

WYROK
z dnia 12 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Emil Kuriata
Monika Szymanowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Porr S.A. (lider) oraz Unibep S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów:

i. czwartego dotyczącego przyjęcia, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Porr S.A. (lider) oraz Unibep S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** z dnia 11 i 15 stycznia 2021 r. stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a przez to mają zdolność do bycia tajemnicą przedsiębiorstwa,

ii. piątego dotyczącego przyjęcia, że w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Porr S.A. (lider) oraz Unibep S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** z dnia 11 i 15 stycznia 2021 r. oraz, że wykonawca ten podjął działania w celu utrzymania ich poufności,

iii. szóstego dotyczącego zaniechania udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Porr S.A. (lider) oraz Unibep S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** z dnia 11 i 15 stycznia 2021 r.

w części, w jakiej zamawiający udostępnił wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Porr S.A. (lider) oraz Unibep S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** z dnia 11 i 15 stycznia 2021 r. zgodnie z załącznikami do „*Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie*” z dnia 10 marca 2021 r.

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 934 zł 32 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złote i trzydzieści dwa grosze) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na „Projekt i budowę drogi S19 na odcinku Krynice (od istn. DK6S) – Dobrzyniewo (bez węzła) – Białystok Zachód (z węzłem)” wykonawca **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A 02-673 Warszawa** (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. nieprawidłowej oceny przez zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm: **Porr S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** (dalej „konsorcjum” albo „konsorcjumPorr”) oraz wobec dokonania wyboru oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,

2. nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez konsorcjum w dniu 11 i 15 stycznia 2021 r.,

3. niedopuszczalnego prowadzenia negocjacji przez zamawiającego z konsorcjum w zakresie treści złożonej oferty,

4. nieprawidłowej oceny przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez konsorcjum informacji i ewentualnych dowodów zawartych w wyjaśnieniach z dnia 11 i 15 stycznia 2021 r., a w konsekwencji zaniechania przez zamawiającego odtajnienia tych wyjaśnień,

5. niezgodnego z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r.

poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] zaniechania zamawiającego polegającego na odmowie udostępnienia odwołującemu informacji i ewentualnych dowodów zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum z dnia 11 i 15 stycznia 2021 r. jako rzekomo stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, pomimo że treść oferty konsorcjum jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
- 2.art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez prowadzenie przez zamawiającego z konsorcjum niedozwolonych negocjacji w zakresie treści oferty, mających na celu doprowadzenie do jej zgodności z wymaganiami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej „PFU”) w zakresie obiektów określonych w PFU w tabeli nr 1.1. pod poz. 10 i 12,
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, zasadzający się na braku zawarcia w wycenie wszystkich elementów wymaganych przez PFU dla obiektów określonych w PFU w tabeli 1.1 pod pozycją 10 i 12,
- 4.art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) [dalej „UZNK”], poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r. stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a przez to mają zdolność do bycia tajemnicą przedsiębiorstwa,
- 5.art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, że w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r. wykonawca ten podjął działania w celu utrzymania ich poufności,
- 6.art. 96 ust. 3 ustawy Pzp (w zw. z art. 8 ust. 3 tej ustawy), poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty konsorcjum, a w jej następstwie odrzucenia oferty konsorcjum oraz udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień złożonych przez konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 17 grudnia 2020 r. oraz 14 stycznia 2021 r., z uwzględnieniem tego, czy konsorcjum nie zaoferowało wykonania obiektów określonych w PFU w tabeli 1.1. pod poz. 10 i 12 w sposób odmienny od wymogów PFU.

Odwołujący oświadczył, że zamawiający nie odtajnił informacji przekazanych przez konsorcjum w wyjaśnieniach z 11 i 15 stycznia 2021 r. pomimo skierowanego przez odwołującego po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wniosku o udostępnienie tych informacji.

Odwołujący ocenił, że sprzeczność treści oferty konsorcjum z treścią SIWZ polega na zaoferowaniu przez konsorcjum realizacji wykonania zamówienia niezgodnie z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia, tj. PFU, w zakresie wymienionych w PFU w tabeli 1.1. pod poz. 10 i 12 obiektów.

Podał, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 14.01.2021 r. zamawiający stwierdził, że konsorcjum w odpowiedzi nr 27 wykazało rodzaje obiektów w dwóch pozycjach [poz. 10 i 12] różniące się od wiążących wymagań określonych w punkcie 1.1.3.3 PFU, zaś pytania nr 52 zmierzało do tego, aby konsorcjum przedstawiło rozwiązania projektowe [oddzielnie dla każdego obiektu] przyjęte przez nich w ofercie; zamawiający oczekiwał również podania rodzaju posadowienia, a w przypadku posadowienia specjalnego – podania technologii, jaką konsorcjum zamierza zastosować.

Oświadczył, że co prawda nie ma pełnej wiedzy w sprawie wyjaśnień złożonych przez konsorcjum niemniej – według odwołującego – zachodzi niezwykle wysokie prawdopodobieństwo, że w którymś z elementów – szerokość, wysokość obiektu, oraz współczynnik przejścia dla płazów i innych zwierząt (małych, średnich, dużych) odwołujący przyjął odmiennie od wymogów PFU parametry, a tym samym treść jego oferty jest niezgodna z SIWZ.

Kolejnym elementem, co do którego odwołujący wskazał, że zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo zaoferowania sposobu realizacji obiektu niezgodnie z wymaganiami PFU w zakresie obiektu pod poz. 10 w Tabeli nr 1.1. w PFU jest przyjęcie przez konsorcjum rozwiązania mogącego znacząco obniżyć wartość robót drogowych, które polega na zamianie obiektu z „pod trasą główną S19” (czerwona niweleta*) na obiekt „nad trasą główną S19” (niebieska niweleta), a które nie jest zgodne z wiążącymi warunkami kontraktu, gdyż obiekt posiada oznaczenia: PZDs – przejście dolne dla średnich zwierząt.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający zabronił takiej zamiany i wskazał w punkcie 1.1.3.3 PFU, że w przypadku zmiany sposobu pokonania przeszkody podanej w kolumnie 5 (jeśli została określona bez wariantowości („lub”)) stosuje się Procedurę zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu.

Wskazał, że procedura zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu, nie oznacza automatyzmu zmiany – do dokonania takiej zmiany zawsze jest potrzebna zgoda zamawiającego toteż wykonawca w przedmiotowym postępowaniu nie miał prawa zakładać już w ofercie odstępstw od wymogów PFU, a przyjęcie takiego odstępstwa należy traktować w kategoriach sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

W odniesieniu do obiektu WS (poz. 12 tabeli 1.1. w PFU) podał, że zamawiający w piśmie z 14.01.2021 r. kierowanym do konsorcjum wskazał, że różni się on od wiążących wymagań określonych w punkcie 1.1.3.3. PFU i na tej podstawie stwierdził, że konsorcjum przyjęło w ofercie błędne, a tym samym niezgodne z SIWZ założenie.

