

WYROK

z dnia 22 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. w Kobylarni i Mirbud S.A. w Skierniewicach w postępowaniu

prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu przy udziale wykonawcy Polbud-Pomorze Sp. z o.o. w Łącku przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy Polbud-Pomorze Sp. z o.o. w Łącku oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum Przedsiębiorstwa

Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. w Kobylarni i Mirbud S.A. w Skierniewicach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu na rzecz konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. w Kobylarni i Mirbud S.A. w Skierniewicach kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 22 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1459/20

Zamawiający - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Realizacja projektu Trasa Sudecka - budowa obwodnicy Dzierżoniowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 382 (od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 384 ul. Batalionów Chłopskich do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 383 ul. Jana Kilińskiego)”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 31 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 251-621535, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 29 czerwca 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., ul. Zakole

1, miejsc. Kobylarnia, 86-061 Brzoza, i Mirbud S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (dalej zwani jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

POLBUD-Pomorze mimo, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań

Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 2 do SIWZ „Zestawienie cenowe wraz z opisem sposobu obliczania ceny oferty”, żeby kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II (dla odcinka A i dla odcinka B) Wykazu Płatności, nie była większa niż 1,5 % sumy „Ogółem netto”, a kwota za Usługi Specyficzne zawarta w części III (dla odcinka A i dla odcinka B) Wykazu Płatności nie była większa niż 0,05 % sumy „Ogółem netto”;

2. art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust.

1b pkt 3 Ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie JEDZ oraz zobowiązania podmiotu trzeciego oraz przyjęcie w tym zakresie dokumentów sporządzonych dopiero po upływie terminu składania ofert i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy POLBUD-Pomorze pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania geodetą posiadającym określone w SIWZ uprawnienia na dzień składania ofert.;

3. art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie

wezwania wykonawcy POLBUD-Pomorze do wyjaśnień wątpliwości, co do spełniania przez kierownika budowy wskazanego w wykazie osób wymogu posiadania 10 letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w sytuacji gdy z wykazu tego wynika, że uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierii drogowej nabył w 2005 r.,

ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy podlegającego wykluczeniu, za to że zadeklarował, że wskazany kierownik spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;

4. art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie informacji zawartych w piśmie wykonawcy POLBUD-Pomorze z dnia 29 kwietnia 2020 r. złożonym na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo niewykazania przez wykonawcę w żaden sposób, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1, 2 i 3 Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez POLBUD-Pomorze, pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 Ustawy, oraz nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

6. art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK), poprzez wybór oferty wykonawcy POLBUD-Pomorze, pomimo że oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu w związku z nieudowodnieniem braku rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny;

7. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy oraz art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy POLBUD-Pomorze jako najkorzystniejszej oferty, która to oferta powinna zostać odrzucona, a nadto wykonawca powinien być wykluczony z postępowania oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Polbud-Pomorze Sp. z o.o. w Łącku (zwanego przez odwołującego POLBUD-Pomorze) jako najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty POLBUD-Pomorze i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, a także dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący podniósł co następuje.

1. Zarzut sprzeczności oferty POLBUDU-Pomorze z SIWZ.

SIWZ w zakresie sposobu obliczania ceny oferty odsyła do załącznika nr 2, do zestawienia cenowego wraz z opisem sposobu obliczania ceny oferty (pkt 12.1 SIWZ). Akapit

11 pkt a ustanawia limity dotyczące wartości wskazanych za opracowanie dokumentów wykonawcy oraz limity dotyczące wartości wskazanych za usługi specyficzne: „wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w wykazie płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za opracowanie dokumentów wykonawcy, zawarta w części II (dla odcinka A i dla odcinka B) wykazu płatności, nie może być większa niż 1,5 % sumy „ogółem netto”, a kwota za usługi specyficzne zawarta w części III (dla odcinka A i dla odcinka B) wykazu płatności nie może być większa niż 0,05 % sumy „ogółem netto”. Zgodnie z akapitem 13 oferta, która przekroczy limity określone w pkt (a) podlega odrzuceniu, jako niespełniająca warunków SIWZ.

Z wyżej wskazanej treści dla odwołującego wynika, że wartość za opracowanie dokumentów wykonawcy dla odcinka A (i) dla odcinka B nie może być większa niż 1,5 % sumy ogółem netto, a wartość usług specyficznych dla odcinka A (i) dla odcinka B nie może być większa niż 0,05 % sumy ogółem netto. Użycie spójnika „i” oznacza, że odpowiednio 1,5 % sumy ogółem netto oraz 0,05 % sumy ogółem netto należy odnieść do sumy wartości prac dla odcinka A i dla odcinka B w omawianym zakresie, co powoduje, że oferta wykonawcy POLBUD-Pomorze przekracza ustanowione w załączniku nr 2 do SIWZ limity.

