Sygn. akt: KIO 2693/20

WYROK
z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę **DUCTUS Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław,**
przy udziale wykonawcy **ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **DUCTUS Sp. z o.o. ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski**, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **DUCTUS Sp. z o.o. ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od odwołującego: **DUCTUS Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski** na rzecz zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……
……..
……

Sygn. akt KIO 2693/20
UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Bieżące utrzymanie dróg krajowych A-4, S-3, 3, 94, na terenie Rejonu w Legnicy w latach 2020-2023, Zadanie nr 3 – Utrzymanie oznakowania i urządzeń BRD", numer referencyjny: O.WR.D-3.2412.109.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 02.07.2020 r., nr 557679-N-2020.

Pismem z dnia 13.10.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZABERD S.A.

W dniu 19.10.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DUCTUS Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 1, 2, 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", w zw. z 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.), zwanej dalej: „uznk", poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez ZABERD S.A., a zawarte w Załącznikach do pisma z dnia 23 września 2020 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia Załączników do pisma z dnia 23 września 2020 r., pomimo że ZABERD S.A. nie wykazała, że dane zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
2) art. 186 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 90 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 17 sierpnia 2020 r., tj.:
   a) żądania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A., gdyż stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
   b) żądania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A. z powodu zawartej w tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
   c) żądania wykonawcy ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu oferty mającego wpływ na wysokość ceny, tj. pozycji 30 kosztorysu ofertowego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
   d) żądania wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wykonawcy ZABERD S.A., ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP,
   e) żądania wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej,
   f) żądania wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, ponieważ przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu,

pomimo uwzględnienia w całości odwołania złożonego przez odwołującego pismem z dnia 1 września 2020 r., w tym

zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę działającego pod firmą ZABERD S.A., pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę,

4)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZABERD S.A. jako najkorzystniejszej, mimo że powinna ulec odrzuceniu, zostać uznana za odrzuconą, a ZABERD S.A. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,

5)art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie za prawidłowe wyjaśnienia ceny ZABERD S.A. oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD S.A., mimo że wyjaśnienia ceny nie były wystarczające i nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny,

6)art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie wyjaśnień ZABERD S.A. za wystarczające w odniesieniu do referencji, mimo że nie potwierdzały one spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wezwania ZABERD S.A. do uzupełnienia wykazu wraz z referencjami,

7)art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejawiające się w szczególności w uprzywilejowanym traktowaniu wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„**3.** Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że ZABERD S.Aw sposób dostateczny zastrzegł, że Załączniki do wyjaśnień z dnia 23 września 2020 r. stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie ZABERD S.A. zastrzegł treść Załączników do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. (…)

ZABERD S.A. ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów. ZABERD S.A. podjął (nieudane) próby wykazania, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą, jednakże w żaden sposób nie odniósł się do pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy. W szczególności wykonawca ten nie wykazał, aby zastrzeżone informacje stanowiły jakąkolwiek wartość gospodarczą, handlową, organizacyjną czy też techniczną dla ZABERD S.A. W ocenie Odwołującego, wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może się sprowadzać do ogólnikowego stwierdzenia, że zawarte w załącznikach do wyjaśnień informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, albo że nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Wykonawca winien wykazać, iż wszystkie trzy przesłanki składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione i należycie to uzasadnić. Tego jednak ZABERD S.A. nie zrobił. Wyjaśnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień jest lakoniczne i ogólnikowe, a ponadto nie wykazano w żaden sposób, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, nie opisano także jakie wykonawca podjął działania w celu zachowania tych konkretnych danych w poufności (wskazano jedynie na stosowane w firmie środki ochrony). (…)

4. zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, art. 90 ust. 1 PZP, art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, art. 26 ust. 3 PZP.

Jak wskazano powyżej, pismem z dnia 1 września 2020 r. Zamawiający dokonał uwzględnienia w całości zarzutów wniesionego odwołania, co doprowadziło do wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia o umorzeniu postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1992/20 (ZABERD S.A. nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego).

