu 30 lipca 2014 r. pan J. M. M., działając jako Prezes Zarządu WYG Consulting Sp. z o.o. udzielił pełnomocnictwa do reprezentowania spółki WYG Consulting Sp. z o.o. w postępowaniu przez panią A. G. . W tym miejscu zamawiający przywołał treść art. 95 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny stanowiącego, że czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. W ocenie zamawiającego, nie ma konieczności dołączania w tym przypadku jakiegokolwiek pełnomocnictwa do działania w imieniu konsorcjum z uwagi na fakt, że skoro każda czynność dokonana w postępowaniu przez WYG Consulting Sp. z o.o. wywiera bezpośredni skutek w odniesieniu do pozostałych członków konsorcjum, to pełnomocnictwo udzielone pracownikowi - Dyrektorowi ds. Rozwoju Edukacji w ramach jej zakresu obowiązków skutkuje bezpośrednio, co najmniej do WYG Consulting Sp. z o.o., a co za tym idzie także do pozostałych członków konsorcjum (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt II CKN 24/97, a także W. R.(komentarz pod red. P. Księżaka) i K. K. –P. (komentarz pod red. Andrzeja Kidyby) w komentarzach do art. 95 Kodeksu cywilnego - źródło i wydawnictwo LEX). W zaistniałym przypadku należy odróżnić stosunek pracowniczy od stosunku korporacyjnego, który wyraża się przez działanie podmiotów wchodzących w skład konsorcjum przez ich organy i wchodzące w ich skład osoby.

W ocenie zamawiającego bezspornym jest, że WYG Consulting Sp. z o.o., występując w obrocie, reprezentowany jest przez Zarząd, który również podejmuje czynności w stosunku do swoich pracowników. Przedstawione zatem pełnomocnictwa należy czytać nie wprost, jak to czyni odwołujący, ale w sposób dorozumiany, kontekstowy oraz sytuacyjny. Należy w tym przypadku wskazać, że oba pełnomocnictwa były zbieżne swoim zakresem i dotyczyły czynności dokonywanych we wskazanym *explicite* postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Udzielone pani A. G. pełnomocnictwo nie musiało zatem wskazywać podmiotów, które reprezentuje, bowiem - jak już wskazano - każda czynność skutecznie dokonana przez WYG Consulting Sp. z o.o. w postępowaniu odnosiła swój skutek także względem pozostałych konsorcjantów (podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12

września 2003 r. sygn. akt I CK 60/02). Dla zamawiającego osoba pani A. G. przez treść pełnomocnictwa była rozpoznawalna, zaś jej rola, a także skutki podejmowanych czynności były czytelne. Dlatego też pełnomocnictwo nie było przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy.

3. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania, pomimo że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz przez zaniechanie uznania oferty konsorcjum WYG za odrzuconą, zamawiający zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił, że zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia złożone przez podmioty trzecie nie dowodzą faktycznego dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, gdyż:

- *Oba zobowiązania zostały skonstruowane w analogiczny sposób i oba co do zasadniczego elementu, czyli sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów w trakcie realizacji zamówienia, są bardzo lakoniczne.*
- *Ograniczają się bowiem do zobowiązania do stałego odpłatnego udziału w realizacji zamówienia poprzez bieżące konsultacje, doradztwo w zakresie organizacji i przeprowadzania szkoleń będących przedmiotem zamówienia.*
- *Jednakże z treści zobowiązań nie wynika na czym mają polegać konsultacje i doradztwo. Nie sposób więc przyjąć, że takie zdawkowe oświadczenia stanowią dowód realnego przekazania zasobów.”*

Zamawiający nie zgodził się z takim twierdzeniem, ponieważ zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje jedynie ogólnie i przykładowo na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne, wiążące zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia. Zwrócił też uwagę, że ustawodawca użył sformułowania „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji”, przez co dał wyraz temu, że do faktycznego udostępnienia dojdzie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Oznacza to także, że na etapie składania ofert wystarczającym jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia - wyrok sygn. akt KIO 1201/13 z dnia 6 czerwca 2013 r.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający ma prawo żądać, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę a także charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem czy zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Ustawodawca, w treści przywołanego rozporządzenia, dał zamawiającemu niezbędne instrumenty prawne, za pomocą których może on zbadać i ocenić faktyczny udział podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia publicznego.

Zatem w treści § 7 ust. 9 SIWZ zamawiający szczegółowo określił zakres pisemnego zobowiązania składanego w sytuacji, gdy wykonawca wykazał, że polega na zasobach innych podmiotów, tzn.:

„Pisemne zobowiązanie zawiera w szczególności; 1) oznaczenie podmiotu udostępniającego zasoby; 2) oznaczenie podmiotu przyjmującego zasoby (Wykonawca); 3) treść oświadczenia woli udostępniającego zasoby zawierająca: a) zakres udostępnionych Wykonawcy zasobów i sposób ich wykorzystania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia; b) okres, na jaki zasoby będą udostępnione Wykonawcy; c) charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.”

W ocenie zamawiającego, konsorcjum w sposób wystarczający przedstawiło treść zobowiązań podmiotów trzecich, wskazując zgodnie z dyspozycją zamawiającego wszystkie wymagane w SIWZ elementy zobowiązania.

Nie sposób też zgodzić się z odwołującym, który wskazuje, że *„Jeśli wykonawca korzysta z doświadczenia użyczonego przez inny podmiot konieczne jest zatem, aby podmiot ten realnie uczestniczył w całym procesie realizacji przedsięwzięcia jako podwykonawca.”* *„Zgodnie bowiem z istniejącym szerokim orzecznictwem oczywiste jest, że forma podwykonawstwa przy realizacji usług nie jest obligatoryjna, może przyjąć też inną formę, np. doradztwa, konsultacji, czy innej formy wsparcia”* - wyrok sygn. akt KIO 1201/13 z dnia 6 czerwca 2013 r. oraz sygn. akt KIO 851/14.

Konsorcjum w sposób dopuszczający wskazało formę uczestnictwa w realizacji zamówienia na zasadzie konsultacji i doradztwa, powołując się przy tym na zawarte umowy o współpracy.

Wobec powyższego zarzuty odwołującego dotyczące niewykazania warunku wiedzy i doświadczenia w tym zakresie, a przez to zaniechanie wykluczenia konsorcjum i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, stają się całkowicie bezzasadne.

4. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania, pomimo że MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. nie złożyła listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, zamawiający zważył, co następuje.

W zakresie podniesionego przez odwołującego zarzutu, zamawiający wskazał na dwie okoliczności. Pierwszą z nich jest fakt, że wykonawca złożył stosowne oświadczenie o niewchodzeniu w skład grupy kapitałowej, drugą zaś jest skutek, jaki przewiduje ustawa dla wchodzących w skład jednej grupy kapitałowej podmiotów biorących udział w tym samym postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 24b ust. 2 pkt 5 zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Za grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uważa się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Mając powyższe na uwadze, aby mogła zająć czysta przesłanka wykluczenia konsorcjum WYG Consulting Sp. z o.o., jeden z członków domniemanej przez odwołującego grupy kapitałowej musiałby złożyć, obok oferty konsorcjum, niezależną ofertę, co bezspornie w postępowaniu nie nastąpiło.

Zamawiający wskazał na wydany w tożsamym stanie prawnym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2694/13, w którym Izba stwierdziła, że sam fakt utworzenia spółki komandytowej, w której komplementariuszem jest spółka z o.o., nie przesądza o tym, że spółka z o.o. i sp.k. tworzą grupę kapitałową. Nie można uznać za prawidłowy argumentu, że przez fakt reprezentowania spółki sp. z o.o. sp.k. przez spółkę sp. z o.o. ta sprawuje kontrolę nad spółką komandytową. Trudno mówić o wpływie na działanie spółki w rozumieniu spółki wiodącej w grupie kapitałowej - podczas gdy mamy do czynienia jedynie ze sposobem reprezentacji wprost wynikającym z przepisów prawa (art. 117 k.s.h.).

Zamawiający, za Izbą, przypomniał, że celem wprowadzenia przepisu było zapobieżenie znikom wykonawców, czy też ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie.

Wobec treści złożonego przez członków konsorcjum WYG Consulting Sp. z o.o. oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej oraz rozstrzygnięcia Izby z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 762/13, gdzie Izba wskazała, że złożenie oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej jest obowiązkiem wykonawcy wynikającym z mocy ustawy, tj. wprost z art. 26 ust. 2d ustawy, zgodnie z którym wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej - zamawiający wskazał - jest to logiczna konsekwencja przyjętego przez ustawodawcę schematu postępowania z przesłanką wykluczenia opisaną w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Sam fakt przynależności do grupy kapitałowej nie eliminuje *ex lege* wykonawcy z postępowania, a jedynie rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury z art. 24b ustawy. W sytuacji zatem, kiedy zamawiający stwierdza, że wykonawca wraz z ofertą złożył wszelkie wymagane dokumenty, a ich treść nie uzasadniała potrzeby dokonywania jakiegokolwiek wezwania w tym zakresie, nie jest konieczne podejmowanie jakichkolwiek czynności. Zamawiający wskazał także w tym zakresie, że nawet gdyby uznać, iż wchodząca w skład konsorcjum WYG Consulting Sp. z o.o., MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. nie złożyła listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, to fakt ten nie miałby, nie miał i nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania i jako taki nie podlega dyspozycji zarówno art. 24 ust. 2 pkt 3 jak i art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy z uwagi na fakt, że żadna z wchodzących w skład domniemanej przez odwołującego grupy kapitałowej i wskazanych przez odwołującego spółek nie złożyła swojej oferty w postępowaniu.

Zamawiający wskazał także, że postawiony przez odwołującego w tym zakresie zarzut jest nieuzasadniony i oparty na domysłach niepotwierdzonych żadnymi faktami. W tym zakresie odwołanie nie spełnia w ocenie zamawiającego wymogów formalnych określonych treścią art. 180 ust. 3 ustawy, bowiem nie odnosi się do sfery faktów, a jedynie niepotwierdzonych i domniemanych spekulacji, polegających na zanegowaniu oświadczenia wchodzącej w skład konsorcjum WYG Consulting Sp. z o.o., MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. w oparciu o sformułowania reklamowe zawarte na stronie internetowej.