Kalkulacja wykonawcy przedstawia się następująco: dokumenty wykonawcy
412 550,42 zł (odcinek A) + 412 550,42 (odcinek B) = 825 100,84 zł. Usługi specyficzne

12 044,30 zł (odcinek A) + 12 044, 30 zł (odcinek B) = 24 088,60 zł .Cena oferty ogółem netto 30 083 454,86 zł, 1,5% ceny oferty ogółem netto 451 251,82 zł, 0,5% ceny oferty ogółem netto 15 041,72 zł. Wartość za opracowanie dokumentów wykonawcy wskazana przez POLBUD - Pomorze dla odcinka A i dla odcinka B w wysokości 825 100,84 zł przekracza 1,5 % sumy ogółem netto, która wynosi 451 251, 82 zł. Podobnie w przypadku wartości za usługi specyficzne dla odcinka A i dla odcinka B w wysokości 24 088,60 zł. Kwota ta przekracza 0,5% ceny oferty ogółem netto 15 041,72 zł. Dla porównania oferta odwołującego mieści się w limitach określonych w załączniku nr 2 do SIWZ. Wartość opracowania dokumentacji wykonawcy dla odcinka A i dla odcinka B nie przekracza 1,5 % sumy ogółem netto, dotyczy to również wartości usług specyficznych wskazanych w zestawieniu cenowym dla odcinka A i dla odcinka B, które nie przekraczają limitu 0,05% sumy ogółem netto. Zaś oferta wykonawcy, którego zestawienie cenowe przekroczy określone limity, podlega odrzuceniu na podstawie treści SIWZ, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

2. Zarzut niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie JEDZ, w którym potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w pkt 10 oferty zawarł zaś informację, że integralnymi

załącznikami do oferty są m. in. JEDZ ABGEO oraz zobowiązanie udostępnienia zasobów ABGEO. Dokumenty te nie zostały załączone do oferty.

W dniu 25 maja 2020 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwał POLBUD-Pomorze do uzupełnienia dokumentów, poprzez złożenie aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia JEDZ oraz zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, uzasadniając wezwaniem tym, że załączone do oferty dokumenty dotyczące firmy Usługi Geodezyjne ABGEO A. B., tj. JEDZ oraz zobowiązanie nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca POLBUD-Pomorze uzupełnił dokumenty w tym zakresie.

Natomiast zdaniem odwołującego załączonych do oferty plików NI 2720 132 2019 ABGEO ESPD.pdf.xml, NI 2720 132 2019 ABGEO Zobowiązanie.pdf.xml nie da się prawidłowo otworzyć i zapoznać się z ich treścią, więc zgłoszenie podmiotu trzeciego jest dla odwołującego wątpliwe - wymagane zasoby nie były udostępnione, a w konsekwencji wykonawca POLBUD-Pomorze nie spełnia warunków udziału w postępowaniu według stanu na dzień składania ofert. Wątpliwości odwołującego nie da się rozstrzygnąć w oparciu o dokumentację przetargową. Należy zatem przyjąć, że nie doszło do udostępnienia zasobów

przez podmiot trzeci w odpowiednim czasie, a w dniu 26 maja 2020 r., czyli po terminie składania ofert.

W ocenie odwołującego nie wiadomo jakiej treści są załączone dokumenty, znajdujące się pod nazwami plików xml. Można jedynie domniemywać, że jest to dokument JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego swój zasób wykonawcy - według zamawiającego dokumenty te stanowią JEDZ oraz zobowiązanie innego podmiotu, które jednak nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nawet więc przyjmując prawidłowość oceny zamawiającego, to nie był on upoważniony do wezwania wykonawcy POLBUD-Pomorze do uzupełnienia podpisów pod ww. dokumentami w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. W opinii odwołującego brak podpisu (kwalifikowanego podpisu elektronicznego) JEDZ oraz zobowiązania podmiotu trzeciego oznacza brak zgłoszenia podmiotu trzeciego, a uzupełnienie przez wykonawcę dokumentów jest tożsame z sytuacją, gdy wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu na etapie składania ofert, na etapie późniejszym (uzupełnienia dokumentów) powołuje się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego, a więc z sytuacją, która w orzecznictwie została przesądzona jako niedopuszczalna. Ponadto zdaniem odwołującego JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zostały załączone do oferty, nie zostały opatrzone podpisem podmiotu trzeciego. Złożenie ww. dokumentów opatrzonych podpisem w dniu 26 maja 2020 r. oznacza, że do wytworzenia tych dokumentów doszło na etapie po terminie składania ofert i powinno powodować wykluczenie wykonawcy z postępowania.

3. Zarzut niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - niedostateczne zweryfikowanie wymaganego doświadczenia kierownika budowy.

Zamawiający w SIWZ wprowadził warunek w zakresie zdolności technicznych

i zawodowych wyrażający się w wymogu dysponowaniem kierownikiem budowy, który posiada dziesięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy. Zdaniem odwołującego warunek doświadczenia należy rozumieć jako czas, w jakim dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy podczas realizacji danego zadania - od momentu przejścia obowiązków kierownika budowy do końcowego odbioru robót budowlanych.

Odwołujący posiada zatem wątpliwości co do kierownika dedykowanego do kierowania budową, pana Ł.C., który uprawnienia budowlane uzyskał 23 sierpnia 2005 r., aby więc sprostać wymaganiom zamawiającego musiałby pracować na stanowisku kierownika budowy praktycznie bez przerwy. Kiedy doświadczenie branżowe odwołującego wskazuje, że jest to mało możliwe ze względu na sezonowość inwestycji budowlanych. Zatem zdaniem odwołującego zamawiający winien wezwać wykonawcę do wykazania spełnienia wymogów w SIWZ. Niewykluczone, że wykonawca POLBUD-Pomorze nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale również wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w przetargu, co w konsekwencji może doprowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

4. Zarzut niewykazania przez POLBUD-Pomorze, że informacje zawarte w wyjaśnieniach

rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wynika obowiązek wykazania

zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu

obowiązkowi sprostą, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek wykazania, oznacza coś więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, nie może być to ogólne uzasadnienie, sprowadzając się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy gospodarczej. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, POLBUD-Pomorze zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k.: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstw lub inny posiadający wartość gospodarczą; (ii) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odwołujący dodał, że podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie u.z.n.k. podlegają wyłącznie te informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą.

