

WYROK
z dnia 13 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: T.W. S. A. z siedzibą w J.**

przy udziale **wykonawcy: P.B.E.E.K. S. A. z siedzibą w K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - b) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: T.W. S. A. z siedzibą w J.** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – T.W. S. A. z siedzibą w J. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji układu wprowadzenia energii elektrycznej (linia blokowa 2x400 kV) w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S. A. – budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S. A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w J.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 19 maja 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 maja 2016 r. pod numerem 2016/S 098-176235.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwani dalej również: „Odwołującym”) w dniu 30 grudnia 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy P.B.E.E.K. S. A. z siedzibą w K..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp;
- naruszenie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.B.E. E. w K. Sp. z o.o. (dalej E.) ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących:

- a) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

- b) posiadania wiedzy i doświadczenia ze względu na brak potwierdzenia, iż:

wykonawca będzie dysponował zasobami innego podmiotu w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo, że złożone

przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

a. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty E., która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie;

b. poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu lub uznanych za odrzucone.

Art. 8 ust 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy E.;
2. powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
3. odrzucenie oferty E. jako oferty zawierające rażąco niską cenę
4. wykluczenie E. z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2016 r. wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy P.B.E.E.K. S. A. z siedzibą w K..

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy P.B.E.E.K. S. A. z siedzibą w K. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 grudnia 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca P.B.E.E.K. S. A. z siedzibą w K..

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy P.B.E.E.K. S. A. z siedzibą w K. (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji układu wprowadzenia energii elektrycznej (linia blokowa 2x400 kV) w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S. A. – budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S. A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w J.”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/55/.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2016 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponadto dokonał ponownego badania i oceny ofert, a następnie pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Pismo z dnia 1 grudnia 2016 r. oraz Wezwanie Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2016 r./.

Przystępujący pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień oraz zastrzegł przedstawione informacje, wyjaśnienia oraz dowody jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 5 grudnia 2016 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2016 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy P.B.E. E. Katowice S. A. z siedzibą w K.

/dokumentacja postępowania: Rozstrzygnięcie postępowania z dnia 21 grudnia 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie w dniu 30 grudnia 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I-B. S. A. oraz E. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie z dnia 30 grudnia 2016 r. /.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 11 stycznia 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (co do złożonego przez niego zobowiązania) - jest niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Zamawiający w dniu 3 października 2016 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający w wezwaniu wyraźnie wskazał, że w pierwotnie złożonym zobowiązaniu nie wykazano zasobu w postaci potencjału osobowego, na jaki wykonawca się powołuje. Zatem Zamawiający wzywając wykonawcę miał wątpliwość co do treści tego zobowiązania – w określonym jego zakresie - i w tak postawionym żądaniu wykonawca uzupełnił zobowiązanie w dniu 12 października 2016 r. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego uzupełnienia zobowiązania Izba przychyliła się do w pełni do argumentacji przedstawionej przez Przystępującego. W ocenie Izby zobowiązanie, które zostało uzupełnione wskazuje na zakres zasobów udostępnianych wykonawcy, wiedzę i doświadczenie oraz zasoby kadrowe, wskazując konkretnie o jakie zasoby chodzi. Z zobowiązania tego wynika, iż podmiot udostępniający udostępnia zasoby kadrowe w tym konkretnym postępowaniu mając świadomość, że wskazane osoby spełniają warunki postawione przez Zamawiającego. Ponadto nie ulega wątpliwości, że wskazane osoby mają przypisaną konkretną funkcję – rolę - którą pełnią co jest zgodne z wykazem i informacjami tam zawartymi. Wskazany jest też stosunek łączący podmiot udostępniający z wykonawcą – umowa cywilno-prawna – oraz czas udostępnienia zasobów. Izba zgodziła się z argumentacją przedstawioną przez Przystępującego, że analizując złożone zobowiązanie