Wskazał, że pod pozycją 12 w tabeli 1.1 PFU znajduje się Obiekt w km 34+173,03z następującym opisem przeszkody: „Trasa główna S19 z drogą ekspresową S8” [kol. 3), a w „Parametrach funkcjonalnych przeszkód” (kol. 5) jest wskazane, że Obiekt ten ma być zgodny z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 PFU; w pkt 1.1.3.2 PFU jest napisane m.in., że Przebudowa drogi krajowej S8/DK8 obejmuje między innymi: budowę pasów włączania i wyłączania, budowę jezdni zbierająco-rozprowadzającej w obszarze węzła Białystok Zachód (wzdłuż S8 i S19), co zamawiający potwierdził w odpowiedzi nr 33 w Zestawie zapytań i wyjaśnień nr 2 z 26.06.2020 r.

Wskazał, że definicja jezdni zbierająco-rozprowadzającej znajduje się w § 91 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 124 ze zm.). Przez jezdnię tę należy rozumieć niezależną jezdnię biegnącą równoległe do trasy głównej (trasy szybkiego ruchu), na której to jezdni obowiązuje niższa dopuszczalna prędkość, w celu bezpiecznego wprowadzenia kierowców na łącznicę i wykonania manewru zmiany kierunku ruchu. Na tej samej zasadzie z jezdni zbierająco-rozprowadzającej kierowca korzysta w celu włączenia się do ruchu na trasę główną.

Stwierdził, przynajmniej że nie zna szczegółów wyjaśnień konsorcjum, konsorcjum najprawdopodobniej przyjęło

błędne założenie zasadzające się na rezygnacji z budowy jezdni zbierająco-rozprowadzającej dotyczącej obiektu w km 34+173,03 w obszarze węzła Białystok Zachód zarówno wzdłuż S8, jak i S19.

Uzupełnił, że rozwiązanie polegające na przeprowadzeniu pasa zbierająco-rozprowadzającego na wspólnej jezdni z drogą ekspresową jest wprawdzie zgodne z przepisami techniczno-budowlanymi, ale niezgodne z wiążącymi zapisami opisu przedmiotu zamówienia (PFU) – zawarcie wymogów w opisie przedmiotu zamówienia wyższych niż minimalne dopuszczalne warunki techniczne jest dozwolone, czemu zamawiający dał wyraz w zapisach PFU, potwierdzonych w udzielonych odpowiedziach.

W ocenie odwołującego tezę o rezygnacji z budowy odrębnych jezdni zbierająco-rozprowadzających uzasadnia treść pytań zadawanych przez wykonawców na etapie przygotowania ofert – w wyjaśnieniach do treści SIWZ padło pytanie sugerujące rezygnację z powyższych wiążących wytycznych PFU, jednak zamawiający powyższe wymagania podtrzymał (pytanie nr 23 z Zestaw zapytań i wyjaśnień nr 2 z 26.06.2020 r.):

Podkreślił, iż skutkiem niedozwolonej rezygnacji jest znaczna różnica w szerokości całkowitej obiektu w km 34+173,03, a co za tym idzie diametralne obniżenie kosztu budowy tego obiektu; różnica w szerokości obiektu jest znacząca, gdyż obiekt nie będzie posiadał czterech niezależnych ustrojów, lecz jedynie dwa ustroje, a nadto obiekt w km 34+173,03 będzie obiektem o znacznej długości całkowitej [ok. 75m] i niezależnie od przyjętego rozwiązania konstrukcyjnego będzie obiektem wieloprzęsłowym. Wskazał dalej, że taki obiekt posiada filary usytuowane na ławach fundamentowych, a te z kolei są posadowione na odpowiednio przygotowanym podłożu gruntowym. Podkreślił, że obiekt spełniający wymagania PFU będzie posiadał znacznie większą liczbę filarów, ław fundamentowych, a tym samym powierzchni wzmocnień podłoża.

Zdaniem odwołującego potwierdzeniem, że konsorcjum przyjęło niezgodne z PFU założenia, a tym samym treść oferty jest niezgodna z SIWZ, jest to, że oferta ta jest niższa o blisko 30 mln zł (oferta odwołującego to kwota 434.029.159,84 zł, a oferta konsorcjum to 405.605.136,15 zł).

Stwierdził, że podobnie przedstawia się sytuacja w stosunku do obiektu PZDs oraz, że fakt popełnienia przez wykonawcę błędnego ustalenia co do faktu, co stanowi przedmiot zamówienia podlegający ostatecznej wycenie w ofercie, w konsekwencji doprowadziło także do powstania błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołujący wskazał, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że zamawiający dopuścił się zachowania zakazanego wprost w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, polegającego na prowadzeniu z konsorcjum niedozwolonych negocjacji odnoszących się do treści oferty.

W ocenie odwołującego wniosek taki można wyprowadzić z następujących okoliczności:

- 14 stycznia 2021 r. w swoim piśmie kierowanym do konsorcjum (wezwanie do złożenia wyjaśnień), zamawiający wprost wskazał, że wyjaśnienia konsorcjum z 11 stycznia 2021 r. w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 27 oraz 52 wskazują na to, że konsorcjum zaoferowało realizację obiektów z poz. 10 i 12 z tabeli nr 1.1. w PFU niezgodnie z opisanymi tam wymaganiami (z pkt 1.1.3.3. PFU),
- w związku z tym zamawiający dopytał się, czy konsorcjum założyło zmianę w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich.

Uznał, że skoro zamawiający wybrał ofertę konsorcjum to najprawdopodobniej konsorcjum w swojej odpowiedzi z 15 stycznia 2020 r. musiało wskazać zupełnie inne parametry, aniżeli te, które wykazało w swojej odpowiedzi z 11 stycznia 2021 r. – tym razem już zgodnie z wymogami pkt 1.1.3.3 PFU.

Stanął na stanowisku, że tego typu zachowanie, polegające na doprowadzeniu do zgodnego z oczekiwaniem zamawiającego oświadczenia w zakresie realizacji określonych obiektów, należy uznać za niedopuszczalne, jak również traktować w kategoriach negocjacji treści oferty, które są wprost zakazane przez art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu trzeciego odwołujący, uznając, iż konsorcjum w swojej ofercie przyjęło realizację obiektów wymienionych w tabeli nr 1.1. PFU pod poz. 10 i 12 w sposób odbiegający od postawionych przez zamawiającego w tym zakresie wymagań stwierdził, że zaoferowany przez konsorcjum sposób realizacji tych obiektów nie uwzględnia wszystkich postawionych wymogów.

Podniósł, że brak wyceny wszystkich wymaganych elementów implikuje określoną w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przesłankę skutkującą odrzuceniem oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Oceniał, że niewątpliwie zaistniała sytuacja – przyjęcie zupełnie innych założeń, nie uwzględniających wszystkich wymagań – za taki błąd w obliczeniu należy traktować, ponieważ zaoferowana cena nie odnosi się do tego, czego oczekiwał zamawiający.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że udzielane przez wykonawców wyjaśnienia stanowiące odpowiedzi na wezwania zamawiającego dokonywane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na ciążący na wykonawcach ciężar dowodu i przypisaną im przez ustawodawcę rolę, stają się de facto immanentną częścią oferty wykonawcy, w oparciu o którą zamawiający decyduje o istnieniu jakichkolwiek niezgodności z dokumentacją postępowania; ofertą są bowiem wszystkie oświadczenia i dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, a takimi są właśnie wyjaśnienia wykonawcy.