W piśmie z dnia 29 kwietnia 2020 r. wykonawca POLBUD-Pomorze złożył wyjaśnienia kalkulacji ceny, obejmując treść tych wyjaśnień zastrzeżeniem, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia zawiera się w trzech krótkich zdaniach. Lakoniczność tak zaprezentowanego stanowiska nie spełniła przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których stanowi art. 8 ust. 3 p.z.p., bowiem niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy jest wykazanie, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo ogólne wymienienie przez POLBUD-Pomorze kilku działań podejmowanych w celu zachowania poufności - bez dołączenia dokumentów potwierdzających lub choćby uprawdopodobniających rzeczowe działania - nie może być uznane za wykazane, a jedynie za gołosłowne twierdzenia, które nie zostały poparte żadnymi dowodami. W opinii odwołującego skoro wykonawca, na którym spoczywał ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie wykazał w złożonym przez siebie uzasadnieniu, iż informacje te rzeczywiście zasługują na taką ochronę, wyjaśnienia (wraz z załącznikami) powinny być odtajnione, czego zamawiający zaniechał. Odwołujący dodał, że zarzut ten może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zaniechanie udostępniania mu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich pełnej i profesjonalnej weryfikacji pod kątem zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, co również może mieć wpływ na wynik postępowania.

5. Zarzut rażąco niskiej ceny.

W ocenie odwołującego bezprawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień POLBUD - Pomorze w sprawie wyjaśnień kalkulacji ceny uniemożliwia mu pełną weryfikację prawidłowości oceny zamawiającego ceny POLBUD-Pomorze pod kątem ceny rażąco niskiej i czynu nieuczciwej konkurencji. Brak udostępnienia złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 p.z.p., uniemożliwia odwołującemu odniesienie się do kalkulacji cenowej wykonawcy. Objęcie tajemnicą wyjaśnień stanowi też kolejne domniemanie, iż nie wykazano w sposób przekonujący rynkowość ceny, a nierealistyczność i niewiarygodność ceny występuje nie tylko w odniesieniu do całości ceny oferty, ale i ceny poszczególnych elementów, co zdaniem odwołującego jest wystarczającym powodem do odrzucenia oferty.

Odwołujący dalej wskazał, że skoro zamawiający zastosował procedurę wyjaśniającą z art. 90 ust. 1 p.z.p., a wykonawca nie zakwestionował wezwania, to na wykonawcy POLBUD -Pomorze spoczął ciężar udowodnienia że, jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 p.z.p.). Przy ocenie, czy wykonawca dowiódł realnego charakteru swojej oferty, zamawiający ma obowiązek opierać się na pisemnych dowodach przedstawionych we właściwym czasie, przy czym składanie wyjaśnień nie może być traktowane jako czynność pro forma. W ocenie odwołującego zamawiający powinien wziąć pod uwagę, iż - jak się podnosi w orzecznictwie - nieskuteczne jest powoływanie się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów, czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę. Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień złożonych przez POLBUD-Pomorze stąd, w przypadku braku nakazania odtajnienia wyjaśnień, wnosi o weryfikację przez Izbę tych wyjaśnień, w tym załączonych dowodów.

Ponadto, samo wezwanie do wyjaśnień kalkulacji ceny ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania. Mianowicie, wezwanie ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, które wykonawca winien obalić, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów Okręgowych. Jeżeli zaś wykonawca tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący podkreślił też, że w postępowaniu mamy do

czynienia z sytuacją opisaną w art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p. i niekonkretne oraz ogólne wyjaśnienia, nieobalające domniemania rażąco niskiej ceny, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p.

6. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego weryfikacja wyjaśnień POLBUD-Pomorze, w tym załączników do nich, powinna wskazywać na to, iż wykonawca nie udowodnił braku rażąco niskiego charakteru zaoficerowanej ceny, co stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji i jest podstawą do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Wykonawca usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje zaniżone ceny, które nie obejmują wszystkich wymaganych kosztów robót, dostaw i usług. Działania te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innego przedsiębiorcy (konkurentów).

Ponadto, zaoficerowanie cen na nierealnym poziomie stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym

rynku, który stanowi przedmiotowe postępowanie. Jak również oferta POLBUD-Pomorze

narusza interes zarówno odwołującego, jak i zamawiającego. Interesy odwołującego zostały naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania wykonawcy, odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interes zamawiającego dozna uszczerbku, ponieważ jest on narażony na niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową. Celem art. 15 ust. 1 u.z.n.k. jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które narusza mechanizm uczciwej konkurencji. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko, w tym jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych. Utrudnianiem dostępu do tego rynku jest stwarzanie przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego, niekoniecznie poprzez eliminację z postępowania. Jednocześnie, stany faktyczne objęte hipotezą art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zawsze skutkują utrudnieniem dostępu do rynku, niezależnie od tego czy utrudniający posiada pozycję dominującą. Według odwołującego zarówno poszczególne elementy oferty cenowej (cena poszczególnych kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz cena usług), jak i oferta wykonawcy POLBUD-Pomorze jako całość, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty POLBUD-Pomorze jako najkorzystniejszej, która powinna zostać odrzucona, a wykonawca powinien być wykluczony z postępowania - odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że zarzut ten jest konsekwencją zarzutów podniesionych powyżej.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę „Polbud-Pomorze” Sp. z o.o. Łącko 18, 88-170 Pakość (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, co nadaje mu status uczestnika postępowania odwoławczego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie

z wymaganiami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena oferty przystępującego, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do weryfikacji wyników oceny i badania ofert, gdzie jednostce zamawiającej zarzucono naruszenie art. 8 ust. 3 p.z.p., poprzez nieujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę przystępującego, która powinna zostać odrzucona, ponieważ jest niezgodna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z przetargu (art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p., ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.), a także jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), dalej zwanej jako „z.n.k.”).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji przetargu, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a przystępującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego potwierdziło się dokonanie wadliwego badania i oceny oferty przystępującego, poprzez bezpodstawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy, kiedy nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro więc czynność ta została wykonana z naruszeniem prawa, jej wynik w postaci wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w przetargu, nie mógł się ostać, co powoduje, że wypełniona została hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba podziela także stanowisko, iż nieuzasadnione utajnienie wyjaśnień kalkulacji ceny uniemożliwia pozostałym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej, co również może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest przeważające w aktualnym orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 637/18 i wskazane tam orzecznictwo).

W zakresie zarzutu nr 1 z petitum odwołania - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że nie spełnia ona wymagań wskazanych w załączniku nr 2 do SIWZ, aby kwota za opracowanie dokumentów wykonawcy, zawarta w części II (dla odcinka A i dla odcinka B) wykazu płatności, nie była większa niż 1,5 % sumy ogółem netto, a kwota za usługi specyficzne, zawarta w części III (dla odcinka A i dla odcinka B) wykazu płatności, nie była większa niż 0,05 % sumy ogółem netto - Izba stwierdziła co następuje.

Zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga jednoznacznego wykazania na czym zarzucana niezgodność oferty polega - poprzez klarowne wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ. Zatem punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być interpretowana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała stanowisko odwołującego, w ramach okoliczności podnoszonych w odwołaniu i stwierdziła, że ocena wykonawcy, iż oferta przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ jest nieuprawniona, zatem zarzut ten został przez skład orzekający oddalony.

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ: „wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w wykazie płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za opracowanie dokumentów wykonawcy, zawarta w części II (dla odcinka A i dla odcinka B) wykazu płatności nie może być większa niż 1,5% sumy „ogółem netto”, a kwota za usługi specyficzne zawarta w części III (dla odcinka A i dla odcinka B) wykazu płatności nie może być większa niż 0,05% sumy „ogółem netto”. Rozwinięciem tego wymogu jest obowiązek wykonawców wypełnienia tabeli cenowej, gdzie - zgodnie z podziałem przedmiotu zamówienia na dwie części, odcinek A w km od 5+900 do 7+160 i odcinek B w km od 7+160 do 8+710 - wyodrębniono wyceny robót i wykonawca został zobowiązany wpisać ryczałtowe wartości prac oddzielnie dla odcinka A i oddzielnie dla odcinka B. Obowiązek podania procentowej wartości prac (1,5% dla dokumentów wykonawców i 0,05% dla usług specyficznych) został sformułowany w tabeli - osobno, przy każdym z odcinków.

W tabeli cenowej znajduje się następująca treść istotna dla rozstrzygnięcia: 1) dla odcinka A - „dokumenty wykonawcy” wartość netto ryczałt do 1,5% poz. „ogółem netto”, - „usługi specyficzne” wartość netto ryczałt do 0,05% poz. „ogółem netto” 2) dla odcinka B - „dokumenty wykonawcy” wartość netto ryczałt do 1,5% poz. „ogółem netto”, - „usługi specyficzne” wartość netto ryczałt do 0,05% poz. „ogółem netto”. Zaś „ogółem netto” to jedna zsumowana pozycja na końcu tabeli.

Odwołujący podniósł, że narzucone limity procentowe, o których mowa powyżej, wymagają zsumowania wartości dla obu odcinków i od tej kwoty dopiero należy liczyć wymagane limity procentowe - a nie jak wskazuje tabela cenowa, liczyć limity procentowe dla każdego odcinka oddzielnie (osobno dla A odpowiednio 1,5% i 0,05% od kwoty ogółem netto i osobno dla B odpowiednio 1,5% i 0,05% od kwoty ogółem netto). Dodatkowe działania matematyczne, czyli wpierv zsumowanie pozycji „dokumenty wykonawcy” z odcinka A oraz z odcinka B i zsumowanie pozycji „usługi specyficzne” z odcinka A oraz z odcinka B i od tej kwoty liczenie limitów procentowych, jest sprzeczne z jasnym i czytelnym brzmieniem tabeli, która nakazuje limity liczyć osobno dla odcinka A i osobno dla odcinka B. Gdyby intencją zamawiającego było rozumienie treści SIWZ zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, to jej brzmienie byłoby odmienne i wystarczyłoby, żeby zamawiający wskazał w treści ujętej w nawiasie, że podstawienie do limitów procentowych (1,5% oraz 0,05%) dotyczy łącznych/zsumowanych kwot dla odcinka A i B. Analogiczna adnotacja mogła zostać umieszczona również w samej tabeli, czego nie uczyniono. Nie sposób jest więc, kierując się dyrektywą logicznej wykładni treści, zrozumieć regulacji SIWZ w taki sposób, w jaki zrozumiał ją odwołujący. Gdyby zamawiający wymagał, aby suma pozycji dla obu odcinków nie mogła przekraczać procentowych limitów, to w tabeli cenowej zamiast rozbijać to na poszczególne odcinki, zamawiający by stworzył jedną pozycję dla obu odcinków dla „dokumentów wykonawcy” oraz „usług specyficznych”. W ten sposób wykonawcy mieliby obowiązek odnoszenia limitów procentowych do zsumowanych pozycji, a nie dla każdego odcinka oddzielnie - jak jednoznacznie brzmi tabela, którą należało złożyć wraz z ofertą.

