**Sygn. akt: KIO 1901/15**
**Sygn. akt: KIO 1922/15**

**WYROK**
**z dnia 16 września 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**
**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2015 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach:

A. 31 września 2015 roku przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**

B. 3 września 2015 roku przez wykonawcę **Budimex S.A z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie**

**przy udziale:**

A. wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1901/15 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1922/15 po stronie zamawiającego.



---

**orzeka:**

1. oddala oba odwołania
2. Kosztami postępowania obciąża:

A. **Odwołującego Warbud S.A. w Warszawie** w sprawie o sygn. akt KIO 1901/15 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 . zasądza od Odwołującego **Warbud S.A. w Warszawie** na rzecz Zamawiającego **Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. **Odwołującego Budimex S.A. w Warszawie** w sprawie o sygn. akt KIO 1922/15 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie.**

**Przewodniczący: ……..**



---

**Sygn. akt KIO 1901/15**
**KIO 1922/15**

**UZASADNIENIE**

Sygn. akt KIO 1901/15

Dnia 31 sierpnia 2015 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej jako „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący" lub „Warbud".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Budowę nowego budynku szpitala z przeznaczeniem na centralny blok operacyjny z zapleczem, oddziałami szpitalnymi i lądowiskiem dla* śmigłowców *– zadanie nr 91438 i nadbudowa budynku głównego szpitala wraz ze zmianą konstrukcji dachu – zadanie nr 91194w Lublinie"* prowadzi Zamawiający: Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie, w imieniu którego działa Inwestor Zastępczy - konsorcjum spółek: Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k. oraz Hill International sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 czerwca 2015 r., pod numerem; 2015/S 118-212729. SIWZ została umieszczona na stronie internetowej Pełnomocnika Zamawiającego: http://portico.com.pl/.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. z dnia 26 czerwca 2003 r.; Dz.U. Nr 153, poz. 1503 - dalej „uznk") poprzez zaniechanie ujawnienia części oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Budimex", mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex, mimo iż zaoferowane przez niego wyroby medyczne nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych postanowieniami SIWZ;
3. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo iż zaoferowana przez Budimex cena budzi wątpliwości, co do jej wysokości i zawiera rażąco niską cenę;



4. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Budimex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
• ujawnienia w ofercie Budimex: oświadczenia dotyczącego wyrobów medycznych (Załącznik nr 11 do SIWZ) wraz z dołączonymi certyfikatami i deklaracjami zgodności;
• Formularza asortymentowo-cenowego wyrobów medycznych (Załącznik nr 12 do SIWZ w zakresie kolumn „Nazwa", „Producent/model" oraz „Ilość");
• Arkusza Informacji Technicznej wyrobów medycznych (Załącznik nr 13 do SIWZ) wraz z dołączonymi materiałami producenta, dokumentacją techniczną potwierdzającą oferowane parametry;
3. odrzucenia oferty Budimex ze względu na niezgodność zaoferowanych wyrobów medycznych z treścią SIWZ;
4. wezwania Budimex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a następnie odrzucenia oferty Budimex ze względu na to, iż zawiera rażąco niską cenę;
5. w przypadku nie uwzględnienia zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy Budimex: wezwanie Budimex w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zaś w przypadku ich nieuzupełnienia lub nieprawidłowego uzupełnienia - wykluczenie Budimex z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp;
6. dokonania wyboru oferty Warbud jako najkorzystniejszej.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał via fax w dniu 24 sierpnia 2015 r., natomiast w dniu 26 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na wniosek Odwołującego dotyczący informacji zastrzeżonych w ofercie Budimex jako

tajemnica przedsiębiorstwa i poinformował o dokumentach podlegających odtajnieniu. Odwołanie zostaje zatem wniesione z zachowaniem terminu ustawowego 10 dni. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i został sklasyfikowany na pozycji drugiej w rankingu ofert podlegających ocenie punktowej. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, uniemożliwia Odwołującemu wybór jego oferty



jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym, naraża go na poniesienie szkody polegającej na nie uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Również zaniechanie ujawnienia całej treści oferty Budimex uniemożliwia Odwołującemu weryfikację poprawności działania Zamawiającego i pełnego skorzystania w zakresie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Odwołujący może zatem ponieść szkodę, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp nie uzyska zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo uznał za zasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Budimex:

• oświadczenia dotyczącego wyrobów medycznych (Załącznik nr 11 do SIWZ) wraz z dołączonymi certyfikatami i deklaracjami zgodności;
• Formularza asortymentowo-cenowego wyrobów medycznych (Załącznik nr 12 do SIWZ w zakresie kolumn „Nazwa", „Producent/model" oraz „Ilość");
• Arkusza Informacji Technicznej wyrobów medycznych (Załącznik nr 13 do SIWZ) wraz z dołączonymi materiałami producenta, dokumentacją techniczną potwierdzającą oferowane parametry.

Wyżej wymienione informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również Budimex nie wykazał spełnienia przesłanek uprawniających zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk do przyznania im takiego charakteru.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W myśl art. 11 ust. 4 ustawy 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy



przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż dana informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający obowiązany jest do rzetelnego zweryfikowania czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje rzeczywiście spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05).

Na ochronę nie zasługują te informacje, które są publicznie dostępne lub powszechnie znane, jak również - nie stanowią o przewadze konkurencyjnej Budimex ani nie przedstawiają wartości gospodarczej. Podkreślić należy, iż nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu, jedynie ze względu na fakt, iż niektóre zawarte w nim informacje potencjalnie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie. W taki również sposób, Zamawiający powinien badać zasadność dokonanego zastrzeżenia w kontekście art. 11 ust. 4 uznk (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 59/15).

Informacje dotyczące oznaczenia, producenta, ilości i parametrów wyrobów medycznych, ujawnione w nieprawidłowo zastrzeżonych przez Budimex dokumentach, nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia ze sprzętem dedykowanym czy też rozwiązaniami specjalnie wypracowanymi dla Zamawiającego. Oferowane wyroby mają charakter standardowy, a ich parametry są powszechnie dostępne i nie przedstawiają dla wykonawcy wartości gospodarczej, gdyż po pierwsze - są to informacje publikowane i udzielane powszechnie przez producentów i dystrybutorów, jak również, to nie wykonawca jest ich producentem, a tym samym - dysponentem jakichkolwiek potencjalnych informacji technicznych lub technologicznych o właściwościach oferowanych wyrobów, które mogłyby nie być powszechnie dostępne. Budimex nie wykazał, poza własnymi ogólnymi deklaracjami, spełnienia wszystkich przesłanek wymaganych w celu wyłączenia obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasady jawności.