Stwierdził, że z uwagi na charakter wyjaśnień udzielanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz tak dalece idący skutek prawny jakim jest odrzucenie oferty, co może wywołać ich udzielenie w stopniu wskazującym na wystąpienie istotnej niezgodności z SIWZ – w istocie tworzą one de facto swoisty byt oświadczenia wykonawcy ściśle powiązanego z ofertą w znaczeniu ścisłym; potwierdzają one bowiem wykonanie świadczenia w sposób oczekiwany przez zamawiającego, tym bardziej gdy wezwania, jak w tym przypadku, jednoznacznie i szczegółowo precyzują pytania dotyczące wybranych elementów treści tej oferty.

Podkreślił, że jakiegokolwiek wynikające z wyjaśnień odstępstwo w stosunku do opisanego w PFU przedmiotu zamówienia, polegające na niepotwierdzeniu wykonania obiektów inżynierskich zgodnie z jego wymogami, czego skutkiem jest nieujęcie tych elementów w wycenie, może i powinno stanowić podstawę odrzucenia oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ i powstania błędu w obliczeniu ceny w oparciu o art 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu czwartego odwołujący podał, że stosownie do art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informację techniczną, technologiczną, organizacyjną 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 poufności.

Uznał, że z treści przywołanego przepisu wynika, że aby dana informacja mogła stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa musi być taką informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną lub inną posiadającą wartość gospodarczą, którą jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana

osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób; w świetle przywołanego przepisu UZNK zdolność danej informacji do stanowienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest związana z samym jedynie faktem, posiadania jakiegokolwiek wartości gospodarczej dla przedsiębiorcy, zaś uznanie danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga również spełnienia warunku, aby dana informacja nie była powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie była łatwo dostępna dla takich osób.

Stwierdził, że na gruncie definicji legalnej nie jest wystarczające do uznawania za tajemnicę przedsiębiorstwa subiektywne uznanie przez przedsiębiorcę, że dana informacja ma wartość gospodarczą; definicja bezwzględnie wymaga, aby dana informacja nie była powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie była łatwo dostępna dla takich osób.

Podkreślił, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien korzystać z ochrony prawnej przedsiębiorca, który zastrzeżę jakąś informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo to, iż wiedza na temat danej informacji jest znana innym podmiotom, w tym zwłaszcza zamawiającemu i innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Odnosząc się do uzasadnienia utajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum w ramach wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ocenił, że zawierają one tylko i wyłącznie ogólne sformułowania używane przez większość wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdził, że zostały tam przywołane fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które jednak wskazują tylko ogólnie na to, co może być uznane w określonych sytuacjach za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podniósł, że konsorcjum nie odnosi się szczegółowo do każdej informacji zawartej w wyjaśnieniach, będących de facto odpowiedziami na zawarte przez zamawiającego konkretne pytanie odnoszące się do opisanego w PFU przedmiotu zamówienia.

Stanął na stanowisku, że obowiązkiem konsorcjum, w celu skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez nie wyjaśnień, było wykazanie (rozumiane jako udowodnienie), dlaczego akurat ta konkretna informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca tylko ogólnie odnosi się do wszystkich informacji zawartych w swoich wyjaśnieniach, ponieważ z samej swojej natury pewne informacje nie będą informacjami tajnymi z uwagi na to, że odnoszą się one do tego, co jest opisane w opisie przedmiotu zamówienia i jest (i będzie w przyszłości) jawne i widoczne dla wszystkich zainteresowanych.

W odniesieniu do pytania nr 1 o treści „Zwracamy się o szczegółowe wskazanie w jaki sposób Wykonawca zamierza zapewnić zaplecze budowy na czas wykonywania robót budowlanych wraz z udzieleniem wyjaśnień, iż takie zaplecze Wykonawca będzie posiadał” stwierdził, że odpowiedź na tak zadane pytanie nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem informacja taka nie przedstawia żadnego waloru informacji technicznej, organizacyjnej lub innej posiadającej wartość gospodarczej – zorganizowanie zaplecza jest naturalnym elementem inwestycji, a sposób jego organizacji przez poszczególnych wykonawców nie różni się zasadniczo od siebie. Uzupełnił, że sposób organizacji zaplecza budowy będzie też widoczny dla każdego, będzie miał do niego dostęp inwestor, Inżynier Kontraktu, czy przedstawiciele organów administracji budowlanej. Wskazał, że druga część pytania odnosi się do tego, czy konsorcjum będzie takie zaplecze posiadało – sama informacja na temat tego, czy wykonawca będzie posiadał zaplecze budowy żadną miarą nie może więc być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do pytania nr 6 o treści „Czy Wykonawca będzie miał zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw i materiałów w odpowiedniej ilości dla zapewnienia ciągłości produkcji mieszanek mineralno- asfaltowych/betonu cementowego?” stwierdził, że odpowiedź na ogólne pytanie odnosząca się do potwierdzenia tego, że taka ciągłość będzie zachowana żadną miarą nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem stanowi tylko potwierdzenie tego o co pyta zamawiający, a to, że wykonawca tej inwestycji musi w celu należytego wykonania zamówienia taką ciągłość zachować jest oczywiste i powszechnie wiadome.

W odniesieniu do pytania nr 8 o treści „Czy Wykonawca będzie w posiadaniu laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów i robót dla przedmiotowego zamówienia? Czy będzie ono własnością Wykonawcy, czy będzie wynajmowane? (...)” stwierdził, że obowiązek dysponowania tego rodzaju laboratorium dla każdego wykonawcy tego typu zamówień na realizację obiektów drogowych jest rzeczą oczywistą wobec czego informacja potwierdzająca to, czy wykonawca takim laboratorium dysponuje nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznał, że to samo tyczy się informacji odnoszącej się do tego, czy takie laboratorium będzie własnością wykonawcy, czy też będzie korzystał z usług podmiotu trzeciego – informacja nie niesie za sobą żadnej wartości technologicznej, organizacyjnej czy też gospodarczej, ponieważ uzyskanie przez innych wykonawców informacji o tym, czy konsorcjum korzysta z własnego laboratorium, czy też z usług laboratorium należącego do podmiotu trzeciego nie powoduje, że uzyskują one dostęp do know-how tej firmy, albowiem kwestia tego, czy dany wykonawca posiada własne laboratorium, czy też korzysta z usług zewnętrznych w tym zakresie nie stanowi żadnej wiedzy szczególnej niedostępnej dla poszczególnych innych wykonawców.

W odniesieniu do pytań nr 3,4,10,19, 22, 26,48, 52, 60 odwołujący wskazał, że zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia, poprzez wskazanie przez konsorcjum, jakie rozwiązania projektowe zostały przez w ofercie