W ocenie składu orzekającego nie można w konsekwencji uznać, że oferta przystępującego (a także oferty pozostałych wykonawców, którzy tożsamo zrozumieli omawiany wymóg dokumentacji) jest sprzeczna z SIWZ, co jest niezbędne do wykazania zaistnienia hipotezy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. I jedynie na marginesie można dodać, że nawet gdyby dojść do wniosku, że omawiana treść SIWZ jest niejednoznaczna z perspektywy wykonawcy, który mógł ją interpretować w różny sposób (tak jak to czynił odwołujący i tak, jak to zrozumieli pozostali wykonawcy), to wówczas przystępującego chroniłaby zasada, zgodnie z którą nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy nieprecyzyjność, bądź niejednoznaczność treści SIWZ autorstwa zamawiającego (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem - por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16 maja 2016 r., sygn. akt III Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo).

Zarzut z pkt 2 petitum odwołania - naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw.

z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p., poprzez bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie JEDZ oraz zobowiązania podmiotu trzeciego oraz przyjęcie w tym zakresie dokumentów sporządzonych dopiero po upływie terminu składania ofert i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania - został przez Izbę oddalony.

Skład orzekający ustalił, że wraz z ofertą złożono oświadczenie wstępne w postaci JEDZ i zobowiązanie podmiotu trzeciego, zgodnie z nazwami plików podmiotu „ABGEO”. W pkt 6 poz. 5 formularza oferty wskazano, że obsługę geodezyjną przystępujący zamierza

powierzyć dla „Usługi geodezyjne ABGEO A. B.”, zaś w pkt 10 przystępujący podał, że

integralnym załącznikiem do oferty jest m.in. „zobowiązanie udostępnienia zasobów ABGEO

i formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) ABGEO". Pismem z dnia 25 maja 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwał przystępującego do uzupełnienia zobowiązania i JEDZ podmiotu trzeciego, ponieważ „Załączone do Państwa oferty dokumenty firmy Usługi Geodezyjne ABGEO A. B., tj: Jednolity Dokument (JEDZ) oraz zobowiązanie innego podmiotu nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z pkt 9.2.2. SIWZ „Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt. i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. W odpowiedzi na powyższe przystępujący uzupełnił wymagany JEDZ i zobowiązanie A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Geodezyjne ABGeo A. B. w Oławie (dalej zwanego jako „ABGEO”).

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała działanie zamawiającego, w ramach okoliczności podnoszonych w odwołaniu i stwierdziła, że ocena odwołującego, iż nie wskazano w ofercie podmiotu ABGEO, zatem nie można uzupełnić jego dokumentów, które były wadliwie podpisane, jest błędna. Hipotezy odwołującego pomijają treść oferty przystępującego i są nieuprawnione. Gdyby zamawiający nie wezwał przystępującego do uzupełnienia nieprawidłowo podpisanego JEDZ i zobowiązania - które zgodnie z niezakwestionowanymi przez odwołującego dowodami, złożonymi przez przystępującego, zostały podpisane

podpisem zaufanym w dniu 20 marca 2020 r., a nie wymaganym w SIWZ kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co jest spójne z brzmieniem wezwania zamawiającego (wezwanie do uzupełnienia z dnia 25 maja 2020 r.) - to naruszyłby art. 26 ust. 3 p.z.p. Norma ta bowiem nakazuje jednostce zamawiającej wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń zawierających błędy, a za taki należy uznać wadliwy rodzaj podpisu elektronicznego. Przy tym nie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy zobowiązanie i JEDZ nie zostały podpisane, bądź kiedy podmiot udostępniający potencjał nie został wskazany w ofercie. Odwołujący wprowadzając taką optykę w odwołaniu mija się ze stanem faktycznym, co powoduje, że zarzuty nie tylko są nietrafne, ale de facto nie dotyczą oferty przystępującego.

Konkludując, stanowisko odwołującego o bezpodstawnym wezwaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących ABGEO w zakresie oświadczenia wstępnego i zobowiązania do udostępnienia potencjału, nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, więc nie doszło do nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia w trybie naprawczym, jak również Izba stwierdziła, że odwołujący nie tylko nie udowodnił naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p., a tym bardziej nie wykazano, aby doszło do zaniechania wykluczenia przystępującego z przetargu. Omawiany zarzut jako nieposiadający uzasadnionych podstaw został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

W zakresie zarzutu nr 3 z petitum odwołania, naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., ewentualnie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., skład orzekający stwierdził, że zamawiający na podstawie wykazu osób, który został złożony przez przystępującego, w sposób prawidłowy ocenił, iż wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności zawodowej w postaci potencjału kadrowego. Natomiast odwołujący nie wykazał, aby istniały uzasadnione podstawy do zastosowania trybu naprawczego, wskazanego w art. 26 ust. 3 p.z.p., ani nie udowodniono zarzucanego zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z przetargu.