Zgodnie z art. 186 ust. 3 PZP w razie uwzględnienia odwołania w całości, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z obowiązku tego zamawiający w niniejszej sprawie się nie wywiązał, dokonując jedynie niektórych spośród czynności, wnioskowanych przez Odwołującego, tj. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie czynności ponownego wyboru oferty, wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a PZP do wyjaśnień w zakresie ceny oferty (jednak nie co do wszystkich kwestionowanych przez Odwołującego elementów ceny oferty) oraz wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 PZP do wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, iż konsekwencją podjęcia przez Zamawiającego decyzji o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania (w tym najdalej idących zarzutów rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji) powinno być dokonanie wszystkich czynności wskazanych w odwołaniu zgodnie z wnioskami Odwołującego (tj. przede wszystkim odrzucenie oferty ZABERD S.A.), czego Zamawiający zaniechał. Podkreślić trzeba, iż gdyby Zamawiający nie zgadzał się z niektórymi zarzutami odwołania, miał możliwość jego częściowego uwzględnienia. Jeżeli tego nie dokonał, na dalszym etapie nie miał już możliwości wyboru, które czynności wykona, a których zaniecha. Zobowiązany był bowiem dokonać wszystkich czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania.

Tym samym w pełni zasadny jest zarzut nieuwzględnienia:

a)żądania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A., gdyż stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

b)żądania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A. z powodu zawarteyw tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;

c)żądania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu oferty mającego wpływ na wysokość ceny, tj. pozycji 30 kosztorysu ofertowego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (wezwanie do wyjaśnień z dnia 17 września 2020 r. dotyczyło innych pozycji kosztorysowych);

d)żądania wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A., ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP;

e)żądania wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej;

f)żądaniu wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, wykonawcy działającej pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, ponieważ przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Czynności te powinny być bowiem dokonane zgodnie z wnioskami zawartymi w poprzednio wniesionym odwołaniu.

Z ostrożności, Odwołujący precyzuje podstawy zasadności wykonania czynności, zgodnie z wnioskami odwołania:

a) żądanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A., gdyż stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nadal podtrzymuje stanowisko, iż oferta wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznana sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. (…)

Odwołujący zakwestionował wysokość cen jednostkowych wskazanych w następujących pozycjach kosztorysu:
11)D-07.02.01 Dostawa i montaż tablic lub znaków drogowych z blachy ocynkowanej- wielkość- wielkie-, folia- pryzmatyczna, o powierzchni powyżej 2 m2- materiał wykonawcy (11.00 zł):
30)D-07.02.01 Wymiana lub ustawienie lustra drogowego U-18a, fi 900 „antyszron" (489,50 zł):
31)D 07.02.01 Wymiana lub ustawienie lustra drogowego U-18b o wymiarach 800mm X 1000 mm „antyszron"(366,30 zł).

Zdaniem Odwołującego, wskazane przez ZABERD S.A. ceny jednostkowe wykonania powyższych czynności nie pokrywają nawet kosztów materiału, w związku z tym zostały one wycenione poniżej kosztów własnych. Dla porównania, w ofercie Odwołującego, powyższe pozycje kosztorysu zawierają następujące ceny jednostkowe:

11) 386,00 zł (cena jednostkowa ponad 30-krotnie wyższa!)
30) 3.520.00 zł (cena jednostkowa blisko 7-krotnie wyższa)
31) 3.200,00 zł (cena jednostkowa blisko 10-krotnie wyższa).

Brak realności ceny wskazanej w pozycji 11 kosztorysu złożonego przez ZABERD S.A. potwierdza również treść pozycji 10 kosztorysu, obejmującej dostawę i montaż tablic lub znaków drogowych z blachy ocynkowanej- wielkość- wielkie-, folia- pryzmatyczna, o powierzchni poniżej 2 m2- materiał wykonawcy. W pozycji tej ZABERD S.A. wskazała cenę jednostkową wynoszącą 231,00 zł, tym samym wskazanie w pozycji 11) dla tego samego materiału i mniejszej powierzchni ceny jednostkowej, wynoszącej 11.00 zł, a zatem ponad 20- krotnie niższej, przemawia za uznaniem, iż cena dla pozycji 11) została ustalona na rażąco niskim poziomie, nie pozwalającym na zrealizowanie tej części zamówienia za tę cenę.