Nadto zamawiający zwrócił uwagę, że odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i że w jego ocenie odwołujący nie zarzucił takiego naruszenia w pierwszej

kolejności właśnie z powodu braku możliwości udowodnienia swoich racji, zaś w drugiej mając świadomość, że nawet jeżeli oświadczenie wykonawcy mija się z prawdą, co w ocenie zamawiającego jest nieudowodnione, to fakt ten nie miał i nie ma znaczenia dla prowadzonego postępowania. Zamawiający uznał ten zarzut jako niepotwierdzony faktami, a zatem w konsekwencji stoi na stanowisku, że nie powinien być on przedmiotem rozstrzygnięcia i decydować o wyniku postępowania.

Mając powyższe na uwadze zarzut ten należy uznać za nietrafny i nieuzasadniony.

Pomimo ww. okoliczności, z najwyższej ostrożności, w związku z zarzutami podniesionymi w treści odwołania, zamawiający pismem nr ZEFS/220/2014/319/16 z 18 września 2014 r. wystąpił do konsorcjum WYG o potwierdzenie prawdziwości złożonego oświadczenia w zakresie braku przynależności spółki MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. do grupy kapitałowej.

W odpowiedzi z 22 września 2014 r. konsorcjum WYG ponownie potwierdziło, że spółka MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k nie przynależy do grupy kapitałowej, wraz z uzasadnieniem własnego stanowiska.

Dowód: Pismo nr ZEFS/220/2014/319/16 z 18 września 2014 r. -załącznik nr 2; odpowiedź konsorcjum WYG z dnia 22 września 2014 r. -załącznik nr 3 - do odpowiedzi na odwołanie.

Wobec powyższego ww. zarzut odwołującego staje się całkowicie bezzasadny.

5. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie faktycznego odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w jego ocenie wszelkie zarzuty i wnioski odwołania zmierzają nie do wykazania jakichkolwiek błędów postępowania, ale do uchylecia tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką skutecznie i zgodnie z przepisami zastrzegło konsorcjum WYG Consulting Sp. z o.o., tak aby odwołujący mógł poznać jej elementy istotne z punktu widzenia prowadzenia działalności w tym samym obszarze świadczonych usług.

Zamawiający wskazał, że odwołujący również zastrzegł swoją ofertę, lecz w tym zakresie, co do odtajnienia jej elementów, milczy, odwołując się wyłącznie do fragmentów oferty konkurencyjnej.

Zamawiający wskazał, że jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia jest jawność. Jawność tego postępowania nie jest jednak bezwzględna i dopuszczalne są ograniczenia ze względu na dobro przedsiębiorcy, który może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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. W tym postępowaniu zastrzeżenie takie zgłosili wszyscy wykonawcy. Wskazał, że na skutek wniesienia w przewidzianym ustawą terminie zastrzeżeń przez składających oferty wykonawców, zamawiający został związany ich żądaniem. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu co najmniej uprawdopodobnili, a w ocenie zamawiającego - dokonanej w oparciu o treść złożonych dokumentów - uzasadnili, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz udzielili w tym zakresie obszernych wyjaśnień.

Odwołujący słusznie wskazał, że zgodnie z definicją, jaka została zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 ich poufności. Analiza definicji oraz przepisów ustawy uprawnia w ocenie zamawiającego do stwierdzenia, że zakres informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest niemal nieograniczony, zaś podstawową rolą przedsiębiorcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wskazanie informacji, jakie zastrzega on, aby były chronione. Zamawiający zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że do jego obowiązków należała weryfikacja tych informacji, lecz zwrócił uwagę, że w jego ocenie utajnienie informacji, na jakie w ostateczności po ich zweryfikowaniu zdecydował się zamawiający, podyktowane jest faktem ich szczególnej złożoności, choćby przejawiającej się faktem powiązania nazw prowadzonych szkoleń z osobami zaangażowanymi w ich wykonanie ze strony wykonawcy (personalem) oraz jednostkami, na rzecz których szkolenia takie były realizowane, wśród których znajdują się podmioty trzecie, które z kolei zobowiązały wykonawcę do poufności informacji. Ujawnienie takich informacji w żądanym przez odwołującego zakresie mogłoby narazić go na odpowiedzialność, a zamawiającego na żądania regresowe ze strony wykonawcy. Zamawiający wskazał, że wszelkie okoliczności związane z utajnieniem informacji zawartych w niejawniej części oferty zostały szczegółowo wyjaśnione w treści

samej oferty przez WYG Consulting Sp. z o.o. i zamawiający nie znalazł uzasadnienia dla zanegowania ich prawdziwości, komplementarności i spójności.

Zamawiający wskazał także, że przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2014 poz. 782), na które powołuje się odwołujący, również przewidują ograniczenia w dostępie do informacji publicznej ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy. Zatem uznał, że zakres ochrony danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jest szeroki, spójny i kompletny w całym systemie prawa.

Zamawiający wskazał, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest nie tylko wiedza i proste informacje handlowe, ale także kwalifikacje, wykształcenie oraz naturalne umiejętności wykonawcy, w tym jego kontakty biznesowe, zaś w niniejszym przypadku - zdolność do realizacji szkoleń o charakterze masowym.

Nie można odmówić racji o powszechnym charakterze informacji zawartych w publicznych i dostępnych ogólnie rejestrach, lecz w ocenie zamawiającego w niniejszym przypadku należy mieć na uwadze kontekstowy, jak wskazano wyżej złożony charakter informacji. Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że informacje zawarte w dostępnych rejestrach nie stanowią w niniejszym przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazuje, że każda z ofert złożonych w postępowaniu stanowi w istocie złożoną informację wykazującą zdolność podmiotów biorących w nim udział do wykonania zamówienia o złożonym charakterze. Oferty zawierają zatem szeroko pojęte organizacyjne *know-how* każdego z wykonawców związane z realizacją podobnych zamówień, nie tylko na rynku krajowym, ale także poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i także w ramach współpracy z podmiotami trzecimi. Bezspornym jest, że charakter zawartych w treści ofert zastrzeżonych informacji stanowi tajemnicę przez ich opracowanie w układzie kontekstowym. Jest to zatem złożona informacja i nawet jeżeli składa się w części z informacji prostych, o ogólnie dostępnym charakterze, to dotarcie do niej jest możliwe wyłącznie w oparciu o dane zawarte w ofertach. Już sam ten fakt uzasadnia utajnienie tych informacji.

Mając powyższe na uwadze zamawiający uznał, że zarzuty w tym zakresie są nieuzasadnione, a odwołujący jest zainteresowany wyłącznie pozyskaniem zastrzeżonych informacji.

6. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum WYG jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, zamawiający stwierdził - argumentacja podniesiona przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie wskazuje, że zarzut ten jest oczywiście bezzasadny.

7. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnionego wykazu osób, zamawiający wskazał, że odniósł się do przedmiotowych zarzutów w pkt 1 odpowiedzi na odwołanie, którą to argumentację w pełni podtrzymuje.

8. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania konsorcjum WYG do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez konsorcjum WYG, a w przypadku MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, zamawiający wskazał, że odniósł się do zarzutów w pkt 2, 3 i 4 odpowiedzi na odwołanie, którą to argumentację w pełni podtrzymuje.

9. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo że konsorcjum WYG nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, co następuje.

W toku postępowania zamawiający ustalił rynkową wartość zamówienia przez porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców, którzy odpowiedzieli na publiczne ogłoszenie o ustalenie szacunkowej wartości zamówienia (rozeznanie rynku) oraz kalkulację własną, mającą na celu urealnienie wartości szacunkowej zamówienia.

Ogłoszenie o ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia zostało opublikowane przez zamawiającego 12 czerwca 2014 r. na stronie internetowej (adres strony).

Elementami składowymi ogłoszenia o ustaleniu wartości zamówienia były następujące załączniki: 1) Opis przedmiotu zamówienia (23 karty A4) 2) Formularz Cenowy (9 kart A4) w rozszerzeniu PDF i xls.

Do upływu terminu składania informacji o wartości zamówienia, tj. do 23 czerwca 2014 r., do godz. 09:00, do zamawiającego wpłynęły informacje od następujących wykonawców - oferty netto = brutto przy uwzględnieniu 0% stawki podatku od towarów i usług VAT - art. 43 ust. 1

pkt 29 lit. c ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.):

- 1) A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Business Center 1, Katowice - kwota netto 21 140 001,24 zł
- 2) Fundacja Regionalnej Agencji Promocji Zatrudnienia, Dąbrowa Górnicza - kwota netto 21 815 189,15 zł
- 3) Anvix Sp. z o.o., Kraków - kwota netto 20 790 236,37 zł
- 4) Oświata Sp. z o.o., Katowice - kwota netto 22 234 358,67 zł
- 5) Management Consulting Sp. z o.o., Katowice - kwota netto 19 759 824,42 zł.

Średnia rynkowa przedmiotu zamówienia obliczona w oparciu o rozeznanie rynku wyniosła więc 21 147 921,97 zł.

Dowód: ogłoszenie o ustalenie wartości zamówienia -załącznik nr 4; informacje od wykonawców - załączniki nr 5-9; zestawienie zbiorcze ofert i wyliczenie średniej rynkowej - załącznik nr 10

- do odpowiedzi na odwołanie.

Z uwagi na fakt, że zamawiający podejrzewał, że wartości zawarte w ww. informacjach są znacznie zawyżone (co potwierdziły później złożone oferty), w celu urealnienia uzyskanej wartości rynkowej, dokonał własnej kalkulacji przedmiotu zamówienia w oparciu o ceny jednostkowe poszczególnych usług wyliczonych na podstawie stawek stosowanych w podpisanych umowach z wykonawcami.

W wyniku własnej kalkulacji wartość przedmiotu zamówienia ustalono na 12 168 144, 00 zł, co w konsekwencji oznacza, że urealniona wartość zamówienia jest niższa o 42% od średniej rynkowej przedmiotu zamówienia, którą uzyskano w wyniku przeprowadzenia rozeznania rynku.

Dowód: własna kalkulacja zamawiającego - załącznik nr 11 do niniejszego pisma.

W związku z powyższym do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia zamawiający przyjął uśrednioną wartość powyższych kwot, tj. 21 147 921,97 zł (rozeznanie rynku) i 12 168 144,00 zł (kalkulacja własna) i ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 16 658 032,99 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia wyniosła więc: 16 658 032,99 zł + 8 329 016,49 zł (wartość zamówienia uzupełniającego - 50%) = 24 987 049,49 zł.

