Sygn. akt: KIO 1642/20
KIO 1648/20

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Irmina Pawlik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 sierpnia 2020 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 lipca 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1642/20),

B. w dniu 16 lipca 2020 roku przez wykonawcę STECOL CORPORATION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Rongyuan Road, Huayuan Industrial Znone He Zhansong, Tianjin, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 1648/20),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie
przy udziale:

A) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1642/20 po stronie Zamawiającego,

B) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1648/20 po stronie Odwołującego,

C) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1648/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1642/20 wywołane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin" (bez węzła) do węzła „Załuski" (bez węzła):

- w zakresie zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Prawo zamówień publicznych przez brak odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, mimo że wadium zostało wniesione przez niego w sposób nieprawidłowy, tj. wbrew oczekiwaniom sformułowanym przez Zamawiającego

w treści SWIZ, a zatem aż do wyboru najkorzystniejszej oferty - z uwagi

na jego wycofanie;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1648/20 wywołane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin" (bez węzła) do węzła „Załuski" (bez węzła):

- w zakresie zarzutu 3 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa, w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wniósł wadium na cały okres postępowania lub co najmniej wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy - z uwagi na jego wycofanie,

- w zakresie zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, w sytuacji, gdy nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i tym samym od dnia 7 czerwca 2020 roku nie byli związani swoją ofertą - z uwagi na wycofanie.

3.

A) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1642/20),

B) Oddala odwołanie wykonawcy STECOL CORPORATION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Rongyuan Road, Huayuan Industrial

Znone He Zhansong, Tianjin, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 1648/20).

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1642/20) i wykonawcę STECOL CORPORATION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Rongyuan Road, Huayuan Industrial Znone He Zhansong, Tianjin, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 1648/20) i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1642/20) i wykonawcę STECOL CORPORATION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Rongyuan Road, Huayuan Industrial Znone He Zhansong, Tianjin, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 1648/20) tytułem wpisów od odwołań,

4.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1642/20) na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

4.3 zasądza od wykonawcy STECOL CORPORATION spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Rongyuan Road, Huayuan Industrial Znone He Zhansong, Tianjin, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 1648/20) na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1642/20
KIO 1648/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą ,,Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek i od węzła „Siedlin" (bez węzła) do węzła „Załuski" (bez węzła)".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2019 roku pod numerem 2019/S 149-366138.

A. Sygn. akt KIO 1642/20

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i w zw. z art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności, zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany przez:

1) naruszenie zasady jawności postępowania i brak odtajnienia (uznanie w całości za tajemnicę przedsiębiorstwa) wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (dalej: „Aldesa") w sytuacji w której wyjaśnienia te nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa (m.in. nie mają wartości gospodarczej), a ponadto są łatwo dostępne oraz Wykonawca - wbrew swojemu obowiązkowi - nie wykazał, że podjął niezbędne działania celem zachowania ich poufności;

2) przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wielokrotne wzywanie Aldesy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zgodności treści złożonej oferty, nie celem uszczegółowienia konkretnych kwestii wyjaśnień, ale wyłącznie z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - nie złożył wyjaśnień wyczerpujących i nie pozostawiających jakichkolwiek wątpliwości co do ich rzetelności już w pierwszym swoim piśmie, co też uczynić powinien, a brak tych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty;

3) brak odrzucenia oferty Wykonawcy mimo jej niezgodności z treścią SIWZ i w związku z brakiem wykazania przez Wykonawcę, iż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4) brak odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo iż wadium zostało wniesione przez niego w sposób nieprawidłowy, tj. wbrew oczekiwaniom sformułowanym przez Zamawiającego w treści SWIZ - na cały okres Postępowania, a zatem aż do wyboru najkorzystniejszej oferty;

5) udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu wbrew przepisom ustawy, w tym mimo wystąpienia powyższych błędów po stronie Aldesy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK") przez brak odtajnienia (uznanie w całości za tajemnicę przedsiębiorstwa) wyjaśnień Wykonawcy, w sytuacji w której wyjaśnienia te nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa (m.in. nie mają wartości gospodarczej), a ponadto są łatwo dostępne oraz Wykonawca - wbrew swojemu obowiązkowi - nie wykazał, że podjął niezbędne działania celem zachowania ich poufności;

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy przez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a to z uwagi na wielokrotne wzywanie Aldesy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zgodności treści złożonej oferty i to nie celem uszczegółowienia konkretnych kwestii wyjaśnień, ale wyłącznie z uwagi na fakt, że Aldesa ten - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - nie złożył wyjaśnień wyczerpujących i nie pozostawiających jakichkolwiek wątpliwości co do ich rzetelności już w pierwszym swoim piśmie, co też uczynić powinien, a brak czego powinien skutkować odrzuceniem oferty z powodów wskazanych

w uzasadnieniu pisma;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy przez nieuwzględnienie niezgodności treści oferty z SIWZ choćby w zakresie konstrukcji nawierzchni drogi oczekiwanej przez Zamawiającego a nieuwzględnionej przez Aldesa, co wskazuje również na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez brak odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że wadium zostało wniesione przez niego w sposób nieprawidłowy, tj. wbrew oczekiwaniom sformułowanym przez Zamawiającego w treści SWIZ, a zatem aż do wyboru najkorzystniejszej oferty;

5) art. 7 ust 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu wbrew przepisom ustawy, w tym mimo wystąpienia powyższych błędów po stronie Aldesy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Aldesa,

ewentualnie: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz odtajnienie wyjaśnień Aldesy, oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy możliwość wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołujący wywodzi swój interes prawny z dwóch okoliczności: (I) możliwości unieważnienia Przetargu ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu; (II) złożenia skargi na Wyrok KIO z dnia 12 marca 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 418/20 i 419/20, w którym to wyroku KIO oddaliła odwołanie od czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że jego odwołanie zmierza do odrzucenia oferty Aldesa, co przy założeniu, że pozostali w Postępowaniu wykonawcy nie byli jeszcze weryfikowani przez Zamawiającego, może ostatecznie doprowadzić do unieważnienia całego Postępowania i możliwość ponownego ubiegania się o udzielenie zamówienia w razie wszczęcia przez Zamawiającego nowego postępowania, mającego za przedmiot zamówienie objęte niniejszym przetargiem. Odwołujący podał, że w związku ze złożeniem przez niego skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2020 r., sygn. KIO 418/20 i 419/20, brak jest prawomocnego rozstrzygnięcia, co do innej czynności Zamawiającego - odrzucenia oferty Odwołującego - podjętej w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący ma interes w zaskarżaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - Odwołujący w dalszym ciągu chce bowiem uzyskać zamówienie. Jego nieuzyskanie wywoła po stronie Odwołującego szkodę.

Odwołujący wskazał, że wciąż ma szanse na uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, a zatem może domagać się jego przeprowadzenia zgodnie z przepisami ustawy, w tym w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich wykonawców.

Odwołujący wskazał także na swój potencjalny interes, bowiem w przypadku zmiany wyroku Izby przez Sąd i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, jego oferta będzie ponownie podlegać ocenie i porównaniu. Dla potwierdzenia posiadania przez Odwołującego interesu w złożeniu odwołania wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. KIO 1283/15 oraz wyrok z dnia 25 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1138/13. Odwołujący wskazał wyrok TSUE w sprawie C-131/16, w którym Trybunał wprost potwierdził, że odrzucony oferent, który zaskarżył obie decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta. Jak już było to wskazane, Odwołujący kwestionuje rozstrzygnięcie Izby, w wyniku którego odrzucono jego ofertę (skarga do Sądu Okręgowego). To jednocześnie otwiera mu drogę do możliwości kwestionowania także wyboru oferty Aldesy.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Tytułem wprowadzenia Odwołujący podał, że z uwagi na zastrzeżenie w całości wyjaśnień Aldesa jako tajemnicy przedsiębiorstwa, miał on utrudnione zadanie, jeśli chodzi o możliwość kontroli złożonej przez tego Wykonawcę oferty. Niemniej jednak, gruntowna analiza kierowanych do Aldesy przez Zamawiającego pytań, a także znajomość okoliczności

związanych z Postępowaniem, a wynikających z uczestnictwa w nim również Odwołującego, pozwoliła powziąć uzasadnione wątpliwości, co do prawidłowości przebiegu Postępowania oraz wybory oferty Aldesy jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w sposób nierówny i naruszający zasadę uczciwej konkurencji potraktował Aldese, której oferta obecnie została wybrana jako najkorzystniejsza, wzywając wielokrotnie do wyjaśnień, w sytuacji, w której udzielał on odpowiedzi zdawkowych, wymijających i z pominięciem wskazanych przez Zamawiającego kwestii już choćby w pierwszym wezwaniu. W ocenie Odwołującego między Aldesa a Zamawiającym doszło do negocjacji treści oferty. Ponadto, oferta Aldesy jest niezgodna z treścią SIWZ oraz nie zostało wykazane, że nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w całości podtrzymuje swoje stanowisko o bezzasadnym uznaniu złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa, a to z uwagi na fakt, że wyjaśnienia te nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa (np. nie mają wartości gospodarczej), a ponadto są łatwo dostępne oraz Wykonawca - wbrew swojemu obowiązkowi - nie wykazał, że podjął niezbędne działania celem zachowania ich poufności.