---

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie wskazuje się, że obowiązek wykazania, że informacje, na których - ujawnienie nie wyraził zgody wykonawca - spełniają wszystkie ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa - obciąża tego wykonawcę. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Budimex S.A. nie udowodnił, ale nawet uprawdopodobnił, że nazwy handlowe i nazwy producentów oferowanych wyrobów medycznych stanowią tajemnicę jej przedsiębiorstwa. Podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi już w samej ofercie uzasadnić wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert. W zasadzie dane i informacje, których ujawnienia domaga się Odwołujący gromadzone są bazie danych prowadzonej przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych i do danych tych oraz informacji, w myśl przepisu art. 91 pkt 1 ustawy o wyrobach medycznych, ma dostęp każdy zainteresowany w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Na identycznych zasadach każdy zainteresowany ma dostęp do danych i informacji zamieszczonych w certyfikatach zgodności, które zostały załączone w trakcie dokonywania zgłoszenia wyrobu medycznego (art. 91 pkt 3 ustawy o wyrobach medycznych). Zatem nie może zostać uznana za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa informacja, która funkcjonuje już w powszechnej świadomości, a zatem dostęp do niej z samej istoty nie może być limitowany (również ze względów czysto faktycznych i technicznych).

Uwagi co do powszechnej wiedzy o nazwie handlowej występującego w obrocie produktu zachowują swoją pełną aktualność również w odniesieniu do informacji o nazwie producenta takiego produktu. Zgodnie z przepisem art. 13 ust. 2 ustawy o wyrobach medycznych "Nazwę i adres wytwórcy podaje się w oznakowaniu wyrobu i w jego instrukcji używania, a nazwę i adres autoryzowanego przedstawiciela podaje się w oznakowaniu wyrobu lub w jego instrukcji używania". Skoro istnieje ustawowy obowiązek podania danych, o udostępnienie, których wystąpił Odwołujący (nazwa wytwórcy), dane te umieszczane są

w oznakowaniu wyrobu i instrukcji jego używania, to w żadnym wypadku informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Poprzez wprowadzenie wyrobu do obrotu dane te stały się informacjami powszechnie dostępnymi. Są to zatem z całą pewnością dane udostępnione do wiadomości publicznej. Dane te z oczywistych zatem względów nie mogą być utajnione, bowiem nie spełniają przesłanek potraktowania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy znku (tj. co najmniej przesłanki



nieujawnienia do wiadomości publicznej). Ponadto trudno przyjąć, że dane te mają charakter informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej informacji posiadającej wartość gospodarczą. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Sama wiedza o tym, jakie produkty spełniają wymagania SIWZ, jeśli równocześnie nie wiąże się to z opracowywaniem produktów specjalnie na potrzeby danego postępowania, lecz bazuje na standardowych, istniejących i dostępnych na rynku nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (tak: wyrok KIO 1172/11).

Jak wskazano powyżej, Budimex S.A. nie jest wytwórcą oferowanych wyrobów medycznych, ale oferuje wyroby wytwarzane przez inne firmy, które z kolei informacje o swojej ofercie asortymentowej upowszechniają chociażby w sieci Internet, czy też w swoich folderach, podczas targów, konferencji.

Lista wymaganego wyposażenia i wymagania, co do posiadanych parametrów została przygotowana przez Zamawiającego, zatem w żaden sposób nie odzwierciedla know-how wykonawcy, który potwierdzał jedynie - za pomocą wypełnionych formularzy i dołączonych materiałów, spełnienie jawnych i wspólnych dla wszystkich wykonawców wymagań SIWZ (tak m.in. wyrok KIO z 14.01.2011, sygn. akt KIO 2817/10).

Ponadto, nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia/liczby - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Zatem Budimex, podkreślając w oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, iż ochronie podlegają warunki handlowe wiążące go z kontrahentem, powoływać się może na tę okoliczność, tylko w odniesieniu do zaoferowanych cen jednostkowych. Sam asortyment wyrobów, ich producenci i parametry, bez powiązania ich z cenami lub jakimikolwiek innymi warunkami handlowymi uzyskanymi od dostawcy, nie ujawniają żadnych informacji, które mogłyby świadczyć o przewadze konkurencyjnej Budimex. Informacje zawarte we wskazanych Załącznikach, których odtajnienia domaga się Odwołujący (a więc, z wyłączeniem cen jednostkowych podanych w Załączniku nr 12 do SIWZ), nie ujawniają rynków zbytu czy też zaopatrzenia (informacja o producencie wyrobu nie determinuje, w jaki sposób pozyskuje go wykonawca) ani żadnych warunków umowy wiążącej Budimex z dostawcą wyrobów.

Informacja o oferowanym wyrobie i jego producencie podlegać będzie, siłą rzeczy, ujawnieniu na etapie po zawarciu umowy i jej realizacji, zatem informacje stracą swój przymiot poufności. Objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, wymaga wykazania, iż informacje mają charakter unikalny i poufny, przy czym cechy te nie mogą być jedynie tymczasowe, okazjonalnie przyznawane danym informacjom, ale celem przedsiębiorcy jest



utrzymanie ich poufności ze względu na przewagę konkurencyjną, którą mają gwarantować. Natomiast, przesłanką uzasadniającą wartość gospodarczą informacji dotyczących oferowanych wyrobów medycznych, nie może być fakt, iż ich utajnienie utrudnia konkurentom weryfikację zgodności proponowanych rozwiązań z treścią SIWZ - ta okoliczność nie mieści się w ramach przewagi konkurencyjnej, która podlega ochronie zgodnie z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z udostępnionych Odwołującemu dokumentów - uzasadnienia objęcia tajemnicą wyjaśnień „Oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa” - wynika, iż Budimex nie wykazał zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów i informacji, co do których zadeklarował, iż nie podlegają one udostępnieniu podmiotom trzecim. Zatem uznanie przez Zamawiającego zasadności dokonanego zastrzeżenia we wskazanym w petitum odwołania zakresie i odmowa udostępnienia tej

części treści oferty Budimex Odwołującemu, były nieprawidłowe.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego

Jakkolwiek, możliwość postawienia zarzutów w zakresie niezgodności oferty Budimex z treścią SIWZ została istotnie utrudniona przez brak ujawnienia Odwołującemu informacji o oferowanych przez Budimex wyrobach medycznych, to wiedza rynkowa Odwołującego oraz działanie z należytą ostrożnością (ze względu na niejednolitość linii orzeczniczej KIO w zakresie terminu na stawianie zarzutów wobec treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), pozwala na wskazanie, iż oferta Budimex w zakresie oferowanych wyrobów medycznych nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Oferowane przez Budimex wyroby medyczne, zgodnie z przypuszczeniami Odwołującego nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, w zakresie, w jakim Budimex oferuje wskazane w tabeli rozwiązania (porównanie parametrów urządzeń w stosunku do minimalnych wymagań Zamawiającego, zgodnie z formą przyjętą w Załączniku nr 13 do SIWZ):

| Asortyment, lp. | Opis parametru (zgodnie z Załącznikiem nr 13) | Producent (Dystrybutor)/ Parametr oferowany (wg oferowany producenta) | Spełnienie wymogu wg SIWZ |
|---|---|---|---|
| a. Zasięg | lub 1800 NIE Kolumna Kolumna Kendromed/ mm chirurgiczna, dwuramienna o Kendroport (800mm+1000mm) lp.5 zasięgu min. lub 2200mm 1900mm +/-40 (1200mm mm licząc w +1000mm) lub osiach ramion. 1600 (600mm + Głowica o długości 1000mm) min. 1200mm wszystkie poza | | |