Jednocześnie zamawiający przeznaczył kwotę na realizację zamówienia w wysokości wynikającej z własnej kalkulacji, o której mowa powyżej, tj. kwotę 12 168 144,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do 5 sierpnia 2014 r., wpłynęło 6 ofert (nr oferty; wykonawca; cena brutto (PLN)):

1. Combidata Poland Sp. z o.o., Gdynia - 11 712 320,15
2. Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o., Olsztyn - 7 941 179,01
3. Konsorcjum firm: Centrum Podróży AIR CLUB S. M. (lider), Warszawa, DOOR GROUP S.A., Warszawa - 9 979 289,01
4. Syntea S.A., Lublin - 9 288 700,10
5. Konsorcjum firm: WYG Consulting Sp. z o.o. (lider), Warszawa, PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k., Białystok, MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., Warszawa - 7 687 365,38
6. Business Center 1 A. K., Katowice - 9 871 060,36.

Z uwagi na fakt, że wszystkie oferty były niższe o ponad 20% od ustalonej przez zamawiającego szacowanej wartości zamówienia (oferta nr 1 - 28,69%, oferta nr 2 - 52,33%), oferta nr 3 - 40,09%, oferta nr 4 - 44,24%, oferta nr 5 - 53,85%, oferta nr 6 - 40,74%), zamawiający z ostrożności zdecydował się wezwać wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Dowód: wezwania z dnia 5 sierpnia 2014 r. -załącznik nr 12 do odpowiedzi na odwołanie.

Dodatkowo zamawiający zauważył, że rozbieżność w wartości zamówienia określona w informacji odwołującego złożonej na etapie ustalania szacunkowej wartości zamówienia a treścią oferty odwołującego złożonej 5 sierpnia 2014 r., jest rażąco nieadekwatna do zmian dokonanych w opisie przedmiotu zamówienia na etapie przygotowania SIWZ (różnice pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia przygotowanym w celu ustalenia średniej rynkowej zamówienia a ostateczną treścią opisu przedmiotu zamówienia).

Dowód: opis zmian w opisie przedmiotu zamówienia -załącznik nr 13 do; opis przedmiotu zamówienia sporządzony na etapie ustalenia wartości zamówienia -załącznik nr 14; ostateczny opis przedmiotu zamówienia stanowiący integralną część SIWZ -załącznik nr 15 - do odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący obniżył cenę za realizację zamówienia z 21 140 001,24 zł do 9 871 060,36 zł, tj. o 11 268 940, 88 zł. Obniżenie przez odwołującego ceny o ponad 100% przy nieznacznych zmianach treści opisu przedmiotu zamówienia bez wątplenia nie zostało spowodowane zakresem tych zmian.

Przedstawienie przez odwołującego zawyżonej o 100% informacji o wartości zamówienia mogło być świadomym działaniem odwołującego, które pozwala mu na obecnym etapie postępowania bezpodstawnie budować argumentację, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia i że wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, nie będzie w stanie zrealizować należycie zamówienia.

Nie bez znaczenia dla ww. przypuszczenia zamawiającego jest fakt, że wykonawcy, w tym odwołujący, stosują ww. mechanizm działania w trakcie prowadzonych przez zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykładem może być postępowanie prowadzone przez Centralną Komisję Egzaminacyjną w 2013 r. na świadczenie usług w zakresie przeprowadzenia szkolenia ekspertów i egzaminatorów do e-oceniań z wykorzystaniem oprogramowania *scoris*, gdzie wartość zamówienia (bez zamówień uzupełniających) została ustalona na podstawie rozeznania rynku na kwotę 9 562 310,33 zł. Odwołujący w odpowiedzi na ogłoszenie o ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, znajdujące się pod linkiem (adres), podał, że wartość zamówienia wynosi 10 800 000,00 zł (netto = brutto), zaś w toku postępowania przetargowego na etapie składania ofert obniżył tę kwotę do 2 776 890,00 zł (link do dokumentów przetargowych - adres).

Ww. obniżenie ceny zostało dokonane pomimo braku istotnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia na etapie opracowania SIWZ (zmiany opisu przedmiotu zamówienia udostępnionego wykonawcom w celu uzyskania informacji o wartości zamówienia w stosunku do ostatecznego opisu przedmiotu zamówienia obejmowały wyłącznie zmiany w harmonogramie szkoleń i zmianę techniki oznaczania pamięci: grawerowanie *pendrive'a*). W wyniku rozstrzygnięcia ww. postępowania oferta odwołującego, pomimo, że była o ok. 7 000 000,00 zł niższa niż szacunkowa wartość zamówienia, została prawomocnie uznana za najkorzystniejszą, zawarto z odwołującym umowę o realizację określonego powyżej zamówienia, a odwołujący zrealizował należycie przedmiot zamówienia, co potwierdzają referencje wystawione przez CKE 8 stycznia 2014 r.

Dowód: rozeznanie rynku -załącznik nr 16; oferta odwołującego -załącznik nr 17; list referencyjny z dnia 8 stycznia 2014 r. -załącznik nr 18
- do odpowiedzi na odwołanie.

Ww. potwierdza, że ceny uzyskane w wyniku rozeznania rynku nie zawsze odpowiadają cenom rynkowym przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu przeprowadzenie rozeznania rynku doprowadziło do znacznego przeszacowania wartości zamówienia. Potwierdzają to wszystkie oferty złożone w toku postępowania. Średnia cen rynkowych uzyskanych w wyniku rozeznania rynku, tj. 21 147 921,97 zł, przekracza o ponad 100% średnią cen ofertowych: 9 413 319,07 zł.

Odmienne założenie spowodowałoby konieczność przyjęcia tezy, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, działali bez należytej staranności. Oferując przedmiot zamówienia

poniżej jego wartości, narażali by się na stratę i ewentualną odpowiedzialność z tytułu działania na własną szkodę.

W związku z powyższym średnia cen rynkowych uzyskanych w wyniku rozeznania rynku nie może stanowić podstawy do ustalenia, czy zaoferowana przez konsorcjum WYG cena jest ceną, za którą możliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się zaś do ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej (bez zamówień uzupełniających) na kwotę 16 658 032,99 zł (średnia z rozeznania rynku i kalkulacji własnej zamawiającego), zamawiający stwierdził, że uwzględnienie przy ustaleniu wartości zamówienia przeszacowanych (zawyżonych przez wykonawców) wartości otrzymanych w wyniku rozeznania rynku, tj. 21 140 001,24 zł powoduje, że ustalona wartość zamówienia również nie odpowiada rynkowej cenie przedmiotu zamówienia.

Zmierzając więc do ustalenia metody, która w sposób najbardziej zobiektywizowany pozwoliła ocenić wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający posłużył się ofertami wykonawców złożonymi w przedmiotowym postępowaniu. Ceny ofertowe zaproponowane przez wykonawców zostały złożone w trakcie rywalizacji o udzielenie zamówienia publicznego, co gwarantuje, że są one najbardziej zbliżone do cen możliwych do uzyskania na rynku. Z uwagi zaś na fakt, że żadna z ofert nie została odrzucona ze względu na jej niezgodność z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), zamawiający uznał, że oferty są porównywalne. Elementy kosztotwórcze, które składają się na ceny określone przez wykonawców w ofertach, są stałe i tożsame dla każdego wykonawcy. Średnia cen ofertowych złożonych w trakcie postępowania wynosi 9 413 319,07 zł i to tę wartość uwzględniono przy ocenie wyjaśnień w zakresie zaoferowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia. Wskazana wartość stanowi faktyczną rynkową wartość zamówienia.

Konsorcjum firm: WYG Consulting Sp. z o.o. (lider), PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k., MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. zaoferowało za realizację przedmiotowego zamówienia cenę 7 687 365,38 zł. Z uwagi na fakt, że cena za realizację przedmiotu zamówienia była niższa o 53,85% od szacowanej wartości zamówienia, tj. kwoty 16 658 032,99 zł, zamawiający 5 sierpnia 2014 r. zwrócił się do konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum pismem z 8 sierpnia 2014 r. potwierdziło, że cena oferty jest ofertą rynkową i nic sposob jej uznać za cenę rażąco niską. Na potwierdzenie powyższego konsorcjum przedstawiło szczegółową kalkulację oferty oraz oświadczyło, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty i składniki cenotwórcze związane z realizacją

zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Cena obejmuje koszty poniesione w związku z realizacją przedmiotu zamówienia oraz zysk. Kalkulacja szczegółowa została sporządzona w oparciu o oferty podmiotów, które będą świadczyć usługi na rzecz konsorcjum w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, m.in. usługi hotelarskie, drukarskie, szkoleniowe i konferencyjne, najmu sal szkoleniowych (oferty załączono do wyjaśnień). Konsorcjum również wykazało względy organizacyjne i techniczne, które sprzyjają wykonaniu zamówienia za kwotę określoną w ofercie wykonawcy, w tym metodologia działania, wieloletnie doświadczenie i skala oraz równoległość prowadzonych działań, wykorzystanie w trakcie realizacji zamówienia wykwalifikowanej kadry, dysponowanie urządzeniami wykorzystywanymi w trakcie świadczenia usług.

Z uwagi na wskazane okoliczności zamawiający uznał, że konsorcjum złożyło wystarczające wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, których treść i przedłożone dowody potwierdzają, że wykonawcy (członkowie konsorcjum) są zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez siebie cenę.

Dodatkowo zamawiający zauważył, że zaoferowana przez konsorcjum WYG cena jest mniejsza jedynie o 18% od realnej wartości rynkowej zamówienia, tj. kwoty 9 413 319,07 zł, zaś w trakcie postępowania wykonawcy złożyli oferty w trzech przedziałach cenowych: do 8 000 000 zł (2 oferty), pow. 9 000 0000 zł i poniżej 10 000 000 zł (3 oferty), pow. 11 000 000 zł (jedna oferta). Oznacza to, że konsorcjum WYG nie jest jedynym wykonawcą, który złożył ofertę, zakładającą realizację przedmiotu zamówienia za cenę poniżej 8 000 000 zł. Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o. zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 7 941 179,01 zł, która jest jedynie o 3% wyższa od ceny zaoferowanej przez konsorcjum WYG i mniejsza o 16% od realnej wartości rynkowej przedmiotowego zamówienia, tj. kwoty 9 413 319,07 zł.