Zdaniem odwołującego pytania nr 3, 4, 10, 19, 22, 26, 48, 52, 60 zmierzają do tego, aby ocenić to, czy rozwiązania przyjęte przez konsorcjum są zgodne z założeniami PFU wobec czego odpowiedź nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem przyjęte rozwiązania projektowe i tak będą dostępne dla wszystkich, albowiem konsorcjum będzie zobligowane do przygotowania dokumentacji projektowej [jawnej dla wszystkich], a następnie na jej podstawie wykona obiekty budowlane [jawne i widoczne dla każdego, nawet dla osoby nie mającej wiedzy specjalistycznej]. Uzupełnił, że przedmiotem zamówienia nie jest zbudowanie obiektów przy pomocy jakichś nowatorskich, nieznanych ogółowi rozwiązań wobec czego należy przyjąć, że przyjęte rozwiązania projektowe nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do pytań nr 14,17,18, 20, 21, 25, 27, 28, 29, 32, 34, 36, 38, 39, 40, 41,42,43, 44, 47,50, 53, 54, 55, 58,61,62, 63, opierając się na przykładzie pytania nr 27 o treści „Czy w swojej ofercie uwzględniłście Państwo wszystkie wymagania i parametry wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich - tabela 1.1 z pkt 1.1.3.3? (...)” oraz nr 28 o treści „Czy w swojej ofercie uwzględniłście Państwo wszystkie wymagania i parametry wobec zaplanowanych w PFU zabezpieczeń akustycznych - Tabela nr 1.3. z pkt 1.1.3.6,? (...)” stwierdził, że zostały zadane w celu potwierdzenia przez konsorcjum, że wszystkie te elementy, które wynikają z PFU rzeczywiście zostały przez nich w ofercie wycenione. Ocenił, że zamawiający formułując tego typu pytania oczekiwał od wykonawcy potwierdzenia ujęcia tych kosztów wobec czego odpowiedź konsorcjum w tym zakresie, która mogła się sprowadzać do odpowiedzi „tak potwierdzamy” nie może w ogóle być oceniana przez pryzmat definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie zostaje wypełniona dyspozycja

normy prawnej zawierającej definicję tajemnicy przedsiębiorstwa – informacja, której celem jest potwierdzenie tego, czy określone elementy, które są do wykonania w ramach danego zamówienia [obowiązkowe dla wszystkich wykonawców] nie stanowią przejawu unikatowej wiedzy wykonawcy w realizacji danego rozwiązania technicznego.

W odniesieniu do pozostałych pytań oświadczył, że nie dostrzega, która z przekazanych przez konsorcjum w żądanym przez zamawiającego zakresie informacja mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał bezkrytycznej akceptacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez konsorcjum i nie zważając na konsekwencję postanowień SIWZ własnego autorstwa uznał, iż wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach konsorcjum pozostaną tajne, pomimo że w sposób oczywisty tak być nie musi. Stwierdził, że PFU przewiduje określone rozwiązania i wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie nie mogą podlegać utajnieniu; działanie takie nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

W odniesieniu zarzutu piątego odwołujący wskazał, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, zaś art. 3 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uznał, że zestawienie tych przepisów prowadzi do wniosku, iż wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi wykazać zamawiającemu, jakie działania podjął w celu utrzymania w poufności zastrzeganych informacji; brak wykazania tej okoliczności powoduje, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia standardu z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji jest nieskuteczne.

Stwierdził, że konsorcjum w swoich wyjaśnieniach w żaden nie udowodniło tego, że podjęte przez nich działania rzeczywiście zmierzają do zachowania poufności, ponieważ konsorcjum nie przedstawiło na tę okoliczność żadnych dowodów.

Wskazując, że w treści wyjaśnień z 11 stycznia 2021 r. konsorcjum powołuje się np. na obowiązujące w firmie Porr wewnętrzne procedury określone w dokumentach takich, jak: Kodeks Postępowania, Podręcznik Compliance Management system, Instrukcja „Ofertai Zlecenie, Polityka bezpieczeństwa informacji w Porr S.A., podniósł, że nie załączono w ogóle tych dokumentów, co oznacza, że konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów na podjęcie określonych działań zmierzających do zachowania poufności w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że oferta została złożona przez konsorcjum dwóch firm: Porr S.A. oraz Unibep, gdy tymczasem uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało opisane tylko w odniesieniu do jednego z konsorcjantów tj. firmy Porr S.A., nie ma natomiast w uzasadnieniu nic na temat działań podjętych przed drugiego konsorcjanta.

Uznał, że brak opisanie i załączenia dowodów w zakresie podjętych działań przez firmę Unibep S.A. dodatkowo osłabia wiarygodność argumentów przedstawionych przez konsorcjum w zakresie utajnienia informacji w zawartych w wyjaśnieniach.

W odniesieniu do zarzutu szóstego odwołujący stwierdził, że w konsekwencji wadliwie dokonanej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach konsorcjum zamawiający bezpodstawnie odmówił przekazania odwołującemu informacji zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach. Wskazał, że z uwagi na to, że zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutów przedstawionych powyżej, to uznanie ich zasadności powoduje uznanie zasadności niniejszego zarzutu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 10 marca 2021 r., stanowiska przystępującego konsorcjum Porr – pismo z dnia 9 marca 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego konsorcjum Porr, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 15 lutego 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty wybranego wykonawcy – przystępującego konsorcjum Porr, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Na posiedzeniu zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie z dnia 10 marca 2021 r. – oświadczył, że uwzględni w części zarzut szósty.

Wobec wątpliwości odwołującego co do zakresu uwzględnienia zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że „*wyjaśnienia wykonawcy PORR z 11.01.2021 r. i 15.01.2021 r. w wersji załączonej do odpowiedzi na odwołanie stanowią całość informacji, którą ocenił jako niestanowiące tajemnice przedsiębiorstwa*”.

Przystępujące do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum Porr nie wniosło sprzeciwu.

Uwzględniając oświadczenie zamawiającego złożone w ramach Odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, że ocena przez zamawiającego, że informacje udostępnione w załącznikach do Odpowiedzi na odwołanie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oznacza, że zamawiający uwzględnił w części zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK (zarzut czwarty i piąty) oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 tej ustawy (zarzut szósty), co znalazło odzwierciedlenie w wyroku, poprzez umorzenie postępowania odwoławczego w części wskazanej w pkt 1 sentencji.

Zarzut pierwszy – zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść oferty konsorcjum jest sprzeczna z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający lzy ustalił i zważył, co następuje.

Nie było sporne pomiędzy stronami, jakie wymagania (1.1.3.3. PFU oraz pkt 3.2. ppkt 9 i 10 DŚU) zamawiający ustalił w odniesieniu do obiektu nr 10 z tabeli 1.1. PFU.

Odwolujący zakwestionował minimalną szerokość i wysokość obiektu przewidzianego przez konsorcjum, tj. odpowiednio 10 m i 4 m oraz współczynnik ciasnoty dla przejścia dla płazów i innych zwierząt, tj. $\geq 0,7$, a nadto, w odniesieniu do obiektu nr 10, będącego obiektem o oznaczeniu PZDs, zgodność co do tego, czy obiekt jest „pod trasą główną S19” (czerwona niweleta) – w konsekwencji skierowania przez zamawiającego do konsorcjum pytania z dnia 14 stycznia 2021 r. o treści: „Zamawiający w PFU w tabeli 1.1 wskazał rodzaje obiektów. Wykonawca w odpowiedzi nr 27 oraz nr 52 wykazał rodzaje obiektów, które w pozycji 10 i 12 różnią się od wiążących wymagań określonych w punkcie 1.1.3.3 PFU. Czy Wykonawca na etapie składania oferty założył zmianę w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich?”

Odwolujący założył – na podstawie zapytania zamawiającego z 14 stycznia 2021 r., nie mając dostępu do zastrzeżonych przez konsorcjum informacji, że konsorcjum zmieniło rodzaj obiektu nr 10 z wymaganego PZDs na inny, a tym samym przewidziało realizację wykonania zamówienia niezgodnie z PFU, co było założeniem nieprawdziwym.

Jak wskazał zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, powodem skierowania do konsorcjum zapytania z 14 stycznia 2021 r. była „niespójność nazewnictwa obiektów” wyszczególnionych w tabeli.