| | | | SIWZ |
|---|---|---|---|
| b. Lampa operacyjna | Min. Czasza Simeon Nie posiada NIE z główna (Kendromed)/ dwuczaszowa kamerą i HD w Sim.LED wyposażona pod 7000MC zawieszeniem automatyczny monitor, lp. 32 system korekcji cieni oparty o sensory, automatycznie włączające segment diod zasłaniany przez głowę operatora i przenoszący natężenie światła na pozostałe niezasłonięte lub segmenty tę spełniający funkcję samą sterowany (programowany – min. 4 programy) ręcznie przy pomocy manipulatora zlokalizowanego na czaszy lampy ze sterylizowaną nakładką | | |
| c. Kolumna | Winda na aparat anestezjologiczna z do podwójnego | MZ Liberec/ Winda bez 0K07-28 | NIE |

windą, lp. 15 znieczulenia z systemu czujników
min.
podwójnym
systemem
czujników
zabezpieczających
przed
niewłaściwym
podjęciem aparatu
do znieczulenia.
Wysokość
urządzenia min.



400 mm.

d. Lampa LED, lp. 21 Regulacja Drager/ Stała temperatura NIE
temperatury Polaris 5xx/7xx barwowa 4600K
barwowej w min. 3
krokach w
zakresie min:
4000K-5000K lub
obustronnie
większym

e. Lampa operacyjna Minimalna Infimed/OL-01 180 mm NIE
z na ramieniem średnica pola
monitor operacyjnego
d10:nie mniej niż podglądowy, lp. 17
200 mm (mierzone
w odległości 1 m
od pola
operacyjnego)

f. Lampa operacyjna Minimalna Mindray 180 mm NIE
z na ramieniem średnica pola (Biameditek)
operacyjnego /HyLED 9 monitor podglądowy
i na d10:nie mniej niż kamerą
200 mm (mierzone ramieniu
w odległości 1 m dodatkowym, lp. 17
od pola
operacyjnego)

g. Sufitowa jednostka Głowica kolumny Mindray Głowica kolumny NIE
zasilająca wysokości min. (Biameditek)/ wysokości 1000
jednostanowiskowa, 1000 z mm HyPort mm z frontowymi
lp.8 panelami dwoma frontowymi
panelami ustawionymi
równolegle ustawionymi
względem tylnych skośnie względem
krawędzi półek tylnych krawędzi
półek

h. Lampa operacyjna Regulacja Famed Żywiec/ 50-100% NIE
z natężenia LO-23 dwuczaszowa
kamerą i HD oświetlenia w
na zakresie: min. 30- zawiesiem
100% monitor, lp. 15
Kolumna sufitowa i. Kolumna OIT, lp. 4 Drager/ Zasięg 1750 mm NIE
dwuramienna, o wszystkie (1000mm+750mm)
zasięgu pierwszej modele lub 2000mm

części 900 mmi (1000mm
50mm i +1000mm) zasięgi drugiej
jednostkowe poza 900 mm ± 50mm
licząc w SIWZ osiach
ramion. Łączny
zasięg ramienia
łamanego liczony
od osi sufitowej do
osi głowicy 1800
mm+/- 100 mm

Odwołujący posiada uzasadnione podejrzenie, że oferowane wyroby medyczne - przedmiot oświadczenia woli wykonawcy, a więc treść oferty - nie są zgodne z wymaganiami SIWZ w sposób niepodlegający poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednoznaczne wykazanie przez Odwołującego niezgodności objętego ofertą Budimex wyrobu medycznego z treścią SIWZ w ramach kontradyktoryjnego postępowania odwoławczego, przesądza o konieczności zastosowania w odniesieniu do oferty Budimex art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bez konieczności wzywania Budimex do wyjaśnienia czy też uzupełnienia dokumentów, gdyż nie będą mogły zmienić one treści oświadczenia woli Budimex, jaką są objęte ofertą Budimex wyroby medyczne.

W zakresie zarzutu dotyczącego ceny oferty Budimex.

Fakt, iż cena oferty Budimex nie przekracza różnicy 30% w stosunku do wartości zamówienia oraz średniej złożonych ofert, nie przesądza o tym, iż cena oferty została szacowana rzetelnie i umożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Nie wystąpienie szczególnych okoliczności, zobowiązujących Zamawiającego do wystosowania w stosunku do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie wyklucza, iż w przypadku powzięcia wątpliwości, co do zaoferowanej ceny, Zamawiający nie tylko może, ale jest zobowiązany do ich wyjaśnienia w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 Pzp. W niniejszym postępowaniu, zachodzą okoliczności budzące nie tylko istotne wątpliwości, co do wysokości zaoferowanej ceny, ale wręcz wskazujące na to, iż cena oferty jest rażąco niska.

Cena za przedmiot zamówienia zaoferowana przez Budimex wypełnia ustaloną w orzecznictwie definicję ceny rażąco niskiej jako ceny nierealnej, za którą niemożliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia, niezapewniającej pokrycia nawet minimalnych kosztów wykonania robót i oderwanej od realiów rynkowych. Ceny na tak niskim poziomie zawartej w ofercie Budimex nie uzasadniają żadne obiektywne okoliczności dostępne temu Wykonawcy. Tak niska kwota wynagrodzenia wynikająca z oferty Wykonawcy powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do rażąco niskiego charakteru



zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i skutkować co najmniej wezwaniem Budimex do wyjaśni trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a ostatecznie - odrzuceniem oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący przeprowadził analizę kosztową oferty Budimex w przedmiotowym postępowaniu oraz analizę rozstrzygniętych postępowań na wykonanie obiektów szpitalnych o bardzo zbliżonych parametrach, takich jak: powierzchnia całkowita, przeznaczenie, funkcje medyczne jakie będą w nich realizowane po wybudowaniu oraz standard robót wykończeniowych i branżowych. W przypadku inwestycji będącej przedmiotem zamówienia koszt brutto 1m2 powierzchni całkowitej bez kosztu wyposażenia wynosi 4 456,25 zł/m2. W przypadku inwestycji Centrum Urazowego Medycyny Ratunkowej i Katastrof (przetarg sierpień 2011 roku) koszt brutto za 1m2 powierzchni całkowitej bez kosztu wyposażenia wynosi 6 253,81 zł/m2. Przy budowie budynku nr 1 dla potrzeb Zintegrowanego Bloku Operacyjnego w 4 Wojskowym Szpitalu Klinicznym we Wrocławiu (przetarg sierpnie 2013 roku) koszt brutto 1m2 powierzchni całkowitej bez kosztu wyposażenie osiągnął kwotę 5 201,82 zł/m2, zaś w przypadku budowy bloku operacyjnego dla SPSK nr 7 w Katowickim Górnośląskim Centrum Medycznym (przetarg czerwiec 2015) koszt wyniósł 6 800 zł/m2.

Z powyższego porównania wynika, że cena jednostkowa kosztu 1m2 powierzchni całkowitej wysokospecjalistycznego obiektu medycznego ofercie Budimex odbiega odpowiednio o ok. 15% i 28% w stosunku do przedstawionych przez Odwołującego

inwestycji. Występująca różnica jest znacząca i powinna budzić wątpliwości, co do poprawności oszacowania kosztu w złożonej ofercie. Z przedstawionej analizy można wysnuć wniosek, że wartość niedoszacowania kosztu jest bardzo znaczna, w przybliżeniu wynosi ona: 11 700 m2 pomnożone przez wartość niedoszacowania kosztu jednostkowego tj. ok 745 zł/m2 daje minimum 8,7 mln zł niedoszacowania.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Budimex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia (rozdz. VII pkt 1.2.1. ppkt 1.2.1.3 SIWZ).

Zgodnie z rozdz. VII pkt 1.2.1. ppkt 1.2.1.3 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazaniem się przez wykonawców należytym wykonaniem m.in. jednego zamówienia o wymaganych właściwościach, tj. „co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), zrealizowane etapami lub fazami w warunkach czynnego, działającego (funkcjonującego) w czasie prowadzonych robót obiektu. Cały zakres prac był realizowany w warunkach czynnego, działającego (funkcjonującego) w czasie prowadzonych robót obiektu. Po każdym zakończonym etapie lub fazie robót przeprowadzana była procedura odbiorowa i wykonawca uzyskiwał decyzję



o pozwoleniu na użytkowanie, a zamówienie spełnia następujące wymagania: a. wartość brutto zamówienia wynosiła co najmniej 9 000 000 PLN (słownie: dziewięć milionów złotych), b. powierzchnia netto obiektu była nie mniejsza niż 2.000,00 m2, c. w zakresie zamówienia znajdowało się wykonanie: robót budowlanych konstrukcyjnych i wykończeniowych, instalacji elektrycznych, w tym niskoprądowych instalacji teletechnicznych, instalacji sanitarnych, w tym wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą i montażem zasilających jednostek medycznych.

Wykonawca Budimex S.A. wskazał w wykazie wykonanych robót załączonym do oferty robotę budowlaną pn. „Modernizacja Szpitala Wojewódzkiego im. M. Kopernika w Koszalinie”. Z listu referencyjnego załączonego do tej pozycji wykazu (str. 126-129 oferty), wynika wyraźnie, że zakres zadania wskazanego w poz. 3 wykazu robót, którego należyte wykonanie potwierdza załączona referencja, obejmował wybudowanie nowego budynku BI, WZO oraz łączników nadziemnych w miejsce uprzednio wyburzonych budynków.

Realizacja takiego zadania nie odpowiada określonemu w SIWZ warunkowi udziału w postępowaniu, gdyż budowy nowych budynków nie można uznać za spełniającą wymóg realizacji w warunkach czynnego, działającego (funkcjonującego) w czasie prowadzonych robót obiektu. Tym samym, wskazane w wykazie w poz. 3 zamówienie nie potwierdza spełniania przez Budimex warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie, gdyż przedstawiana w wykazie robota, wraz z załączonym poświadczeniem należytego wykonania, powinna spełniać każdy z określonych przez Zamawiającego elementów warunku. Konieczne jest zatem, wezwanie Budimex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie, na dzień składania ofert, warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym postępowaniu., zaś w przypadku nie wykonania przez Budimex tego obowiązku - wykluczenie go z postępowania.

Mając na uwadze podniesioną powyżej argumentację faktyczną oraz prawną, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia części oferty Przystępującego wskazał, że Przystępujący złożył z ofertą wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące na niejawny charakter informacji. Odwołujący w odwołaniu nie odniósł się do tej argumentacji w ogóle, nie przedstawił dowodów wskazujących na brak możliwości jej zaaprobowania przez Zamawiającego. Wywody odwołania stanowią jedynie teoretyczne rozważania o okolicznościach i cechach informacji. Zawarte informacje w ofercie Budimex takie cechy posiadają. Zawarte w utajnionych dokumentach informacje dotyczą jego rynku zaopatrzenia

(podając nazwy wyrobów lub producentów), a także o uzyskiwanych warunkach handlowych, co stanowi o znacznej przewadze konkurencyjnej. Fakt, że informacja ma szczególe znaczenie w uzyskiwaniu tej przewagi i nie jest informacją jawną znajduje potwierdzenie w samym odwołaniu. Odwołujący w zarzucie dotyczącym niezgodności oferty z SIWZ próbuje wykazać, że do niezgodności tej dochodzi, gdyż żaden z kilkunastu znanych mu wyrobów nie spełnia wymogów SIWZ, a jak wynika z oferty Budimex – zaoferowano co do zasady inne, niż wskazywane przez Odwołującego wyroby. Oznacza to zdaniem Przystępującego, że Odwołujący nie zna rynku producentów wyrobów i ich cech tak, jak Przystępujący, który informacji od określonych producentów nie ujawnia i odnosi z tego tytułu korzyści w postaci przewagi rynkowej.

Również tezy odwołania o uniemożliwieniu innym wykonawcom weryfikacji oferty Przystępującego i powszechności wyrobów oraz ich standardowych cechach nie są trafne. Wyroby nie są wyrobami standardowymi, a sam fakt wiedzy o dostosowaniu określonego wyrobu przez producenta do określonych standardów ma charakter szczególnej informacji rynkowej.

Okoliczność, że wyrób znajduje się na liście wyrobów medycznych nie wskazuje na transakcyjne warunki jego uzyskania. Samo podanie nazw wyrobów i producentów, w zestawieniu z jawną z mocy prawa ceną oferty może wskazywać jako suma informacji, jakie relacje handlowe uzyskał wykonawca od danego producenta.

W przypadku zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako nie spełniającej wymagań SIWZ nie znajduje potwierdzenia w treści oferty. Oferowane przez Przystępującego urządzenia spełniają wymagania SIWZ i nie są to w zdecydowanej większości urządzenia zawarte w tabeli porównawczej Odwołującego. W stosunku do niektórych wyrobów Odwołujący posiada błędne informacje o ich cechach, a w stosunku do niektórych podaje cechy niezgodne z wymaganiami Zamawiającego z SIWZ. Tym samym zastrzeżenie tajemnicy jest konieczne, by nie udostępniać rynkowym konkurentom wiedzy o cechach wyrobów, których nie mogą oni zdobyć z powszechnie dostępnych źródeł informacji.

Co do zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Przystępujący zaznaczył, że podstawą wezwania są wątpliwości zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu nie wskazał z jakich przyczyn oferta winna budzić wątpliwości zamawiającego. Cena oferty Budimex jest o niecałe 12% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, co przy robotach budowlanych w znaczącej skali jest typową różnicą.

Brak wątpliwości Zamawiającego nie nakazywał Przystępującemu przedstawiania dowodów. W postępowaniu odwoławczym taki obowiązek spoczywa na Odwołującym, podczas gdy ten nie wykazuje istnienia takich wątpliwości. Jednakże Przystępujący posiada



dokumenty potwierdzające realność jego ceny w postaci ofert handlowych swoich poddostawców, a także kalkulacji prac wykonywanych siłami własnymi z uwzględnieniem dostępnych na rynku cen materiałów urządzeń i robocizny. Równie nietrafny jest zarzut, że oferta Przystępującego zawiera cenę rażąco niską. Przesądzenie o tym fakcie nie jest możliwe bez oceny żadnych wyjaśnień. Brak obowiązków ich żądania przesądza o braku możliwości odrzucenia oferty Przystępującego.

Odnośnie zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to wezwanie Budimex nie jest ani uprawnione, ani konieczne. Przystępujący wykazał spełnianie warunku przez wykaz robót i załączone do niego referencje.

Po pierwsze, w warunku jednoznacznie wskazano, że potwierdzeniem warunku może być budowa obiektu z określonej klasy PKOB, a nie tylko określone formy szczególne, takie jak rozbudowa, odbudowa czy nadbudowa. Wskazując, że warunek spełni budowa Zamawiający wprost zgodził się na potwierdzenie warunku przez wykonanie budynku nowego.

Po drugie, wymagane doświadczenie winno dotyczyć obiektu rozumianego jako budynki szpitali według PKOB (budynki a nie budynek). Wykonywane przez Przystępującego prace to modernizacja części budynków i połączenie ich z innymi wykonywanymi od podstaw nowymi budynkami. Wszystkie te budynki to obiekt zarówno według treści warunków posługującego się liczbą mnogą, jak i według definicji obiektu budowlanego zawartej w art. 2 ust. 5d ustawy Pzp. Budynki Szpitala w Koszalinie spełniają wspólną funkcję techniczną

i gospodarczą stanowiąc jeden obiekt. Wykonywane przez Budimex zamówienie, to wykonywana etapami modernizacja szpitala. Istniejący budynek główny szpitala, w którym prowadzono prace remontowo-modernizacyjne (przebudowa szachów windowych, przebudowa traktów komunikacyjnych i medycznych przebudowa pomieszczeń funkcjonujących oddziałów) cały czas pozostawał czynny, co spełnia wymóg SIWZ.

Zamawiający nie mógł więc domagać się wykazania się innym doświadczeniem. Mógł co najwyżej wnosić o złożenie wyjaśnień, które Przystępujący przedstawiłby na wniosek. Jednakże zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący nie zarzuca, zaś na konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów nie przedstawiono dowodów.

Brak naruszenia wyżej wymienionych przepisów skutkować powinien również oddalenie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

16

---

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex i wykluczenia tego wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego Budimex, że wnoszący odwołanie nie wykazał przesłanek z art. 179 ustawy Pzp, które warunkują korzystanie ze środków ochrony prawnej, ponieważ kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest niższą niż wartość oferty Odwołującego Warbud i według oświadczeń przedstawicieli Zamawiającego nie może być zwiększona do wartości oferty. Choć okoliczność powyższą Zamawiający wykazał, zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak też w postępowaniu odwoławczym, składając stosowne oświadczenia kierownika jednostki, to ustalenia te nie mogły rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu odwoławczym. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 roku, sygn. akt KIO 1229/15, że *„(..) okoliczność braku* środków *finansowych w odpowiedniej wysokości powinna być rozpatrywana przy wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie na etapie postępowania odwoławczego, które do takiego wyboru nie prowadzi”.* Nie zawsze bowiem uwzględnienie odwołania prowadzić musi do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo przedstawił w odwołaniu stan faktyczny, w tym prawidłowo przywołał treść wszystkich dokumentów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia Izby.

17

---

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, uznano,** że **odwołanie podlegało oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7

ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Budimex: oświadczenia dotyczącego wyrobów medycznych (Załącznik nr 11 do SIWZ) wraz z dołączonymi certyfikatami i deklaracjami zgodności; formularza asortymentowo-cenowego wyrobów medycznych (Załącznik nr 12 do SIWZ w zakresie kolumn „Nazwa", „Producent/model" oraz „Ilość"); arkusza Informacji Technicznej wyrobów medycznych (Załącznik nr 13 do SIWZ) wraz z dołączonymi materiałami producenta, dokumentacją techniczną potwierdzającą oferowane parametry, ponieważ niewątpliwie możliwość odniesienia się wprost do treści tych dokumentów, ma wpływ na treść uzasadnienia Izby w zakresie kolejnych zarzutów sformułowanych w odwołaniu Odwołującego Warbud.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym 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.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.



---

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu przepisów wskazanych w danej części petitum odwołania Izba uznała za niezasadne.

Istotą sporu było, czy informacje znajdujące się w ofercie wykonawcy Budimex w załącznikach od 11 do 13, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Jak już podkreślono zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.



Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiejkolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Wykonawca Budimex wraz z ofertą złożył także wyjaśnienia, dlaczego powyższą materię traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te nie były ogólne, wbrew twierdzeniom Odwołującego szczegółów wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Wykonawca także na rozprawie wskazywał



konkretne argumenty, które uzasadniają prawidłowość zastrzeżenia. Po analizie uzasadnienia zastrzeżenia oraz po wysłuchaniu stanowiska Przystępującego Budimex na rozprawie, uznano, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a także że spełnione zostały poszczególne przesłanki określone art. 11 ust. 4 uznk.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach Budimex

stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w szczegółowo przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób, zawierają szczegółowe ceny cząstkowe wyceny poszczególnych urządzeń składających się na przedmiot zamówienia oraz komponentów niezbędnych do realizacji zamówienia. Wyjaśnienia zawierają informacje o nazwach wytwórców poszczególnych urządzeń, a co ważniejsze odnoszą się do warunków handlowej współpracy między Przystępującym Budimex a dostawcami producentami poszczególnych urządzeń. Mogą i posiadają one zatem szczególną wartość gospodarczą ze względu na przywołane tam uwarunkowania rynkowe. Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że obaj wykonawcy skorzystali z różnych (a więc dla siebie wzajemnie alternatywnych) źródeł zaopatrzenia, co jednemu z nich z uwagi na wynegocjowane warunki pozwoliło złożyć korzystniejszą cenowo ofertę. Tym samym więc informacja o danym rynku dostawców i zasadach współpracy z tymi dostawcami wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy.

Zauważyć dalej należy, że Odwołujący Warbud nie wykazał, by informacje z oferty Przystępującego miały charakter publiczny. Jak słusznie zauważył Zamawiający informacje ujęte w załącznikach od 11 do 13 mają taki stopień szczegółowości, że nie jest możliwe pozyskanie ich w prosty sposób w domenie publicznej, na co wskazuje pośrednio kolejny sformułowany przez Odwołującego zarzut odnoszący się do niezgodności treści oferty do



treści SIWZ. Odwołujący bowiem w jednym tylko miejscu rzeczywiście wskazał oferowany przez Budimex produkt. Pozostałe punkty tabeli niezgodności nie odnoszą się do treści oferty Budimex, to zaś oznacza, że zidentyfikowanie i weryfikacja parametrów poszczególnych urządzeń, a także dobór i konfiguracja tych urządzeń może stanowić informacje o charakterze organizacyjnym.

Ponadto Budimex w złożonych wyjaśnieniach powołał się na zasady poufności wynikające z umów z dostawcami oraz wskazał na własne procedury wdrożone w celu zachowania poufności tych danych.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Odwołujący nie przedstawił merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do zniesienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku wyjaśnień.

Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do oferty Budimex również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący w ujęciu tabelarycznym przedstawił, które jego zdaniem urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ. Zdecydował się na to nie znając treści oferty Przystępującego. Oparł zatem zarzut jedynie na swoich przypuszczeniach, które po zweryfikowaniu przez Izbę treści oferty Budimex z wymaganiami SIWZ oraz treścią zarzutu, okazały się nietrafne. Jak już wspomniano w uzasadnieniu wcześniej, Odwołującemu tylko w pojedynczych przypadkach udało się wskazać na zaoferowane przez Budimex urządzenie, jednakże nawet wtedy nie udowodnił, że zaoferowano urządzenie o nieprawidłowych parametrach. Jak wynika z treści oferty (str. 212) dane urządzenie spełnia opisane w SIWZ wymogi. Ponadto, co również wykazał Przystępujący, kwestionując parametry kolumny anestezjologicznej Odwołujący pominął całkowicie odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego

w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które w wielu miejscach modyfikowały pierwotne zapisy SIWZ i dopuszczały inne rozwiązania. Z uwagi na okoliczność, że pozostałe wskazywane przez Odwołującego urządzenia i ich parametry nie miały odniesienia do oferty Budimex, kwestia czy dane urządzenie posiada cechy wymagane w SIWZ, pozostawało bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo iż zaoferowana przez Budimex cena budzi wątpliwości, co do jej wysokości i zawiera rażąco niską cenę, z uwag natury



ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wypływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych



wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

W przedmiotowym postępowaniu dostrzeżenia wymaga, że w cenie składu orzekającego Izby nie zaistniały przesłanki, które zobowiązywały by Zamawiającego do skorzystania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział na realizację zamówienia kwotę 64 910 440,00 zł, oferta wykonawcy Budimex opiewa na kwotę 57 233 000,00 zł, a więc jest jedynie 12% niższa. Zdaniem Izby taka konfiguracja nie dawała podstaw do powstania jakichkolwiek wątpliwości co do realnego charakteru ceny. Odwołujący również

nie przedstawił żadnych materialnych dowodów, które pozwalałby powziąć takie wątpliwości. Przeprowadzona przez Odwołującego analiza cen uzyskiwanych za 1 m2 powierzchni przy budowie obiektów o zbliżonym profilu obejmuje kilka lat wstecz, a zjawiskiem powszechnie zauważanym w ostatnich latach na rynku robót budowlanych jest znaczy spadek cen, więc zestawienie nie jest adekwatne. Choć Przystępujący nie był zobowiązany do składania jakichkolwiek dowodów, to przedłożone na rozprawie zestawienia i szczegółowa kalkulacja zadania wskazują, że cenę obliczono w sposób prawidłowy, a wykonawca składając oferty w innych postępowaniach oferuje cenę za 1m2 powierzchni na zbliżonym poziomie.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez projekt referencyjny – modernizację Szpitala Wojewódzkiego im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie, to Izba nie dopatrzyła się rozbieżności pomiędzy treścią złożonego wykazu a treścią przedstawionych referencji.

Zamawiający wymagał wykazaniem się przez wykonawców należytym wykonaniem m.in. jednego zamówienia o wymaganych właściwościach, tj. „co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), zrealizowane etapami lub fazami w warunkach czynnego, działającego (funkcjonującego) w czasie prowadzonych robót obiektu.

Cały zakres prac był realizowany w warunkach czynnego, działającego (funkcjonującego) w czasie prowadzonych robót obiektu. Po każdym zakończonym etapie lub fazie robót przeprowadzana była procedura odbiorowa i wykonawca uzyskiwał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, a zamówienie spełnia następujące wymagania: a. wartość brutto zamówienia wynosiła co najmniej 9 000 000 PLN (słownie: dziewięć milionów złotych), b. powierzchnia netto obiektu była nie mniejsza niż 2.000,00 m2, c. w zakresie zamówienia znajdowało się wykonanie: robót budowlanych konstrukcyjnych i wykończeniowych, instalacji elektrycznych, w tym niskoprądowych instalacji teletechnicznych, instalacji sanitarnych, w tym wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą i montażem zasilających jednostek medycznych.



---

Jak wynika z wykazu i referencji, robota budowlana polegała na modernizacji budynku szpitala, połączeniu nowopowstającego budynku z budynkami już istniejącymi, realizowana była w kilku etapach, na zadaniu prowadzono prace o wymaganym zakresie przedmiotowym. Odwołujący nie kwestionował wartości zadania i powierzchni netto budynku. W celu wyjaśnienia, czy modernizacja odbywała się w warunkach czynnego, działającego w czasie prowadzenia robót obiektu, wydaje się, że wystarczające jest wnikliwe wczytanie się w treść złożonych referencji. Skoro bowiem nowy budynek łączono już z istniejącymi, budowano specjalne łączniki i dokonywano przebudowy pomieszczeń, a prace prowadzono etapami, to niewłaściwym wydaje się przyjęcie tezy, że modernizacja spowodowała wyłączenie pracy całego obiektu, ale raczej przyjęcie, że właśnie w poszczególnych etapach wyłączane były kolejne sekcje budynku, podczas gdy inne oddziały pracowały w normalnym trybie. Odwołujący nie wykazał sprzeczności referencji z oświadczeniem Przystępującego Budimex poprzez wskazanie, że treść referencji jest niezgodna ze stanem faktycznym wykonywanych prac. Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, inna jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego funkcja referencji. Są to dokumenty, które potwierdzać mają należyte wykonanie w tym przypadku robót budowlanych. Potwierdzeniu innych informacji przedmiotowo istotnych z punktu widzenia ustalonego warunku udziału w postępowaniu służy składany przez wykonawcę z ofertą wykaz robót, tego zaś Odwołujący nie kwestionował.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku,

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

25

---

**Sygn. akt KIO 1922/15**

3 września 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2013r., poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Zwany dalej „Odwołującym".

Odwołujący ocenie oferty WARBUD SA zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, pomimo że oferta WARBUD SA zawiera błąd w obliczeniu ceny ze względu na zastosowanie niezgodnej z prawem stawki podatku VAT, dla oferowanych wyrobów, a także art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp, jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych ustaw, tj. art. 58 ust. 1 ustawy Kodeks Cywilny stanowiącego, że czynność prawna sprzeczna z prawem jest nieważna. Sprzeczne z prawem pozostaje uwzględnienie w cenie oferty obniżonej, preferencyjnej stawki podatku VAT na wyroby stanowiące składnik oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, pomimo że oferta WARBUD SA jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna ulegać odrzuceniu, gdyż niezgodności nie są skutkiem omyłki, tylko celowego działania.

Zaniechanie odrzucenia oferty Warbud może naruszyć interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Mimo iż obecnie to oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, to wykonawca Warbud domaga się unieważnienia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Budimex SA i wyboru oferty Warbud wskazując, że do wyboru oferty Budimex SA doszło z naruszeniem zasady równego traktowania. Budimex SA w niniejszym odwołaniu wskazuje, że równe traktowanie nakazuje by to oferta Warbud została odrzucona, gdyż jej wady prawne nie pozwalają jej przyjąć, przeciwnie niż wskazywane przez Warbud rzekome wady oferty Budimex SA.

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty Warbud.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w dniu 24 sierpnia 2015 r. faksem, a więc odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia Odwołania została przekazana Zamawiającemu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. U. UE z 20 czerwca 2015 r. pod nr 418 - 212729.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zakresem świadczenia w postępowaniu jest objęte dostarczenie urządzeń wymienionych w SIWZ. Jednym z nich jest Lampa bakteriobójcza przepływowa 2/55 W ścienna.

Warbud SA taką lampę (produkcji Ultraviol typ NBVE 110 NL) zawarł w pozycji nr 2 załącznika nr 12 do SIWZ „Formularz asortymentowo - cenowy wyrobów medycznych"

26

---

uznając to urządzenie jako wyrób medyczny i w konsekwencji stosując obniżoną 8% stawkę podatku VAT, co jednoznacznie podano we wspomnianym załączniku. Lampy bakteriobójcze przepływowe ścienne nie są wyrobami medycznymi w myśl decyzji administracyjnych Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (URPLWMPB), gdyż nie spełniają definicji wyrobu medycznego zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Lampy takie są kwalifikowane jako element infrastruktury szpitalnej i objęte są podstawową 23% stawką podatku VAT. Decyzja Prezesa URPLWMPB została wydana w dniu 5 sierpnia 2013 r. w stosunku do wyrobu zaoferowanego w ofercie Warbud. Orzeczenie WSA, w którym producent zaskarżył decyzje nie podważyło merytorycznych ustaleń Prezesa URPLWMPB, które pozostają niepodważonym poglądem organu właściwego w sprawach wyrobów medycznych. Podatek VAT dla tej części świadczenia, należało ustalić z uwzględnieniem stawki 23% nie zaś stawki obniżonej.

Należy zwrócić uwagę, że podstawą stosowania obniżonej stawki podatku VAT nie

jest fakt wpisania wyrobu do rejestru prowadzonego przez Prezesa URPLWMPB jako wyrób medyczny, lecz faktyczny charakter wyrobu. Prezes URPLWMPB w wydanej decyzji uznał na podstawie art. 87, że wyrób (lampa) błędnie została do rejestru wpisana i wydał decyzję wskazującą, iż nie ma ona takiego charakteru. Fakt uchylenia decyzji przez WSA (VI SA/Wa 2564/13) z przyczyn formalnych oznacza jedynie, że wyrób wpisany jest wciąż do rejestru. Jednakże błędnie. O stosowaniu stawki obniżonej decyduje nie fakt wpisu do rejestru lecz faktyczny charakter wyrobu, zaś samo utrzymanie orzeczeniem sądu wpisu do rejestru nie przesądza o stosowaniu takiej stawki. Zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 105 zał. nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług stawkę obniżoną stosuje się do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wyrobem medycznym zgodnie z przywołana ustawą (art. 2 ust. 1 pkt 38) jest: narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:
a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby,
b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia,
c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego,
d) regulacji poczęć



---

- których zasadnicze zamierzone działanie w ciele lub na ciele ludzkim nie jest osiągane w wyniku zastosowania środków farmakologicznych, immunologicznych lub metabolicznych, lecz których działanie może być wspomagane takimi środkami.

Wpis do rejestru jedynie porządkuje rynek wyrobów medycznych. Błędne wpisanie do rejestru nie czyni jednak z wyrobu, wyrobu medycznego. Jedyny dotychczas odnoszący się do meritum pogląd orzecznictwa (organu administracji) wskazujący na brak charakteru wyrobu medycznego w przypadku lampy produkcji Ultraviol typ NBVE 110 nie pozwala do niej stosować obniżonej stawki VAT.

Zdaniem Sądu Najwyższego błędna stawka VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i musi powodować odrzucenie oferty. Jedynie gdyby Zamawiający wskazał w SIWZ stawkę VAT, która winna być zastosowana, a Wykonawca w ofercie przyjął inną i możliwe jest wykazanie, że było to wynikiem omyłki - omyłka mogłaby być poprawiona. W sytuacji, w której Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome i samodzielne wskazanie określonej i niewłaściwej stawki VAT w ofercie wykonawcy zobowiązuje do odrzucenia oferty, gdyż posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia. W ocenie Sądu nawet jeżeli obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny (orzeczenie z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). W uzasadnieniu orzeczenia SN wskazał, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym zatem element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki tego podatku. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc dokonanie także i w tym zakresie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert. Dalej SN podniósł, że przy wykonywaniu przez Zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, ocenie Zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień Zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego

zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez Zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty. Zdaniem SN o porównywalności ofert w zakresie



zaproponowanej ceny można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł.

Także TSUE w orzeczeniu o sygn. C-276/09 w sprawie Everything Everywhere Ltd. wskazuje, że w sytuacji, w której świadczenia realizowane na podstawie jednej umowy takie jak roboty budowlane oraz dostawy wyrobów traktowane odrębnie dla celów podatkowych, nawet jeśli pozostają ze sobą w pewnym związku. Dostawy lampy i robót remontowo - budowlanych w szpitalu nie można uznać za nierozerwalnie związane - przeciwnie należy wskazać na ich rozłączność i konieczność stosowania w związku z tym odmiennych stawek podatku VAT.

W zakresie zarzutu Wykonawca Warbud w ofercie wskazał, że nie wykona niektórych czynności w ramach zamówienia wykreślając z ustalonego przez Zamawiającego Formularza oferty zobowiązanie do koordynowania dostaw, wymaganej postanowieniami rozdziału II punktu 3.6 SIWZ. Działanie polegające na świadomym skreśleniu jednego z wymaganych świadczeń nie może być uznane za omyłkę podlegającą poprawieniu. Nie jest to omyłkowe pominięcie lecz działanie przesądzające, że mimo iż Zamawiający wyraźnie żądał tego świadczenia, a nawet przygotował wzorzec oświadczenia woli, który chroni przez omyłkowym pominięciem obowiązku - wykonawca ten obowiązek z siebie zdjął poprzez jego skreślenie. Ponad wszelką wątpliwość Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w pkt 3.6 rozdz. II SIWZ żądał: (Zmiana treści SIWZ z dnia 10 lipca 2015): „koordynacji dostaw wyposażenia dostarczanego przez Zamawiającego - będącego poza zakresem Wykonawcy" a w tabeli cenowej oferty (zał. nr IB do SIWZ) żądał podania ceny za te elementy w poz. 2.3, 2.4, 4.3, 4.4, 6.3 i 6.4.

W formularzu oferty złożonej przez Warbud pozycje te zostały wykreślone, co jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ich po prostu nie wykona.

W rozdziale X pkt 4.2 SIWZ oraz rozdziale XIV pkt 19.2 Zamawiający wskazał też, że wypełniony (a więc nie zmodyfikowany tylko uzupełniony) formularz oferty stanowi jej integralną część, a więc będzie podstawą oceny zgodności zakresu świadczenia oferowanego ze specyfikacją. Co więcej w rozdziale XIV pkt 20 wskazano wyraźnie, że oferta oraz dokumenty, dla których określono wzory w formie załączników do SIWZ (taki wzór stanowi m. In. formularz oferty) powinny być sporządzone wedle tych wzorów w zakresie treści. Skreślenie części treści, przesądza w sposób oczywisty o niezgodności oferty z treścią SIWZ i powoduje obowiązek jej odrzucenia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 7 września 2015 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc



o oddalenie odwołania. Przystąpienie uznano za skuteczne. Zdaniem Przystępującego odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak przesłanek do jego wniesienia. Oferta Odwołującego uznana jest za ofertę najkorzystniejszą, a jedynym żądaniem odwołanie jest odrzucenie Przystępującego. Odwołanie nie może być uwzględnione, ponieważ interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został zaspokojony, nie zachodzą zatem przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, czynności Zamawiającego nie mogą spowodować u Odwołującego szkody, ewentualne uwzględnienie odwołania nie może mieć wpływu na wynik postępowania (tak: wyrok KIO z dnia 10 lipca 2015 roku, sygn. akt KIO 1185/15, 1189/15, 1191/15, 1199/15, 1208/15, 1209/15, 1211/15; wyrok KIO z dnia 16 listopada 2012 roku, sygn. akt KIO 2394/12, 2395/12, 2415/12; wyrok z dnia 11 sierpnia 2014 roku, sygn. akt KIO 1557/14).

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron postępowania zaprezentowane pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy,**

**ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Zamawiający na posiedzeniu przed Izbą złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Wobec uwzględnienia w całości zarzutów, Przystępujący Warbud został zobowiązany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu od uwzględnienia zarzutów. Wykonawca z przysługującego mu uprawnienia skorzystał i kwestionował zasadność uwzględnienia zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, w tym przede wszystkim okoliczności, iż odwołanie złożył podmiot, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę po stronie Odwołującego **brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia** we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (….)*



*W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w* świetle *powyższego nie musiała już czynić".*

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, *„który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia"* (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11).

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego" zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że jest podmiotem, który uzyskał dane zamówienie, ponieważ złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę.

Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możność wszczęcia

postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami (mogącymi danego zamawiającego uniemożliwiającymi uniemożliwić) uzyskanie zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelewantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście ewentualnego zagrożeniem unieważnienia umowy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania.

Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienia uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania oferta Odwołującego była uznana za najkorzystniejszą ekonomicznie a Zamawiający dokonał jej wyboru. Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną w postępowaniu.

Wbrew stanowisku Odwołującego, nie może uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość – w razie potwierdzenia zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu – ponieważ wykonawca Warbud domaga się unieważnienia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Budimex SA wnoszą swoje odwołanie i wyboru oferty Warbud wskazując, że do wyboru oferty Budimex SA doszło z naruszeniem zasady równego traktowania, a zdaniem Odwołującego równe traktowanie nakazuje by to oferta Warbud została odrzucona, gdyż jej wady prawne nie pozwalają jej przyjąć, przeciwnie niż wskazywane przez Warbud rzekome wady oferty Budimex SA. Nie



stanowi to bowiem o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach, przy mniejszej liczbie wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie jest to jednak interes w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, którego wykazanie gwarantuje prawidłowość złożenia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Ponadto dla Odwołującego Budimex kluczowe jest obronienie swojej oferty, gdyż przy tak ułożonym rankingu wykonawców w postępowaniu, okoliczność, czy oferta Warbud S.A. będzie dalej brała udział w postępowaniu, jest dla Odwołującego irrelewantna, a zatem nawet zasadność zarzutów pozostawałaby bez wpływu na wynik postępowania.

Niewątpliwie z uwagi na możliwość odwołania się przez wykonawców sklasyfikowanych na dalszych miejscach od tej samej czynności Zamawiającego, wybór oferty najkorzystniejszej na tym etapie nie ma charakteru ostatecznego. W tej sytuacji nie można odmówić wykonawcy Budimex prawa ochrony swojego interesu w utrzymaniu w mocy decyzji Zamawiającego za pomocą przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej, które nie ograniczają się na tym etapie do odwołania lecz również przewidują instytucję zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ocenie Izby odwołanie i przystąpienie są odrębnymi środkami ochrony prawnej, z których skorzystanie

uwarunkowane jest odrębnymi przesłankami (odwołanie: interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda; przystąpienie: interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje), a zatem w zależności od konkretnej sytuacji i konfiguracji występującej w postępowaniu wykonawca może skorzystać z obu tych środków albo tylko z jednego z nich. Odwołujący Budimex skorzystał z możliwości zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego (a zatem przeciwko wykonawcy Warbud) w sprawie KIO 1901/15, prawidłowo powołując się na posiadania interesu w oddaleniu odwołania kwestionującego wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby możliwość zgłoszenia przystąpienia w pełni zagwarantowała Odwołującemu Budimex ochronę jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Możliwość wykazania niezasadności tych zarzutów w drodze skorzystania z przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest zatem w pełni wystarczająca dla ostatecznego uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia. Przystąpienie do postępowania odwoławczego stanowi zatem w tej sytuacji efektywny środkiem ochrony prawnej, którego domaga się Odwołujący.

Kwestia ta musi być także rozważana przez pryzmat możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co jednak nie jest wystarczające w świetle treści powołanego art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznać należy, że Odwołujący składając odwołanie nie wykazał i nie udowodnił również drugiej z przesłanek wynikających z art. 179 ustawy Pzp, mianowicie przesłanki poniesienia szkody. Stawianie zarzutów wobec ofert sklasyfikowanych jako mniej korzystne



od Odwołującego nie jest skutecznym wykazaniem możliwości poniesienia szkody. W chwili złożenia odwołania sytuacja Odwołującego jest w postępowaniu klarowna. Czynności i zaniechania Zamawiającego nie wpływają na sytuację Odwołującego w postępowaniu, nie naruszają jego możliwości uzyskania zamówienia, która została zaspokojona przez wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Powyższe stanowisko potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO, w tym wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r., o sygn. akt KIO 93/12, 10 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2353/11 oraz wyrok z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 665/13 oraz orzecznictwo przywołane przez Przystępującego.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za swoje stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2015 roku w sprawach o sygnaturach akt: KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15, KIO 1211/15, gdzie w sprawie o sygn. akt KIO 1208/15 dokonano szczegółowej analizy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej i udowodnienia zaistnienia przesłanek wynikających z art. 179 ustawy Pzp w tożsamej sytuacji prawnej i faktycznej, jak w przedmiotowym postępowaniu.

Stąd odwołanie – wobec niewykazania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia – podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

**Przewodniczący:**