W związku z powyższym przyjmując tezę odwołującego, że cena zaoferowana przez konsorcjum WYG jest ceną rażąco niską, należałoby uznać, że co najmniej dwóch wykonawców, działając na własną szkodę (zakładając stratę), złożyło oferty, które wykluczają realną możliwość rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz osiągnięcia zysku.

Zamawiający wskazał - należy również zauważyć, że odwołujący znając cenę, jaką konsorcjum WYG zaproponowało za realizację przedmiotu zamówienia, nie przedstawił w treści odwołania żadnych argumentów potwierdzających, że za zaproponowaną cenę nie będzie możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Zarzut zatem jest całkowicie iluzoryczny.

W związku z powyższym zarzut niezłożenia wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie zarzut braku dokonania oceny wyjaśnień potwierdzających, że oferta konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest całkowicie bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający wniósł jak na wstępie.

III. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - WYG Consulting Sp. z o.o. (lider), PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k., MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. (konsorcjum WYG) - wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wobec zachowania ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - WYG Consulting Sp. z o.o. (lider), PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k., MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - tworzący konsorcjum, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zwanymi w dalszej części również „przystępującym”.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia i jako jeden z dwóch pozostałych wykonawców w postępowaniu, obok przystępującego, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie - którego zarzuty, żądania i uzasadnienie zostało przedstawione z niewielkimi skrótami w całości w uzasadnieniu orzeczenia, rozpoznane w granicach zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), przy uwzględnieniu kontrydiktoryjnego charakteru postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1 Pzp), postępowania dowodowego w zakresie przedstawionym przez strony, w tym stanowiska zamawiającego uzasadniającego czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przedstawionego również w uzasadnieniu z niewielkimi skrótami - podlega oddaleniu.

Zarzuty odwołania dotyczą czynności zamawiającego odnoszących się do odwołującego i złożonej przez niego oferty oraz przystępującego i oferty złożonej przez tego wykonawcę -

wybranej jako najkorzystniejsza. Różnica w cenach ofert korzystna dla przystępującego (2 183 694,98 zł), przy uwzględnieniu jedyne go kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100% - skutkuje tym, że nieuwzględnienie żadnego zarzutu dotyczącego wybranej oferty i wykonawcy, który tę ofertę złożył (brak przesłanek nakazania powtórzenia czynności badania i oceny oferty wybranej), stanowi podstawę oddalenia odwołania, mimo potwierdzenia zarzutu dotyczącego odwołującego i jego oferty (art. 192 ust. 2 Pzp - przesłanki uwzględnienia odwołania).

Izba wskazuje wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 zgodnie, z którym - czynność dotycząca oferty ocenionej na drugim miejscu ze względu na kryteria oceny ofert - w sytuacji, gdy zarzuty w stosunku do najkorzystniejszej oferty okazują się bezzasadne, nie ma wpływu na wynik postępowania.

I. Odnośnie zarzutów przedstawionych wobec przystępującego - wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Izba ustaliła i zważyła.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WYG, pomimo jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w sprawie wadliwości pełnomocnictwa do złożenia oferty, w konsekwencji nieważności czynności jej złożenia, ewentualnie zaniechania wezwania przystępującego do złożenia właściwego pełnomocnictwa.

Przepisy Pzp definiujące pojęcia stosowane w ustawie, nie wyprowadzają definicji pełnomocnictwa dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie art. 14 ustawy znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Z art. 96 k.c. wynika, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu, co oznacza możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy, zgodnie z art. 95 § 2 k.c. Treść pełnomocnictwa wskazuje przepis art. 98 k.c. rozróżniający pełnomocnictwa na: ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz szczególne (udzielane dla dokonania poszczególnych czynności).

Pełnomocnictwo, o którym stanowi art. 23 ust. 2 Pzp powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, którego minimalnym zakresem jest upoważnienie m.in. do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy ani też przepisy Kodeksu cywilnego nie wymagają, dla ważności pełnomocnictw udzielanych przez członków konsorcjum, wskazania w ich treści, że

wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też udzielenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie. Okoliczność wspólnego ubiegania się o zamówienie powinna jednoznacznie wynikać ze złożonych w postępowaniu, wraz z wnioskiem albo ofertą, dokumentów (wyrok z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 263/08).

Odnosząc przepisy k.c. do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać, że dopuszczalne jest, aby pełnomocnikiem była zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz dopuszczalna jest reprezentacja wykonawcy w postępowaniu przez kilku jednakowo umocowanych pełnomocników (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP/1432/07).

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie pełnomocnictwo udzielone w dniu 30 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienie, tworzących konsorcjum: WYG Consulting Sp. z o.o. (lider), PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp.k., MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - jednemu z wykonawców - WYG Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (adres) - partnerowi wiodącemu konsorcjum, wskazujące zamawiającego, nazwę postępowania o udzielenie zamówienia, w którym ma być złożony dokument oraz zakres umocowania, w szczególności upoważnienie do „(...) *podpisania i złożenia oferty (...)*” ma charakter szczególny, jego zakres wypełnia dyspozycję art. 23 ust. 2 ustawy. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby upoważnione do reprezentacji trzech wykonawców. Pełnomocnikiem ustanowiono WYG Consulting Sp. z o.o. - osobę prawną - z prawem do ustanawiania dalszych pełnomocników (bez żadnych ograniczeń, co do osób pełnomocników i ich ilości).

WYG Consulting Sp. z o.o. - działa przez swoje organy ujawnione w KRS. Spółka z o.o. jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, reprezentowana przez zarząd, w imieniu którego czynności wykonuje jednoosobowo prezes zarządu w osobie pana J. M., na mocy uprawnienia do ustanawiania dalszych pełnomocników, ustanowiła pełnomocnictwem z dnia 30 lipca 2014 r. panią A. G. pełnomocnikiem do czynności w granicach umocowania spółki - „(...) *do reprezentowania spółki w czynności podpisania formularza oferty (...) oraz podpisania oświadczeń, załączników oraz dokumentów stanowiących integralną część oferty w postępowaniu (...)*”.
Zatem, pełnomocnik ustanowiony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przeniósł w granicach swego umocowania, umocowanie do dokonania czynności na rzecz dalszego pełnomocnika.

Należy podnieść, że przepisy nie wymagają, by w dalszym pełnomocnictwie została zamieszczona informacja określająca kolejność pełnomocnictw (pierwotne, dalsze). W orzecznictwie Izby uznano, że wystarczające jest wykazanie umocowania na podstawie jednoczesnego złożenia pełnomocnictw wskazujących kolejne umocowanie pełnomocników, tzw. ciąg pełnomocnictw.

W rozpoznawanej sprawie pełnomocnictwa takie zostały złożone.

Izba uznała, że brak jest podstaw, by uznać, że podpisanie formularzy i innych dokumentów oraz oświadczeń stanowiących ofertę w rozumieniu ustawy Pzp przez panią A. G., narusza wskazane w odwołaniu przepisy prawne, tym bardziej brak jest podstaw by uznać nieważność czynności złożenia oferty, czy obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia innego pełnomocnictwa.

W ustawie Pzp dla postępowań, w których wykonawcami są podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, ustawodawca wprowadził odmienną regulację, a mianowicie ustanowienie pełnomocnika na podstawie art. 23 ust. 2 polega na umocowaniu pełnomocnikiem jednego z wykonawców, który również uczestniczy w czynności ustanawiania pełnomocnika. Jest to konstrukcja nieco odmienna od przyjętej w k.c., gdzie występują mocodawca - pełnomocnik.

Ponadto, z art. 26 ust. 3 Pzp wynika obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku pełnomocnictwa, jak również pełnomocnictwa wadliwego (bez wskazanego w ustawie ograniczenia zakresu wadliwości), dopiero w przypadku braku uzupełnienia ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty, bez stosowania art. 104 zd. 2 k.c.

Analogiczna konstrukcja została przyjęta w postępowaniu odwoławczym odnośnie niezłożenia pełnomocnictwa do wniesienia odwołania - art. 187 ust. 3 Pzp.

Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt XIX Ga 385/14 wskazując stosowane wykładnie norm prawnych, uznał, że z punktu widzenia jurydycznego brak pełnomocnictwa, jak również wadliwość jego treści, stanowi jednakową przeszkodę do nadania biegu odwołaniu.

W stanie faktycznym sprawy odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika dalszego, ustanowionego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum. W pełnomocnictwie udzielonym liderowi konsorcjum nie zamieszczono oświadczenia członków konsorcjum uprawniającego lidera do udzielania dalszych pełnomocnictw (substytucyjnych). Sąd stwierdził, że umocowanie dalszego pełnomocnika bez wskazania

w pełnomocnictwie pierwotnym uprawnienia do ustanawiania dalszych pełnomocników, nie powoduje nieważności odwołania, uznał skargę za zasadną i rozpoznał odwołanie merytorycznie.

W sprawie rozstrzygniętej w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. akt X Ga 569/11, przedmiotem rozpoznania był stan faktyczny polegający na zakwestionowaniu pełnomocnictwa przez zamawiającego, wezwaniu wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, niewłaściwym sanowaniu oświadczenia jednego z członków konsorcjum oraz wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania przed rozpoznaniem sprawy przez Sąd.

Reasumując Izba uznała, że pełnomocnictwo na mocy, którego została złożona oferta przystępującego, nie zawiera cech wadliwości, nie występuje nieważność dokumentu oraz okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Brak podstaw do uznania, że doszło do naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, w zw. z art. 104 k.c.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania oraz uznania oferty za odrzuconą, pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że podstawę wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczących wiedzy i doświadczenia) stanowi własny zasób wykonawcy (wykonawców), natomiast poleganie na zasobach innych podmiotów jest wyjątkiem od zasady posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp, jako wynik implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest z mocy ustawy - wskazanego przepisu - udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Obowiązek udowodnienia wynikający z art. 26 ust. 2b Pzp, a więc potwierdzenia dowodami, udostępnienia zasobów przez inny podmiot, pozostaje w gestii wykonawcy ze względu na otwarty katalog środków dowodzenia. Wykonawca ma wybór co do możliwości posłużenia się dowodami, przy pomocy których udowodni zamawiającemu spełnienie przesłanek wynikających z przepisu.