Konfrontując zakwestionowane przez odwołującego wymagania zamawiającego co do obiektu nr 10 z odpowiedzią konsorcjum na pytanie nr 27, skład orzekający lzy stwierdził, że konsorcjum przewidziało wymagania i parametry zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich zgodnie z tabelą 1.1. pkt 1.1.3.3., co konsorcjum, odpowiadając na pytanie zamawiającego nr 27 z 17 grudnia 2020 r., wprost oświadczyło w swojej odpowiedzi z 11 stycznia 2021 r. („Wykonawca potwierdza, że w swojej ofercie uwzględnił wszystkie wymagania i parametry zaplanowane w PFU obiektów inżynierskich zgodnie z tabelą 1.1. pkt. 1.1.3.3.” – str. 34, odpowiedź na pytanie nr 27) i potwierdziło 15 stycznia 2021 r. („Wykonawca nie założył na etapie składania oferty zmiany w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich.” – str. 3, odpowiedź na pytanie nr 1), wskazując jednocześnie (co do dostrzeżonej przez zamawiającego niespójności nazewnictwa), że w odniesieniu do obiektu nr 10 wkradła się omyłka pisarska – konsorcjum omyłkowo wskazało w tabeli oznaczenia obiektu nr 10 jako „WS” zamiast, jak wynika z PFU, „PZDs” i zaprezentowało (w odpowiedzi z 15 stycznia 2021 r.) tabelę z oznaczeniem jak w PFU.

Wątpliwość zamawiającego, jaka pojawiła się po odpowiedzi konsorcjum z 11 stycznia 2021 r., niewątpliwie wymagała wyjaśnienia i została przez konsorcjum, odpowiedzią z 15 stycznia 2021 r., jednoznacznie rozwiana.

Skład orzekający lzy stwierdził także, na podstawie odpowiedzi konsorcjum na pytanie nr 52, że przewidziano prawidłową minimalną szerokość i wysokość obiektu, tj. odpowiednio 10 m i 4 m, co jednoznacznie potwierdza spełnienie wymogów dokumentacji postępowania.

Przewidziana przez konsorcjum szerokość obiektu nr 10 przewyższa minimalną wielkość wynoszącą 10 m, co wynika wprost z wielkości wskazanej przez konsorcjum w pozycji nr 10 odnoszącej się do tego obiektu w ramach tabeli ujętej w odpowiedzi na pytanie nr 52.

Odwolujący zakwestionował także współczynnik ciasnoty dla przejścia dla płazów i innych zwierząt, tj. $\geq 0,7$, a nadto, w odniesieniu do obiektu nr 10, będącego obiektem o oznaczeniu PZDs, zgodność co do tego, czy obiekt jest „pod trasą główną S19”.

W odniesieniu do współczynnika ciasnoty, który nie był wskazywany przez konsorcjum w ww. odpowiedziach, dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nie kwestionował prawidłowości sposobu jego wyliczenia i jego wyniku zaprezentowanego przez konsorcjum w stanowisku pisemnym z dnia 9 marca 2021 r. (str. 9 i 10 pkt 17 – 18 stanowiska konsorcjum z dnia 9 marca 2021 r.), wobec czego, skoro tak wyliczony współczynnik ciasnoty przewyższa minimalną wielkość $\geq 0,7$ to uznać należy, że jest to wielkość spełniająca wymagania zamawiającego.

W odniesieniu do tego, czy przewidziany przez konsorcjum obiekt nr 10 jest „pod trasą główną S19” (czerwona niweleta) skład orzekający lzy stwierdził, na podstawie załącznika nr 13 i 14 do wyjaśnień konsorcjum z 11 stycznia 2021 r., tj. odpowiednio na podstawie niwelety i planu sytuacyjnego, że tak właśnie jest. Wynika z nich, że trasa w miejscu obiektu biegnie na nasypie (przejście dla zwierząt zaprojektowano dołem, trasa główna zaś biegnie powyżej gruntu – na nasypie).

Za wiarygodne uznał nadto skład orzekający lzy twierdzenie konsorcjum, że zastąpienie przejścia dolnego znacznie droższym przejściem górnym jest kontrlogiczne („Twierdzenie zatem, że Przystępujący mógłby dążyć do zastąpienia przejścia dolnego (które nie dość, że jest zgodne z PFU, to jest również droższe) znacznie droższym (i niezgodnym z PFU) przejściem górnym jest kontrlogiczne” – str. 14 pkt 24 stanowiska konsorcjum z 9 marca 2021 r.)

Nie było także sporne pomiędzy stronami, jakie wymagania zamawiający ustalił w odniesieniu do obiektu nr 12 z tabeli 1.1. PFU, tj. „Przebudowa drogi krajowej S8/DK8 obejmuje między innymi: (...) budowę jezdni zbierająco-rozprowadzającej w obszarze węzła Białystok Zachód (wzdłuż S8 i S19) (...)” [pkt 1.1.3.2 PFU wskazany w tabeli 1.1 z pkt. 1.1.3.3. w kolumnie „Parametry funkcjonalne przeszkód”].

Odwolujący zakwestionował objęcie przez konsorcjum w ramach przebudowy ww. drogi budowy jezdni zbierająco-rozprowadzającej – w konsekwencji skierowania przez zamawiającego do konsorcjum pytania z dnia 14 stycznia 2021 r. o treści: „Zamawiający w PFU w tabeli 1.1 wskazał rodzaje obiektów. Wykonawca w odpowiedzi nr 27 oraz nr 52 wykazał rodzaje obiektów, które w pozycji 10 i 12 różnią się od wiążących wymagań określonych w punkcie 1.1.3.3 PFU. Czy Wykonawca na etapie składania oferty założył zmianę w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich?”

Odwolujący założył – na podstawie zapytania zamawiającego z 14 stycznia 2021 r., że konsorcjum zmieniło rodzaj obiektu nr 12 z wymaganego WS na inny, a tym samym przewidziało realizację wykonania zamówienia niezgodnie z PFU, poprzez rezygnację z budowy jezdni zbierająco-rozprowadzającej co było założeniem nieprawdziwym.

Konfrontując ww. zakwestionowane przez odwołującego wymagania zamawiającego z odpowiedzią konsorcjum na pytanie nr 27 co do obiektu nr 12, skład orzekający lzy stwierdził, że konsorcjum przewidziało budowę jezdni zbierająco-rozprowadzającej, co oświadczyło, odpowiadając na pytanie zamawiającego nr 27 z 17 grudnia 2020 r. – odpowiedź z 11 stycznia 2021 r. („Wykonawca potwierdza, że w swojej ofercie uwzględnił wszystkie wymagania i parametry zaplanowane w PFU obiektów inżynierskich zgodnie z tabelą 1.1. pkt. 1.1.3.3.”) i potwierdziło w odpowiedzi z 15 stycznia 2021 r. („Wykonawca nie założył na etapie składania oferty zmiany w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich.”), wskazując jednocześnie, że w odniesieniu do obiektu nr 12 wkradła się omyłka pisarska – konsorcjum omyłkowo wskazało w tabeli oznaczenia obiektu nr 12 jako „WD” zamiast, jak wynika z PFU, „WS” i

zaprezentowało (w odpowiedzi z 15 stycznia 2021 r.) tabelę z oznaczeniem jak w PFU.