W zakresie braku odtajnienia wyjaśnień Aldesa w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien, jeśli nie w całości, to przynajmniej w części odtajnić wyjaśnienia złożone w Postępowaniu przez Aldesa z kilku powodów.

Po pierwsze, w przedłożonym Zamawiającemu zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w sposób bardzo ogólny uzasadnił przesłanki wskazane w treści art. 11 ust. 2

UZNK, w większości powołując się w tym zakresie jedynie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, abstrahując od okoliczności tej konkretnej sprawy. Zgodnie natomiast z treścią 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. Aldesa nie wykazała, że podjęła w stosunku do zastrzeganych informacji działania mające na celu utrzymania ich w poufności. Wprawdzie wraz ze stosownym pismem przedkłada on oświadczenia pełnomocnika obu spółek wchodzących w skład konsorcjum. Jednocześnie jednak trudno uznać to za dowód wystarczający - nieco przewrotnie można powiedzieć, że trudno, aby pełnomocnik złożył odmienne oświadczenie. Brak jest tym samym rzeczywistych dowodów na potwierdzenie, że w obu spółkach procedury mające na celu ograniczenie dostępu do zastrzeganych informacji w sposób realny funkcjonują. Na dowód tego nie przedkłada Aldesa choćby wzoru oświadczeń/zobowiązań swoich pracowników do zachowania poufności (nie mówiąc już o samych podpisanych oświadczeniach). Brak jest także jakiegokolwiek regulaminu, kiedy i komu takie informacje są udzielane. Dopiero ewentualnie z takich dokumentów można być wywieść co kryje się pod hasłem „ograniczony krąg pracowników" (czy jest to 10 osób, czy też np. 1000 albo i więcej).

Odwołujący wskazał, że część zastrzeżonych przez Aldesa informacji z pewnością nie jest z kategorii trudno dostępnych. Już sama treść pytań kierowanych do Wykonawcy wskazuje, iż chodzi o dane, które każdy może uzyskać choćby w drodze dostępu do informacji publicznej.

Przykładowo podał Odwołujący pytanie nr 5 z wezwania skierowanego do Aldesy w dniu 5 maja 2020 roku, które odnosi się do realizacji innych umów, a zatem informacji, jakie - w przypadku zwrócenia się przez Odwołującego do Zamawiającego - powinny zostać mu bez problemu udzielone. Wynika to z orzecznictwa WSA i NSA (np.: wyrok NSA z dnia 4 lutego 2015 roku, sygn. akt I OSK 430/14; wyrok NSA z dnia 29 lutego 2012 roku, sygn. akt I OSK 2215/11; wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2015 roku, sygn. akt il SAB/ Wa 965/14; wyrok WSA w Krakowie z dnia 25 lipca 2018 roku, sygn. akt II SA/Kr 741/18; wyrok NSA z dnia 7 października 2015 roku, sygn. akt I OSK 1883/14), których wprost wskazano, iż nie tylko umowy o zamówienie publiczne, ale także dokumenty związane z realizacją takiego zamówienia podlegają udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej. (pytanie nr 5: Jak w związku ze stanem epidemii COVID 19 wygląda realizacja innych kontraktów, w które są Państwo zaangażowani? Czy kontrakty te notują opóźnienia, lub inne trudności mające wpływ na ich realizację?).

Podobnie pytanie 7 i 8 z tego samego wezwania:

Pytanie 7: Prosimy o wskazanie, przy realizacji których części zamówienia, personel będzie zatrudniony przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Pytanie 8: Prosimy o wskazanie jakie rozwiązania przyjął w ofercie wykonawca w celu wyeliminowania problemów występujących na realizowanych przez Państwa inwestycjach a związanych z nieterminowymi płatnościami dla podwykonawców, nieterminowym uzyskiwaniem niezbędnych decyzji administracyjnych, stosowaniem niezatwierdzonych materiałów, wykonywaniem Robót przed ukończeniem prac projektowych, nieodpowiednim nadzorem wykonywanych Robót przez Kierownictwo Robót.

W szczególności w zakresie treści pytania 7 nie sposób uznać, iż odpowiedź na nie zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, a mimo tego Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie treści wyjaśnień w tym zakresie.

Powyższe pytania są jedynie przykładowymi, odpowiedź na które z pewnością nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa, nie są to informacje niedostępne, a zatem powinny być w całości odtajnione. Oczywiście Odwołujący ma utrudnione zadanie, jeśli chodzi o analizę wszystkich złożonych dotychczas przez Wykonawcę wyjaśnień - jako, że zostały one w całości utajnione, nie zna ich dokładnej treści. Stąd to na Zamawiającym spoczywał szczególny obowiązek skrupulatnej ich analizy pod kątem spełnienia przesłanej w treści art. 11 ust. 2 UZNK. Wydaje się, iż Zamawiający jednak takiemu obowiązkowi nie sprostał.

W zakresie braku wyjaśnienia w terminie oraz odrzucenia oferty.

Pismem z dnia 9 grudnia 2019 roku Zamawiający wezwał Aldesa do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy. Celem przedmiotowych wyjaśnień, na co wskazał sam Zamawiający, było ustalenie, czy oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia ona wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający jednocześnie wyraźnie podkreślił, że prosi o wyczerpującą i szczegółową informację, zaznaczając, że Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty. Pytania przesłane przez Zamawiającego były przy tym precyzyjne i szczegółowe (70 pytań).

Aldesa złożyła wyjaśnienia w dniu 23 grudnia 2019 roku. Niemniej jednak, jak się wyraził sam Zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2020 roku, w jego ocenie wyjaśnienia te okazały się niewystarczająco szczegółowe i niejednoznaczne. Dlatego też skierował do Wykonawcy kolejną prośbę o wyjaśnienia, w tym - co istotne - dotyczące wcześniej zadanych już pytań nr 14, 22, 40, 63 i 64, 69 oraz 70 z części C. Wykonawca na przedmiotowe wezwanie odpowiedział pismem z dnia 29 stycznia 2020 roku.

W dniu 26 lutego 2020 roku Zamawiający po raz trzeci wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, ponownie wskazując, iż dotychczas złożone wyjaśnienia nie są wystarczająco szczegółowe i jednoznaczne. Co istotne, w wezwaniu tym Zamawiający po raz trzeci pytał o kwestie poruszone już wcześniej tj. m.in. w pytaniu nr 69 z części C. Wykonawca na wezwanie odpowiedział w dniu 5 marca 2020 roku.