Izba ustaliła, że zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p., określił w ppkt 6 pkt 4.2.3.3. SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności zawodowej - dysponowania kierownikiem budowy legitymującym się m.in. dziesięcioletnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownik budowy. Zamawiający na potwierdzenie wykazania posiadania odpowiedniego potencjału zawodowego żądał od wykonawców złożenia środka dowodowego w postaci wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z brzmieniem załącznika nr 5 do SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała czynność oceny wykazu przystępującego, dokonaną przez zamawiającego, w ramach okoliczności podnoszonych w odwołaniu, które w ocenie odwołującego stanowiły wady wykazu, które należy wyjaśnić czy uzupełnić.

Izba stwierdziła, że kierownik budowy wskazany przez przystępującego w pozycji nr 6 wykazu, pan Ł.C. zgodnie z oświadczeniem przystępującego posiada jedenastoletnie doświadczenie zawodowe, w tym minimum dziesięć lat na stanowisku kierownika budowy, co spełnia wymóg dokumentacji przetargu. Odwołujący nie podważał spełnienia omawianego wymogu, odwołanie w tej materii jest merytorycznie puste, wskazywano jedynie na subiektywne wątpliwości strony, które w ocenie odwołującego powinny spowodować dopytanie jego konkurencji o doświadczenie tej osoby.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego. Umknęło uwadze strony, że wymagane lata doświadczenia są weryfikowane przez zamawiającego na podstawie

oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie kadry, zgodnie z brzmieniem warunku, i po pierwsze - zamawiający nie doprecyzował w treści wymogu potencjału zawodowego jak doświadczenie zawodowe należy liczyć, po drugie - wykonawcy mają obowiązek podania informacji wyłącznie w zakresie określonym w brzmieniu warunku i bezpodstawnym byłoby wymaganie od przystępującego podania szczegółowych informacji na jakich inwestycjach zdobyto doświadczenie, czy drobiazgowego rozbicia poszczególnych lat doświadczenia zawodowego. Zamawiający wymagał jedynie posiadania określonej, minimalnej liczby lat doświadczenia, co spełnił przystępujący. Ukształtowana przez zamawiającego treść środka dowodowego w postaci wykazu osób, składanego na potwierdzenie posiadania wymaganej zdolności podmiotowej, bezpośrednio koreluje z postawionym wymaganiem. Jeżeli odwołujący chciałby bardziej szczegółowo weryfikować przystępującego to należało w trybie art. 38 ust. 1 p.z.p. zadbać o treść SIWZ to umożliwiającą, zaś obecne hipotezy odwołującego treść dokumentacji pomijają. Polemika z brzmieniem SIWZ, pod pozorem podnoszenia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p., jest spóźniona. Ponadto, próba nakładania na przystępującego dodatkowych wymagań, których nie ma w dokumentacji przetargu, stanowiłaby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., z których należy wyprowadzić także zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z warunków postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ustalony stan rzeczy wskazuje, że nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, w tym nie było podstaw do zastosowania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, lub uzupełnienia informacji, których nie żądano w treści warunku dotyczącego minimalnej zdolności zawodowej, a zawartych w wykazie potencjału zawodowego. Tryb naprawczy, wskazany w art. 26 ust. 3 p.z.p., dotyczący uzupełnienia, poprawienia czy wyjaśnienia wykazu, aktualizuje się wtedy, kiedy zamawiający poweźmie wątpliwości co do spełniania określonego warunku, wyłącznie w zakresie okoliczności w nim wskazanych - a nie w zakresie jakichkolwiek wątpliwości, czy subiektywnych zastrzeżeń strony. Skoro ocena zdolności wykonawcy następuje przez pryzmat brzmienia warunku udziału w postępowaniu, to weryfikacja czy środek dowodowy jest prawidłowy i kompletny, również winna przebiegać adekwatnie do treści warunku. Innymi słowy, potrzeba wezwania do wyjaśnienia albo do uzupełnienia wykazu, zachodzi wyłącznie wtedy, gdy istnieje wątpliwość spełnienia wymogów określonych w warunku, który wykaz ma udowodnić, a nie jakakolwiek rzekoma niedokładność, nieprecyzyjność, czy inny pozorny mankament wykazu. Tak jak żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów powinno być uzasadnione ich niezbędnością do przeprowadzenia postępowania, tak również wymaganie i wyjaśnianie informacji składanych przez wykonawców nie może odbywać się bez uwzględnienia celu w jakim oświadczenia i dokumenty są składane - potwierdzenia spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem dokumentacji postępowania.

Należy przypomnieć również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne (art. 190 ust. 1 p.z.p.), więc to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że oświadczenia przystępującego zawarte w wykazie osób są wadliwe, czy budzą obiektywne wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2011 r., sygn. akt II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie podoła ciężącemu na niej ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie zarzutu.

Skuteczne podważenie oceny oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego, której dokonał zamawiający - i wykazanie, że doszło w tym zakresie do naruszenia prawa, a tym samym, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy - wymaga, aby odwołujący wskazał na błąd, który popełnił zamawiający. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby oświadczenia z wykazu przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym, że uzasadnionym byłoby chociażby wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności - czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego - do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Stanowisko odwołującego o rzekomych wadach wykazu kadry przystępującego pozostało w sferze głośnych twierdzeń strony, które nie tylko nie zostały wykazane, bowiem zaniechano jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie, ale również były wprost sprzeczne z brzmieniem dokumentacji postępowania.