Skład orzekający Izby stwierdził, na podstawie wielkości wskazanych przez konsorcjum w odniesieniu do obiektu nr 12, w ramach odpowiedzi z 11 stycznia 2021 r. na pytanie nr 52, że składają się nań cztery wielkości – cztery szerokości całkowite (po dwa ustroje: obiektu trasy głównej oraz pod jezdnie zbierająco-rozbiegające). Znajduje to także potwierdzenie, na co wskazywało konsorcjum w ramach swojego pisma z 9 marca 2021 r. (str. 14 pkt 29), w Planie sytuacyjnym stanowiącym załącznik nr 13 do wyjaśnień konsorcjum z 11 stycznia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty konsorcjum z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut drugi – prowadzenia przez zamawiającego z konsorcjum niedozwolonych negocjacji w zakresie treści oferty, mających na celu doprowadzenie do jej zgodności z wymaganiami PFU w zakresie obiektów określonych w tabeli nr 1.1. pod poz. 10 i 12, czym zdaniem odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 17 grudnia 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – „*W celu weryfikacji Państwa oferty, jak również ustalenia stopnia gotowości Państwa firmy do realizacji kontraktu prosimy o wyjaśnienie czy Państwa oferta uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz WWiORB będącymi załącznikami do PFU*”

Zamawiający oczekiwał wyjaśnień i „*przyjętych do sporządzenia oferty założeń*”, poprzez udzielenie przez konsorcjum odpowiedzi na pytania (łącznie 63).

Pytaniu nr 27 i 52 zamawiający nadał odpowiednio brzmienie:

„*Czy w swojej ofercie uwzględniście Państwo wszystkie wymagania i parametry wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich – tabela 1.1. z pkt. 1.1.3.3.? Jeśli tak, prosimy o podanie kosztu netto dla każdego obiektu inżynierskiego.*”

„*Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa? jaki rodzaj posadowienia przewidziano, a w przypadku posadowienia specjalnego jaką technologię planują Państwo zastosować dla każdego z obiektów?*”, w ramach pytania nr 52 zamawiający opracował tabelę z kolumnami: Lp (1), obiekt (2), Długość całkowita (3), Szerokość całkowita (4), Rodzaj konstrukcji (5), Rodzaj posadowienia/technologia (6).

Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. zamawiający, w związku z odpowiedziami konsorcjum z 11 stycznia 2021 r., powołując się ponownie na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, skierował zapytanie: „*Zamawiający w PFU w tabeli 1.1 wskazał rodzaje obiektów. Wykonawca w odpowiedzi nr 27 oraz nr 52 wykazał rodzaje obiektów, które w pozycji 10 i 12 różnią się od wiążących wymagań określonych w punkcie 1.1.3.3 PFU. Czy Wykonawca na etapie składania oferty założył zmianę w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich?*”

Odpowiadając na pismo zamawiającego z 14 stycznia 2021 r. (pismem z 15 stycznia 2021 r.) konsorcjum oświadczyło: „*Wykonawca nie założył na etapie składania oferty zmiany w stosunku do wymaganych rozwiązań obiektów inżynierskich. Nastąpiła omyłka pisarska. Dla odpowiedzi nr 27 treść odpowiedzi powinna brzmieć następująco: (...)*”, prezentując tabelę, w której dla obiektu nr 10 i nr 12 podał oznaczenie jak w PFU, tj. odpowiednio „PZDs” oraz „WS”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Ar. 87 ust. 1 brzmi: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*”

Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważyła, że zamawiający, oczekując od konsorcjum złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie z 17 grudnia 2020 r.) nie wskazał jaka konkretnie treść oferty konsorcjum wzbudziła jego wątpliwości, które wymagają wyjaśnienia na kanwie normy stanowiącej podstawę wezwania do wyjaśnienia.

Co więcej treść wezwania z 17 grudnia 2020 r. w części, w której zamawiający oczekuje podania jakie założenia zostały przyjęte przez konsorcjum w ofercie skłania wręcz do wniosku, że zamawiający, po terminie składania ofert, żąda informacji, których podania w ofercie w ogóle nie przewidywał.

Powyższe budzi zastrzeżenia co do zasadności stosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (czemu służyć mają wyjaśnienia wykonawcy skoro nie ma wątpliwości na tle treści oferty wykonawcy), a w konsekwencji (w kontekście oczekiwania informacji, których podanie wykracza poza wymagania co do treści oferty) co do możliwości odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Abstrahując od powyższego, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający nie prowadził z konsorcjum żadnych negocjacji w zakresie parametrów (jak ujął to odwołujący – „*(...) skoro Zamawiający wybrał jednak ofertę Konsorcjum PORR, to najprawdopodobniej Konsorcjum PORR w swojej odpowiedzi z dnia 15 stycznia 2020 r. musiało wskazać zupełnie inne parametry, aniżeli te, które wykazało w swojej odpowiedzi z dnia 11 stycznia 2021 r. Tym razem zgodnie z wymaganiami pkt 1.1.3.3 PFU*” [odwołujący omyłkowo podał rok w dacie drugiej odpowiedzi konsorcjum, tj. 2020 zamiast 2021]).

Powodem zapytania zamawiającego z 14 stycznia 2021 r. było wskazanie przez konsorcjum w tabelach – w ramach odpowiedzi na pytania nr 27 i 52, w odniesieniu do obiektów nr 10 i nr 12 oznaczenia tych obiektów niezgodnie z PFU jako odpowiednio „WS” i „WD” zamiast „PZDs” i „WS”.

Wątpliwość, jaka pojawiła się u zamawiającego, po odpowiedzi konsorcjum z 11 stycznia 2021 r., niewątpliwie wymagała wyjaśnienia i została odpowiedzią z 15 stycznia 2021 r. jednoznacznie rozwiana.

Konsorcjum w odpowiedzi z 15 stycznia 2021 r. oświadczyło, że „*Nastąpiła omyłka pisarska*” – możliwość wystąpienia omyłki nie budzi wątpliwości składu orzekającego Izby, biorąc pod uwagę obszerność składanych przez konsorcjum wyjaśnień oraz fakt, że omyłka dotyczy oznaczeń wielu obiektów za pomocą łatwych do pomylenia „skrótów” (dwa – czteroliterowych).

Nie kwestionował tego odwołujący na rozprawie po zapoznaniu się z odtajnionymi przez zamawiającego wyjaśnieniami konsorcjum z 15 stycznia 2021 r., w tym w części dotyczącej wystąpienia wskazanej omyłki.

Dodatkowo dostrzec należy, że omyłka ta – gdyby treść wyjaśnień konsorcjum uznać, jak chce tego odwołujący [„*(...) udzielane przez wykonawców wyjaśnienia stanowiące odpowiedzi na wezwania Zamawiającego dokonywane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, z uwagi na ciężący na wykonawców ciężar dowodu i przypisaną im przez ustawodawcę rolę, stają się de facto immanentną częścią oferty wykonawcy, w oparciu, o którą Zamawiający decyduje o istnieniu jakichkolwiek niezgodności z dokumentacją postępowania*” – str. 15 pkt 15 pierwszy akapit odwołania], za treść oferty podlegałaby

poprawieniu przez zamawiającego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Podkreślić bowiem należy, że konsorcjum nie zmieniło, informując o omyłce w wyjaśnieniach z 15 stycznia 2021 r. żadnych parametrów (długości i szerokości całkowitej obiektów, rodzajów konstrukcji, rodzaju posadowienia), kosztów czy jakichkolwiek innych elementów ujętych uprzednio w odpowiedzi z 11 stycznia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie prowadził z konsorcjum żadnych negocjacji, nie naruszył przepisu art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Tym samym zarzut się nie potwierdził.