W załączeniu Odwołujący przedkłada przykładowe cenniki, obrazujące wysokość cen rynkowych dla znaków oraz luster drogowych, potwierdzające, iż cena wskazana przez ZABERD S.A. w sposób rażący odbiera od realiów rynkowych. Jednocześnie, według najlepszej wiedzy Odwołującego, na terenie Europy funkcjonuje tylko jeden producent luster antyszronowych, stąd też zasadnicze wątpliwości budzi możliwość uzyskania przez ZABERD S.A. oferty w tak znaczący sposób niższej niż oferta rynkowa. (…)

b) żądanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A. z powodu zawarteyw tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący kwestionuje wysokość cen jednostkowych wskazanych w następujących pozycjach kosztorysu:
11) D-07.02.01 Dostawa i montaż tablic lub znaków drogowych z blachy ocynkowanej- wielkość- wielkie-, folia- pryzmatyczna, o powierzchni powyżej 2 m2- materiał wykonawcy (11.00 zł);
30)D-07.02.01 Wymiana lub ustawienie lustra drogowego U-18a. fi 900 „antyszron" (489.50 zł);
31)D 07.02.01 Wymiana lub ustawienie lustra drogowego U-18b o wymiarach 800mm X 1000 mm „antyszron" (366.30 zł).

Zdaniem Odwołującego, wskazane przez ZABERD S.A. ceny jednostkowe wykonania powyższych czynności nie pokrywają nawet kosztów materiału, w związku z tym zostały one wycenione poniżej kosztów własnych.

c) żądanie wezwania wykonawcy ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu oferty mającego wpływ na wysokość ceny, tj. pozycji 30 kosztorysu ofertowego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (wezwanie do wyjaśnień z dnia 17 września 2020 r. dotyczyło innych pozycji kosztorysowych).

Pismem z dnia 17 września 2020 r. Zamawiający zwrócił się o przedłożenie kalkulacji szczegółowej, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia cen lub kosztu dla pozycji kosztorysowych nr: 1,2,4,10,11,12,13,15,16,19.21,23,24,25,31,32,35.26,39,40,41,42,45,46,
47,49,51,52,34,56,57,58,63,67,68,69,72,75,78,79,81,84,89,91,93,94,95.

W treści uwzględnionego odwołania Odwołujący kwestionował m.in. wysokość pozycji kosztorysowej nr 30, zaś pomimo uwzględnienia odwołania, Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienia w tej kwestii (szczegółowe uzasadnienie zastrzeżeń co do tej pozycji wskazano powyżej).

d) żądanie wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy ZABERD S.A, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP.

Odwołujący zarzucił, że z przedłożonej przez ZABERD S.A. referencji nie wynika, by zadanie, na którego realizację się powołuje, zostało zrealizowane należycie. Z treści referencji wynika wprost, że w trakcie realizacji kontraktu wystąpiły okoliczności, dla których zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 218.505.94 zł za przekroczenie terminu wykonania przez ZABERD S.A. W ocenie Odwołującego naliczenie kar umownych świadczy niewątpliwie o tym, że zamówienie nie zostało zrealizowane w sposób należyty, niezależnie od wysokości naliczonej kary i jej relacji do wysokości wynagrodzenia.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, nie można uznać, by przedłożona przez ZABERD S.A. referencja oraz wykaz robót potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, w związku z tym, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, powinien on zostać wykluczony z postępowania.

e) żądanie wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej.

Zamawiający, mimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, nie wezwał ZABERD S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej. Na stronie str. 3 formularza zawierającego to oświadczenie brakuje podpisu uprawnionego, znajduje się jedynie pieczątka.

f)żądaniu wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, ponieważ przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jak wskazano powyżej, przedstawione przez ZABERD S.A. dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany był do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, które potwierdzałyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (…)

6. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 PZP

(…) W przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu, jak również złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Bez znaczenia przy tym jest to, czy brak odrzucenia oferty ZABERD S.A., względnie wykluczenia tegoż wykonawcy był efektem niedopatrzenia czy brakiem pewności Zamawiającego, bo w każdej z tych sytuacji, Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5) zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP

Oferta ZABERD S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na złożenie niewystarczających wyjaśnień. Nie sposób bowiem uznać pisma ZABERD S.A. za wyjaśnienie kalkulacji ceny. Jest to wyłącznie pismo potwierdzające poprawność kalkulacji ceny, które w żadnej mierze nie obrazuje procesu, na podstawie którego ZABERD S.A. obliczyła cenę za wykonanie zamówienia. (…)