Warto zauważyć także, że wykaz osób stanowi oświadczenie wiedzy, w formule dokumentu prywatnego i aby skutecznie podważyć wiarygodność takiego dokumentu, wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu - na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany, np. że kadra przystępującego nie posiada wymaganego doświadczenia. Przy tym ciężar obalenia rzetelności wykazu osób przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, zatem spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego tak postawione zarzuty, przy bierności odwołującego w zakresie dowodowym, nie mogły odnieść skutku, polegającego na podważeniu oceny wykazu potencjału kadrowego, dokonanej przez zamawiającego. Odwołujący zakwestionował ocenę zamawiającego i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, ograniczając się do twierdzenia, że - w oparciu o własne przekonanie - on wskazane oświadczenie oceniłby inaczej i dopytałby przystępującego o okoliczności wskazane w odwołaniu. Skład orzekający stwierdził, że nie wykazano, aby zamawiający naruszył art.

26 ust. 3 p.z.p., a tym bardziej nie wykazano naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.,

w szczególności, że zarzut w tym zakresie ogranicza się do podania tej normy jako podstawy prawnej, bez przypisania rzekomemu naruszeniu prawa podstawy faktycznej, którą Izba mogłaby poddać subsumpcji w ramach przesłanki wykluczenia z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje dalej, że w ustalonym stanie rzeczy potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 p.z.p., z powodu zaniechania ujawnienia informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny przystępującego z dnia 29 kwietnia 2020 r., kiedy wykonawca przystępujący nie wykazał, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. zarzut nr 4 z petitum odwołania.

Skład rozpoznający spór ustalił, że uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji ceny zawarto w pierwszym akapicie wyjaśnień ceny przystępującego i nie załączono żadnych dowodów dla wykazania, że utajnione przez przystępującego informacje stanowią tajemnicę gospodarczą, co jest następstwem tego, że wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji nie wskazał żadnych działań, które podejmuje, aby chronić utajnione dane. Zatem, w ocenie Izby przystępujący nie wykazał, iż informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługują na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym to po stronie przedsiębiorcy leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę chronioną w świetle jej definicji legalnej zawartej w art. 11 ust. 2 z.n.k. Natomiast kiedy przedsiębiorca zastrzegający informacje nie wykaże, że informacje mają charakter tajemnicy handlowej, to na zamawiającym ciąży obowiązek ujawnienia informacji bezskutecznie zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Zgodnie z definicją tajemnicy gospodarczej skuteczne objęcie ochroną wymaga spełnienia przesłanek materialnych - odnoszących się do określonego charakteru informacji (tj. charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia ich jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Zatem przeświadczenie przedsiębiorcy, że dane informacje mają wartość gospodarczą winno zostać skonkretyzowane już podczas zastrzegania tajemnicy, kiedy przystępujący dopiero na rozprawie podjął próbę wykazania, że przedmiotowe informacje posiadają wartość handlową, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na jego sytuację. Twierdzeń tych na próżno szukać w piśmie z dnia 29 kwietnia 2020 r. i o ile - co do zasady - relacje z kontrahentami mogą posiadać samodzielną i wymierną wartość handlową, to Izba dokonuje oceny działań zamawiającego w przetargu, który w chwili podjęcia decyzji o utajnieniu informacji bazuje na treści wyjaśnień przedsiębiorcy. A więc wskazywanie okoliczności, które powinny znaleźć się w uzasadnieniu utajnienia danych dopiero w postępowaniu odwoławczym należy uznać za spóźnione. Trudno więc podzielić pogląd, że należy uznać informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, wyłącznie na podstawie samego powołania się na klauzulę poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, co raczej stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikację kalkulacji ceny wykonawcy.

Należy również mieć na uwadze, że ograniczenie zasady jawności, ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy, ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego

jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Jednakże tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt I OSK 2563/14 i z 14 września 2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Dalej skład orzekający wskazuje, że skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Przy tym działanie przedsiębiorcy powinno cechować się należyłą starannością. Zatem, w zakresie warunku formalnego dotyczącego podjęcia działań celem zachowania informacji w tajemnicy, działania takie - dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) - winny cechować się zawodową starannością. Należy więc ocenić czy w danych okolicznościach podjęto adekwatne i wystarczające działania, aby uznać, że przedsiębiorca dochował należytej staranności w zakresie ochrony zastrzeganych informacji. W rozpoznawanej sprawie przystępujący nie wykazał, żeby jego działania, podjęte dla ochrony utajnionych danych, spełniały wymóg działania z należyłą starannością, ponieważ wykonawca nie wykazał, aby podejmował jakiegokolwiek działania chroniące zastrzegane informacje. W związku z czym z góry narażono się na uznanie, że utajnione dane zostaną ujawnione, bowiem przedsiębiorca nie może wymagać od zamawiającego podjęcia za niego ochrony tajemnicy handlowej, której sam w żaden sposób nie chroni. W szczególności w ofertach podwykonawców brak jest chociażby nominalnej treści dotyczącej objęcia poufnością. Nie zdecydowano się nawet na wskazanie racjonalnego i wiarygodnego wyjaśnienia, że takie działania w ogóle są podejmowane. Stąd następczy brak dowodów, że podjęto czynności w celu utrzymania tajemnicy, które ograniczają się do prośby przystępującego o zaniechanie dalszego udostępnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Zatem w ocenie Izby nie wykazano, że przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia ceny mają walor tajemnicy gospodarczej - po pierwsze, nie wykazano, aby miały one wartość gospodarczą, - po drugie, nie wykazano podjęcia należytych działań w celu utrzymania ich w poufności. Wobec więc braku spełnienia przez sporne wyjaśnienia ceny przesłanek określonych w art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. zamawiający, zgodnie z nakazem wynikającym z uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, winien je odtajnić. Natomiast w zakresie argumentacji zamawiającego, że odwołujący w tożsamy sposób zastrzegł swoje wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny, należy stwierdzić, że nie spowoduje to, iż działania jednostki zamawiającej zostaną ocenione jako prawidłowe. Jeżeli przedsiębiorca nie zastrzegł prawidłowo swoich danych, to utajnienie ich jest bezpodstawne, niezależnie ilu wykonawców działa w ten sam sposób. Bezskuteczność zastrzeżenia, zgodnie z wyżej wskazanym wyrokiem, powoduje wyłączenie zakazu ujawniania informacji i zamawiający, który nie dokona odtajnienia informacji, naraża się na ocenę swojego działania jako sprzecznego z prawem.