Odwołujący podał, że o ile w orzecznictwie Izby i SO rzeczywiście zwraca się uwagę na możliwość ponownego wezwania tego samego wykonawcy do wyjaśnień, o tyle jednocześnie podkreśla się, że taka sytuacja może mieć miejsce w ściśle określonych okolicznościach i celu. Przykładowo wskazał wyrok z dnia 13 października 2014 roku, sygn. akt KIO 2025/14.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 ustawy odrzuceniu podlega nie tylko oferta, co do której wyjaśnienia okazały się niewystarczające, ale również ta, co do której wykonawca wyjaśnień w ogóle nie złożył, choćby w jakimś zakresie. Szczegółowa analiza treści pytań wysyłanych do Aldesy pozwoliła stwierdzić Odwołującemu, że ten nie tylko uchylał się od odpowiedzi na jasne i konkretne pytania Zamawiającego, ale w części w ogóle takich odpowiedzi nie udzielił. Dla przykładu wskazał pytanie nr 14 z części C z pierwszego wezwania, w którym Zamawiający wprost wskazał, że oczekuje od Wykonawcy podania „założonej ilości i rodzajów poszczególnych badań". (pytanie 14. Jaką kwotę na obsługę laboratoryjną przewidział Wykonawca w swojej ofercie cenowej. Prosimy o podanie kwoty oraz założonej ilość i rodzajów poszczególnych badań jakie Wykonawca uwzględnił przy składaniu oferty.) Znamienne jest przy tym, iż w kolejnym wezwaniu, które - jeśli ma miejsce, powinno być wyłącznie uszczegółowieniem - Zamawiający ponownie prosi Wykonawcę o dokładnie te same dane, tj. „ilości dla poszczególnych rodzajów badań (jakie założył)". Pytanie to bynajmniej zatem nie ma charakteru uszczegóławiającego, a jest prostym ponowieniem pytania, na które Wykonawca nie udzielił odpowiedzi. (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III. Roboty 1. Dotyczy pytania nr 14 W nawiązaniu do udzielonej przez Wykonawcę odpowiedzi, prosimy o wyjaśnienie jakie ilości dla poszczególnych rodzajów badań założył Wykonawca na etapie przygotowania oferty. Ponadto prosimy o uzupełnienie ilości i rodzaju badań dla robót branżowych (podłoża, obsypki, zasypki itp.).).

Zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty wskazuje to, że Aldesa w pierwotnie

wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie złożyła stosownych wyjaśnień w powyższym zakresie. Już tylko z tego powodu oferta Wykonawcy zgodnie z dyspozycją treści art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy powinna podlegać odrzuceniu. Podobnych przykładów jest jednak więcej. W kontekście wspomnianej przez Izbę w cytowanym wyroku możliwości wystąpienia „negocjacji" treści oferty między wykonawcą a zamawiającym, niewątpliwie warto zwrócić uwagę na treść pytania nr 40, 63 i 64. W pierwszej turze, pytania te brzmiały następująco: 40. Prosimy o informację jakie rozwiązanie projektowe dla konstrukcji nawierzchni drogi ekspresowej i pozostałych dróg (poprzecznych, serwisowych itp.) zostało uwzględnione przez Wykonawcę w ofercie? 63. Proszę o wskazanie jakie rodzaj dolnych warstw konstrukcji przyjął Wykonawca dla trasy głównej do sporządzenia oferty. 64. Prosimy o wskazanie jakie rodzaje konstrukcji w przypadku dróg innych przyjął Wykonawca do sporządzenia oferty. Mimo tak szczegółowych pytań, w II turze Zamawiający prosi Wykonawcę po raz kolejny o wyjaśnienia w tym zakresie, jednocześnie wskazując, iż ten „nie uwzględnił wszystkich dolnych warstw konstrukcyjnych dla poszczególnych grup nośności podłoża zgodnie z KTKNPiP". (Pytanie 5. Dotyczy pytania nr 40, 63, 64 W odpowiedziach udzielonych przez Wykonawcę na powyższe pytania nie uwzględniono wszystkich dolnych warstw konstrukcyjnych dla poszczególnych grup nośności podłoża zgodnie z KTKNPiP. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o szczegółowe wyjaśnienie w tym zakresie.)

Niezależnie od tego, że sposób zadania pytania przez Zamawiającego jest oczywiście sugerujący i wskazujący, że Wykonawca właśnie tak zachować się powinien (uwzględnić KTKNPiP, na które nie wskazał w swojej odpowiedzi, choć był do tego wzywany). Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w licznych miejscach PFU, w tym spisie dokumentów, które są wiążące dla Wykonawcy i zgodnie z którymi powinien zaprojektować i wykonać zamówienie, wskazywał właśnie na konieczność uwzględnienia Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Sztywnych w ofercie.

2.1.5.2. Konstrukcja nawierzchni sztywnych

Konstrukcje nawierzchni sztywnych innych' dróg należy wykonać zgodnie z rozwiązaniami przestawionymi w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Sztywnych dla określonej kategorii ruchu stanowiącym załącznik do Zarządzenia nr 30 z 2014 Generalnego Dyrektora DKiA [3.1.2 - 31] w zależności od kategorii poszczególnych dróg podanych w pkt. 1.1.3 PFU. 3.1.2 Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia zgodnie z Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (lub Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych) obowiązującymi na dzień podpisania umowy.

Przedstawiony wykaz Zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad określa obowiązujące Wykonawcą uwarunkowania oraz wymagania dotyczące zakresu zamówienia. Wykonawca .jest zobowiązany wypełnić wszelkie wymagania .określone w poniższych aktach, a w szczególności wymagania dotyczące projektowania i wykonywania inwestycji.

31. Zarządzenie Nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 roku w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych;

32. Zarządzenie Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 roku w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych;

33. Zarządzenie Nr 58 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 listopada 2015 r. w sprawie dokumentacji do realizacji inwestycji;

Jak sam Zamawiający przy tym zauważa w zadanym pytaniu, z odpowiedzi Wykonawcy wynika, że ten nie uwzględnił wszystkich dolnych warstw konstrukcyjnych.

Odwołujący wskazał wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 roku, sygn. akt C-324/14, podając, że Trybunał w sposób jednoznaczny wskazał, że zasada równego traktowania i niedyskryminacji stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Z podobną sytuacją (negocjacjami i wskazywaniem Wykonawcy poprawnych z punktu widzenia SIWZ odpowiedzi) mamy do czynienia przy pytaniu nr 70 z części C (I i II tura). (Pytanie 70. Czy i jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości, na których przez uzyskaniem decyzji ZRID będzie wykonał uzupełniające badania podłoża oraz będzie prowadził monitoring

geotechniczny?

Pytanie 7. Dotyczy pytania nr 70

Odpowiedź udzielona przez Wykonawcę odnosi się wyłącznie do działek Skarbu Państwa. Czy Wykonawca przewidział konieczność wykonania uzupełniających badań podłoża oraz prowadzenia).

Szczególnie istotny w kontekście traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu w sposób równy jest przykład pytania nr 69 z części C. W pierwszej turze, ww. pytanie zostało sformułowane w sposób następujący:

Pytanie 69. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność zaprojektowania, wykonania oraz w okresie poprzedzającym rozpoczęcie Robót budowlanych, w trakcie ich realizacji oraz po zakończeniu budowy (do daty wystawienia Świadectwa Wykonania) prowadzenia monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, obiektów sąsiadujących i terenu przyległego w zakresie dostosowanych do charakteru Inwestycji z uwzględnieniem wymagań określonych w polskich normach oraz uwzględniającego wymagania zawarte w Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27 czerwca 2019 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego"?

Odwołujący podał, że w sposób oczywisty Zamawiający wnosił o wskazanie sposobu uwzględnienia monitoringu geotechnicznego „w okresie poprzedzającym rozpoczęcie Robót budowlanych". Mimo tego wyraźnego i precyzyjnego wskazania, w drugiej turze pytań, prośba o opis co do ww. zakresu zostaje ponowiona.

Pytanie 6. Dotyczy pytania nr 69

W odpowiedzi udzielonej przez Wykonawcę nie wskazano w jaki sposób założono konieczność prowadzenia monitoringu przez rozpoczęciem robót. W związku z powyższym zwracamy się z prośba o wyjaśnienie w tym zakresie.

W końcu w trzeciej turze pytań, Zamawiający prosi Wykonawcę o odpowiedź na kwestię, która pojawiła się już w pierwotnym pytaniu, tj. w jaki sposób Aldesa uwzględniła w badaniach wymagania zawarte w załączniku nr 3 do Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27 czerwca 2019 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego".

10. Dotyczy pytania nr 69 i nr 6

W nawiązaniu do udzielonych przez Wykonawcę odpowiedzi, prosimy o wskazanie:

- które wymagania zawarte w załączniku nr 3 do Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27 czerwca 2019 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego" Wykonawca uwzględnił w ofercie?