Natomiast ocena udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami, należy do zamawiającego.

W zakresie oceny udostępnienia zasobów przez inne podmioty, szczególną uwagę zwraca się na realność udostępniania zasobów, co wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia oraz dysponowaniem przez wykonawcę określonymi zasobami tego podmiotu w czasie realizacji zamówienia. Zatem, wymagane na mocy art. 26 ust. 2b Pzp udowodnienie udostępnienia zasobów przez inny podmiot, służy wykazaniu realności udostępnienia zasobów, tj. wykazaniu faktu, że przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia.

Obowiązek udowodnienia realności udostępnienia zasobów wiąże się z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc wyłonieniem wiarygodnego wykonawcy, któremu zamawiający powierzy wykonanie zamówienia.

Przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, stanowi, że - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

2) dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Przedstawiony przepis wskazuje kierunki dowodzenia wykonawcy. Zatem, wykonawca może i powinien wykazywać: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania

przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia (wyrok Izby z dnia 5 września 2013 r., sygn. akt KIO 2030/13).

Zamawiający, jak słusznie podniósł w odpowiedzi na odwołanie, uzyskał niezbędne instrumenty prawne, za pomocą których może zbadać i ocenić faktyczny udział innego podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia publicznego.

W treści § 7 ust. 9 SIWZ zamawiający szczegółowo określił zakres pisemnego zobowiązania składanego w sytuacji, gdy wykonawca wykazał, że polega na zasobach innych podmiotów, tj. wykonawca: *„(...) zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia poprzez przedłożenie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Pisemne zobowiązanie zawiera w szczególności; 1) oznaczenie podmiotu udostępniającego zasoby; 2) oznaczenie podmiotu przyjmującego zasoby (Wykonawca); 3) treść oświadczenia woli udostępniającego zasoby zawierająca: a) zakres udostępnionych Wykonawcy zasobów i sposób ich wykorzystania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia; b) okres, na jaki zasoby będą udostępnione Wykonawcy; c) charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.”*

Przystępujący składając ofertę skorzystał z zasobów wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Pismem z dnia 13 sierpnia 2014 r. został wezwany do uzupełnienia dokumentów m.in. dotyczącego udostępnienia zasobu w przedmiocie ustalenia uprawnień do reprezentowania podmiotu przez osobę podpisującą dokument.

Pismem z dnia 21.08.2014 r., obok uzupełnienia pełnomocnictwa, przystępujący dodatkowo wskazał udostępniony zasób przez jeszcze inny podmiot, przedstawiając w sumie doświadczenie (zasoby) ponad minimum wymagane w SIWZ - § 6 ust. 1 pkt 1 (fakt potwierdzony na rozprawie).

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu jedynie treść dwóch zobowiązań innych podmiotów, w tym jednego złożonego dodatkowo ponad wymagane minimum, wskazując, że *„(...) zapoznał się ze zobowiązaniami udostępnienia zasobów, przedstawionymi wraz z ofertą i wskutek wezwania do uzupełnienia z dnia 13 sierpnia 2014 r. W ocenie odwołującego zobowiązania te nie dowodzą faktycznego dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Oba zobowiązania zostały skonstruowane*

w analogiczny sposób i oba co do zasadniczego elementu, czyli sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów w trakcie realizacji zamówienia, są bardzo lakoniczne. Ograniczają się do zobowiązania do stałego odpłatnego udziału w realizacji zamówienia przez bieżące konsultacje, doradztwo w zakresie organizacji i przeprowadzania szkoleń będących przedmiotem zamówienia. Jednakże z treści zobowiązań nie wynika na czym mają polegać konsultacje i doradztwo. Nie sposób więc przyjąć, że takie zdawkowe oświadczenia stanowią dowód realnego przekazania zasobów.”

Odwołujący kwestionując formę udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia, wskazał w odwołaniu i podtrzymał na rozprawie, że udział w realizacji zamówienia bez względu na rodzaj zamówienia, powinien polegać wyłącznie na podwykonawstwie.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zobowiązania innych podmiotów odpowiadają treści opisu zamieszczonego w SIWZ (zawierają wszystkie wymagane elementy i zakresy - § 7 ust. 9 - 1, 2, 3 lit. a, b, c), informują o zawartych umowach o współpracy na czas realizacji zamówienia.

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, że zważywszy na rodzaj przedmiotu zamówienia, sposób udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia „przez stały odpłatny udział przez bieżące konsultacje, doradztwo w zakresie organizacji i przeprowadzania szkoleń będących przedmiotem zamówienia, zgodnie z umową zawartą pomiędzy wykonawcą a udostępniającym”, udział jest realny.

Treść zobowiązania innego podmiotu wskazuje zakres udostępnianych zasobów - posiadana wiedza i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia w trakcie całego okresu trwania zamówienia, uzyskane w wyniku realizacji projektów (...); sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia - stały odpłatny udział w realizacji zamówienia przez bieżące konsultacje, doradztwo w zakresie organizacji i przeprowadzania szkoleń będących przedmiotem zamówienia, zgodnie z umową zawartą pomiędzy wykonawcą, a udostępniającym (nazwa wykonawcy); charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę - zawarta umowa o współpracy na czas realizacji zamówienia.

Zobowiązanie, uwzględniające charakter przedmiotu zamówienia, wskazuje na realność korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Posłużenie się udostępnionym doświadczeniem w formie bieżących konsultacji i doradztwa w zakresie organizacji i przeprowadzania szkoleń będących przedmiotem zamówienia, jako potencjałem o charakterze intelektualnym, *know-how*, zdobytym przez inny podmiot przy realizacji zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, odpowiada treści przepisu art. 26

ust. 2b Pzp (takie również stanowisko w sprawie - wyrok z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt KIO 851/14).

Izba podnosi, że zobowiązanie jako dokument żądany przez zamawiającego, odpowiadający treści art. 26 ust. 2b Pzp, wskazany w SIWZ zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, uwzględniający zakres przedstawiony w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) - delegacja ustawowa na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp - podlega ocenie zamawiającego stosownie do opisu zamieszczonego w SIWZ. Zamawiający nie ograniczył udziału innego podmiotu do podwykonawstwa, zatem brak jest podstaw, by na etapie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert zawężyć udział innego podmiotu w realizacji zamówienia do wyłącznie jednej formy wskazanej przez odwołującego.

W tym zakresie jednolite rozstrzygnięcia wydał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrokach z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 i z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13.

W przedstawionych okolicznościach sprawy, Izba uznała za nieudowodnione zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp), jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, w związku z poleganiem na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 24b ust. 3, w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania, pomimo nie złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, przez MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, dodany w wyniku nowelizacji ustawy, stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 24b ust. 1 Pzp, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia czy

zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań istniejących między przedsiębiorcami na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji (ust. 2). Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d (ust. 3).

Przepis art. 26 ust. 2d Pzp (i odpowiednio § 7 ust. 2 pkt 2 i 3 SIWZ w tym postępowaniu) zobowiązuje wykonawców do złożenia wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o tym, że nie należą do grupy kapitałowej. Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył listy (art. 24b ust. 1 ust. 3 Pzp).

Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

W świetle przepisów ustawy przedsiębiorcą, jest przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, tj. osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, oraz wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

Przez kontrolę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności m.in. dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu (...); członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (zależnego); prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (zależnego); umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Dla ustalenia, czy podmioty tworzą grupę kapitałową w rozumieniu ustawy, niezbędne jest wykazanie na podstawie wymienionych kryteriów, że jeden z tych podmiotów kontroluje pozostałe podmioty (faktycznie lub prawnie), tj., że wywiera na nich decydujący wpływ.

Wykonawca wskazany w odwołaniu - MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - złożył oświadczenie zawierające informację, w rozumieniu art. 26 ust. 2d Pzp, że nie należy do grupy kapitałowej.

Wывód odwołującego, na podstawie danych ujawnionych w odpisach z KRS dwóch spółek - MDDP Sp. z o.o. i ADN Sp. z o.o., które są jedynymi komplementariuszami MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. - że fakt ten potwierdza przynależność do grupy kapitałowej, został poparty informacjami ze stron internetowych MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. i MDDP Sp. z o.o.

Na skutek odwołania zamawiający zwrócił się do wykonawcy, który złożył kwestionowane oświadczenie, o zajęcie stanowiska w sprawie i ewentualne potwierdzenie zasadności złożonego oświadczenia (pismo z 18 września 2014 r.).

Wykonawca złożył wyjaśnienia (pismo z 22 września 2014 r.) podając, że:

„Po pierwsze, status komplementariusza w spółce komandytowej, zgodnie z KSH, daje legitymację do reprezentowania takiej spółki (aczkolwiek nie bezwzględna - o czym niżej), co jednak nie świadczy automatycznie, że każdy komplementariusz kontroluje spółkę komandytową. Komplementariusze są przede wszystkim współnikami spółki komandytowej, którzy odpowiadają bez ograniczeń za jej zobowiązania. Z tego względu, co do zasady każdy z nich może taką spółkę reprezentować, jednakże zgodnie z art. 117 KSH, tego uprawnienia mocą umowy spółki albo prawomocnego orzeczenia komplementariusz może być pozbawiony. Oznacza to, że kontrolę nad spółką komandytową, sprawuje tylko taki podmiot, który może decydować o treści umowy spółki. Zgodnie z art. 9 KSH zmiana postanowień umowy spółki wymaga zgody wszystkich współników, chyba że umowa stanowi inaczej. Umowa spółki komandytowej Akademia Biznesu nie zawiera takich szczególnych uprawnień dla któregośkolwiek współnika. Zatem żaden z nich indywidualnie nie sprawuje kontroli nad Akademią Biznesu.

Po drugie, ustawodawca wymieniając w art. 4 pkt 4 uokik przykładowe uprawnienia umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę w przypadku spółek osobowych wskazał na dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w takiej spółce osobowej zależnej, także na podstawie porozumień z innymi

osobami. Zgodnie z par. 6 ust. 10 umowy spółki komandytowej Akademia Biznesu struktura głosów między wspólnikami wygląda następująco:

- ośmiu komandytariuszy (będących osobami fizycznymi) posiada zróżnicowane prawa głosu (od 5,8% do 49% głosów),

- dwóch komplementariuszy (będących osobami prawnymi) posiada po 1% głosów.