Zarzut trzeci – przyjęcia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, zasadzający się na braku zawarcia w wycenie wszystkich elementów wymaganych przez PFU dla obiektów określonych w PFU w tabeli 1.1 pod pozycją 10 i 12, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut na założeniu, że konsorcjum odstąpiło od wymagań opisanych przez zamawiającego w PFU, „czego skutkiem jest nieujęcie tych elementów w wycenie” co „może i powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ i powstania błędu w obliczeniu ceny w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp” (str. 15 zdanie ostatnie i str. 16 zdanie pierwsze odwołania).

Uwzględniając jednak fakt, że konsorcjum nie odstąpiło od jakichkolwiek wymagań zamawiającego opisanych w PFU, o czym mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego bezpośrednio związanego z omawianym zarzutem trzecim, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty:

- (czwarty) przyjęcia przez zamawiającego, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r. stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a przez to mają zdolność do bycia tajemnicą przedsiębiorstwa, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) [dalej „UZNK”],
- (piąty) przyjęcia przez zamawiającego, że w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r. konsorcjum podjęło działania w celu utrzymania ich poufności, czym zamawiający naruszył przepis art 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK,
- (szósty) zaniechania udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum z 11 i 15 stycznia 2021 r., czym zamawiający naruszył przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 tej ustawy, nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że argumentacja odwołującego zaprezentowana w odwołaniu dotyczyła pełnego utajnienia wyjaśnień konsorcjum.

Uwzględnienie przez zamawiającego odwołania w odniesieniu do zarzutów czwartego, piątego i szóstego w części, w jakiej zamawiający udostępnił wyjaśnienia konsorcjum zgodnie z załącznikami do „Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie” z dnia 10 marca 2021 r. czynią część prezentowanej tam argumentacji nieaktualną.

Skład orzekający Izby nie podzielił oceny odwołującego, że uzasadnienie utajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum zawiera „tylko i wyłącznie ogólne sformułowania używane przez większość wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” (str. 17 pkt 32 odwołania), uznając za trafną argumentację zaprezentowaną przez konsorcjum w stanowisku pisemnym z 9 marca 2021 r., iż w przedłożonym zamawiającemu uzasadnieniu wskazał podlegające ochronie elementy:

- 1.metody kalkulacji, dane cenotwórcze (pkt 4 uzasadnienia),
 - 2.informacje o podwykonawcach i dostawcach, stanowiące podstawę kalkulacji ceny, w tym zasady współpracy z kontrahentami (pkt 5 uzasadnienia),
 - 3.planowany sposób wykonania świadczenia (pkt 23 uzasadnienia),
 - 4.przyjęte rozwiązania techniczne (pkt 23 uzasadnienia),
 - 5.indywidualną, subiektywną kalkulację (pkt 23 uzasadnienia),
- indywidualnie dobrane i zestawione na potrzeby postępowania (pkt 19 uzasadnienia).

Podnieść także należy, że odwołujący nie odniósł się do treści uzasadnienia konsorcjum (uzasadnienia zastrzeżenia informacji), poprzestając na ocenie o ogólnym charakterze uzasadnienia i prezentując swoje stanowisko przez przyzmat pytań zamawiającego i możliwych, w kontekście treści tychże zapytań, odpowiedzi konsorcjum, nie dostrzegając szerszego zakresu informacji w ramach udzielnych odpowiedzi.

Nie sposób nadto nie przyznać racji konsorcjum, gdy wskazuje, że większa szczegółowość jest nie do pogodzenia z celem przyświecającym konsorcjum, jakim było zachowanie tych informacji w tajemnicy z uwagi na wartość, jaką niosą.

Skład orzekający Izby stanął wreszcie na stanowisku, że nie można odmówić zastrzeżonym przez konsorcjum informacjom kwalifikacji jako tajemnica przedsiębiorstwa na tej podstawie, iż wykonawca „nie odnosi się szczegółowo do każdej informacji zawartej w ich wyjaśnieniach” (str. 17 pkt 33 odwołania), podnosząc, że konsorcjum, że forma uzasadnienia, którą narzuca odwołujący nie wynika ani z przepisów Pzp, ani z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co oznacza to, że wykazanie spełnienia przesłanek z art. 11 tej ostatniej ustawy, warunkujących utrzymanie wiadomości w tajemnicy, nie jest uzależnione od sposobu odniesienia się do poszczególnych informacji (str. 16 pkt 35 stanowiska pisemnego z 9 marca 2021 r.)

Uwzględniając powyższe, a także brzmienie uzasadnienia utajnienia rzeczonych informacji, Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego o ogólnym uzasadnieniu tajemnicy nie znajduje potwierdzenia w materiale procesowym. Konsorcjum przedstawiło adekwatne do treści zastrzeżonych danych uzasadnienie, jednoznacznie wykazując, że zasługują one na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do argumentacji zaprezentowanej przez odwołującego w odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 1 podnieść należy, że w części dotyczącej informacji, czy wykonawca będzie posiadał zaplecze argumentacja odwołującego stała się bezprzedmiotowa, ponieważ zamawiający udostępnił odwołującemu wyjaśnienia konsorcjum w zakresie posiadania przez konsorcjum własnego zaplecza kontenerowego.

Argument zaś o braku zasadniczych różnic w organizacji zaplecza przez poszczególnych wykonawców nie przekreśla zasadności zastrzeżenia informacji co do organizacji zaplecza właśnie w zakresie „innym” niż zasadniczy, typowy w tym w szczególności co do wystarczającej liczby jednostek kontenerowych.

Uznać nadto należy, w kontekście argumentu, iż „sposób organizacji zaplecza budowy będzie widoczny dla każdego” (str. 18 pkt 35 trzeci akapit odwołania), że informacja co do organizacji zaplecza ma względnie trwały walor, tj. co najmniej do czasu przystąpienia do realizacji zamówienia, co biorąc pod uwagę przyjętą przez zamawiającego formułę zamówienia (zaprojektuj i wybuduj) jest przesunięte w czasie i oznacza, że zastrzegane informacje mogą zostać wykorzystane przez konsorcjum w innych postępowaniach.

Skład orzekający Izby zgadza się z odwołującym co do tego, że nie można zastrzec potwierdzenia zapewnienia ciągłości dostaw, ponieważ wykonawca inwestycji musi w celu należytego wykonania zamówienia taką ciągłość zachować – jest to oczywiste i powszechnie wiadome (argumentacja zaprezentowana przez odwołującego w odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 6), jednak argumentacja ta stała się bezprzedmiotowa, ponieważ zamawiający udostępnił odwołującemu wyjaśnienia konsorcjum w zakresie potwierdzenia ciągłości dostaw kruszyw i materiałów.