- jakie parametry Wykonawca zamierza monitorować, z jaką częstotliwością i za pomocą jakich urządzeń?

Ponadto, prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu wyliczenia ceny Oferty w zakresie prowadzenia monitoringu geotechnicznego. Prosimy o ewentualne przedstawienie podpisanych umów ramowych/przedwstępnych/zapytań ofertowych. Powyższe, wskazał Odwołujący, jest o tyle istotne, że oferta Odwołującego, do którego skierowano analogiczne pytanie w pierwsze turze, została odrzucona już na tym etapie, mimo że zaznaczył on, że przewidział badania przez rozpoczęciem Robót budowlanych, a jedynie nie opisał ich w szczegółach. Zamawiający, pomimo takich okoliczności, nie zdecydował się na wezwanie Odwołującego do szczegółowych wyjaśnień, co pokazuje, w jak nierówny sposób traktuje on poszczególne podmioty biorące udział w Postępowaniu. Powyższe, jedynie przykładowe sytuacje, jakie miały miejsce w trakcie wyjaśnień składanych przez Wykonawcę, wskazują, że w jego trakcie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania, a także regulacji nakładających na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty.

B. Sygn. akt KIO 1648/20

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący

(dalej: Odwołujący lub Stecol) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego obejmujących wybór oferty najkorzystniejszej; zaniechanie odtajnienia dokumentów; zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (dalej: Aldesa); zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Aldesa, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a tym samym - w świetle kryteriów oceny ofert to oferta Odwołującego winna zostać za najkorzystniejszą;

2) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019r., poz. 1010 ze zm. - dalej „uznk") i art. 96 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Aldesa z dnia 23.12.2019r., 29.01.2020r. i 05.03.2020r., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że Aldesa wykazała, że dochowując należytej staranności podjęło działania w celu utrzymania ich poufności, a w konsekwencji nie udostępnienie wszystkich dokumentów pochodzących od Aldesa podczas gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do wniosku, że wyjaśnienia Aldesa nie zawierają informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, a dodatkowo wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał, że podjęte przez niego działania gwarantują zachowanie poufności tych informacji;

3) art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Aldesa, w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wniósł wadium na cały okres postępowania lub co najmniej wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

4) art. 89 ust. 1 pkt 7a) w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Aldesa w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i tym samym od dnia 07.06.2020r. Aldesa nie było związane swoją ofertą.

Odwołujący wniósł o unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej odtajnienie i udostępnienie wykonawcom dokumentów składających się na wyjaśnienia Aldesa, odrzucenie oferty Aldesa, dokonanie ponownej oceny oferty.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Aldesy oraz zaniechał udostępnienia całej oferty tego wykonawcy, co uniemożliwia dokonanie kontroli, czy oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ. Odwołujący został sklasyfikowany na drugim miejscu, przy czym po odrzuceniu oferty Aldesa, to oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza.

Odwołujący następująco uzasadniał:

W dniu 6 lipca 2020r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Aldesa, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, po ogłoszeniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich dokumentów złożonych przez Aldesa w toku postępowania. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający udostępnił żądane dokumenty za wyjątkiem wyjaśnień z dnia 23.12.2019r., 29.01.2020r. i 05.03.2020r. tzn. Zamawiający przekazał te wyjaśnienia, jednak znaczna ich część została utajniona. Wraz z dokumentami, Zamawiający przekazał swoją decyzję z dnia 14.05.2020r., dot. odtajnienia części wyjaśnień, ale tylko tych z 12.05.2020r., przy czym z decyzji tej nie wynika, dlaczego pozostałą część wyjaśnień Zamawiający uznał za zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W odniesieniu do wyjaśnień z dnia 23.12.2019r. i 29.01.2020r., Zamawiający nie przedłożył Odwołującemu swojego stanowiska, tym samym należy uznać, że na dzień dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W dokumentach przekazanych przez Zamawiającego brak jest dokumentu potwierdzającego, że po dniu 06.06.2020r. Aldesa było związane swoją ofertą i że oferta ta była zabezpieczona wadium. Decyzje Zamawiającego, zarówno w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i zaniechania odtajnienia dokumentów są w ocenie Odwołującego sprzeczne z ustawą i winny zostać uchylone.

Ad. 1 zarzutu.

Odwołujący wskazał że jest rzeczą oczywistą, że Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu lub pochodzą od wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu. Jak zostanie wykazane w dalszej części uzasadnienia, oferta Aldesa podlega odrzuceniu, a tym samym to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

Ad. 2 zarzutu.

Zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest jawne, co w konsekwencji oznacza, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, może - na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy - domagać się przekazania mu dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jawność postępowania ma zagwarantować równe traktowanie stron w postępowaniu, a w szczególności umożliwić weryfikację decyzji podejmowanych przez Zamawiającego.

Zgodnie z natomiast z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowigcych tajemnicę przedsiębiorstwo 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 mogg być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacie stanowig tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu."

Jak wynika z powyższego przepisu, na wykonawcy, który dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania, że informacje zastrzeżone mają charakter informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa tj. zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 uznk, taki Wykonawca musi wykazać łącznie, że:

1) informacje mają charakter informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą ,

2) nie są informacjami powszechnie znanymi osobom zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są one łatwo dostępne dla takich osób;

3) podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego, Aldesa nie sprostała tym obowiązkom, w związku z czym Zamawiający winien udostępnić pełną treść wyjaśnień.

W odniesieniu do pkt 1 powyżej, Aldesa nie wskazała w ogóle, jaki charakter mają informacje przedstawione w wyjaśnieniach, podnosząc jedynie, że „obejmują wskazanie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej a zatem kosztów, jakie ponosi Wykonawca, i potencjalną marżę, jaką Wykonawca uzyskuje, oraz dalsze szczegółowe dane dotyczące sposobu realizacji inwestycji." Abstrahując od faktu, że takie uzasadnienie należy uznać w zasadzie za brak uzasadnienia, to wskazać należy, że Zamawiający w ogóle nie pochylił się nad tym uzasadnieniem i nie zweryfikował zasadności twierdzeń Aldesa. Przyjmując nawet z daleko posuniętej ostrożności, że same stawki wynagrodzenia za poszczególne asortymenty robót oraz marża mają wartość gospodarczą, to zwrócić należy, że już same elementy składowe, które Wykonawca wziął pod uwagę przy wyliczeniu ceny, takiej wartości nie mają, a pokazują jedynie, czy w danej pozycji cenowej, Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego. Z tych przyczyn, przynajmniej te fragmenty wyjaśnień, które nie zawierają elementu ceny jako takiej, winny zostać odtajnione.

Odwołujący podał, że bazując na treści zadawanych pytań, z dużym prawdopodobieństwem - graniczącym w zasadzie z pewnością - można wskazać, że odpowiedzi nie zawierają żadnej, bądź w bardzo ograniczonym zakresie, informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa a stanowią jedynie potwierdzenie lub zaprzeczenie, że Wykonawca w sposób należyty zapoznał się z Opisem Przedmiotu Zamówienia i wymaganiami

Zamawiającego, a tym samym stanowią podstawę do stwierdzenia, czy Aldesa złożyła ofertę zgodną z treścią SIWZ oraz czy prawidłowo skalkulowało swoją cenę ofertową.

Niezależnie od powyższego, Aldesa nie wykazała nawet w minimalnym stopniu, że podjęła odpowiednie działania w celu zachowania informacji składających się na wyjaśnienia w poufności. Całe uzasadnienie w tym zakresie sprowadza się do gołosłownego twierdzenia, że takie działania o charakterze fizycznym, jak i prawnym zostały podjęte. Konsorcjum Aldesa wskazała jedynie, że podjęte środki fizyczne to „wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstw", przy czym nie załączył żadnego dokumentu potwierdzającego tę okoliczność, w szczególności załączone oświadczenia

reprezentantów poszczególnych konsorcjantów odnoszą się wyłącznie do sposobu kalkulacji ceny i brak jest jakichkolwiek danych dot. bezpieczeństwa sieci informatycznych. Również twierdzenia w odniesieniu do podjętych środków prawnych, jak poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz umowy o poufności nie zostały w jakikolwiek sposób wykazane.