Jak widać, żaden ze wspólników nie posiada pośrednio lub bezpośrednio możliwości samodzielnego decydowania o sprawach Akademii Biznesu; w szczególności nie ma podmiotu posiadającego większość głosów.

Po trzecie, stosownie do treści wspomnianego art. 4 pkt 4 uokik przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Podobnie jak przy definicji „grupy kapitałowej” jest mowa o uprawnieniach przysługujących „przedsiębiorcy” - w liczbie pojedynczej. A więc tylko i wyłącznie w przypadku gdy jeden przedsiębiorca może decydująco wpływać na innego dochodzi do przejęcia kontroli. Ponadto, zgodnie z par. 6 ust. 5 umowy spółki Akademia Biznesu niezbędna jest zgoda wszystkich komplementariuszy w sprawach przekraczających zakres zwykłych czynności. Mając na uwadze, że w Akademii Biznesu jest dwóch komplementariuszy, którzy muszą w określonych sprawach działać jednomyślnie, nie może być mowy o jednym przedsiębiorcy sprawującym kontrolę nad Akademią Biznesu w rozumieniu art. 4 pkt 4 uokik, a tym samym o przynależności tej spółki do grupy kapitałowej.

Podsumowując, używając obrazowego porównania, grupę kapitałową tworzą w uproszczeniu wszystkie „spółki córki” oraz „spółka matka”. Według odwołującego Akademia Biznesu ma „dwie matki”, co czyni zarzut odwołującego bezzasadnym.”

Wyjaśnienia nie budzą wątpliwości, co do informacji zamieszczonej w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą o nie przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej, są spójne i przekonujące, nie zostały podważone w zasadniczy sposób, poza złożonymi fragmentami informacji pochodzącymi ze stron internetowych.

Na podstawie przedłożonych dowodów Izba uznała, w ślad za już wcześniej wydanym orzeczeniem (wyrok z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt 2694/13), że fakt utworzenia sp. z o.o. sp.k., w której komplementariuszami są spółki z o.o., nie przesądza o tworzeniu grupy kapitałowej przez te spółki. Nie zasługuje na uznanie argument, że przez fakt reprezentowania sp. z o.o. sp.k. przez spółki sp. z o.o., sprawują one kontrolę nad spółką komandytową, w sytuacji, gdy zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji

i konsumentów, przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę, a więc nie przez dwie spółki z o.o.

Trudno uznać wpływ na działanie spółki w rozumieniu spółki wiodącej w grupie kapitałowej, w sytuacji, gdy z wpisów w KRS wynika jedynie sposób reprezentacji wynikający z przepisów prawa (art. 117 k.s.h.).

Na podstawie powyższego Izba stwierdziła, że brak jest podstaw, by uznać zarzut za udowodniony, gdy odwołujący przedstawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 24b ust. 3, w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum WYG z postępowania, w sytuacji złożenia przez wykonawcę informacji na temat grupy kapitałowej. W okolicznościach sprawy wskazane przepisy nie stanowią podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający słusznie podniósł w odpowiedzi na odwołanie - że odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odwołujący nie zarzucił takiego naruszenia z powodu braku możliwości udowodnienia swoich racji.

4. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, w zw. z art. 96 ust. 3, w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie faktycznego odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum WYG oraz odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez konsorcjum WYG w trybie art. 90 ustawy.

Przepis art. 8 Pzp stanowiący w ust. 1 o zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi jednocześnie o możliwości nieujawniania informacji zamieszczonych w ofercie, w sytuacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którą definiuje przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi - 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. Z przepisu wynika zakaz zastrzeżenia informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy - nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Również zastrzeżeniu mogą podlegać informacje

składane zamawiającemu w toku postępowania (na wezwanie), o ile można im przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Każdy wykonawca ma możliwość podjęcia czynności w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w swojej ofercie. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10).

Przepisy ustawy nie definiują czynności zamawiającego w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na skutek niegdyś odrzucania ofert w przypadku uznania niezasadności zastrzeżenia, Sąd Najwyższy podjął uchwałę z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, w której wskazał, że w przypadku niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający zobowiązany jest w takiej sytuacji odtajnić informacje, bez negatywnego skutku w postaci odrzucenia oferty.

Procedura dokonania weryfikacji, czas, sposób i ocena skuteczności zastrzeżenia zostały pozostawione zamawiającemu. Zamawiający weryfikuje skuteczność zastrzeżenia decydując o jego zasadności. Od wyników oceny uzależnia zakres informacji udostępnionych innym wykonawcom w dokumentach ofertowych. Zamawiający dokonuje oceny w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, badając, czy zostały spełnione ustawowe przesłanki pozwalające na kwalifikację zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 528/10). W przypadkach budzących wątpliwości zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wówczas na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Skutki wyłączenia przez zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa są nieodwracalne, zaś za bezpodstawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa grozi kara pozbawienia wolności do lat dwóch, zgodnie z art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby znaczenie w sprawie ma poprawne zakwalifikowanie zastrzeżenia tajemnicy w kontekście spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem 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. W orzecznictwie 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, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, źródła zaopatrzenia i zbytu, informacje związane z działalnością marketingową, a przede wszystkim *know-how* przedsiębiorcy.

Istotą zastrzeżenia informacji jest jej 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 (wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11).

W rozpoznawanej sprawie wykonawcy dokonali znacznych zastrzeżeń informacji w swoich ofertach nie podlegających udostępnianiu, w tym w ofercie przystępującej informacji wskazanych w odwołaniu. Odwołujący zastrzegł str. 17-47 oferty, w tym wykaz osób, oświadczenia o zachowaniu tajemnicy, wykazy usług, zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów wraz z dokumentami, w tym z odpisami z KRS tych podmiotów.

Wykonawcy zastrzegli też wyjaśnienia składane na wezwanie zamawiającego w toku postępowania oraz wyjaśnienia udzielane na wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 5 września 2014 r. - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej - zamawiający zawiadomił wykonawców o odtajnieniu fragmentów dokumentów w ofertach przekazując następującą informację:

„O dokumentach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał za zasadne ujawnienie fragmentów dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie uznanym przez Zamawiającego jako fragmenty niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa, celem realizacji zasady jawności, a tym samym umożliwienia Wykonawcom dostępu do ofert i sprawdzenia ich kompletności oraz przebiegu procesu badania i oceny ofert. Tym samym Zamawiający informuje, że ujawnia złożone przez Wykonawców w toku postępowania dokumenty wyłącznie w części niezawierającej tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z treścią i zakresem zastrzeżeń poczynionych przez Wykonawców. Ujawnienie dotyczy wszystkich ofert, jak i złożonych przez Wykonawców wyjaśnień i uzupełnień. Ujawnienie nie dotyczy wyjaśnień udzielonych w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, które to wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Dokumenty ujawnione zgodnie z powyższym opisem są do wglądu w siedzibie

Zamawiającego.”

Z protokołu z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 29 sierpnia 2014 r. wynika, że zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, utrzymanie zastrzeżeń wykonawców dotyczy informacji handlowych obejmujących całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyszczególniono poszczególne zakresy informacji), natomiast zgodnie z zasadą jawności odtajnienie części dokumentów niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu umożliwienie wykonawcom dostępu do ofert i sprawdzenia ich kompletności oraz przebiegu procesu wyjaśnień i uzupełnień.

Przed czynnością odtajnienia informacji dokonaną przez zamawiającego, odwołujący nie zwracał się o udostępnienie mu utajnionej treści oferty przystępującego (fakt przyznany na rozprawie).

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że *„aktualnie w zobowiązaniach zastrzeżone pozostają jedynie: -dane osoby bądź osób, które podpisały zobowiązanie w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby, -dane podmiotu udostępniającego zasoby, -dane odbiorcy usługi wykonanej przez podmiot udostępniający zasoby.”*

Odwołujący stwierdził, że *„Aktualnie w wykazie osób odnośnie doświadczenia personelu konsorcjum WYG zastrzeżone pozostają informacje dotyczące: -nazw szkoleń w realizacji, których uczestniczyły osoby wskazane w wykazie, -podmiotów na rzecz których przeprowadzono szkolenia, -liczby zrekrutowanych i przeszkolonych uczestników szkoleń. Wszystkie pozostałe informacje na temat doświadczenia osób wskazanych w wykazie zostały ujawnione.”*

Odwołujący podkreślił, że *„ujawnione informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia personelu posłużą mu wyłącznie w celu sprawdzenia, czy konsorcjum WYG wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób.”*

Odnosnie formularza cenowego odwołujący wskazał, że zawiera on informacje na temat cen jednostkowych poszczególnych rodzajów szkoleń, noclegów oraz materiałów szkoleniowych, składających się na cenę oferty. Podniósł, że ceny jednostkowe, to cena oferty, o której stanowi art. 86 ust. 4 Pzp i w związku z art. 8 ust. 3 Pzp, formularz cenowy nie podlega zastrzeżeniu.

W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zamieszczonych w załącznikach do oferty, odnośnie załącznika nr 8 - formularz cenowy - przystępujący wskazał istotne elementy uzasadniające zastrzeżenie, m.in.: zaoferowane stawki stanowią wynik wyjątkowo korzystnych warunków

finansowych realizacji zamówienia wynegocjowanych u kontrahentów (hotele, inne firmy), z zastrzeżeniem poufności. Na rozprawie przystępujący potwierdził stanowisko w przedmiocie zastrzeżenia cen jednostkowych, uzasadniając koniecznością ochrony korzystnych dla siebie wynegocjowanych dostaw. Wskazał, że ceny jednostkowe obrazują metodologię kalkulowania ceny oferty na poszczególne elementy, tzn. szkolenie, zakwaterowanie, żywienie, materiały związane ze szkoleniem.