W niniejszej sprawie, ZABERD S.A. złożył wyjaśnienia ogólnikowe, m.in. powołując się na wieloletnie doświadczenie w realizacji utrzymania dróg. posiadane zapasy niektórych materiałów (bez wskazania, jakie to są materiały i w jakiej ilości), współpracę z producentami materiałów i surowców, pozwalającą na uzyskiwanie upustów (bez wskazania na jakie materiały i surowce i w jakiej wysokości otrzymała upusty), powierzenia pracy podwykonawcom (przy jednoczesnym wskazaniu w treści oferty, że nazwy podwykonawców nie są jeszcze znane). Tym samym, nie sposób uznać złożonych przez ZABERD S.A. wyjaśnień za wystarczające, co powinno prowadzić do odrzucenia złożonej przez nią oferty.

6) zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 4 PZP.

W piśmie z dnia 23 września 2020 r. ZABERD S.A. wskazał faktycznie zrealizowany przez siebie zakres robót w ramach zadania wskazanego w wykazie robót oraz własne stanowisko odnośnie do naliczonej kary umownej. Odwołujący stoi na stanowisku, że ZABERD S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

7. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 PZP

W konsekwencji powyższego. Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2)odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A., gdyż stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
3)odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A. z powodu zawartej w tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
4)ewentualnie - wezwania wykonawcy ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu oferty mającego wpływ na wysokość ceny, tj. pozycji 30 kosztorysu ofertowego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
5)wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykonawcy ZABERD S.A., ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP,
6)ewentualnie - wezwania wykonawcy ZABERD S.A., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej,
7)ewentualnie - wezwania wykonawcy ZABERD S.A., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, ponieważ przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu,
8)powtórzenia czynności wyboru i oceny ofert z pominięciem oferty ZABERD S.A.

Pismem z dnia 21.10.2020 r. wykonawca ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 17.11.2020 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie dróg krajowych A-4, S-3, 3, 94, na terenie Rejonu w Legnicy w latach 2020-2023, Zadanie nr 3 – Utrzymanie oznakowania i urządzeń BRD.

W pkt 7.3.a) siwz zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (…) jako strona umowy:

- zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 700 szt,
- zadania w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP w łącznej ilości nie mniejszej niż 5 300 mb.

każdy z wyżej wymienionych warunków może być spełniony w ramach 1 lub 2 zadań łącznie. Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie, co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia lub Protokołu odbioru robót.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 6.633.980,00 zł netto, co stanowi 8.159.795,40 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 6.778.580,92 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 5.189.452,41 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest niższa o ok. 36,5% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 23,5% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Zgodnie ze wzorem przygotowanym przez zamawiającego, przystępujący dołączył do oferty oświadczenie o spełnianiu

warunków udziału w postępowaniu wraz z oświadczeniem informującym o poleganiu na zasobach innych podmiotów, pod którymi dodatkowo znajdowało się też trzecie oświadczenie o treści: „Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji". Pod każdym z ww. oświadczeń było miejsce na podpis wykonawcy, ale pod ostatnim oświadczeniem (o zgodności z prawdą) przystępujący przybił tylko pieczątkę osoby upoważnionej do reprezentacji bez podpisu tej osoby.
Pismem z dnia 30.07.2020 r. przystępujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia określonych dokumentów, w tym wykazu robót.
W złożonym wykazie robót przystępujący w celu wykazania obu warunków z pkt 7.3.a) siwz, wskazał na zadanie: „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez 3 Rejony Dróg Oddziału w Krakowie GDDKiA w latach 2014-2018 w podziale na następujące części: Część nr 1 – obejmująca kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Sącz". W referencjach GDDKiA Oddział w Krakowie wskazał m.in., że zamówienie realizowało konsorcjum złożone z przystępującego i firmy DUBR Sp. z o.o., że udział przystępującego w realizacji wynosił 60%, a spółki DUBR – 40%, a w trakcie realizacji Kontraktu została naliczona kara umowna w wysokości 218.505,94 zł za przekroczenie terminu wykonania prac utrzymaniowych.
Pismem z dnia 12.08.2020 r. zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Ww. wybór został zakwestionowany poprzez wniesienie odwołania przez wykonawcę DUCTUS Sp. z o.oW ww. odwołaniu odwołujący wskazał następujące żądania:
1)uwzględnienie odwołania w całości;
2)unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty;
3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A., gdyż stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
4)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.Az powodu zawartej w tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
5)ewentualnie- nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
6)nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo-zamówień publicznych, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP;
7)ewentualnie- nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej;
8)ewentualnie- nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, ponieważ przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu;
9)nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego wyboru i oceny ofert z pominięciem oferty ZABERD S.A.;
10)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.
Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1992/20 zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutów w całości przez zamawiającego.
Pismem z dnia 01.09.2020 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.
Pismem z dnia 17.09.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego:
1)na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny oferty, w tym złożenia szczegółowej kalkulacji tej ceny, zwłaszcza w zakresie pozycji: 1, 2, 4, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23, 24, 25, 31, 32, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 49, 51, 52, 54, 56, 57, 58, 63, 67, 68, 69, 72, 75, 78, 79, 81, 84, 89, 91, 93, 94, 95,
2)na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia:
- czy faktyczny zakres rzeczowy zrealizowany w ramach ww. zadania prze firmę ZABERD S.A. obejmował ustawienie nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP w ilości – 2147 szt. oraz remont/montaż drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP w ilości 9841 mb,
- jaki zakres robót zrealizowanych w ramach ww. zadania został wykonany z przekroczeniem terminu wykonania prac, wskazanego w poleceniu robót utrzymaniowych.