Ad. 3 i 4 zarzutu

Z przekazanych przez Zamawiającego materiałów wynika, że Aldesa była związane ofertą do dnia 06.06.2020r. Również do tego czasu oferta była zabezpieczona wadium w formie gwarancji. W okresie od 07.06.2020r. do 06.07.2020r. (dnia wyboru oferty najkorzystniejszej), oferta nie była zabezpieczona wadium i Wykonawca nie był związany swoją ofertą. Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione nieprawidłowo, jeżeli zamawiający żądał wadium.

Zgodnie z postanowieniami pkt 16.1 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW), Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 5.000.000,00 PLN. Ponadto, w pkt 14.4 IDW, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że oferta musi być zabezpieczona wadium. Aldesa złożyła w przedmiotowym postępowaniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej seria 1PL19 nr 150000224 z datą ważności do dnia 06.06.2020r. Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy oferta podlega odrzuceniu, jeżeli Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu ważności swojej oferty. Odwołujący wskazuje, że w art. 85 ust. 2 ustawy wskazuje się na dwie sytuacje dot. wyrażenia zgody na przedłużenie wadium tj. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz na samodzielne wyrażenie zgody przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu. W dniu 06.06.2020r., upłynął zarówno termin związania ofertą, jak i termin ważności wadium, które miało zabezpieczać ofertę Aldesa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

<u>W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 1642/20 i KIO 1648/20:</u>

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający.

Izba zaznacza w tym miejscu, że w piśmie procesowym do sprawy sygn. akt KIO 1642/20 Zamawiający zawarł wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy. Ustawodawca podstawy odrzucenia odwołania skatalogował w art. 189 ust. ustawy i wyliczył je w sposób enumeratywny i nie mieści się w tym katalogu podstawa dotycząca braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania. Postawiony wniosek o odrzucenie odwołania na wskazanej podstawie prawnej oraz zawartym w piśmie uzasadnieniu dotyczącym braku interesu Izba oddaliła.

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

III.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w pismach „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" z dnia 21 sierpnia 2020 roku złożonych do sprawy KIO 1642/20 oraz do sprawy KIO 1648/20.

Izba uwzględniła stanowisko wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (dalej: Aldesa) zaprezentowane w pismach z dnia 24 sierpnia 2020 roku złożonych do sprawy KIO 1642/20 oraz do sprawy KIO 1648/20.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Limited Liability Partnership „TODINI CENTRAL ASIA" z siedzibą w Astanie, Republika Kazachstanu (pełnomocnik), „SP SINE MIDAS STROY" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uralsku, Republika Kazachstanu oraz

FABE Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w trakcie rozprawy do sprawy o sygn. akt KIO 1642/20:

- dowód nr 1 - kopia potwierdzenia wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 418/20; KIO 419/20,

- dowód nr 2 - wezwanie z dnia 18 czerwca 2019 roku skierowane do Wojewody Mazowieckiego i Odpowiedź z dnia 15 lipca 2019 roku.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

IV.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach i skierowanych do rozpoznania na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że <u>każde z odwołań podlega oddaleniu.</u>

<u>Sygn. akt KIO 1642/20</u>

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

<u>Izba nie uwzględniła wniosku</u> Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na brak po stronie Odwołującego interesu w kwestionowaniu czynności i zaniechań Zamawiającego (art. 179 ust. 1 ustawy). Izba wskazuje, że o braku interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej można mówić jedynie wówczas, gdy oferta danego wykonawcy została ostatecznie odrzucona tj. został wydany wyrok przez Krajową Izbę Odwoławczą, a wykonawca ten nie zaskarżył takiego orzeczenia do sądu okręgowego. Izba ustaliła na podstawie dowodu nr 1, że Odwołujący wniósł 22 kwietnia 2020 roku skargę na wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie o sygn. akt KIO 418/20 i KIO 419/20 dotyczącej przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego co nie było kwestionowane przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego. Tym samym Odwołujący nadal pozostaje w rozumieniu przepisów ustawy „wykonawcą" w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, jego oferta nie została ostatecznie odrzucona z przedmiotowego postępowania. Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego z pisma procesowego, uprawniony jest do wniesienia odwołania i kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielnie zamówienia, z którego - co zostało wyżej wskazane - jego oferta nie została odrzucona ostatecznie. Izba stwierdziła również, ze wykonawca ten, na moment wniesienia odwołania, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, bowiem pozostając wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, w zależności od rozstrzygnięcia sądu okręgowego, ma możliwość pozyskania zamówienia. Na ten moment nieznane jest rozstrzygniecie sądu, co powoduje, że brak kwestionowania czynności Zamawiającego na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, mogłoby doprowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Ewentualne przyszłe unieważnienie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego do jakiego referował Odwołujący z uwagi na odrzucenie oferty Aldesa oraz potencjalne niezweryfikowanie poprawnie pozostałych wykonawców w ocenie Izby również pozwala wykonawcy na skuteczne podnoszenie odwołania w tym postępowaniu odwoławczym, a w konsekwencji potwierdza wykazanie przesłanek za art. 179 ust. 1 ustawy. W tym zakresie należy mieć na uwadze ukształtowaną kilka lat temu linię orzeczniczą Izby, opartą na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. wyrok w sprawie C-131/16). Izba zaznacza w tym miejscu konieczność szerokiego rozumienia interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej, co na gruncie polskich przepisów przekłada się na to, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania", ale do „danego zamówienia". Pojęcie „danego zamówienia" jest, więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, w skutek oświadczeń złożonych z ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy nie skierowała do rozpoznania na rozprawie i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1642/20:

- w zakresie zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez brak odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że wadium zostało wniesione przez niego

w sposób nieprawidłowy, tj. wbrew oczekiwaniom sformułowanym przez

Zamawiającego w treści SWIZ, a zatem aż do wyboru najkorzystniejszej oferty

- z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK") przez brak odtajnienia (uznanie w całości za tajemnicę przedsiębiorstwa) wyjaśnień Wykonawcy, w sytuacji w której wyjaśnienia te nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa (m.in. nie mają wartości gospodarczej), a ponadto są łatwo dostępne oraz Wykonawca - wbrew swojemu obowiązkowi - nie wykazał, że podjął niezbędne działania celem zachowania ich poufności- Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający wzywał Aldesę czterokrotnie do złożenia wyjaśnień, tj. 9 grudnia 2019 roku, 22 stycznia 2020 roku, 26 lutego 2020 roku oraz 5 maja 2020 roku.

Aldesa w odpowiedzi na powyższe wezwania złożyła, odpowiednio, wyjaśnienia datowane na dzień 23 grudnia 2019 roku, 29 stycznia 2020 roku, 5 marca 2020 roku oraz 12 maja 2020 roku.

W ocenie Izby w zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy niezbędne jest odniesienie do kwestii konstrukcji zarzutów odwołania.

Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy.
Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty, które poza wskazaniem podstawy prawnej muszą również odnosić się do faktycznego uzasadnienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W oparciu o treść art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na dokonanie oceny kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego oraz uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację oraz treść art. 190 ust. 1 ustaw Odwołujący podnoszący zarzuty w zakresie czynności czy zaniechań Zamawiającego obowiązany jest do zbudowania zarzutów przez wskazanie uzasadnienia faktycznego oraz przedstawienia dowodów na okoliczności przez siebie podnoszone, o ile takie dowodzi (art. 190 ust. 1 ustawy w zw. z art. 1 KC w zw. z art. 6 KC). Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę, a w określonych przypadkach, w których sam Odwołujący referuje do dostępności, oczywistości informacji również argumentacja winna zostać wsparta dowodami.