należy brać pod uwagę kontekst – treść – innych dokumentów. Przede wszystkim zgodnie z oświadczeniem złożonym w pkt 15 formularza ofertowego zakres udostępnianych zasobów to prace projektowe. W ocenie Izby niniejsze oświadczenie wraz z zobowiązaniem rozwiewa wszelkie wątpliwości stawiane przez Odwołującego wobec treści przedstawionych dokumentów. Ponadto osoby wskazane w zobowiązaniu wskazane zostały również jednocześnie w wykazie – wskazano dokładnie branżę projektanta i jego uprawnienia. Dodatkowo zgodzić należy się z Zamawiającym, że stwierdzenie „potencjał techniczny” w świetle wszystkich okoliczności, stwierdzeń i oświadczeń należało rozumieć jako doświadczenie, wiedzę oraz potencjał kadrowy udostępniającego. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że nie miał on w takim wypadku – obowiązku żądania np. zawartych umów cywilnoprawnych, gdyż powyższe udostępnienie, jego realność powinna być wykazana zobowiązaniem – które zostało przez wykonawcę złożone. W ocenie Izby zakres zobowiązania można jak najbardziej wyczytać z jego treści – i wynika z niego, że udostępniane zasoby to projektanci, co niewątpliwie jest zgodne i spójne z oświadczeniem złożonym w pkt 15 formularza ofertowego, określającego zakres udostępnienia – t.j. prace projektowe. Zgodzić należy się z Odwołującym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego musi być jasne, czytelne, realne i wskazywać zakres i sposób udostępnienia, ale z drugiej strony nie może być tak dalece sformalizowane i szczegółowe jak żąda tego Odwołujący, gdyż żądanie przedłożenia umów cywilnoprawnych byłoby w świetle ustawy Pzp zbyt daleko idące. Zamawiający nie może żądać dokumentów poza wymagane ustawą Pzp – zobowiązanie. Może on żądać dokumenty o określonej treści nie wychodząc poza zakres wyznaczony ustawą Pzp. Dodatkowo wątpliwości Odwołującego – co do złożonego zobowiązania przez Przystępującego – nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zatem – w ocenie Izby - mając na względzie niniejszą argumentację - w tym stanie faktycznym - należało postawiony przez Odwołującego zarzut uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – a dokładniej zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - co do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – również niniejszy zarzut należało uznać za niezasadny. W ocenie Izby Przystępujący wykazał Zamawiającemu zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazano spełnienie wszystkich koniecznych przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Przystępujący wraz z złożonymi wyjaśnieniami wykazał, że przedstawione przez niego informacje mają wartość gospodarczą – wskazano odpowiednie czynniki, szczegółowe wyliczenia oszczędności mających charakter strategii cenowej w ofercie, źródła obniżenia kosztów własnych jak i dostaw, ceny materiałów, usługi podwykonawców. W ocenie Izby zaoferowana cena, jak

również tożsamość podmiotów – kontrahentów, warunki handlowe jak najbardziej mają wartość gospodarczą, handlową dla wykonawcy i mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważenia wymaga, że Przystępujący powołał się na te okoliczności, wskazał je konkretnie i niewątpliwie zawarte zostały one w jego wyjaśnieniach.

Co do następnej przesłanki – że informacje zastrzeżone nie mogą być wcześniej ujawniane do wiadomości publicznej, również w ocenie Izby ta przesłanka została przez Przystępującego wykazana. Informacje wskazane przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2016 r. (w drugich wyjaśnieniach) nie zostały wcześniej ujawnione, drugie ze złożonych wyjaśnień były nowymi wyjaśnieniami wobec wezwania Zamawiającego – wezwania uszczegółowionego w dniu 5 grudnia 2016 r. Przystępujący zawarł w tych wyjaśnieniach nowe informacje oraz złożył na tę okoliczność – wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska – dowody. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że drugie z wyjaśnień wykonawcy (z dnia 5 grudnia 2016 r.) – udzielone wobec wezwania Zamawiającego – zawierające nowe okoliczności, dowody mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa nawet gdy pierwsze z wyjaśnień takich przesłanek nie spełniało, gdyż ponowne wyjaśnienia - nie pokrywając się w swej treści i dowodach z poprzednimi wyjaśnieniami - mogą – w przeciwieństwie do pierwszych – zawierać nowe okoliczności, informacje spełniające przesłanki zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że badanie czy wykonawca wykazał przesłanki skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień należy badać w każdej sprawie indywidualnie – w zależności od okoliczności towarzyszących. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że nie można z automatu przyjmować, że skoro pierwsze wyjaśnienia takich informacji nie zawierały, to drugie z pewnością takich informacji również nie będą zawierać. Zamawiający przyjmując taki automatyzm narażony byłby na odpowiedzialność odszkodowawczą, wobec odtajnienia – oczywiście niezasadnego – informacji i dokumentów, które takie przesłanki – skuteczności zastrzeżenia – spełniają. Dodatkowo spełniona została również przesłanka podjęcia przez wykonawcę (oraz jego kontrahentów) niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Ze złożonych dowodów wyraźnie wynika, że informacje te nie powinny być udostępniane osobom trzecim oraz mają charakter poufny. W ocenie Izby Odwołujący nie sprecyzował dlaczego i w jaki sposób nie wykazano skuteczności zastrzeżenia informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego należało uznać zarzut Odwołującego – w przedmiocie nie wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny – w ocenie Izby Przystępujący złożonymi wyjaśnieniami wykazał że zaoferowana przez niego cena nie jest

rażąco niska. Wobec tego, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Izba odniosła się do zarzutów Odwołującego w taki sposób, aby tej tajemnicy nie naruszyć. W ocenie Izby Przystępujący wykazał realność wykonania zamówienia za wskazaną cenę, przedstawił odpowiednie kalkulacje dotyczące m. in. fundamentów, odniósł się do miejsca realizacji zamówienia, sposobu realizacji oraz przedstawił stosowne dowody – oferty swoich kontrahentów, które potwierdziły realność zaoferowanej ceny. W ocenie Izby wobec złożonych wyjaśnień i informacji zawartych m. in. na str. 2-3, 4, 7 należało uznać – również wobec złożonych dowodów – że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

.....