Pismem z dnia 23.09.2002 r. przystępujący złożył wyjaśnienia:
1)dotyczące ceny oferty, przy czym szczegółową kalkulację cenową wraz z dowodami zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
2)dotyczące doświadczenia, w których potwierdził wskazaną uprzednio w wykazie robót ilość znaków pionowych wykonanych w ramach ww. konsorcjum (2147 szt) oraz ilość drogowych barier ochronnych (9841 mb), jak też wskazał, że ogólny udział naliczonych i zapłaconych kar umownych w odniesieniu do wartości zrealizowanych prac wyniósł niespełna 0,13% i naliczenie tych kar nie stanęło na przeszkodzie wystawieniu referencji.

Pismem z dnia 13.10.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.
Odwołujący po raz kolejny wniósł odwołanie będące przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp,tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.
Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem

Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Należy zauważyć, że w złożonym odwołaniu odwołujący zarzuca zamawiającemu, że ten po uwzględnieniu poprzedniego odwołania wykonał czynności niezgodnie z żądaniami zawartymi w tamtym odwołaniu (sygn. akt KIO 1992/20). Tym samym odwołujący w obecnym odwołaniu podnosi zarzuty dotyczące: nowych czynności zamawiającego oraz czynności podejmowanych w wyniku uwzględnienia poprzedniego odwołania, ale wykonanych niezgodnie z żądaniami zawartymi w tamtym odwołaniu. Oznacza to, że odwołujący nie powtarza tych samych zarzutów, ale kwestionuje sposób wykonania żądań, które zawarł w poprzednim odwołaniu. W związku z tym nie zachodzą podstawy odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a podniesione zarzuty, w tym także dotyczące niezgodności wykonania czynności z żądaniami zawartymi w odwołaniu w sprawie KIO 1992/20, podlegają rozpoznaniu. Dlatego też Izba oddaliła wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania.
Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej w ofercie przystępującego i jego niewystarczających wyjaśnień w tym zakresie, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, w jaki sposób wykonawca obliczył cenę oferty, w oparciu o jakie czynniki był w stanie zaoferować taką a nie inną cenę, a dodatkowo do wyjaśnień muszą być dołączone dowody potwierdzające zawarte w tych wyjaśnieniach informacje.
W przedmiotowej sprawie zamawiający porównał wartość każdej z pozycji w kosztorysie ofertowym przystępującego z wartościami odpowiednich pozycji w kosztorysie inwestorskim i zidentyfikował te pozycje, w których cena kosztorysu ofertowego jest niższa o co najmniej 30% od analogicznej ceny w kosztorysie inwestorskim. W zakresie tych pozycji zamawiający wezwał przystępującego do złożenia szczegółowej kalkulacji cenowej.
W odpowiedzi przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją cenową, w której przedstawił sposób obliczenia ceny dla każdej z kwestionowanych pozycji. W każdej z tych pozycji przystępujący wskazał: koszt robocizny, koszt materiału i zysk wraz z wyjaśnieniem sposobu ich wyliczenia. Dodatkowo dla każdej z pozycji, która obejmowała koszt materiału odwołujący dołączył dowód w postaci oferty określonego dostawcy lub faktury wystawionej przez określonego dostawcę (oferty i faktury skierowane do przystępującego), w których zawarte są ceny tych materiałów potwierdzające realność cen zawartych w kosztorysie ofertowym. Powyższy sposób obliczenia ceny przystępujący przedstawił także w stosunku do kwestionowanej w odwołaniu pozycji nr 11 i nr 31.
Biorąc pod uwagę stopień szczegółowości złożonej kalkulacji cenowej, a także dołączone do niej dowody potwierdzające wiarygodność cen materiałów, należy stwierdzić, że przystępujący w sposób wystarczający wykazał, że ceny w zakwestionowanych pozycjach nie są rażąco niskie.
Nie można jednocześnie zgodzić się z odwołującym, że z uwagi na różnice cenowe oferty dostawców nie mogą być uznane za wiarygodne, a zamawiający powinien dodatkowo oceniać cenę oferty w oparciu o ceny zaoferowane przez danego wykonawcę w innych postępowaniach. W zależności od okoliczności faktycznych dotyczących danego zamówienia, wyższe ceny oferowane w innych postępowaniach mogą wzbudzać wątpliwości zamawiającego i być ewentualnie podstawą do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, natomiast nie mogą samodzielnie przesądzać o tym, że cena jest rażąco niska. Wykonawcy mogą bowiem oferować różne ceny tych samych materiałów lub prac w różnych postępowaniach, co wynika z różnorodności okoliczności rynkowych, jakie mają miejsce w chwili składania danej oferty i wiążących się z tym kalkulacji biznesowych danego wykonawcy. Potwierdzeniem zaś, że w konkretnym postępowaniu wykonawca ma możliwość zaoferowania określonej ceny za dany element zamówienia, może być właśnie oferta określonego dostawcy lub podwykonawcy.
Wobec powyższego, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.
W powiązaniu z ww. zarzutem pozostaje zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień przystępującego dotyczących ceny jego oferty.
Zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:
1.Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2.Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3.Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 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.

. Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W przedmiotowej sprawie przystępujący nie wykazał, zdaniem Izby, że załączniki do wyjaśnień zostały zasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po pierwsze, przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. W uzasadnieniu zastrzeżenia w ani jednym miejscu nie pojawia się wyjaśnienie, na

czym polega i z czego wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Z pewnością takim wyjaśnieniem nie jest powoływanie się na ogólne informacje, takie jak to, że:

- ceny wynegocjowane między wykonawcą a podwykonawcami stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy,
- kalkulacja jest sporządzona indywidualnie dla każdego kontraktu, a szereg czynników jest wynikową powiązań i rozliczeń ekonomiczno-finansowych wynikających z planowania i dywersyfikacji działalności firmy, co stanowi istotne informacje gospodarcze i handlowe,
- sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy,
- upublicznienie tych informacji może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji przystępującego na rynku.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że powyższe argumenty są tak ogólne, że mogą być podnoszone przez dowolnych wykonawców w dowolnych postępowaniach dotyczących każdego rodzaju zamówień. Argumentacja ta w żaden sposób nie odnosi się do konkretnych zastrzeżonych informacji w tym postępowaniu i nie zawiera wyjaśnienia, co konkretnie przesądza o tym, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. W szczególności nie można domniemywać, że wartość tę mają „ceny wynegocjowane między Wykonawcą a Podwykonawcami i dostawcami" lub „przewaga konkurencyjna" innych wykonawców i „osłabienie pozycji" przystępującego na rynku, gdyż taka argumentacja nie pojawiła się w uzasadnieniu jako podstawa do stwierdzenia wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ponadto nie wskazano żadnych realnych przesłanek wskazujących na to, że takie konsekwencje rzeczywiście wystąpią.