W zakresie zarzutu nr 5 z petitum odwołania - naruszenia przez zamawiającego art.

7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 p.z.p., poprzez zaniechanie

odrzućcia oferty przystępującego, pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 p.z.p. oraz nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - Izba stwierdziła jak niżej.

W odwołaniu nie wskazano żadnej merytorycznej argumentacji, w ramach której skład orzekający mógłby ocenić wyjaśnienia ceny przystępującego. Odwołujący przytoczył szereg poglądów orzecznictwa, luźne wnioski własne, ale w żaden sposób nie powiązał ich z cenami z oferty przystępującego, w szczególności, że dysponował poszczególnymi składnikami cenowymi zawartymi w formularzu oferty, które są jawne.

O ile podnoszenie okoliczności dotyczących utajnionej części wyjaśnień ceny jest utrudnione, to nie powinno to powstrzymać odwołującego od przedstawienia prawidłowego - przynajmniej w jego ocenie - przybliżonego modelu kalkulacji, jaki należało zastosować. Zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., nie może spowodować się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący, chociażby w przybliżeniu, przedstawił swoją kalkulację, czy ogólne wyliczenia, które doprowadziły go do podniesienia zawartych w odwołaniu zarzutów. Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter

absolutny i wystarczającym jest samo stwierdzenie, że cena konkurencji jest rażąco niska.

Zarzut w zakresie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinien - zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p. - wskazywać na konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa, przy określeniu sposobu naruszenia normy, poprzez wyraźne wskazanie przedstawione w formie opisu, wyliczeń bądź zestawień, wskazujących, że czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty przystępującego jest, lub choćby może być, nieprawidłowa. Zatem, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień co do sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Kiedy odwołanie nie zawiera żadnej argumentacji, którą Izba mogłaby poddać subsumpcji pod art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., czy art. 90 p.z.p. Zatem tak postawiony zarzut nie mógł odnieść pozytywnego skutku i doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego, dokonującego oceny wyjaśnień, naruszenia prawa, ponieważ sam odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym takie naruszenie mogłoby polegać. Przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i ich zastosowanie wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. i zarzut z pkt 5 petitum odwołania jako bezpodstawny, został przez skład rozpoznający spór oddalony.

Skład orzekający stwierdził, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 z.n.k., poprzez wybór oferty przystępującego, pomimo że jego oferta powinna podlegać odrzuceniu w związku z nieudowodnieniem braku rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny, tj. zarzut nr 6.

Odwołujący powiązał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., co nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy. Ponadto, omawiany zarzut w uzasadnieniu odwołania stanowi zbiór poglądów orzecznictwa i doktryny, bez żadnego odniesienia do oferty przystępującego. Odwołujący zarzucił przystępującemu sprzedaż poniżej kosztów własnych, co dokonywane jest w celu eliminacji odwołującego z rynku, i jego zdaniem zarówno poszczególne elementy oferty cenowej w postaci kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz cena usług, jak i w konsekwencji całość oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba nie podzieliła tego stanowiska, w szczególności, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a kardiomonitor i system telemetryczny nie stanowią przedmiotu umowy na roboty budowlane w zakresie realizacji projektu Trasa Sudecka - budowa obwodnicy Dzierżoniowa w ciągu drogi wojewódzkiej nr 382.

W oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji.” Nie jest to podstawa samoistna do odrzucenia oferty, a jej zastosowanie wymaga wykazania przez stronę z jakim czynem stypizowanym w ustawie z.n.k. mamy do czynienia i na czym on w okolicznościach konkretnej sprawy polega. Wobec braku wskazania jakichkolwiek skwantyfikowanych okoliczności dotyczących oferty przystępującego, które Izba mogłaby zweryfikować pod kątem tej normy, a także z powodu następczego braku udowodnienia postawionych zarzutów, nie doszło do wykazania naruszenia prawa przez zamawiającego i zarzut ten, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw, został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

Skład rozpoznający wskazuje dalej, że nie potwierdził się zarzut nr 7 z petitum odwołania, bowiem nie udowodniono aby na tym etapie zamawiający naruszył ustawę z powodu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, czy zaniechania wykluczenia go przetargu. W szczególności, że dopiero odtajnienie wadliwie zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny pozwoli na ich weryfikację, zaś zarzuty co do ich bezprawnie utajnionej treści są obecnie przedczesne.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem potwierdziło się, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art.

192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący: