

Sygn. akt: KIO 2479/20

**WYROK**  
z dnia 23 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2020 r. przez wykonawcę InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie odwołania: Gardenia Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Garapena Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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: .....**

Sygn. akt: KIO 2479/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa zadaszenia boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej i infrastruktury towarzyszącej na terenie Kompleksu Sportowego przy alei Mireckiego 31 w Sosnowcu”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 lipca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 567551-N-2020.

I. W dniu 29 września 2020 r. wykonawca InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gardenia Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Garapena Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej także jako „Konsorcjum Gardenia Sport”) oraz zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty Konsorcjum Gardenia Sport, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum Gardenia Sport i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum Gardenia Sport i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdziły złożone wyjaśnienia.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o której poinformowano w dniu 24 września 2020 r.,
- 2) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum Gardenia Sport jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty, w której cena ma charakter rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie podniesionych zarzutów odwołujący nie przedstawił żadnych twierdzeń dotyczących okoliczności faktycznych, które w ocenie odwołującego miałyby potwierdzać zasadność postawionych zarzutów. Odwołujący jedynie wskazał, że zarówno dokumenty złożone przez Konsorcjum Gardenia Sport na potwierdzenia zgodności oferowanego

świadczenia z wymaganiami zamawiającego co do przedmiotu zamówienia jak i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały przez Konsorcjum zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wyjaśnił, że ze względu na to, że na niezasadne uznanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów konkurencyjnemu wykonawcy nie przysługuje odwołanie w postępowaniu, którego wartość zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, skorzystał w uprawnienia przewidzianego w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, przekazując zamawiającemu informację o podjętych przez niego czynnościach niezgodnych z przepisami ustawy. Odwołujący wskazał, że po udzieleniu odpowiedzi przez zamawiającego uszczegółowi postawione w odwołaniu zarzuty.

W dniu 23 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynęło dodatkowe pismo odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 23 listopada 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 2 października 2020 r. Konsorcjum Gardenia Sport zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie Konsorcjum Gardenia Sport przedstawiło w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 23 listopada 2020 r.

### **Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast pod pojęciem zarzutu odwołania rozumie się nie tylko wskazaną podstawę prawną, lecz przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne, które w ocenie odwołującego wskazują na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*” Tego rodzaju okoliczności nie zostały w odwołaniu w ogóle przedstawione – tak w odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, jak i niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym brak było w odwołaniu zarzutów, które podlegałyby rozpoznaniu przed Izbą. W konsekwencji powyższego nie podlegały ocenie Izby również dowody, przedstawione przez odwołującego na późniejszym etapie postępowania odwoławczego.

Nie zmienia powyższego stanowiska podnoszona przez odwołującego okoliczność braku możliwości zaskarżenia zaniechania udostępnienia mu dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Gardenia Sport jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z prowadzeniem postępowania na podstawie przepisów właściwych dla zamówienia, którego wartość nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Takiego wyjątku od wskazanej powyżej zasady orzekania przez Izbę wyłącznie o zarzutach, które były zawarte w odwołaniu, nie przewidują bowiem przepisy ustawy Pzp. W odniesieniu do tych dokumentów odwołujący skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Na informację przekazaną przez odwołującego w tym trybie zamawiający winien odpowiedzieć, jednakże zarówno odpowiedź negatywna jak i brak odpowiedzi nie może zmienić zakresu kognicji Izby.

Mając na uwadze powyższe Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego, zawartego w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 23 listopada 2020 r., o udostępnienie odwołującemu do wglądu w toku rozprawy dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Gardenia Sport jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wskazywał sam odwołujący, w postępowaniu, którego wartość zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na uznaniu skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie udostępnienia zastrzeżonych dokumentów konkurencyjnemu wykonawcy – art. 180 ust. 2 ustawy Pzp *a contrario*. Uwzględnienie wniosku odwołującego oznaczałoby rozpoznanie przez Izbę zarzutów, które nie podlegają zaskarżeniu poprzez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Stanowiłoby zatem naruszenie przez Izbę przepisów ustawy Pzp, tym bardziej, że rozpoznanie tych zarzutów miałyby miejsce w drodze czynności faktycznej, a nie wydania przez Izbę orzeczenia.

W odniesieniu do poruszonej przez odwołującego kwestii zasad rozkładu ciężaru dowodu w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny należy podkreślić, że istotnie zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednakże przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy w odwołaniu zostały przedstawione w tym zakresie konkretne i precyzyjne twierdzenia, które następnie zostały w sposób wystarczający wykazane przedstawionymi przez odwołującego dowodami. Tym bardziej zatem ww. przepis nie mógł mieć zastosowania w sytuacji braku skonkretyzowania zarzutów w treści złożonego odwołania.

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

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....