Mając na uwadze, że o treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 podał, że „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego,

a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...)". Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (.) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Na wstępie wymaga zaznaczenia, że Odwołujący nie wskazała w swoim stanowisku, które uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Aldesę kwestionuje. Izba zaznacza w tym miejscu, że w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wykonawca ten czterokrotnie odpowiadał na wezwania do złożenia wyjaśnień jakie skierował do niego Zamawiający. Brak podania przez Odwołującego, że chodzi o wszystkie cztery stanowiska zaprezentowane przez Odwołującego czy o jedno konkretne (na co wskazywałoby literalne brzmienie zawartego w odwołaniu zwrotu „w przedłożonym Zamawiającemu") uniemożliwia Izbie odniesienie się do poczynionych przez Aldesę wyjaśnień. Izba dokonując oceny wszystkich - przy czym należy zaznaczyć, że byłoby to niezgodne z literalnym brzmieniem stanowiska Odwołującego - czy jednego wybranego, które co należy zaznaczyć również nie zostało wskazane przez Odwołującego, uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonałaby sama skonkretyzowania uzasadnienia faktycznego i określenia w ten sposób zarzutu odwołania. Takie działanie Izby jest niedopuszczalne, Izba nie może zastępować Odwołującego w określaniu zakresu zarzutu odwołania jak również nie może wyręczać Odwołującego w podnoszeniu argumentacji faktycznej. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. W przedmiotowej sytuacji, w każdym przypadku czy to uznając, że Odwołujący zakwestionował wszystkie cztery pisma i zawarte w nich uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, czy wybierając jedno z czterech pism, choć i tak nie wiadomo które, Izba samodzielnie za Odwołującego podjęłaby czynność skonkretyzowania, a w zasadzie postawienia zarzutu odwołania, co jest niedopuszczalne. Podkreślenia wymaga, że każde z pism było jednoznacznie identyfikowalne datą jego sporządzenia oraz datą wezwania skierowanego przez Zamawiającego.

W zakresie stanowiska zaprezentowanego w uzasadnieniu odwołania Izba dostrzegła, że Odwołujący zakwestionowała oświadczenia pełnomocników spółek Aldesa w kontekście niewykazania spełnienia przesłanki podjęcia działań mających na celu utrzymanie w poufności zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. Kwestionowanie tych oświadczeń pełnomocników spółek Aldesa Odwołujący zasadził na podważeniu ich znaczenia jedynie dlatego, że są to właśnie oświadczenia pełnomocników, którzy nie mogą złożyć odmiennego stanowiska. Jednocześnie Odwołujący twierdząc, że „trudno uznać to za dowód wystarczający" nie wyjaśnił, nie odniósł się w swojej argumentacji dlaczego te oświadczenia w jego ocenie są niewystarczające.

Odwołujący nie argumentuje również, nie wyjaśnia dlaczego wzór oświadczeń/ zobowiązań pracowników do zachowania poufności, po pierwsze jest dokumentem faktycznie wystarczającym dla potwierdzenia zachowania poufności oraz po drugie, dlaczego właśnie te oświadczenia miałby mieć większe znaczenie dowodowe niż złożone oświadczenia pełnomocników spółek Aldesa. Izba dostrzegła, że sam Odwołujący choć nie podając żadnego uzasadnienia zdyskredytował oświadczenia pełnomocników spółek Aldesa to nie wyjaśnia dlaczego inne oświadczenia miałyby mieć konkretną wartość.

Wymaga w ocenie Izby odnotowania w tym miejscu, że art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) - 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 - nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania zarzutu odwołania jest wykazanie, że konkretne działania jakich podjęcie czy istnienia zakłada wykonawca konstruujący zarzuty odwołania, a które podjęte zostały dla utrzymania poufności danych gwarantują bądź nie gwarantują utrzymanie tej poufności. Wymaga również dostrzeżenia, że wykonawcy składający oferty w postępowaniach są profesjonalistami, od których wymaga się postępowania z należytą starannością co dostrzegalne jest również w podnoszeniu argumentacji dotyczącej naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy. Wykonawcy nie działają w próżni, a obowiązujące regulacje prawne mają również zastosowanie do ich działania. Odwołujący w odwołaniu przytoczył dokumenty jakie w jego ocenie mogą potwierdzać fakt utrzymania poufności informacji jednakże nie podał, nie wyjaśnił i nie wskazał dlaczego akurat takie dokumenty gwarantowałyby dochowanie poufności informacji zawartych w złożonych przez Aldesa dokumentach.

Odwołujący podniósł, że część zastrzeżonych informacji „z pewnością nie jest z kategorii trudno dostępnych" i każdy może je uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej jednakże takiego stanowiska w żaden sposób nie uzasadnił. Gołosłowne stwierdzenie dotyczące łatwości dostępu do tych informacji nie zostało chociażby wsparte przykładem, skoro bowiem te informacje są łatwo dostępne to Odwołujący mógł chociaż przykładowo je wykazać. Odwołujący podał, w odniesieniu do danych, które mogą być łatwo dostępne przykład wskazując treść pytania nr 5 z dnia 5 maja 2020 roku odnoszącego się do realizacji innych kontraktów w związku ze stanem epidemii COVID-19 podając, że są to dane jakie Zamawiający powinien udostępnić Odwołującemu, gdyby ten się do niego zwrócił. Jednakże Odwołujący nie wskazał jakie mogłyby być to dane natomiast samo odnoszenie się do treści wyroków wydanych w innych sprawach, przytaczanie sygnatur orzeczeń i wskazywanie tez wynikających z tych orzeczeń nie zastępuje argumentacji jaka powinna być podnoszona w budowaniu zarzutu odwołania. Gdyby przyjąć ten sposób konstrukcji zarzutu za prawidłowy, to wyszłoby na to, że każde podnoszone naruszenie prawa można byłoby uzasadnić podaną sygnaturą w innym rozpoznaniu i nie byłoby już potrzebne faktyczne argumentowanie. Jednakże z tym nie można się zgodzić, a podnoszone orzecznictwo nie zastępuje faktycznych uzasadnień podnoszonych zarzutów odwołania. W kontekście przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz konstrukcji zarzutu odwołania Odwołujący nie podał w uzasadnieniu podniesionego naruszenia prawa żadnej faktycznej argumentacji, a mając na uwadze, że sam podał, że są to informacje łatwo dostępne to mógł argumentację ich dotyczącą podać.

W odniesieniu do zacytowanych w uzasadnieniu odwołania pytań Zamawiającego z dnia 5 maja 2020 roku nr 7 i 8 Izba brak jest jakiejkolwiek argumentacji, a samo zacytowanie tychże pytań nie może być uznane za podniesioną argumentację faktyczną wskazywanych naruszeń prawa.

W podsumowaniu tego zarzutu Izba wskazuje, że fakt, że zarzut dotyczy naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zwalnia w żaden sposób Odwołującego od budowania zarzutów odwołania z zachowaniem wszystkich prawidłowości niezbędnych do stwierdzenia faktycznego podniesienie zarzutu. Odwołujący nie może przerzucać na Izbę konieczności poszukiwania argumentacji w odniesieniu do wskazanego naruszenia prawa. Odwołujący będący profesjonalistą poruszający się w meandrach zamówień publicznych sam jest również podmiotem zastrzegającym podane informacje objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba nie może poszukiwać za wykonawcę argumentacji jak również nie może go zastępować w konstruowaniu argumentacji faktycznej i jednocześnie poddawać jej ocenie. Wymaga przypomnienia, że to czynność lub zaniechanie Zamawiającego podlega ocenie Izby

w kontekście podniesionego zarzutu odwołania i tylko w tym zakresie może być oceniona.

W zakresie zarzutu 2 i 3 - tj. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy przez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a to z uwagi na wielokrotne wzywanie Aldesy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zgodności treści złożonej oferty i to nie celem uszczegółowienia konkretnych kwestii wyjaśnień, ale wyłącznie z uwagi na fakt, że podmiot ten - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - nie złożył wyjaśnień wyczerpujących i nie pozostawiających jakichkolwiek wątpliwości co do ich rzetelności już w pierwszym swoim piśmie, co też uczynić powinien, a brak czego powinien skutkować odrzuceniem oferty z powodów wskazanych w uzasadnieniu pisma oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy przez nieuwzględnienie niezgodności treści oferty z SIWZ choćby w zakresie konstrukcji nawierzchni drogi oczekiwanej przez Zamawiającego a nieuwzględnionej przez Aldesa, co wskazuje również na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - Izba zarzuty uznała za niezasadne.

W zakresie powyższych zarzutów Izba ustaliła, że Zamawiający wzywał Aldese czterokrotnie do złożenia wyjaśnień, tj. 9 grudnia 2019 roku, 22 stycznia 2020 roku, 26 lutego 2020 roku oraz 5 maja 2020 roku.

Aldesa w odpowiedzi na powyższe wezwania złożyła, odpowiednio, wyjaśnienia datowane na dzień 23 grudnia 2019 roku, 29 stycznia 2020 roku, 5 marca 2020 roku oraz 12 maja 2020 roku.

Izba na wstępie wskazuje, że odnosi się łącznie do podnoszonego, a wskazanego wyżej naruszenia przepisów ustawy, ponieważ Odwołujący uzasadniając te naruszenia odniósł się w jednym stanowisku faktycznym.

Izba nie stwierdziła wielokrotnego wyzwania wykonawców Aldesa do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, które to naruszałoby ukształtowaną w orzecznictwie zasadę zakazu wielokrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień odnoszących się do tych samych informacji. Izba podkreśla w tym miejscu, że ukształtowana w orzecznictwie i materializująca się również w doktrynie zasada dotyczy okoliczności, w których Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień nie otrzymuje od niego tych wyjaśnień i podejmuje kolejną próbę ich uzyskania. W takim przypadku wypełniona zostaje przesłanka określona w art. 90 ust. 3 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień. Odrzucenie oferty z postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy wymaga uzasadnienia, a w obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje bowiem ciężar wskazania przez Zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie poparte dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane). Tym samym skoro wykonawca nie złożył wyjaśnień to Zamawiający jednoznacznie może to w takiej okoliczności wykazać (zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy). Zamawiający odrzuca również ofertę wykonawcy, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę - jest to druga z przesłanek określonych w art. 90 ust. 3 ustawy. Mając na uwadze powyższe, wykonawca składa zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy wyjaśnienia, w których zobowiązany jest do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jednocześnie te wyjaśnienia mogą być dla Zamawiającego niewystarczające, aby był w stanie dokonać jednoznacznej ich oceny. Mogą również, co Izba podaje przykładowo, ujawniać informacje jakich do tej pory Zamawiający nie analizował, bądź są złożone w odpowiedzi na dane pytanie Zamawiającego, które było np. zbyt ogólne lub jego treść pozwalała na ogólną odpowiedź. W takich okolicznościach Zamawiający może dopytać wykonawcę, a nawet obowiązany może być do tego aby móc ciążące obowiązki wykonać prawidłowo.

Izba na wstępie podkreśla, że Aldesa każdorazowo składała wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, w każdym przypadku odpowiadając na wszystkie zadane pytania. Sam Odwołujący cytując treść wezwania Zamawiającego do złożenia pytań podał w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2019 roku oraz z dnia 26 lutego 2020 roku, że „wyjaśnienia te okazały się niewystarczająco szczegółowe i niejednoznaczne”, co potwierdza w ocenie Izby, że wyjaśnienia zostały złożone. Wyjaśnienia takie były składane i wbrew twierdzeniu Odwołującego, że „w części w ogóle takich odpowiedzi nie udzielił”, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o braku przedstawienia wyjaśnień. Izba podkreśla, że koniecznym jest również uwzględnienie przy ocenie podniesionego zarzutu szczegółowości pytań kierowanych przez Zamawiającego do Aldesy. Pytanie kierowane do Aldesy nie są identyczne, każde z nich jest bardziej szczegółowe

od poprzedniego co właśnie bardzo dokładnie wynika z pytania nr 14 z pierwszej tury pytań oraz kolejnego, które jest bardziej szczegółowe.

Izba szczegółowo przeanalizowała zarówno treść pytań kierowanych do Aldesy jak również udzielone odpowiedzi i stwierdziła, że nie dochodzi we wskazanych w odwołaniu przez Odwołującego zakresach do wielokrotnego wzywania do przedstawienia danych informacji, które nie zostały przedstawione na wezwanie Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła również prowadzenia między Zamawiającym a Aldesa jakichkolwiek negocjacji treści złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Faktem jest, że Zamawiający kierując wezwania do Aldesa odwoływał się również do treści art. 87 ust. 1 ustawy w myśl którego to przepisu zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Izba zaznacza w tym miejscu, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub udzielił wyjaśnienia niepełne. Ustawodawca nie nakazuje również Zamawiającego wzywania do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wymaga w tym miejscu zaznaczenia, że Odwołujący odnosząc się do negocjacji treści oferty do jakich to miałyby prowadzić pytania i udzielane na nie odpowiedzi nie odniósł się, nie wskazał zakresu oferty który w jego ocenie był negocjowany. Czynione wyjaśnienia przez Aldesę w odpowiedzi na pytania nr 40, 63 i 62 z grudnia ubiegłego roku w ocenie Izby referowały do treści postawionych pytań, natomiast pytanie 5 z dnia 22 stycznia 2020 roku jest inne, bardziej szczegółowe oraz odnoszące się do elementów, które nie zostały zawarte w pytaniach z grudnia tj. do Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Sztywnych, co uszczegóławia zakres udzielanej odpowiedzi. Fakt, ze Zamawiający wskazał na wymienione wcześniej katalogi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym jest niesporny ale nie został on wskazany w pytaniach z grudnia ubiegłego roku, a tym samym Zamawiający zwyczajnie nie dookreślił szczegółowości pytań. Uszczegółowienie zakresu informacji jakie chciał pozyskać Zamawiający nastąpiło w kolejno skierowanym pytaniu. Izba podkreśla, że pytania kierowane do Aldesa nie są takie same, są bardziej szczegółowe i dokładne. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia polegającego na wzywaniu do złożenia wyjaśnień wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment otwarcia ofert. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi takie swoiste ,,narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Odwołujący nie wyjaśnił w jakim zakresie przez składanie wyjaśnień Aldesa negocjowała treść oświadczenia przedstawionego Zamawiającemu. Wymaga bowiem podkreślenia, że istotnym i znamiennym jest, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty), Odwołujący nie wskazał, które oświadczenie woli Aldesa uległoby zmianie w oparciu o poczynione na wezwania Zamawiającego wyjaśnienia. Nie wyjaśnił również, które z oświadczeń woli tego wykonawcy zawartych w złożonej ofercie było niezgodnych z SWIZ, a których wyjaśnienia żądał Zamawiający, co wydaje się niezbędne do wykazania w obliczu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazanego przez samego Odwołującego w odwołaniu. Izba podkreśla, że wyjaśniać treść oferty Zamawiający może wielokrotnie, a obowiązujące przepisu nie ograniczają go w tych czynnościach.

W odniesieniu do wskazanego w uzasadnieniu odwołania pytania nr 70 z wezwania z dnia

9 grudnia 2019 roku oraz pytania nr 7 z 22 stycznia br. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego, które odnosiłoby się do podnoszonych przez niego negocjacji. Cytowanie kierowanych przez Zamawiającego do wykonawcy Aldesa pytań nie stanowi uzasadnienia faktycznego podnoszonego naruszenia, również nie stanowi tego uzasadnienia wskazanie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wymaga jedynie dla porządku odnotowania, że tak jak powyżej również w zakresie tych pytań wyjaśnienia wykonawca Aldesa złożył a kolejne wezwanie stanowi uszczegółowienie podanych informacji.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w zakresie przedstawienia uzasadnienia faktycznego wskazał na pytanie 69 z wezwania z ubiegłego roku oraz na pytanie 6 z 22 stycznia i pytanie

10 z wezwania z 26 lutego br. w kontekście naruszenia zasady konkurencji określonej w przepisach ustawy. Izba zaznacza, że oferta Odwołującego została w postępowaniu oceniona i zostały wykonane określone czynności przez Zamawiającego jak również zostały wdrożone przez Odwołującego przysługujące mu środki ochrony prawnej i w zakresie tej oceny Izba nie podejmuje w ramach bieżącego postępowania odwoławczego oceny podjętych wcześniej czynności. Izba dokonała oceny w zakresie podniesionego zarzutu w odniesieniu do wykonawcy Aldesa i wskazuje, że Zamawiający zrealizował swoje uprawnienie wynikające z art. 87 ust. 1 ustawy w sposób prawidłowy. Wymaga również odnotowania, że Odwołujący poza przytoczeniem treści wyżej wskazanych pytań kierowanych do Aldesy oraz krótkim ich zredagowaniem nie przedstawił żadnej argumentacji, którą można byłoby poddać ocenie w kontekście podnoszonego zarzutu.

Reasumując powyższe Izba nie stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustaw

Sygn. akt KIO 1648/20

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba w zakresie zarzutów podniesieniowych w odwołaniu, w skutek oświadczeń złożonych w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy nie skierowała do rozpoznania na rozprawie i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1648/20:

- w zakresie zarzutu 3 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wniósł wadium na cały okres postępowania lub co najmniej wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy - z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego,

- w zakresie zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA

CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, w sytuacji, gdy nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i tym samym od dnia 7 czerwca 2020 roku nie byli związani swoją ofertą - z uwagi na wycofanie przez Odwołujacego.

W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALDESA CONSTRUCCIONES POSLKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (dalej: Aldesa), podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a tym samym w świetle kryteriów oceny ofert to oferta Odwołującego winna zostać za najkorzystniejszą- Izba zarzuty uznała za niezasadne.

Izba uznała zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy za niezasadny, bowiem Izba

nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w IDW kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert lub nieprawidłowego zastosowania kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu nr 2 tj. naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019r., poz. 1010 ze zm. - dalej „uznk") i art. 96 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Aldesa z dnia 23.12.2019r., 29.01.2020r. i 05.03.2020r., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że Aldesa wykazała, że dochowując należytej staranności podjęło działania w celu utrzymania ich poufności, a w konsekwencji nie udostępnienie wszystkich dokumentów pochodzących od Aldesa podczas gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do wniosku, że wyjaśnienia Aldesa nie zawierają informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, a dodatkowo wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał, że podjęte przez niego działania gwarantują zachowanie poufności tych informacji - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający wzywał Aldese czterokrotnie do złożenia wyjaśnień, tj. 9 grudnia 2019 roku, 22 stycznia 2020 roku, 26 lutego 2020 roku.

Aldesa w odpowiedzi na powyższe wezwania złożyła, odpowiednio, wyjaśnienia datowane na dzień 23 grudnia 2019 roku, 29 stycznia 2020 roku, 5 marca 2020 roku.

W tym miejscu Izba przyjmuje za właściwą, w zakresie rozpoznania tego zarzutu argumentację prawną poczynioną przez Izbę powyżej, w zakresie rozstrzygnięcia zarzutu nr 1 w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 1642/20.

Izba wskazuje w tym miejscu, że kwestionowanie w ramach środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie czynności dokonanej przez Zamawiającego - w tym wypadku oceny zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych Zamawiającemu z dnia 23 grudnia 2019 roku, 29 stycznia 2020 roku oraz 5 marca 2020 roku przez Aldesę - wymaga przedstawienia uzasadnienia faktycznego w zakresie wskazywanych naruszeń poszczególnych przepisów prawa.

Odwołujący odnosi się do wybranych fragmentów poczynionych przez Aldesę wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które w jego ocenie nie zasługują na pozytywne zweryfikowanie, jednakże nie wyjaśnia dlaczego nie posiadają one wartości jaka podlega ochronie. Odwołujący wprawdzie wskazał, że Aldesa nie wykazała jaki charakter mają informacje przedstawione w wyjaśnieniach przy czym uznał równocześnie, sam założył, że wynagrodzenie za poszczególne asortymenty robót oraz marża mają wartość gospodarczą. Odwołujący nie wyjaśnił i nie uzasadnił w żaden sposób dlaczego w jego ocenie fragmenty „które nie zawierają elementów ceny jako takiej" nie podlegają ochronie i nie mogą skutecznie zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odniesienie się do możliwości zweryfikowania treści i sprawdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania nie stanowi uzasadnienia wykazującego naruszenie przez Zamawiającego przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010). Odwołujący twierdzi, że przedstawione przez Aldesę wyjaśnienie „należy uznać w zasadzie za brak wyjaśnienia" jednakże jednocześnie nie podnosi co musiałoby być zawarte w złożonym wyjaśnieniu aby spełniało wymagania przytoczonego i zreferowanego przez Odwołującego art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba podkreśla, że wykonawcy będący profesjonalistami posiadają wiedzę, która pozwala im na uzasadnieniu i przedstawienie faktycznej argumentacji. Brak tej argumentacji nie powala na dokonanie oceny podnoszonych i wskazanych naruszeń określonych w petitum odwołania podstaw prawnych. Brak podnoszenia argumentacji faktycznej sprowadzałby się do poszukiwania, w ramach przytoczonych przez Odwołującego przepisów, uzasadnienia faktycznego przez Izbę, a tego czynić Izba nie może bowiem nie może wychodzić poza zakres zarzutu oparty na jego uzasadnieniu faktycznym. W zasadzie nie dziwi brak budowania uzasadnienia faktycznego przez Odwołującego w odniesieniu do argumentacji zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Aldesę, bo jak zwrócił na to uwagę w piśmie procesowym uczestnik postępowania odwoławczego (Aldesa)

we własnym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podał, że zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, również tych mających wpływ na sposób konstruowania ceny ofertowej opierają się na elementach ściśle związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazując na treści pytań kierowanych do Aldesy przez Zamawiającego i odnosząc się do ich treści jak również treści udzielonych wyjaśnień twierdzi, że z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością „można wskazać", że nie zawierają one żadnych bądź w ograniczonym zakresie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskakując powyższe Odwołujący nie podaje w żadnym zakresie dlaczego tak uważa, nie argumentuje swojego stanowiska poprzestając na stwierdzeniu istnienia określonego stanu rzeczy. Odwołujący nie przedstawił choćby przykładowo informacji, które wyjaśnienia muszą zawierać, a które to w jego ocenie nie stanowią informacji podlegających ochronie. Odwołujący wskazał, że informacje niepodlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią potwierdzenie bądź zaprzeczenie, że wykonawca w sposób należyty zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego i opisem przedmiotu zamówienia, ale nie wskazał takich, które uważał za spełniające to kryterium, a jednocześnie niebędących informacjami chronionymi. Należy zauważyć, że każdy z wykonawców składając ofertę w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego odpowiadał na publiczne ogłoszenie o prowadzonym postępowaniu i w odniesieniu do każdego takie same wymagania stawiał wykonawca. Tym samym każdy wykonawca, w tym Odwołujący, mógł mając na uwadze, że znane im były pytania jakie kierował Zamawiający do Aldesy jak również do Odwołującego, wskazać elementy jakie w jego ocenie na tą ochronę nie zasługują.

W odniesieniu do przesłanki poufności, która w ocenie Odwołującego nie została wykazana nawet w minimalnym stopniu Izba wskazuje, że art. 11 ust. 2 ustawy nie określa jakie to czynności muszą być podjęte w celu skutecznej ochrony takiej poufności określonych informacji, aby można było je uznać za poufne. W tym zakresie w ocenie Izby Odwołujący nie wskazał, że dla wewnętrznych reguł obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologii zabezpieczającej bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa dany wykonawca musi podejmować działania mające odzwierciedlenie w jakiś dokumentach. Zakłada Odwołujący w swoim stanowisku, że złożone oświadczenie w przedstawionych wyjaśnieniach - które określa mianem „gołosłownego twierdzenia" - o podjęciu przez Aldesę działania o charakterze fizycznym jak i prawnym posiada odzwierciedlenie w dokumentach funkcjonujących w Aldesie. Jednakże nie wskazuje choćby przykładowo jakie dokumenty powinny być w jego ocenie złożone. Izba zaznacza w tym miejscu, że Aldesa przedstawił oświadczenie pełnomocników spółek oraz w złożonych wyjaśnieniach oświadczył jakie działania podjął w celu ochrony informacji, które nie zostały ujawnione pozostałym wykonawcom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro Odwołujący uważał za niewystarczające uzasadnienie przedstawione przez Aldes powinien był przedstawić argumentację faktyczną, która pozwoliłaby na dokonanie oceny w zakresie tego, że oświadczenie Aldesy zawarte w wyjaśnieniach jest niewystarczające. Jednakże takiej argumentacji w odwołaniu nie ma, a Odwołujący poprzestaje na stwierdzeniu, że przedstawione w wyjaśnieniach okoliczności nie zostały wykazane, czego również nie uzasadnia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1

72).

Przewodniczący: .....