Po drugie, przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje są zachowywane w poufności. Przystępujący wskazał, że „strony (wykonawca i dostawcy – dop. KIO) zastrzegły nieupublicznianie wyników negocjacji indywidualnych" oraz wymienił w kilkunastu punktach działania podjęte w celu zachowania poufności. Pomijając to, że np. hasła dostępu do komputerów i systemów informatycznych, niszczenie zbędnych dokumentów i zasada czystego biurka, czy zamykanie ważnych dokumentów w szafach na klucz, są rozwiązaniami powszechnie stosowanymi w niemal wszystkich instytucjach i nie świadczą o jakiejś szczególnej ochronie, przede wszystkim należy zauważyć, że w uzasadnieniu przystępujący ograniczył się jedynie do złożenia oświadczenia o podejmowaniu wszystkich wymienionych działań. Tymczasem ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga „wykazania" również przesłanki zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Oznacza to, że przystępujący powinien był złożyć np. dokumenty (regulaminy, zarządzenia, umowy z kontrahentami), które odnosiłyby się do tego rodzaju informacji, jakie zostały przez niego zastrzeżone i z których wynikałoby m.in.: że rzeczywiście umowy z kontrahentami (których oferty/faktury zostały zastrzeżone) zawierają klauzule o poufności, że rzeczywiście są rejestrowane i identyfikowane wejścia do bazy informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (i że w bazie tej są przechowywane informacje zastrzeżone w tym postępowaniu), że stosowana jest zasada „need to know", że stosowany jest monitoring i ograniczenie pracowników do „ważnych" pomieszczeń (jakich i jaki jest związek tych pomieszczeń z zastrzeżonymi w tym postępowaniu informacjami). Innymi słowy: przystępujący powinien był przedstawić dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności w stosunku do informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu. Oświadczenia i deklaracje nie mogą być zaś uznane za „wykazanie" przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

Dodać także należy, że nie jest rolą zamawiającego samodzielnie dokonywać oceny, która spośród zastrzeżonych informacji została zastrzeżona zasadnie, a która nie. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że określone informacje zasługują na ochronę zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, jeżeli zastrzega je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia załączników do wyjaśnień w sprawie ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym zarzut odwołującego potwierdził się. Jednocześnie należy zauważyć, że - jak wskazano wyżej - Izba stwierdziła, że zastrzeżona kalkulacja cenowa wraz z ofertami/fakturami dostawców potwierdza, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle zatem stwierdzenia, że cena oferty przystępującego jest realna, fakt niezasadnego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. kalkulacji cenowej wraz z ofertami/fakturami dostawców, nie ma wpływu na wynik postępowania, tj. na kwestię oceny oferty przystępującego co do zaoferowanej ceny. Dlatego też, mimo iż zarzut się potwierdził, odwołanie w tym zakresie nie mogło zostać uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii spełnienia przez przystępującego warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia, należy zauważyć, że odwołujący kwestionuje spełnienie tego warunku z powodu naliczonej przystępującemu kary umownej w ramach zamówienia realizowanego dla GDDKiA Oddział Kraków. Kara ta wyniosła ok. 218 tys. zł, co stanowiło 0,13% wartości zrealizowanych prac. Wobec powyższego należy wskazać, że sam fakt naliczenia wykonawcy kary umownej nie przesądza o braku należytego wykonania umowy. Każdorazowo w takich przypadkach muszą być zbadane okoliczności faktyczne sprawy, w tym m.in. charakter wykonywanego zamówienia, powody naliczenia kary umownej, wysokość tej kary w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy, ocena sposobu wykonania zamówienia przez zamawiającego, na rzecz którego było ono realizowane.

W przedmiotowej sprawie kara umowna stanowiła 0,13% wartości wykonanych prac, zaś zamawiający wystawiający referencje pozytywnie ocenił wykonanie zamówienia. Zatem niska procentowo wysokość kary umownej i treść referencji pozwalają na uznanie, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym nie zachodzi wobec niego konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sposobu wykonania przez zamawiającego czynności po uwzględnieniu odwołania w sprawie KIO 1992/20, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca i w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W odwołaniu o sygn. akt KIO 1992/20 odwołujący żądał m.in.:

- wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. poz. 30 kosztorysu, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut ewentualny),
- odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku zdolności technicznej, na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut ewentualny),

- wezwania przystępującego do uzupełnienia podpisu pod oświadczeniem o zgodności z prawdą podanych informacji, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut ewentualny).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący w zakresie wskazanych w ww. odwołaniu żądań, postawił szereg żądań ewentualnych. Stawiając żądania ewentualne odwołujący wnioskował o to, aby zamawiający ewentualnie wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w stosownym zakresie. Należy przy tym podkreślić, że wzywanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień przed ich wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp lub odrzuceniem ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest co do zasady działaniem obligatoryjnym, dlatego też stawianie takich żądań jest słuszne. Niemniej jednak konsekwencją ich postawienia jest to, że zamawiający dokonuje wyboru, które spośród żądanych działań jest w danym stanie faktycznym najbardziej celowe i zgodne z ustawą Pzp. W szczególności odwołujący nie może oczekiwać, że zamawiający od razu odrzuci ofertę lub wykluczy wykonawcę, jeśli w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest uprzednie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień.
Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający uwzględnił odwołanie w sprawie KIO 1992/20 i w pierwszej kolejności przystąpił do dokonania czynności wskazanych w żądaniach ewentualnych.
Należy jednakże przyznać rację odwołującemu, że nie wszystkich czynności zamawiający dokonał ściśle zgodnie z żądaniami ewentualnymi, ponieważ:

- wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zażądał przedstawienia kalkulacji cenowej dotyczącej tych pozycji, które zidentyfikował jako mające wartość o co najmniej 30% niższą od wartości z kosztorysu inwestorskiego, przez co pominął pozycję nr 30, na którą odwołujący także wskazywał w odwołaniu,
- nie odrzucił oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- weryfikując doświadczenie przystępującego, wezwał go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, podczas gdy odwołujący żądał wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- nie wezwał przystępującego do uzupełnienia podpisu pod oświadczeniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie jednak Izba stwierdziła, że wyżej wskazane uchybienia zamawiającego nie mają wpływu na wynik postępowania, ponieważ:

- pozycja nr 30 kosztorysu ofertowego dotyczy lustra drogowego „antyszron", w kosztorysie ofertowym przystępującego ma wartość 9 790 zł netto, co stanowi mniej niż 1% ceny jego oferty i jest to wartość o ok. 18% niższa od wartości w kosztorysie inwestorskim. Tym samym nie jest to istotna część składowa ceny oferty przystępującego i w świetle kalkulacji cenowej przedstawionej dla pozostałych pozycji, nie może stanowić o rażąco niskiej cenie;
- odwołujący podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podał takie samo uzasadnienie, jak do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czyli zakwestionował trzy pozycje kosztorysu ofertowego (11, 30 i 31) jako wycenione poniżej kosztów własnych. Przy czym, jak wskazano już wyżej, zbadanie tych pozycji pod kątem rażąco niskiej ceny prowadzi do wniosku, że ich wycena łącznie z wyceną innych badanych pozycji (oraz stwierdzeniem przez Izbę, że pozycja nr 30 nie jest istotną częścią składową ceny), jest realna i nie ma podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. W konsekwencji przyjąć należy, że nie zachodzi także podstawa do stwierdzenia, że złożenie przez przystępującego oferty z takimi cenami w badanych pozycjach może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji;
- zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. kary umownej naliczonej w trakcie realizacji zamówienia na rzecz GDDKiA w Krakowie i udzielone przez przystępującego wyjaśnienia okazały się wystarczające do stwierdzenia, że przystępujący wykazał spełnienie warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia. Tym samym, nie zachodziła potrzeba wzywania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku;
- oświadczenie o zgodności z prawdą podanych informacji dotyczących spełnienia warunków i korzystania z zasobów innych podmiotów, jest oświadczeniem, którego ustawodawca nie przewidział w przepisach ustawy Pzp. W szczególności nie jest to oświadczenie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie ma do niego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający zatem, mimo zawarcia treści tego oświadczenia w przygotowanym przez siebie wzorze oświadczeń, nie miał podstawy prawnej do wyegzekwowania podpisu pod tym oświadczeniem, a brak tego podpisu nie świadczy też o braku spełnienia przez przystępującego jakiegokolwiek warunku.

Z uwagi na powyższe okoliczności oraz treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp wprawdzie potwierdził się, ale nie miało to wpływu na wynik postępowania. Dlatego też odwołanie również w odniesieniu do tego zarzutu podlega oddaleniu.

Reasumując, Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego i spełnienia przez niego warunku doświadczenia, natomiast potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i zarzut dotyczący naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy nie mają one wpływu na wynik postępowania. Dlatego odwołanie zostało oddalone.
O kosztach postępowania orzeczono zatem stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący …….

……..
……..