Izba uznała stanowisko zamawiającego za zasadne, będące skutkiem starannej weryfikacji zastrzeżonych informacji, uwzględniające charakter i specyfikę zamówienia oraz obowiązek chronienia interesów handlowych wykonawców w ramach zaostrzonej konkurencji w oferowaniu usług w tej samej sferze gospodarczej:

- utajnienie informacji, na jakie w ostateczności po ich zweryfikowaniu zdecydował się zamawiający, podyktowane jest faktem ich szczególnej złożoności, choćby przejawiającej się powiązaniem nazw prowadzonych szkoleń z osobami zaangażowanymi w ich wykonanie ze strony wykonawcy (personelem) oraz jednostkami, na rzecz których szkolenia takie były realizowane, wśród których znajdują się podmioty trzecie, które z kolei zobowiązały wykonawcę do poufności informacji. Ujawnienie takich informacji w żądanym przez odwołującego zakresie mogłoby narazić go na odpowiedzialność, a zamawiającego na żądania regresowe ze strony wykonawcy;
- wszelkie okoliczności związane z utajnieniem informacji zawartych w niejawniej części oferty zostały szczegółowo wyjaśnione w treści samej oferty przez WYG Consulting Sp. z o.o. i zamawiający nie znalazł uzasadnienia dla zanegowania ich prawdziwości, komplementarności i spójności;
- przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, na które powołał się odwołujący, również przewidują ograniczenia w dostępie do informacji publicznej ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy. Zatem zamawiający uznał, że zakres ochrony danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jest szeroki, spójny i kompletny w całym systemie prawa;
- tajemnicą przedsiębiorstwa jest nie tylko wiedza i proste informacje handlowe, ale także kwalifikacje, wykształcenie oraz naturalne umiejętności wykonawcy, w tym jego kontakty biznesowe, zaś w niniejszym przypadku - zdolność do realizacji szkoleń o charakterze masowym;
- powszechny charakter informacji zawartych w publicznych i dostępnych ogólnie rejestrach, podlegał ocenie w kontekstowym, złożonym charakterze informacji;
- brak przesłanek do uznania, że informacje zawarte w dostępnych rejestrach nie stanowią w tym przypadku ze względu na specyfikę zamówienia, tajemnicy przedsiębiorstwa;

- każda z ofert złożonych w postępowaniu stanowi w istocie złożoną informację wykazującą zdolność podmiotów biorących w nim udział do wykonania zamówienia o złożonym charakterze. Oferty zawierają zatem szeroko pojęte organizacyjne *know-how* każdego z wykonawców związane z realizacją podobnych zamówień, nie tylko na rynku krajowym, ale także poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i także w ramach współpracy z podmiotami trzecimi;

- bezspornym jest, że charakter zawartych w treści ofert zastrzeżonych informacji stanowi tajemnicę przez ich opracowanie w układzie kontekstowym. Jest to złożona informacja i nawet jeżeli składa się w części z informacji prostych, o ogólnie dostępnym charakterze, to dotarcie do niej jest możliwe wyłącznie w oparciu o dane zawarte w ofertach. Sam ten fakt uzasadnia utajnienie informacji.

Izba uznała, że opis sposobu obliczenia ceny oferty zamieszczony w § 15 SIWZ, nie uzasadnia uznania cen jednostkowych zamieszczonych w formularzu cenowym jako informacji dotyczących ceny, podawanych podczas otwarcia ofert, zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, mimo że stanowią one w konsekwencji elementy kształtujące cenę oferty. Ceny jednostkowe wskazujące poszczególne segmenty zakresu zamówienia mogą prowadzić do identyfikacji kontrahentów oferujących dostawę/usługę niezbędne do realizacji zamówienia (szkolenia, noclegi, materiał szkoleniowy do druku), w sytuacji zastrzeżenia poufności kontaktów.

Zasadnie zostało utrzymane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, dotyczące wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp), ze względu na treść wyjaśnień, odpowiadającą warunkom określonym w art. 11 ust. 4 uznk.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający respektując obowiązek weryfikacji zastrzeżenia dokonanego przez wykonawców na podstawie wykładni wynikającej z przywołanej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 (ustawa Pzp nie zawiera regulacji), ocenił skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w zakresie niezbędnym utrzymał zastrzeżenia, w pozostałym zakresie odtajnił z uwzględnieniem zasady równego traktowania wykonawców. Brak jest podstaw do uznania naruszenia przepisów 96 ust. 3, w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby należy podnieść, że nawet niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu przepisu art. 192 ust.

2 Pzp, wskazującym przesłanki uwzględnienia odwołania, w sytuacji braku zarzutu dotyczącego czynności zamawiającego w zakresie zastrzeżonym. Zatem, zarzut odnośnie czynności nie odtajnienia w całości wykazu osób, dla wyłącznie sprawdzenia poprawności oferty przeciwnika, w sytuacji nie podniesienia zarzutu przeciwko tej poprawności, nie uzasadnia uwzględnienia odwołania.

5. Zarzut podniesiony z ostrożności - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum WYG, pomimo nie złożenia przez konsorcjum WYG wyjaśnień, które można uznać jako wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Prawo żądania wyjaśnień stanowi kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13).

Wobec sprecyzowanego zakresu oczekiwanych wyjaśnień, zamawiający zobowiązany był do oceny wyjaśnień w kontekście okoliczności przykładowo wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach: -wykonawca nie złożył wyjaśnień lub -ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku złożenia wyjaśnień, nie może mieć zastosowanie przepis wskazujący konsekwencje niezłożenia wyjaśnień. Izba nie podziela poglądu, że wyjaśnienia nierozwiewające wątpliwości zamawiającego należy uznać jako niezłożone, powodujące konsekwencje w postaci odrzucenia oferty. Przeczy temu treść art. 90 ust. 3 Pzp oraz właściwa interpretacja przepisu przedstawiona w orzecznictwie, chociażby w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 - *„brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”*, a także kierunek interpretacji przepisów art. 90 Pzp w kontekście postanowień art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, przedstawiony w opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 r. pt. *„Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”*, stanowiący

istotną wskazówkę dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - „Zamawiający może zatem odrzucić ofertę wykonawcy dopiero po uzyskaniu wyjaśnień i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...)

Możliwość wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę została uregulowana w przepisach p.z.p. w sposób jednoznaczny - działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.”

Drugi przypadek odrzucenia oferty wynikający z art. 90 ust. 3 Pzp ma miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają rażąco niską cenę. Potwierdzenie rażąco niskiej ceny, to rzadkie przypadki, gdyż wykonawcy zazwyczaj nie potwierdzają rażąco niskiej ceny, w większości zaprzeczają istnieniu takich okoliczności. Znane potwierdzenia rażąco niskiej ceny, to np. wskazanie ceny oferty jako wyniku błędu, skutkującego niemożnością wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp nie wynika, że wezwany wykonawca ma obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, gdyż przepis ust. 1 art. 90 Pzp nie ustanawia takiego domniemania. Przepis wskazuje wyłącznie uprawnienie zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, którego podstawę stanowią wyłącznie wątpliwości zamawiającego. Ponadto Izba podnosi, że z treści art. 90 ust. 1-3 Pzp nie wynika, że zamawiający zwracając się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie wzywa do załączenia dowodów. Kwestia dowodów pojawia się w ust. 3 przepisu - w toku oceny wyjaśnień. Wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie, że załączenie dowodów, jest jak najbardziej wskazane, jednakże z powodu ich braku nie można formułować zarzutu naruszenia któregośkolwiek z przepisów art. 90 Pzp, brak może stanowić co najwyżej wpływ na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Przepis art. 190 ust. 3 Pzp wymienia przykładowe rodzaje dowodów wskazywane przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, przywoływane dla stwierdzenia faktów, z których wnioskujący wywodzą skutki prawne. Zgodnie z przepisem dowodami są

w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchania stron. W postępowaniu o udzielenie zamówienia na etapie badania i oceny ofert, najbardziej właściwymi dowodami, chociażby ze względu na pisemność postępowania, są dokumenty.

Dokumenty w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego zostały wskazane w przepisach art. 244 i 245. Dokumentami są zarówno -dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowiące dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone, -sporządzone również przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej oraz -dokumenty prywatne stanowiące dowód tego, że osoba, która je podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.

Przyjmując okoliczności definiujące pojęcie dowodu, należy stwierdzić, że dowodem jest dokument pochodzący od wykonawcy, sporządzony zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu i zawierający informacje właściwe dla zakresu prowadzonej działalności.

Na przykładzie wyników kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP należy uznać, że oświadczenie wykonawcy stanowi również dowód w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wystąpił do przystępującego i odwołującego również, podobnie do pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 5 sierpnia 2014 r. - „o złożenie wyjaśnień i dostarczenie dowodów uzasadniających kalkulację zaoferowanej ceny”).

Przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 08.08.2014 r.), załączył kalkulację wykonawcy (koszty bezpośrednie, koszty stałe, założenia, wynik finansowy), przedstawił wybrane porozumienia o współpracy oraz oferty dotyczące przedmiotu zamówienia uzyskane przez poszczególnych uczestników konsorcjum od potencjalnych dostawców.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia uznając: konsorcjum „potwierdziło, że cena oferty jest ofertą rynkową i nic sposób jej uznać za cenę rażąco niską. Na potwierdzenie powyższego konsorcjum przedstawiło szczegółową kalkulację oferty oraz oświadczyło, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty i składniki cenotwórcze związane z realizacją zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Cena obejmuje koszty poniesione w związku z realizacją przedmiotu zamówienia oraz zysk. Kalkulacja szczegółowa została sporządzona

w oparciu o oferty podmiotów, które będą świadczyć usługi na rzecz konsorcjum w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, m.in. usługi hotelarskie, drukarskie, szkoleniowe i konferencyjne, najmu sal szkoleniowych (oferty załączono do wyjaśnień). Konsorcjum również wykazało względy organizacyjne i techniczne, które sprzyjają wykonaniu zamówienia za kwotę określoną w ofercie wykonawcy, w tym metodologia działania, wieloletnie doświadczenie i skala oraz równoległość prowadzonych działań, wykorzystanie w trakcie realizacji zamówienia wykwalifikowanej kadry, dysponowanie urządzeniami wykorzystywanymi w trakcie świadczenia usług.”

Wyjaśnienia zostały przyjęte jako rozwiewające wątpliwości zamawiającego, co do ceny oferty i nie potwierdzające rażąco niskiej ceny. Zamawiający uznał, że konsorcjum złożyło wystarczające wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, których treść i przedłożone dowody potwierdzają, że wykonawcy (członkowie konsorcjum) są zdolni do wykonania zamówienia za zaoferowaną przez siebie cenę.

Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie szczegółową procedurę ustalania wartości zamówienia - na podstawie rozeznania rynku, w tym informacji uzyskanych od podmiotów, które stały się również uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia oraz kalkulacji własnej, mającej na celu urealnienie wartości zamówienia. Średnia rynkowa na podstawie rozeznania rynku została ustalona na kwotę - 21 147 921,97 zł. W celu urealnienia (podejrzanie zawyżenia) uzyskanej wartości rynkowej, zamawiający sporządził własną kalkulację na podstawie jednostkowych cen usług, stosowanych w zawartych z wykonawcami umowach - 12 168 144,00 zł. Uśrednił powyższe wartości uzyskując kwotę - 16 658 032,99 zł. Na realizację zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 12 168 144,00 zł. Ceny wszystkich złożonych ofert (6) były niższe o ponad 20% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego.

Mając na uwadze ustalenie metody, która w sposób najbardziej zobiektywizowany pozwoliłaby ocenić wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający posłużył się cenami ofert wykonawców złożonych w postępowaniu, uznając, że ze względu na konkurencję są one najbardziej zbliżone do cen rynkowych i są porównywalne. Średnią cen ofert - 9 413 319,07 zł przyjął przy ocenie cen ofert, uznając, że kwota ta stanowi faktyczną rynkową wartość zamówienia.

Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez konsorcjum WYG cena 7 687 365,38 zł jest mniejsza jedynie o 18% od realnej wartości rynkowej zamówienia, tj. kwoty 9 413 319,07 zł. W postępowaniu wykonawcy złożyli oferty w trzech przedziałach cenowych: do 8 000 000 zł

(2 oferty), pow. 9 000 0000 zł i poniżej 10 000 000 zł (3 oferty), pow. 11 000 000 zł (jedna oferta). Konsorcjum WYG nie jest jedynym wykonawcą, który złożył ofertę, zakładającą realizację przedmiotu zamówienia za cenę poniżej 8 000 000 zł. Inny wykonawca - Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o. zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 7 941 179,01 zł, wyższą jedynie o 3% od ceny zaoferowanej przez konsorcjum WYG i niższą o 16% od realnej wartości rynkowej przedmiotowego zamówienia, tj. kwoty 9 413 319,07 zł.

Słusznie zamawiający podniósł, że odwołujący zarzucając naruszenie przepisu nakazującego odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie wskazał chociażby minimalnej ceny za jaką możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potencjału przystępującego, w sposób odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego.

Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę - wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, jeden z wcześniejszych wyroków w tym zakresie i ze względu na swą trafność często przywoływany w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych.

Odwołujący, obciążony obowiązkiem udowodnienia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie przedstawił dowodu na tę okoliczność. Nie udowodnił tezy postawionej w odwołaniu, że cena oferty przystępującego jest ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów usługi.

Ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp (odpowiednio art. 6 Kc) obciąża stronę, czy uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Cena oferty przystępującego jest niższa od realnej wartości rynkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego, niższa też od ceny oferty odwołującego, nie dowodzi to jednak, że cena jest rażąco niska. Nie zostały potwierdzone okoliczności wypełniające przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

II. Odnośnie zarzutów przedstawionych wobec odwołującego, Izba ustaliła i zważyła.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania oraz przez uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo wykazania spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do takiego uznania.

2. Zarzut podniesiony z ostrożności - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnionego wykazu osób.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 13 sierpnia 2014 r. (treść pisma odnosi się do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia m.in. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

(...) Uzupełnienie miało dotyczyć:

- Koordynatora ds. szkoleń nr 2 - uzupełnienie wykazu osób o prawidłową liczbę zrekrutowanych i przeszkolonych uczestników szkoleń, lub o uwzględnienie (zaznaczenie) w dotychczasowej liczbie przeszkolonych, trybu szkoleń trzydniowego i dłuższego (w wykazie załączonym do oferty wskazano szkolenia wyłącznie stacjonarne dwudniowe);
- w zakresie szkolenia nr 1 (Koordynatorzy ds. szkoleń) (...) potwierdzenia, że zrekrutowanie i przeszkolenie wskazanych liczbowo osób odbyło się w ramach jednej umowy/decyzji;
- potwierdzenia, że szkolenia na rzecz (...) odbyły się w ramach jednej umowy/decyzji.

Odwołujący złożył uzupełnienie m.in. wykaz osób (wykaz osób z dnia 18 sierpnia, wyjaśnienia z dnia 19 sierpnia 2014 r.), wskazujące odpowiednio, że:

- potwierdził liczbę osób przeszkolonych oraz usunął skreślenie dotyczące braku faktu realizacji tych szkoleń w trybie stacjonarnym trzydniowym i dłuższym, gdyż szkolenia były realizowane w trybie dwudniowym i czterodniowym (w uzupełnieniu - załącznik nr 4 do SIWZ- wskazał szkolenia stacjonarne dwudniowe/stacjonarne trzydniowe i dłuższe);
- wprowadził opis potwierdzający, że szkolenia zostały zrealizowane w ramach jednej umowy/decyzji;
- wprowadził opis potwierdzający, że szkolenia na rzecz (...) odbyły się w ramach jednej umowy/decyzji.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą (pismo z 5 września 2014 r.), podając: „Wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia. Oferta Wykonawcy została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Z załączonego do oferty wykazu osób w zakresie Koordynatora ds. szkoleń nr 2 wynika, że w wykazanym szkoleniu nr 2 Wykonawca wykazał liczbę przeszkolonych osób w trybie szkoleń stacjonarnych dwudniowych (bez szkoleń trzydniowych i dłuższych). Natomiast z wycień Zamawiającego wynika, że jest to liczba przeszkolonych w ramach szkoleń dwudniowych oraz trzydniowych i dłuższych. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób o prawidłową liczbę zrekrutowanych i przeszkolonych uczestników szkoleń dwudniowych, lub o uwzględnienie (zaznaczenie) w dotychczasowej liczbie przeszkolonych, trybu szkoleń trzydniowego i dłuższego.

Ponadto w zakresie szkolenia nr 1 (Koordynatorzy ds. szkoleń) oraz w zakresie szkoleń realizowanych na rzecz Zamawiającego Wykonawca nie wskazał, że wskazane w przedmiotowych szkoleniach liczby osób zostały zrekrutowane i przeszkolone w ramach jednej umowy/decyzji. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób o te informacje.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył uzupełniony wykaz osób, który został opatrzony datą 18.08.2014 r., tj. datą przypadającą po terminie składania ofert. Brak jest przy tym jakiegokolwiek dodatkowej informacji Wykonawcy, że dokument ten został opatrzony datą bieżącą lecz potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert tj. 05.08.2014 r. W konsekwencji oznacza to, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie zostało potwierdzone na dzień składania ofert, tj. 05.08.2014 r. Wobec powyższego Zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy."

W odwołaniu odwołujący podał, że wykluczenie z postępowania wraz z uznaniem oferty za odrzuconą nastąpiło na skutek daty pisma uzupełniającego - 18 sierpnia 2014 r., w sytuacji, gdy termin składania ofert upłynął w dniu 5 sierpnia 2014 r.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że odwołujący uzupełnił wykaz wg. wezwania, z tym, że nie potwierdził spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami na dzień 05.08.2014 r. Stwierdził, że gdyby odwołujący w uzupełnionym wykazie obok informacji, że przeszkolenia zostały wykonane w ramach jednej umowy oświadczył, że warunek został spełniony na dzień upływu terminu składania ofert, to zamawiający uznałby spełnianie przez odwołującego tego warunku (protokół z posiedzenia i rozprawy).

Izba podnosi, że ocena czynności zamawiającego zakwestionowanych w odwołaniu dokonywana jest na podstawie dowodów potwierdzających te czynności. Stąd ocena zarzutów dotyczących czynności i zaniechania wobec odwołującego i jego oferty, dokonywana jest na podstawie: wezwania zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2014 r. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń - pkt I. 4 a, b, c; wyjaśnień i uzupełnienia odwołującego (z 18 i 19 sierpnia 2014 r.) oraz zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą - pismo z dnia 5 września 2014 r. pkt III. 5.

Z analizy przedstawionych dokumentów i z postępowania dowodowego przeprowadzonego na rozprawie wynika, że zamawiający zastosował uzupełnianie dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący uzupełnił dokumenty i oświadczenia zgodnie z wezwaniem. Wątpliwości zamawiającego co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - zgodnego z uzupełnionym wykazem i opisem - na dzień upływu terminu składania ofert, wynikały stąd, że w piśmie zabrakło oświadczenia, że doświadczenie osób było takie same na dzień upływu terminu składania ofert. Zamawiający wskazał tytułem wyjaśnienia tej kwestii, że od dnia 5 do 18 sierpnia 2014 r. mogły trwać szkolenia i mogło nastąpić faktyczne uzupełnienie ilości przeszkolonych osób w ramach jednej umowy/decyzji. Izba uznała, że teoretycznie taka sytuacja może mieć miejsce, jednak jest nierealna.

Izba wskazuje, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zostały wprowadzone w celu wyeliminowania sytuacji, gdy braki lub błędy oświadczeń lub dokumentów były przyczyną wykluczania wykonawców z postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi - „*zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*”

Z kolei przepis art. 26 ust. 4 Pzp stanowi - „*zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*”

W przeciwieństwie do jednokrotności procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, wezwanie na podstawie ust. 4 tego artykułu może dotyczyć wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów, zarówno pierwotnych (złożonych wraz z ofertą), jak też złożonych na wezwanie zamawiającego, w orzecznictwie dopuszcza się wielokrotność wezwania.

Zważywszy na fakt, że zamawiający jest zobowiązany do ścisłego stosowania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednocześnie nie może dokonać weryfikacji wykonawcy mając w tym zakresie wątpliwości, w przedstawionym stanie faktycznym, był zobowiązany zastosować tryb wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Mimo zasadności zarzutu naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, w zw. z art. 24 ust. 4, w zw. z art. 26 ust. 4 i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, uznanie to nie stanowi podstawy uwzględnienia odwołania, wobec treści art. 192 ust. 2 Pzp - *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Wobec niepotwierdzenia naruszenia pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu, w tym uzasadniających powtórzenie czynności badania i oceny oferty wybranej, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: