

WYROK

z dnia 13 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Daniel Konicz
Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu przy ul. Okólnej 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa

- Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 reprezentowaną przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogińskiej 25,

przy udziale:

A. wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm:

1. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul. Energetycznej 10, 2. Hódmezovasarhelyi Útépítő Kőfaragó és Építőipari Kft. (Hódút Kft), 6060 Tiszakecske, Kerekdombú 138, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnej

Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 reprezentowanej przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogińskiej 25:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta Przystępującego po stronie Zamawiającego;

1.2. uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego po stronie Zamawiającego załącznika nr 2 do pisma z dnia 11 marca 2019 r.

2. Oddać odwołanie w zakresie zaniechania przyznania Odwołującemu dodatkowych 3 punktów w kryterium 19.1.2.2.2. lit. a) ppkt ii. IDW - Kierownik Budowy lub Kierownik

robót mostowych.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 reprezentowaną przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogińskiej 25 i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu przy ul. Okólnej 10 tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 reprezentowanej przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogińskiej 25 kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 735/19

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 reprezentowaną przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogińskiej 25 (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa mostu przez rzekę Dunajec w Kurowie w ciągu drogi krajowej nr 75” Nr postępowania O. KR.D-3.2411.3.2018.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 181-409233 w dniu 20 września 2018 r.

W dniu 12 kwietnia 2018 r. Zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, powiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu przy ul. Okólnej 10 (dalej: „Odwołujący” lub „INTERCOR”) o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul. Energetycznej 10, 2. Hódmezővásárhelyi Útépítő Korlatolt Felelősségű Társaság (Hódút Kft), 6060 Tiszakecske,

Kerekdombuló 138-dalej: „Konsorcjum BANIMEX” lub „Przystępujący”.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („siwz lub „specyfikacja”) Instrukcją dla Wykonawców („IDW”) kryteriami oceny ofert, skutkującej zaniżeniem o 3 punkty liczby punktów przyznanych Odwołującemu w kryterium pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii IDW - Kierownik Budowy lub Kierownik robót mostowych;
2. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum BANIMEX jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
3. zaniechania czynności polegającej na uznaniu dokonanego przez Konsorcjum BANIMEX zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie Załącznika nr 1 w piśmie z dnia 11.03.2019 r., jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 2 z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) oraz art. 8 ust. 3 Pzp oraz zaniechania odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w IDW kryteriami oceny ofert, skutkującej zaniżeniem o 3 punkty liczby punktów przyznanych Odwołującemu w kryterium pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii IDW - Kierownik Budowy lub Kierownik robót mostowych, pomimo tego, że Odwołujący winien otrzymać dodatkowe 3 punkty w tym kryterium, a łącznie 6 punktów;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez wybranie oferty złożonej przez Konsorcjum BANIMEX, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta Odwołującego winna być wybrana, jako najkorzystniejsza;
3. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy poprzez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności polegającej na uznaniu dokonanego przez Konsorcjum BANIMEX zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie Załącznika nr 1 w piśmie z dnia 11.03.2019 r., jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 2 uznk oraz art. 8 ust. 3 ustawy i udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum BANIMEX nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk i Zamawiający miał obowiązek odtajnić tę część dokumentacji postępowania i udostępnić ją Odwołującemu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum BANIMEX, jako oferty najkorzystniejszej;
- przyznania Odwołującemu dodatkowych 3 punktów w kryterium pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii IDW - Kierownik Budowy lub Kierownik robót mostowych;
- uznania dokonanego przez Konsorcjum BANIMEX zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów zastrzeżonych w piśmie z dnia 11.03.2019 r.
 - Załącznik nr 1, jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 2 uznk i art. 8 ust. 3 Pzp oraz odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że:

I. Błędna ocena oferty Odwołującego.

Odwołujący podnosił, że składając swoją ofertę na stronie 5 oferty wskazał na osobę pana P. G. - Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Mostowych. Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego w zakresie doświadczenia ww. osoby przyznał Odwołującemu jedynie 3 z 6 możliwych punktów wskazując, że za zadanie 2 nie przyznano punktów z uwagi na fakt, iż osoba nie posiada doświadczenia określonego w pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii) IDW - nie wykazano doświadczenia obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową.

Odwołujący nie zgadzał się z takim stanowiskiem i twierdził, że wskazana w zakresie doświadczenia Pana P. G. inwestycja polegała na wykonaniu robót związanych z realizacją projektu wykonawczo-naprawczego dla obiektów MA532 i MD532.1 realizowanych w ramach Kontraktu pn.: „Kontynuacja budowy autostrady płatnej A1, odcinek od węzła „Świerklany” (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach od km 548+897 do km 567+223, długości 18,33 km” - dotyczyła zadania obejmującego przebudowę obiektu mostowego MA532 i MD532.1 o konstrukcji extrados (dalej: „zadanie nr 2”), podczas której Pan P. G. sprawował stanowisko Kierownika Budowy od rozpoczęcia przebudowy do wykonania zadania.

Odwołujący podkreślał, że omawiany projekt polegał na przebudowie obiektu MA532 i MD532.1 z powodu błędów w projektach wykonawczych i błędnym jego wykonaniu przez

6

wykonawcę Alpine BAU GmbH. Wykonany przez tego wykonawcę obiekt nie miał wymaganej nośności i stwarzał zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzi lub bezpieczeństwa mienia. Odwołujący w ramach zleconych mu prac został zobowiązany do wykonania prac polegających na przebudowie tych obiektów m.in. przez:

- demontaż wszystkich kabli sprężających w płytach dolnych przęseł głównych obiektu MA532;
- likwidacja istniejących uszkodzonych kanałów kablowych w płytach dolnych poprzez wypełnienie iniektem;
- wykonanie 633 sztuk dewiatorów stalowych dla kabli zewnętrznych, ze stali trudnordzewiejącej klasy 460 MPa (typ „duplex”) o łącznym tonażu 330 ton.
- Montaż ww. dewiatorów na płytach dolnych przęseł głównych mostu MA532, przy użyciu prętów sprężających wysokiej wytrzymałości, o średnicach 32, 40, 50 oraz 75 mm wg programu jednostkowego zastosowania;
- rozkucie istniejących zakotwień zdemontowanych kabli w płytach dolnych, montaż nowych zakotwień dostosowanych do zamiennego systemu kabli zewnętrznych;
- scalenie konstrukcji mostu MA532 przez wykonanie zwornika w konstrukcji skrzynkowej - roboty obejmowały wyrównanie końców wsporników uprzednio wykonywanych części nawisowych przy użyciu przejezdnych rusztowań z systemem pras hydraulicznych, wykonanie deskowania konstrukcji, montaż zbrojenia oraz ułożenie betonu zwornika;
- wykonanie przęsła zwierającego monolitycznie estakadę MD532.1 z konstrukcją główną MA532 - roboty obejmowały wykonanie rusztowań stacjonarnych i deskowań konstrukcji skrzynkowej przęsła, montaż zbrojenia i sprężenia, a następnie zabetonowanie konstrukcji;
- montaż na stalowych dewiatorach kabli zewnętrznych sprężenia uciągającego przęseł głównych mostu MA532, sprężenie tych kabli oraz sprężenie kabli zwierających konstrukcje MA532 oraz MD532.1;
- wykonanie iniekcji wszystkich kabli sprężających;
- kontrola naciągu i ostateczny naciąg korygujący wszystkich kabli systemu "extra-dosed";
- demontaż rusztowań oraz podparć montażowych obu konstrukcji; regulacja i ostateczne zamocowanie łożysk konstrukcji MD532.1.

Odwołujący twierdził, że wskutek wykonania wskazanych powyżej prac doszło do zmiany parametrów użytkowych i technicznych istniejącego obiektu budowlanego, jako że w ich rezultacie osiągnięto wymaganą nośność obiektów mostowych. Rezultatem wykonanej przebudowy tych obiektów przez Odwołującego była zmiana parametrów technicznych przebudowanych obiektów i dopuszczenie ich do użytkowania. To właśnie zbyt niskie parametry techniczne tych obiektów przed wykonaniem prac przez Odwołującego były przyczyną zlecenia zamówienia Odwołującemu. Dopiero wykonanie przebudowy tych obiektów przez Odwołującego doprowadziło do zmiany ich nośności i tym samym umożliwiło dopuszczenie ich do użytkowania.

Zdaniem Odwołującego w tym stanie rzeczy niezrozumiałe jest uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał doświadczenia na wymaganym stanowisku przy realizacji zadania obejmującego przebudowę obiektu mostowego o wymaganych w IDW parametrach. Uzasadnieniem tej decyzji Zamawiającego nie może być argumentacja zawarta w piśmie Konsorcjum BANIMEX z dnia 26.02.2019 r. wraz z decyzją nr 57/12 Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 30.05.2012 r. (sygn. WINB-WIT. 7740.1.2011. ZM1). Odwołujący zauważał, że już sama treść załączonej decyzji wyraźnie wskazuje, że w ramach prac Odwołującego dokonano istotnych robót podnoszących parametry użytkowe i techniczne mostu wybudowanego przez Alpine BAU GmbH. Nadto, Pan G. w ramach realizowanego przez Odwołującego projektu przebudowy obiektów mostowych, sprawował swoją funkcję od rozpoczęcia przebudowy do zakończenia realizacji przebudowy obiektów mostowych przez Odwołującego.

Wobec tego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający niesłusznie przyznał jemu 3 punkty w kryterium 19.1.2.2.2) lit a) pkt ii) IDW, podczas gdy winien był przyznać Odwołującemu 6 punktów. W takim zaś przypadku Odwołujący uzyskałby 97,84 punktów i jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą.

II. Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu Załącznika nr 1 do pisma Konsorcjum

BANIMEX

Odwołujący wskazywał, że w piśmie z dnia 11 marca 2019 r. Konsorcjum BANIMEX dokonało zastrzeżenia pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, stosownie do art. 8 ust. 3 Pzp. Zdaniem wykonawcy samo zastrzeżenie i brak wykazania przesłanek powołanych w ww. przepisie powoduje, że omawiane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Odwołujący twierdził, że Konsorcjum BANIMEX w ogóle nie wykazało i nie skonkretyzowało, jakie konkretne czynności podjęło w celu utrzymania informacji w poufności. Co prawda wspomina się w zastrzeżeniu, że: - „w Spółce stosowany jest szereg ograniczeń organizacyjnych związanych z procedurami wewnętrznego obiegu informacji, dotyczących możliwości i terminów wprowadzania poszczególnych danych na serwery, zabezpieczeniu dostępu do tych serwerów hasłami, wydzieleniu odpowiednio odizolowanych pomieszczeń do prowadzenia bezpośrednich i telefonicznych rozmów na tematy związane z opracowaniem ceny ofertowej oraz koncepcji i technologii prowadzenia robót budowlanych na etapie przygotowania oferty i realizacji inwestycji. W stosunku do podmiotów zewnętrznych, tj. podwykonawców, dostawców i usługodawców stosowany jest szereg zabezpieczeń mających na celu zobowiązanie ich do zachowania tajemnicy dotyczących wzajemnej wymiany informacji” - to w ocenie Odwołującego Konsorcjum BANIMEX w żaden sposób nie wykazało tej okoliczności np. przedstawiając umowy z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami itp. Samo wyjaśnienie czynności podjętych w celu utrzymania Załącznika nr 1 i informacji w nim zawartych w poufności jest ogólna i nieskonkretyzowana - nie daje jakiegokolwiek możliwości zweryfikowania, czy faktycznie takie działania przez Konsorcjum, oraz de facto jakie, zostały podjęte.

W związku z tym Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum BANIMEX nie wykazało jednej z wymaganych art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp przesłanek i nieskutecznie dokonało zastrzeżenia Załącznika nr 1 do pisma z dnia 11 marca 2019 r., jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji Zamawiający powinien był uznać dokonane przez Konsorcjum BANIMEX zastrzeżenie za bezskuteczne i ujawnić Odwołującemu tę część pisma. Zamawiający winien więc ten dokument udostępnić Odwołującemu, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przepisów Pzp.

W dniu 7 maja 2019 r. w formie elektronicznej wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie.

W treści pisma Zamawiający wnosił o:

1. pozostawienie bez rozpoznania zarzutu nr 3 jako bezprzedmiotowego;
2. oddalenie odwołania w pozostałej części, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w pkt 1 - oddalenie odwołania w całości;
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający wskazał, że nie przyznał Odwołującemu punktów za wykazane doświadczenie w ramach zadania nr 2, ponieważ wykazane doświadczenie nie spełnia postawionych wymagań w ramach kryterium pozacenowego, gdyż nie stanowiło ono ani budowy, ani też przebudowy. Wykazana osoba nie wykonywała także zadania od początku do końca, w myśl definicji zawartej w SIWZ. Zamawiający podkreślał przy tym, że sporny warunek stanowi kryterium pozacenowe. Musi być on stosowany ściśle. Próba interpretacji warunku na tym etapie postępowania, bez uwzględnienia faktycznego jego literalnego brzmienia mogłaby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dlatego jest niedopuszczalna.

Zamawiający nie zgadzając się ze stanowiskiem Odwołującego podnosił, że zadanie wykazane przez Odwołującego było realizowane na rzecz GDDKiA. Znany jest więc Zamawiającemu zakres prac wykonanych przez Odwołującego oraz formalne podstawy, w oparciu o które inwestycja była prowadzona. W ocenie Zamawiającego, zadanie wykazane przez Odwołującego, ani formalnie, ani faktycznie nie może być uznane za przebudowę. Budowa wskazanych w ofercie mostów realizowana była w oparciu o decyzję nr 187/07 o pozwoleniu na budowę wydaną przez Wojewodę Śląskiego z dnia 6.08.2007 r. znak IF-AB/1/7111/396/06. Roboty budowlane przy obiekcie MA532 rozpoczęły się zgodnie z wpisem w dzienniku budowy w marcu 2008 r.

Zamawiający wyjaśniał, że roboty prowadzone przez Odwołującego stanowiły kontynuację ww. zadania, które rozpoczął wykonawca Alpine Bau GmbH. W związku z tym, że Zamawiający odstąpił od umowy z wykonawcą, zaistniała potrzeba dokończenia rozpoczętych robót. Prace kontynuował Odwołujący. Nie uzyskał on odrębnego pozwolenia na budowę, które odnosiłoby się do przebudowy, lecz kontynuował prace na podstawie pierwotnego pozwolenia. Potwierdza tę okoliczność także w sposób jednoznaczny Oświadczenie Kierownika Budowy P. G. z dnia 15 maja 2014 r. Oświadczenie zostało potwierdzone przez inspektora nadzoru i głównego projektanta. Z jego treści wynika wprost, że wprowadzone przez INTERCOR zmiany są jedynie zmianami mającymi charakter nieistotny. Nie mogło więc być mowy o zmianie parametrów technicznych lub użytkowych.

W ocenie Zamawiającego INTERCOR kontynuując zadanie rozpoczęte przez Alpine Bau nie doprowadził do zmiany parametrów technicznych lub użytkowych. Kończąc prace doprowadził jedynie do uzyskania parametrów pierwotnie zaprojektowanych i wskazanych w decyzji zezwalającej na budowę. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu nie nastąpiło wzmocnienie mostu, gdyż był on od początku zaprojektowany i wykonany na nośność klasy A wg PN-85/S-10030. Nawet gdyby uznać, że Odwołujący wykonywał duży zakres robót w ramach wykazanej inwestycji, to jest to zbyt mało by uznać, że spełnił przez to postawione przez Zamawiającego warunki i powinien uzyskać dodatkowe punkty.

Zamawiający twierdził, że roboty przy obiekcie MA532 rozpoczęły się zgodnie z wpisem w dzienniku budowy w marcu 2008 r., P. G. - jak wynika z wpisów w Dzienniku Budowy - rozpoczął swoją funkcję w dniu 27 czerwca 2013 r. Nie pełnił więc on niewątpliwie wymaganych funkcji od rozpoczęcia robót.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że omawiana inwestycja nie polegała na przebudowie obiektu, lecz na wykonaniu robót naprawczych mających doprowadzić obiekty do zgodności z decyzją o pozwoleniu na budowę oraz projektem budowlanym. W żadnych dokumentach nie zostało użyte sformułowanie „przebudowa”. Wykonane roboty, bez względu na ich rodzaj i zakres, nie mieszczą się w definicji przebudowy określonej w Prawie budowlanym. Przywołana przez Odwołującego decyzja Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nie wskazuje na przebudowę obiektu w rozumieniu prawa budowlanego ani też na zmianę parametrów użytkowych. Nakazuje jedynie wykonanie określonych robót w celu doprowadzenia obiektu do stanu zgodnego z prawem.

Zamawiający uznał, że pełnienie przez P. G. funkcji Kierownika Budowy w całym okresie robót wykonywanych przez INTERCOR nie spełnia wymagań postawionych w przetargu gdyż roboty te stanowią zaledwie niewielki udział w całym procesie budowy obiektów. Nie spełniają warunku udziału w realizacji inwestycji od rozpoczęcia do zakończenia. Podkreślenia wymaga, że sam Odwołujący w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe” stanowiącym integralną część oferty, kwestionowane zadanie zakwalifikował jako „projekt wykonawczo-naprawczy obiektu mostowego” a nie jako przebudowę czy budowę obiektu mostowego.

Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp

Odnosząc się tego zarzutu Zamawiający stwierdził, że w zakresie Załącznika nr 1 odwołanie jest bezprzedmiotowe, bowiem został on Odwołującemu udostępniony i stanowił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na treść tego dokumentu Odwołujący wprost powołuje się w uzasadnieniu odwołania. Z tej przyczyny zarzut powinien być pominięty.

Kierując się jednak ostrożnością procesową, na wypadek uznania, że doszło do omyłki pisarskiej, Zamawiający wnosi o oddalenie powyższego zarzutu. W ocenie Zamawiającego, w okolicznościach niniejszej sprawy, nawet gdyby uznać, że Konsorcjum BANIMEX dokonało nieskutecznego zastrzeżenia swoich wyjaśnień, a decyzja Zamawiającego w tym postępowaniu stała się nieuzasadniona, to biorąc pod uwagę zarzuty podniesione przez Odwołującego oraz szczegółowe ich uzasadnienie, nie sposób przyjąć, że ewentualne naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia lub pozbawiło Odwołującego możliwości skutecznego podjęcia ochrony swoich praw. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący skorzystał ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim mógłby skorzystać w przypadku udostępnienia mu w pełni dokumentów złożonych przez Konsorcjum BANIMEX. Nie wykazał przy tym by z uwagi na pozostawienie części wyjaśnień, jako niejawnych, powstały po jego stronie jakiegokolwiek utrudnienia w zakresie skorzystania z przysługujących Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu praw.

Zamawiający podnosił, że Odwołujący nie kwestionuje w ogóle prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Konsorcjum BANIMEX, ani w zakresie zgodności jej treści z treścią siwz, ani też w zakresie oceny w ramach kryterium pozacenowego. Zarzuty poza tajemnicą przedsiębiorstwa koncentrują się na rzekomej nieprawidłowości oceny oferty złożonej przez Odwołującego. Tym samym utrzymane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum BANIMEX nie mogło mieć wpływu na treść rozstrzygnięcia. Dlatego też w ocenie Zamawiającego odwołanie także w tym zakresie winno być oddalone.

Następnie Zamawiający stwierdził, że ocena dokonanej przez Konsorcjum BANIMEX zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji zawartych w załączniku nr 2, a zatem informacji dotyczących skalkulowanej technologii wykonania konstrukcji nośnej - jest prawidłowa, ponieważ Konsorcjum BANIMEX dokonało skutecznego zastrzeżenia przedstawionych Zamawiającemu danych w zakresie informacji zawartych w załączniku nr 2 do pisma z dnia 11 marca 2019 r.

Zamawiający nie zgadzał się z Odwołującym, że „(...) Konsorcjum BANIMEX w ogóle nie wykazało i nie skonkretyzowało jakie konkretnie czynności podjęto w celu utrzymania załącznika nr 2 i zawartych w nim informacji w poufności”, ponieważ ostatni akapit załącznika nr 1 stanowi właśnie przedstawienie działań, które zostały podjęte w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest zadaniem Zamawiającego, ani też Odwołującego, ocena skuteczności podjętych przez BANIMEX działań ochronnych. Faktem jest, że część podejmowanych przez wykonawców działań, które mają służyć ochronie przekazywanych przez nich tajemnic może być poparta dowodami, np. zapisy w umowach podwykonawczych. Należy mieć jednak w niniejszym postępowaniu na uwadze, że Konsorcjum BANIMEX nie wskazało na pisemne uregulowania i klauzule. Zdaniem Zamawiającego w takim przypadku nie sposób więc oczekiwać ich przedstawienia. Zaś stosowanie pewnych ograniczeń i haseł, a także ograniczony dostęp personelu do informacji stanowiąc może realne działania, służące ochronie, których w zasadzie wykonawca nie jest w stanie inaczej wykazać, jak przez zawarcie adekwatnych oświadczeń w uzasadnieniu zastrzeżenia. W kontekście powyższego Zamawiający uznał, że Konsorcjum BANIMEX dopełniło warunków formalnych w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający wyjaśniał, że wyłączony z jawności został jedynie niewielki fragment wyjaśnień Konsorcjum BANIMEX, a Zamawiający, wbrew sugestiom Odwołującego, nie działał w sposób automatyczny, bezkrytycznie opierając się na informacjach przedstawionych przez wykonawcę, lecz dokonywał ich szczegółowej analizy.

Kierując się treścią art. 8 ustawy pzp oraz 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także wytycznymi wynikającymi z dotychczasowego orzecznictwa Zamawiający dokonał oceny dokonanych zastrzeżeń dwuetapowo. W pierwszym etapie ocenił, czy zostały

dopełnione formalne warunki zastrzeżenia. Jeżeli ta ocena jest pozytywna, wówczas w drugim etapie Zamawiający ocenia, czy istnieją materialne podstawy do uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku wyjaśnień Konsorcjum BANIMEX ocena ta w części była pozytywna, tj. w zakresie treści w/w załącznika nr 2. Brak jest uzasadnionych podstaw do kwestionowania dokonanej przez Zamawiającego oceny w tym zakresie.

Wraz z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający przedłożył dowody w postaci decyzji nr 57/12 z dnia 30 maja 2012 r. wydanej przez Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, wyciąg z Dziennika Budowy nr 22/MMA532 t. 19, t. 1, oświadczenie Kierownika Budowy z dnia 15 maja 2014 r. podpisane przez Pana P. G., wykaz wprowadzonych nieistotnych odstępstw od zatwierdzonego projektu budowlanego.

W dniu 8 maja 2019 r. do Izby wpłynęło ze strony Przystępującego pismo procesowe

zawierające stanowisko wykonawcy, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wskazywał, że Odwołujący wbrew wyraźnym wskazaniom siwz złożył odmienne, niż dopuszczone do oceny przez Zamawiającego oświadczenie, z którego nie wynika czy zadanie nr 2 polegało na budowie lub przebudowie obiektu mostowego, czy też na nadzorze nad budową lub przebudową obiektu mostowego. Zamiast podać w ofercie informacje umożliwiające Zamawiającemu dokonanie oceny w kryterium dotyczącym doświadczenia Kierownika Budowy lub Kierownika robót mostowych, poprzestał na enigmatycznym wskazaniu, że zadanie dotyczyło „projektu wykonawczo-naprawczego obiektu mostowego”. Brak wskazania czy doświadczenie Pana P. G. dotyczyło zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub nadzorze nad budową lub przebudową obiektu mostowego stanowił dla Zamawiającego kluczową przeszkodę, uniemożliwiającą autonomiczne stwierdzenie, że doświadczenie na tym zadaniu spełnia wymagania określone w pkt. 19.1.2.2. ppkt2a) lit. ii) IDW i zasługuje na przyznanie 3 punktów w kryterium.

Przystępujący twierdził, że prace wykonane w ramach wykazanego zadania nie polegały na budowie lub przebudowie obiektu mostowego: zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, lecz na wykonaniu prac o charakterze poprawkowym i naprawczym po wcześniejszym wykonawcy robót. Zostały one wykonane w oparciu o wymogi zawarte w decyzji ŚWINB nr 57/12 z dnia 30.05.2012 r. wydanej na podstawie przepisu art. 51 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego. Według Przystępującego przepis ten ma zastosowanie w postępowaniu naprawczym uruchamianym przez organy nadzoru budowlanego (a nie organy administracji architektoniczno-budowlanej właściwej do wydania pozwolenia na budowę) w sytuacjach wskazanych w art. 51 ust. 1 Prawa budowlanego. W przypadkach zaistnienia którejs z przesłanek wymienionych w tym przepisie organ podejmuje działania mające na celu doprowadzenie do zgodności z prawem wykonanych robót budowlanych poprzez wydanie jednego z nakazów wskazanych w art. 51 ust. 1 pkt 1 - 3 Prawa budowlanego. Zdaniem Przystępującego, gdyby rzeczywiście jak twierdzi Odwołujący, doświadczenie jakie nabył Pan P. G. w ramach zadania nr 2 obejmowało przebudowę obiektu mostowego o konstrukcji łukowej z podwieszonym pomostem o rozpiętości głównego przęsła minimum 100 m lub extradose lub podwieszonej (wantowej), niemożliwe byłoby wykonywanie robót w trybie naprawczym przewidzianym w art. 51 Prawa budowlanego. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Sądów administracyjnych „jeżeli ustalono, że inwestycja objęła swoim zakresem nie tylko zmianę charakterystycznych parametrów w postaci zwiększenia powierzchni zabudowy ale część pasa drogowego znajduje się na sąsiedniej działce to z tych powodów inwestycja stanowi nie przebudowę a rozbudowę drogi i w związku z tym wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Skoro tak to tryb legalizacji przewidziany art. 50 i art. 51 Prawa budowlanego jest nieprawidłowy. W sprawie winien mieć zastosowanie art. 48 Prawa budowlanego i oczywiście jako, że zasadą jest możliwość legalizacji samowoli budowlanych tryb legalizacyjny z tego przepisu”. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 marca 2018 r. II OSK 1303/16). Tymczasem podstawą wydania decyzji nr 57/12 przez ŚWINB był właśnie przepis art. 51 Prawa budowlanego. A contrario roboty wykonywane w tym trybie nie mogły stanowić przebudowy obiektu mostowego.

Przystępujący twierdził, że powyższy zakres prac poprawkowych i naprawczych w żadnym razie nie może zostać utożsamiony z budową lub przebudową obiektu mostowego, bowiem ich celem było usunięcie skutków awarii oraz doprowadzenie parametrów obiektu do zgodności z prawem (projektem budowlanym). Zgodnie z przepisami Prawa budowlanego przez „budowę” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. W sytuacji gdy nie powstaje nowy obiekt, nie może być mowy o budowie (wykonaniu) obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa Budowlanego, a zatem mamy w takim przypadku do czynienia z robotami budowlanymi innego rodzaju, niepolegającymi jednak na budowie (wyrok WSA w Warszawie z dnia 10.06.2011 r., VII SA/Wa 764/11). Odbudowa polega na wykonaniu faktycznie nowego obiektu budowlanego, choć z wykorzystaniem elementów konstrukcyjnych pozostałych po innym obiekcie budowlanym, który uległ zniszczeniu. Przy odbudowie mieszczącej się w ustawowej definicji budowy powstaje fizycznie nowa substancja budowlana. Z reguły jest to odtworzenie obiektu

budowlanego po jego znacznym zniszczeniu, obejmującym niemal całość, a rezultatem takich robót budowlanych jest nowy obiekt budowlany, zawierający elementy wykorzystane z poprzedniego obiektu (analogicznie w wyroku NSA z dnia 29.03.2001 r., sygn. akt SA/Bk 852/00). W wyroku WSA w Krakowie z dnia 3.11.2015 r., II SA/Kr 1112/15 wyrażono pogląd, iż przez „rozbudowę” należy rozumieć powiększenie, rozszerzenie budowli, obszaru już zabudowanego, dobudowanie nowych elementów. Z kolei w wyroku z dnia 27.10.2015 r., II SA/Kr 963/15, Sąd uznał, iż z rozbudową mamy do czynienia w przypadku zmiany, innych poza wysokością, charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego jak kubatura, powierzchnia zabudowy, jego długość czy szerokość. Rozbudową będzie zatem powiększenie istniejącego obiektu budowlanego o taki element techniczny stanowiący charakterystyczny parametr budynku, który stanowi (zewnętrzną) część obiektu budowlanego.

Zdaniem Przystępującego zakres prac wykonanych w ramach zadania nr 2 nie wypełnia znamion żadnej z powyżej przedstawionych definicji. W szczególności prace wskazane przez Odwołującego nie polegały na wykonaniu nowego obiektu budowlanego - ponieważ ten obiekt był już w trakcie budowy, rozpoczętej wcześniej przez innego wykonawcę na podstawie kolejnych umów z dnia 18.10.2007 r. i 1.10.2010 r. Ich rezultatem nie było też odtworzenie nowego obiektu, w stopniu wystarczającym do uznania, że prace te polegały na odbudowie obiektu budowlanego. Nie dobudowano także nowych elementów skutkujących powiększeniem, rozszerzeniem budowli lub obszaru już zabudowanego.

Przystępujący nie zgadzał się również ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w treści odwołania, pozostającego w sprzeczności z treścią oferty, iż w ramach spornego zadania zostały wykonane prace polegające na przebudowie obiektu mostowego MA532 i MD532.1. Przystępujący twierdził, że w ramach przedstawionych prac nie doszło do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych obiektów budowlanych. Nie przeczy temu sam Odwołujący wskazując w treści wniesionego odwołania, że rezultatem przeprowadzonych prac było osiągnięcie wymaganej nośności obiektów mostowych, zatem nie może być tu mowy o wykonaniu robót budowlanych, które skutkowałyby zmianą pierwotnie przyjętych parametrów, bowiem projekt wykonawczo-naprawczy miał na celu nie tyle zmianę pierwotnie określonych parametrów, co samo osiągnięcie tych parametrów. W świetle rzeczzonej decyzji ŚWINB nr 57/12 z dnia 30.05.2012 r. celem wykonanych prac było zapewnienie, aby istniejący obiekt mostowy osiągnął pierwotnie założone w projekcie budowlanym parametry, umożliwiające bezpieczną jego eksploatację.

Kolejno Przystępujący twierdził, że zgodnie z art. 3 ust. 1 Prawa budowlanego przez obiekt budowlany należy rozumieć „budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych”. Obiekty MA532 i MD532.1, nie posiadały wymaganej nośności oraz stanowiły zagrożenie dla życia, zdrowia oraz bezpieczeństwa. Ponadto dla tych obiektów nie zostało wydane pozwolenie na ich użytkowanie, co potwierdza, iż nie mogły być użytkowane. W opinii Konsorcjum BANIMEX obiekty te nie mogły stanowić obiektów budowlanych w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego z uwagi na brak możliwości użytkowania zgodnie z ich przeznaczeniem. Z tych też względów, oczywistym jest że realizacja prac budowlanych przez Odwołującego przy obiektach MA532 i MD532.1 nie mogła zostać zakwalifikowana jako przebudowa, gdyż zgodnie z definicją legalną zawartą w art.

3 ust. 7a Prawa budowlanego przebudowa może dotyczyć robót budowlanych tylko na istniejących obiektach budowlanych. W świetle obowiązującego prawa obiekty MA532 i MD532.1 nie spełniały takiej definicji gdyż nie mogły być użytkowane zgodnie z przeznaczeniem.

Przystępujący zwracał uwagę, iż Zamawiający w pkt. 19.2.2.2) lit a) ppktii) IDW wymagał wykazaniem się przez wykonawców, iż osoba wskazana na Kierownika Budowy lub Kierownika Robót wykaże się min. doświadczeniem przy budowie lub przebudowie obiektu mostowego. Zdaniem Przystępującego nie ulega wątpliwości, że prace które realizował Pan P. G. w ramach rzeczzonego zadania nie dotyczyły przebudowy obiektu mostowego. Zgodnie z definicją zawartą w § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie z dnia 30.05.2000 r. przez obiekt mostowy należy rozumieć: „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę.” Z kolei zgodnie z definicją budowli zawartą w art. 3 ust. 3 prawa budowlanego „należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszyny antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące

instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową". Powyższe dodatkowo potwierdza, iż obiekty MA532 i MD532.1 nie były obiektami mostowymi w chwili prowadzenia przez prac wykonawczo-naprawczych. Obiekty te uzyskały dopiero status obiektów mostowych po zakończeniu wszelkich prac budowlanych z nimi związanych i uzyskaniu pozwolenia na budowę. Z wyżej przywołanych względów nie można zakwalifikować prac przy przedmiotowych obiektach jako spełniających wymagania w pkt. 19.2.22) lit a) ppkt ii) IDW, gdyż prace te na pewno nie były budową nowego obiektu mostowego, ani też nie stanowiły

przebudowy istniejącego obiektu mostowego tj. obiektu budowlanego, który był użytkowany

17

zgodnie z przeznaczeniem. Prace te stanowiły wykonanie zaleceń właściwego inspektora nadzoru budowlanego mające na celu realizację przyjętego programu naprawczego na etapie budowy przywołanych obiektów. Konstatając powyższe w opinii Konsorcjum BANIMEX można stwierdzić, że sporne zadanie nie polegało na zmianie układu funkcjonalnego ani nie polegało na zmianie sposobu użytkowania obiektu mostowego, a te dwie przesłanki muszą zostać spełnione łącznie aby uznać dane roboty za przebudowę (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Łodzi z dnia 8 listopada 2011 r., II SA/Łd 1069/11).

Kolejną istotną kwestią poruszaną przez Przystępującego było to, że Pan P. G. w związku z wykonaniem prac w ramach zadania nr 2 nie nabył doświadczenia obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową obiektu mostowego od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, zgodnie z wymogami SIWZ. Dla dokonania powyższego ustalenia istotne znaczenie ma fakt, że zgodnie z oświadczeniem Odwołującego zawartym w formularzu 2.2 „kryteria pozacenowe” rozpoczęcie robót w ramach wykazanego zadania polegającego na wykonaniu programu wykonawczo-naprawczego nastąpiło w dniu 01.07.2013 r., a do ich zakończenia doszło 25.04.2014 r. Natomiast pierwszy wpis o rozpoczęciu robót w zakresie obiektów mostowych MA532 i MD532.1 miał miejsce w okresie poprzedzającym zawarcie przez Odwołującego umowy w sprawie realizacji projektu wykonawczo-naprawczego, na którym Pan P. G. był Kierownikiem Budowy. Przystępujący wyjaśniał, że roboty budowlane w zakresie tych obiektów rozpoczęły się wiele lat wcześniej, co zostało odnotowane w dzienniku budowy dotyczącym robót prowadzonych w oparciu o niewykonaną umowę z dnia 18 października 2007 r. zawartą z poprzednim wykonawcą. W związku z powyższym Pan P. G. w ramach realizacji projektu wykonawczo-naprawczego nie mógł być obecny w chwili rozpoczęcia robót na tych obiektach. Z analogicznych przyczyn nie sposób uznać, że wykonanie wszystkich robót w zakresie obiektów mostowych MA532 i MD532.1 lub ich odbiór nastąpiło w okresie gdy Pan P. G. pełnił funkcję Kierownika Budowy dla przedmiotowego projektu wykonawczo-naprawczego.

Następnie Przystępujący odniósł się do zarzutu, dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp, polegającego na uznaniu zasadności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji zawartych w piśmie z dnia 11 marca 2019 roku (wskazanych w załączniku nr 2). Przystępujący stwierdził, że Zamawiający w treści siwz nie zawarł wymogu dołączenia do oferty opisu koncepcji czy technologii wykonania poszczególnych robót, ani żadnych innych dokumentów potwierdzających prawidłowość rozwiązań przyjętych do wyceny. W trakcie procedury przetargowej Zamawiający sformułował takie żądanie wyłącznie w stosunku do Przystępującego. Na szczególną uwagę zasługuje, że złożona przez Przystępującego oferta zawiera najniższą cenę spośród wszystkich złożonych ofert. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący nie miał żadnych gwarancji, co do tego, która ze złożonych ofert zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, czy wybór Zamawiającego będzie ostateczny albo czy postępowanie nie zostanie odmiennie rozstrzygnięte, choćby w wyniku złożenia odwołania lub konieczności unieważnienia postępowania i jego powtórzenia. W opisanych sytuacjach zdaniem Przystępującego istnieje realne ryzyko, że inni wykonawcy, którzy nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w analogicznym zakresie lub wykonawcy, którzy złożyli droższe oferty, mogliby skorzystać z udostępnienia przez Zamawiającego informacji zawartych w Załączniku nr 2. Konsorcjum BANIMEX wyjaśniało, że porównanie cen zaoferowanych za wykonanie robót przedstawionych w zastrzeżonych wyjaśnieniach wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, że pozostali wykonawcy nie wypracowali tak skutecznych rozwiązań w zakresie optymalizacji kosztów za wykonanie tych robót. Zatem potencjalnie mogliby oni wykorzystać know-how Przystępującego w zakresie strategii budowania ceny oferty, sposobu i technologii prowadzenia robót nie tylko na gruncie przedmiotowego postępowania ale również innych przetargów, mających za przedmiot inwestycje o podobnym charakterze.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, złożone dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępujących zawarte w pismach procesowych oraz wyrażone na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (dalej: Przystępujący Mostostal”).

Po rozpoznaniu zarzutów odwołania w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie Izba stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

Izba rozpoznała i oceniła zarzuty zgłoszone w odwołaniu w następującej kolejności:

1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy

przez dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Odwołującego, polegającej na zaniżeniu o 3 punkty liczby punktów przyznanych Odwołującemu w kryterium Kierownik Budowy lub Kierownik robót mostowych.

Izba ustaliła, że w pkt 19.1.2.2.2) lit. a ppkt ii IDW Zamawiający wskazał, że wykonawca może otrzymać maksymalną liczbę 6 pkt. Jeśli wskaże doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową obiektu mostowego o konstrukcji łukowej z powieszonym pomostem o rozpiętości głównego przęsła minimum 100 m lub extradose lub podwieszanej (wantowej) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowiskach Kierownika Budowy, Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru w branży mostowej:

- za 1 obiekt mostowy potwierdzający powyższe wymagania - wykonawca otrzyma 3 pkt,
- za 2 obiekty mostowe potwierdzające powyższe wymagania - wykonawca otrzyma 6 pkt,
- (...)
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

W złożonej ofercie Odwołujący w formularzu „Kryteria pozacenowe” w pkt. II wskazał na następujące doświadczenie Pana P. G. jako Kierownika Budowy:

Zadanie 1:

- nazwa zadania: „Budowa mostu na: rzece Skawie w miejscowości Maków Podhalański w km 434+731 w ciągu drogi krajowej nr 28”.
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa obiektu mostowego lub nadzór nad budową/przebudową obiektu mostowego): budowa obiektu mostowego

- rodzaj konstrukcji (łukowej z podwieszonym pomostem o rozpiętości głównego przęsła min 100 m, extradose lub podwieszanej (wantowej): łukowa z podwieszonym pomostem o rozpiętości głównego przęsła 115,0 m
- stanowisk/stanowiskach (Kierownika Budowy, Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru w branży mostowej): Kierownika Robót Mostowych/ od dnia 26.10.2011 Kierownik Budowy
- okres pełnienia funkcji od 08.09.2011 r. do 10.11.2012 r.
- data: rozpoczęcia robót 08.09.2011 r. (przekazanie placu budowy)
- data zakończenia zadania 10.11.2012 r. (zakończenie robót)

Zadanie 2:

- nazwa zadania: Wykonanie robót związanych z realizacją projektu wykonawczo-naprawczego dla obiektów MA532 i MD532.1 realizowanych ramach Kontraktu pn.: Kontynuacja budowy autostrady płatnej A1, odcinek, od węzła „Świerklany” (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską. w Gorzyczkach od km 548+897 do km 567+223, długości 18,33km”.
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa obiektu mostowego lub nadzór nad budową/przebudową obiektu mostowego): projekt wykonawczo - naprawczy obiektu mostowego
- rodzaj konstrukcji (łukowej z podwieszonym pomostem o rozpiętości głównego przęsła min 100 m, extradose lub podwieszanej (wantowej)): extradose
- stanowisk/stanowiskach (Kierownika Budowy, Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru w branży mostowej): Kierownik Budowy
- okres pełnienia funkcji od 26.06.2013 r. do 25.04.2014 r.
- data rozpoczęcia robót 01.07.2013 r.
- data zakończenia zadania 25.04.2014 r.

W zakresie omawianego zarzutu Izba również ustaliła, że Zamawiający przyznał Konsorcjum BANIMEX 97 punktów, natomiast Odwołującemu 94,84 punktów. W kryterium

określonym w pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii IDW - Kierownik Budowy lub Kierownik robót mostowych Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za doświadczenie w ramach zadania nr 2 uznając, że wykazane przez Odwołującego doświadczenie nie spełnia postawionych wymagań w ramach kryterium pozacenowego, bowiem nie stanowiło wymaganej przez Zamawiającego budowy, ani też przebudowy. Wskazana przez Odwołującego osoba, tj. Pan P. G. - nie wykonywała także zadania nr 2 od początku do końca, w myśl definicji zawartej w siwz.

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

1. Opis techniczny projektu architektoniczno - budowlanego dla obiektów inżynierskich MA-532 i MD-532.1 w węźle Mszana autostrady A1.
2. Opinia techniczna zakładu nowych technologii i wdrożeń „INMOST-PROJEKT” sp. z o.o. z dnia 30 kwietnia 2019 r.
3. Opinia techniczna Politechniki Śląskiej z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania

zamówienia (art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp).

Natomiast według art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W zakresie omawianego zarzutu Izba potwierdziła prawidłowość stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, którzy słusznie twierdzili, że podane przez Odwołującego doświadczenie Pana P. G., wskazanego jako Kierownik Budowy w ramach zadania nr 2 w kryterium określonym w pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii IDW nie spełnia postawionych przez Zamawiającego wymagań.

Zgłoszony przez Odwołującego zarzut Izba rozpoznała w dwóch aspektach, tj. po pierwsze w odniesieniu do tego, czy wskazywane powyżej doświadczenie spełnia wymóg kryterium określony w pkt 19.1.2.2.2) lit. a) ppkt ii IDW za zakresie pojęć: „budowa” i „przebudowa” oraz po drugie - w odniesieniu do wymogu rozpoczęcia i zakończenia robót.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że strony nie kwestionowały, iż do rozumienia pojęć: „budowa” oraz „przebudowa” wskazanych w omawianym kryterium zastosowanie mają przepisy Prawa budowlanego. Spór pomiędzy stronami koncentrował się na tym, czy zadanie nr 2, które było inwestycją polegającą na wykonaniu robót związanych z realizacją projektu wykonawczo-naprawczego dla obiektów MA532 i MD532.1 - realizowanych w ramach danego kontraktu na którym Pan P. G. sprawował stanowisko Kierownika Budowy może być rozpatrywane w kategoriach: budowy lub przebudowy.

Izba stwierdziła, że w tym miejscu zasadnym jest przywołanie przepisów Prawa budowlanego, które definiują zakres pojęć: „budowa” i „przebudowa”. Otóż według art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego przez budowę należy rozumieć wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Definicję przebudowy zawiera natomiast art. 3 pkt 7a ww. ustawy i stanowi, że przez przebudowę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Z ustaleń Izby wynika, że w zakresie zadania nr 2 budowa wskazanych w ofercie obiektów realizowana była w oparciu o decyzję nr 187/07 o pozwoleniu na budowę wydaną przez Wojewodę Śląskiego z dnia 6.08.2007 r., znak IF-AB/1/7111/396/06. Roboty budowlane przy obiekcie MA532 rozpoczęły się zgodnie z wpisem w dzienniku budowy w marcu 2008 r. Dokumenty w postaci m. in. Dziennika Budowy, który odwołuje się do ww. decyzji o pozwoleniu na budowę oraz rozpoczęcia robót, zostały złożone do akt sprawy przez Zamawiającego wraz odpowiedzią na odwołanie.

Istotnym w zakresie rozpoznania zarzutu jest, że roboty prowadzone przez Odwołującego stanowiły kontynuację zadania rozpoczętego przez wykonawcę Alpine Bau GmbH. W związku z tym, że Zamawiający odstąpił od umowy z tym wykonawcą, zaistniała potrzeba dokończenia rozpoczętych robót, które były kontynuowane przez Odwołującego na podstawie pierwotnego pozwolenia na budowę, co potwierdza również oświadczenie Kierownika Budowy P. G. z dnia 15 maja 2014 r., w którym stwierdzono wprost, że: „roboty prowadzone w oparciu o ostateczną decyzję nr 187/07 (...)”. Powyższe oświadczenie zostało opatrzone również podpisem Inspektora Nadzoru oraz Głównego Projektanta. Ponadto w treści oświadczenia podano, że wprowadzone zmiany są jedynie zmianami mającymi charakter nieistotny w odniesieniu do zatwierdzonego projektu lub pozwolenia na budowę.

W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że nie sposób uznać, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z przebudową w wyniku której nastąpiła istotna zmiana parametrów na którą wskazywał Odwołujący. Również z dowodów przedłożonych przez Odwołującego w postaci opinii technicznej Zakładu Nowych Technologii i Wdrożeń „INMOST-PROJEKT” sp. z o.o. oraz opinii Politechniki Śląskiej nie wynika aby doszło do istotnej zmiany parametrów. W treści ww. opinii wskazano jedynie, że w wyniku prowadzonych prac doszło do zmiany parametrów technicznych obiektu bez sprecyzowania jak istotne były to zmiany. Ponadto dostrzec należy, że z opisu technicznego projektu architektoniczno-budowlanego dla obiektów inżynierskich MA-532 i MD-532.1 wynika, że podstawą tego opracowania była norma [10] PN-85/S-100030 Obiekty mostowe. Obciążenia. Na stronie opisu projektu wprost stwierdzono, że mosty będą przenosiły obciążenia użytkowe klasy A wg normy [10], Wobec tego Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, który twierdził, że dopiero wykonanie przebudowy tych obiektów przez Odwołującego doprowadziło do zmiany ich nośności i tym samym umożliwiło dopuszczenie ich do użytkowania.

Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym przypadku mamy do czynienia z wykonaniem robót związanych z realizacją projektu wykonawczo-naprawczego, który miał na celu dokończenie budowy prowadzonej w oparciu o decyzję nr 187/07 o pozwoleniu na budowę wydaną przez Wojewodę Śląskiego z dnia 6.08.2007 r. znak IF-AB/1/7111/396/06. Dostrzec należy, że dla omawianej inwestycji nie wydano nowego pozwolenia na budowę a realizacja następowała na podstawie pierwotnie wydanej decyzji. Wykonane prace na które powołuje się Odwołujący były realizowane w sposób uwzględniający wymogi zawarte w decyzji z dnia 30 maja 2012 r. nr 57/12 wydanej przez Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego (decyzja w aktach sprawy). W decyzji nakazano Inwestorowi budowy wykonanie określonych robót budowlanych i czynności w celu doprowadzenia przedmiotowej budowy do stanu zgodnego z prawem. W związku z tym Izba za słuszne uznała stanowisko wyrażone przez Przystępującego, że prace wykonywane przez Odwołującego w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mogą być zakwalifikowane jako przebudowa obiektu mostowego, bowiem celem przeprowadzenia tych prac było usunięcie skutków awarii oraz doprowadzenie parametrów obiektu do zgodności z prawem.

Kolejnym aspektem zgłoszonego zarzutu, który został rozpoznany przez Izbę, jest spełnienie wymagania Zamawiającego, w zakresie legitymowania się przez wskazaną przez Odwołującego osobę, tj. Pana P. G., określonym doświadczeniem, z uwzględnieniem następującego okresu: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowiskach. Izba uznała, że w zakresie zadania 2 doświadczenie nabyte przez Pana P. G. nie spełnia powyższych wymagań Zamawiającego, ponieważ nie obejmuje w całości okresu: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że Zamawiający w specyfikacji w sposób jednoznaczny wskazał jak rozumieć pojęcia: zarówno rozpoczęcia jak i zakończenia robót. Zamawiający przy opisie kryterium zawarł następującą treść: „Uwaga! Na potrzeby tego kryterium rozpoczęcie robót należy rozumieć jako datę wpisu w dzienniku budowy o rozpoczęciu robót dotyczących obiektów mostowych spełniających powyższe wymagania. Jako wykonanie zadania należy rozumieć datę wpisu w dzienniku budowy potwierdzającego wykonanie wszystkich robót lub protokół odbioru całości robót na obiekcie spełniającym powyższe wymagania/...”.

Analizując doświadczenie Pana P. G. w zakresie zadania nr 2 opisane w formularzu kryteriów pozacenowych, w zestawieniu z treścią dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego, tj. Dziennik Budowy stwierdzić należy, że doświadczenie przedstawione przez

Odwołującego występuje w krótszym okresie niż ten wymagany przez Zamawiającego. Otóż Odwołujący stwierdził, że rozpoczęcie robót przez Pana P. G. miało miejsce w dniu 01.07.2013 r., podczas gdy z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego, które zostały opisane powyżej, wynika, że roboty na obiekcie MA532 rozpoczęły się wcześniej, bo już w marcu 2008 r. W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że zasadne było uznanie przez Zamawiającego, że Pan P. G. nie pełnił funkcji Kierownika Budowy na zadaniu nr 2 od rozpoczęcia robót i nie przyznał Odwołującemu punktów w tym zakresie.

Podsumowując powyższe rozważania Izba potwierdziła, że wykazane przez Odwołującego doświadczenie Pana P. G. w zakresie zadania nr 2 nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt 19.1.2.2.2) lit. a pkt ii IDW, ponieważ nie może być zakwalifikowane jako „budowa” czy też „przebudowa” obiektu mostowego a także nie

uwzględnia okresu określonego przez Zamawiającego w siwz w aspekcie rozpoczęcia robót. Wobec tego zasadnym był brak przyznania Odwołującemu w omawianym zakresie 3 dodatkowych punktów. Konsekwencją powyższego brak było stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Na wstępie Izba uznała za konieczne odniesienie się do wniosku złożonego przez Zamawiającego, w zakresie pozostawienia bez rozpoznania odwołania, w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia Załącznika nr 1 w piśmie Konsorcjum BANIMEX z dnia 11.03.2019 r. Zamawiający podnosił, że w zakresie Załącznika nr 1 odwołanie jest bezprzedmiotowe, ponieważ został on Odwołującemu udostępniony i stanowił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba oddaliła wniosek złożony przez Zamawiającego wskazując, że w zarzutach Odwołujący odwoływał do zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na uznaniu dokonanego przez Konsorcjum BANIMEX zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie Załącznika nr 1 w piśmie z dnia 11.03.2019 r., jako zastrzeżenia bezskutecznego jednocześnie żądając udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji Przystępującego która nie została przez Zamawiającego ujawniona. Odwołujący do odwołania załączył treść Załącznika nr 1 w piśmie Konsorcjum BANIMEX z dnia 11.03.2019 r.

Dostrzec również należy, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący w złożonych pismach bez większego problemu odkodowali informację, która stanowiła przedmiot zaskarżenia w odwołaniu przez skarżącego wykonawcę. Zgodzić się należy z Odwołującym, który stwierdził, że w przepisach Pzp brak jest legalnej definicji zarzut odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała jednak w orzeczeniach własną definicję tego terminu, według której zarzut odwołania to „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne”. W omawianej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący określił w sposób dostateczny zaniechanie Zamawiającego oraz jego uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, dotyczący zaniechania ujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień, złożonych przez Konsorcjum BANIMEX w zakresie sposobu i technologii prowadzenia robót został prawidłowo zgłoszony i podlega rozpoznaniu Izby. Po analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że zgłoszony zarzut potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że Przystępujący, odpowiadając pismem z dnia 11 marca 2019 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 marca 2019 r., wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zastrzegł treść składanych wyjaśnień z zakresu technologii wykonania konstrukcji nośnej (załącznik nr 2 w piśmie z dnia 11.03.2019 r.) z uwagi na znajdującą się w tej części wyjaśnień tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego w powyższym zakresie. Z dokumentacji postępowania i wyjaśnień Przystępującego złożonych w piśmie procesowym i w toku rozprawy wynika, że wraz z wyjaśnieniami nie zostały złożone żadne dowody na potwierdzenie wykazania zasadności zastrzeżenia.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Na wstępie wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności Zamawiającego, polegająca na ocenie tego, czy Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia wymaga kwestia związana z tym, czy Przystępujący zastrzegając określony katalog informacji w piśmie z dnia 11 marca 2019 r. w sposób wystarczający wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje w złożonym na żądanie

Zamawiającego, piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk a w konsekwencji Zamawiający był uprawniony do pozostawienia ich w poufności? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że Przystępujący nie sprostał temu zadaniu.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w sposób wystarczający, że informacje zawarte w dokumentach w części zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia w nich, określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze złożone wyjaśnienia mają charakter dość ogólny i brak w nim konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum Mostostal do zachowania w poufności części dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Konsorcjum BANIMEX w zasadzie skupiło się jedynie na tym, że wybór technologii wykonania konstrukcji nośnej wskazuje na sposób dokonania przez wykonawcę kalkulacji ceny ofertowej, podkreślając, że „obnażają reguły kalkulacji kosztów obowiązujących w przedsiębiorstwie Przystępującego i związaną z tym koncepcję organizacyjno-techniczną realizacji zamówienia”. Jednak w złożonych wyjaśnieniach brak jest szczegółowego wyjaśnienia w tym zakresie.

Jeśli zaś chodzi o wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji to Przystępujący podał, że zastrzeżona informacja posiada autonomiczną wartość handlową (gospodarczą) w stopniu uzasadniającym konieczność jej ochrony przed szerszym rozpowszechnianiem. W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający odpowiadając na pytania do siwz w piśmie z dnia 21 grudnia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 19 podał: „Ponadto Zamawiający udziela następujących wyjaśnień w sprawie technologii budowy przęseł mostu. Przęsła mostu zostały zaprojektowane w technologii „na mokro” na rusztowaniach stacjonarnych i podporach tymczasowych. Rozwiązanie takie jest uzyskało pozwolenie wodnoprawne i zostało potwierdzone decyzją ZRID. Zgodnie ze STWIORB koszt wykonania rusztowań i szalunków należy ująć w cenie jednostkowej betonu. Zamawiający nie wyklucza zgody na zastosowanie innej technologii

betonowania przęsła mostu (metoda nawisowa, nasuwanie podłużne, częściowa prefabrykacja itp.) pod następującymi warunkami:

Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania jako jedną z przykładowych metod podał metodę wskazaną przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach, to wyjaśnienia Przystępującego w tym zakresie należy uznać za wątpliwe. W związku z tym Izba uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie uprawniały Konsorcjum BANIMEX do zachowania w poufności części dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Kolejną przesłanką, która stanowiła podstawę badania przez Izbę była konieczność wykazania przez Przystępującego, iż podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Izba w omawianym zakresie w pełni popiera stanowisko prezentowane przez Odwołującego oraz Przystępującego Mostostal, którzy zgodnie twierdzili, że Konsorcjum BANIMEX nie sprostало temu wymaganiu, bowiem oparło się jedynie na gołosłownych twierdzeniach nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów.

Dostrzec należy, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że: „informacje w zakresie budowania strategii cenowej i sposobu obliczania ceny ofertowej oraz technologii i koncepcji prowadzenia robót, wskazanych w wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnień, w szczególności w zakresie technologii wykonania konstrukcji nośnej nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne. Podjęliśmy szereg stosowanych środków w celu zachowania tych informacji w tajemnicy, w szczególności poprzez ograniczenie liczby osób mających do nich dostęp. Krąg osób zaangażowanych w przygotowanie ofert na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (...) jest zawsze ograniczony do kilku osób - pracowników spółki, którzy zawarli dodatkowo umowy o zachowaniu poufności oraz zakazie konkurencji. Ponadto w Spółce stosowany jest szereg ograniczeń organizacyjnych związanych z procedurami wewnętrznego obiegu informacji, dotyczących możliwości i terminów wprowadzania poszczególnych danych na serwery, zabezpieczeniu dostępu do tych serwerów hasłami, wydzielaniu odpowiednio odizolowanych pomieszczeń do prowadzenia bezpośrednich i telefonicznych rozmów na tematy związane z opracowaniem ceny ofertowej oraz koncepcji i technologii prowadzenia robót budowlanych na etapie przygotowywania oferty i realizacji inwestycji. W stosunku do podmiotów wewnętrznych zewnętrznych, tj. podwykonawców, dostawców, i usługodawców stosowany jest szereg zabezpieczeń mających na celu zobowiązanie ich do zachowania tajemnicy dotyczącej wzajemnej wymiany informacji”.

Analiza zacytowanych powyżej wyjaśnień Przystępującego BANIMEX prowadzi do wniosku, że wykonawca powołując się w nich na wprowadzenie szeregu zabezpieczeń w celu zachowania informacji w poufności takich jak np. ograniczenie liczby osób mających dostęp do poufnych informacji (pracowników spółki), którzy zawarli dodatkowo umowy o zachowaniu poufności oraz zakazie konkurencji, procedury wewnętrznego obiegu informacji - powinien przedstawić stosowne dowody w tym zakresie. Za dowody takie mogłyby być uznane chociażby wskazywane przez Przystępującego umowy o zachowaniu poufności oraz zakazie konkurencji zawierane z określonymi pracownikami a także procedury wewnętrznego obiegu informacji. Przystępujący dowodów takich Zamawiającemu nie przedstawił a ograniczył się jedynie do gołosłownych stwierdzeń.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawca Konsorcjum BANIMEX nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wyjaśnieniach z dnia 11 marca 2019 r. (załącznik nr 2) określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym za niewłaściwą należy uznać czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji na żądanie Odwołującego. Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta Przystępującego oraz uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego załącznika nr 2 do pisma z dnia 11 marca 2019 r.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy orz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust 2 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. Nr 41, poz. 238).