Odnosząc się do argumentacji zaprezentowanej przez odwołującego w odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 8, skład orzekający Izby wskazuje, że ze względu na udostępnienie odwołującemu przez zamawiającego wyjaśnień konsorcjum w zakresie posiadania własnego laboratorium i podzielenia prac argumentacja ta stała się bezprzedmiotowa (oczywistość faktu „dysponowania tego rodzaju laboratorium dla każdego wykonawcy tego typu” – str. 18 zdanie ostatnie i str. 19 zdanie pierwsze odwołania, „uzyskanie (...) informacji o tym, czy Konsorcjum PORR korzysta z własnego laboratorium, czy też z usług laboratorium należącego do podmiotu trzeciego, nie powoduje, że uzyskują one dostęp do know-how tej firmy” – str. 19 pierwszy akapit odwołania).

Odnosząc się do argumentacji zbiorczej z odwołania dotyczącej odpowiedzi na pytania nr 3, 4, 10, 19, 26, 48, 52 i 60, sprowadzającej się do tego, że informacje zawarte w tych odpowiedziach nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ pytania zamawiającego „mierzą do tego, aby ocenić, czy rozwiązania przyjęte przez Konsorcjum PORR są zgodne z założeniami PFU (str. 20 pkt 37 odwołania), skład orzekający Izby wskazuje, że w świetle regulacji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy nie wolno zastrzec jedynie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. o nazwie, adresie wykonawcy, cenie, terminie wykonania zamówienia, okresie gwarancji i warunków płatności. O żadnej z tych informacji nie ma mowy w odpowiedziach konsorcjum na ww. pytania zamawiającego.

Skład orzekający Izby nie podzielił także zapatrywania odwołującego, że brak nowatorskiego charakteru rozwiązań przyjętych przez konsorcjum do realizacji zamówienia przekreśla zasadność kwalifikacji informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Także taka informacja może posiadać i dla konsorcjum ma, niezależnie od jej kwalifikacji jako informacji technicznej, technologicznej czy organizacyjnej, wartość gospodarczą. Wielość doborów przyjętych rozwiązań, choć nie są one nowatorskie, a sam dobór może być ograniczony zamkniętym katalogiem rozwiązań, ma wartość gospodarczą wyrażającą się w optymalizacji kosztów realizacji zamówienia, tak istotnej w postępowaniu, w którym – jak przedmiotowe – zamawiający przypisuje 60% znaczenie kryterium ceny. Innymi słowy, skoro wykonawcy konkurują głównie ceną, a dobór rozwiązań powoduje zmniejszenie kosztów i możliwość zaoferowania najkorzystniejszej ceny, to sama czynność doboru technologii wykonania zamówienia posiada wartość handlową, która wprost przekłada się na możliwość wygrania przetargu, o czym świadczą złożone w postępowaniu oferty. Konsorcjum, korzystając ze swojego know-how, dobrało najbardziej optymalne rozwiązania do wymogów przetargu, co pozwoliło mu na zaoferowanie najniższej ceny i niezależnie od tego, że wyboru dokonano z kilku standardowych, znanych wykonawcom technologii, tutaj istotna jest wiedza i doświadczenie wykonawcy, który potrafi tak dobrać i skonstruować ofertę z dostępnych elementów, aby wygrać przetarg. Izba uznała za wiarygodne, mając na uwadze treść złożonych ofert w postępowaniu i poziom zaoferowanych cen, że umiejętność skonstruowania oferty – wybrania konkretnych rozwiązań z dostępnych na rynku, wynikająca z wiedzy i doświadczenia wykonawcy, stanowi wartość, która posiada cechy tajemnicy gospodarczej, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Uzupełniająco wskazać należy, że zamawiający udostępnił odwołującemu wyjaśnienia konsorcjum w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 3, nr 4, nr 19 i nr 60.

W przypadku odpowiedzi nr 22 zamawiający pozostawił w utajnieniu jedynie wskazane przez konsorcjum wartości kosztowe, których odwołujący ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy nie kwestionował oraz doboru konstrukcji i nazw i grubości warstw, przy czym zauważyć należy, że pytanie było nakierowane na poznanie aspektu kosztowego (nie zaś samej konstrukcji nawierzchni czy nazw materiałów i grubości warstw), o czym świadczy treść zapytania – „Jaką konstrukcję (...) wyceniono?”, „Jaką kwotę przyjęto w ofercie dla wykonania 1 m² nawierzchni?”

Odnosząc się do argumentacji zbiorczej z odwołania dotyczącej odpowiedzi na pytania nr 14, 17, 18, 20, 21, 25, 27-29, 32, 34, 36, 38, 39-44, 47, 50, 53-55, 58, 61-63 sprowadzającej się do tego, że odwołujący przyjął, że odpowiedzi te ograniczają się (ponieważ pozwalała na to konstrukcja pytania) do potwierdzenia wyceny elementów, o które pytał zamawiający wobec czego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, skład orzekający Izby podnosi, że w ramach odpowiedzi konsorcjum nie poprzestawało na prostym potwierdzeniu ujęcia kosztów, ale prezentowało założone wartości kosztowe (których „utajnienia” odwołujący ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy nie kwestionował).

Wskazać także należy, że zamawiający udostępnił odwołującemu wyjaśnienia konsorcjum w zakresie odpowiedzi na pytanie:

- nr 18, nr 20, nr 21, nr 29, nr 32, nr 34, nr 36, nr 38, nr 40, nr 44, nr 50, nr 53, nr 55, nr 58 w całości,
- nr 25 w części pozwalającej odwołującemu na zweryfikowanie, że założony przez konsorcjum okres na niezbędną uzgodnienia dokumentacji nie przekracza 10 miesięcy,
- nr 39 w części pozwalającej odwołującemu na zweryfikowanie, że konsorcjum uwzględniło prowadzenie robót tak, aby w pełni funkcjonowały poprzeczne, istniejące bądź stworzone w zamian ciągi komunikacyjne,
- nr 14 potwierdzające skalkulowanie w ofercie wskazanych wymogów i obostrzeń,
- nr 17, 27, nr 28, nr 41, nr 42, nr 43, nr 61, nr 62 niemal w całości (pozostawiając w utajnieniu jedynie wskazane przez konsorcjum wartości kosztowe, których odwołujący ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy nie kwestionował).

Nie sposób pominąć, że celem, jaki przyświecał odwołującemu w dążeniu do uzyskania dostępu do całości wyjaśnień konsorcjum była weryfikacja zgodności rozwiązań przyjętych przez konsorcjum z wymaganiami SIWZ (PFU) i, wskazane powyżej przykłady potwierdzenia, że cel ten stał się możliwy.

W przypadku niektórych odpowiedzi informacje w ich ramach ujęte nie dotyczyły takiej zgodności, ale innych elementów dotyczących realizacji zamówienia (np. odpowiedź na pytanie nr 63 dotycząca skalkulowania kosztów uwzględnionych ryzyk).

Uzupełniająco wskazać należy, że zamawiający udostępnił także odwołującemu wiele innych odpowiedzi na pytania, co do których żadnej argumentacji odwołujący nie zaprezentował.

Odnosząc się do działań podjętych przez konsorcjum w celu utrzymania informacji w poufności, skład orzekający Izby zauważyła w pierwszej kolejności, że odwołujący przyjął, że obowiązkiem konsorcjum było udowodnienie, że podjęte

działania rzeczywiście zmierzają do zachowania ich w poufności (złożenie obowiązujących w firmie Porr wewnętrznych procedur określonych we wskazanym przez konsorcjum uzasadnieniu zastrzeżenia informacji), z czym skład orzekający Izby zgodzić się nie może, ponieważ na utożsamienie obowiązku „wykazania” z obowiązkiem „udowodnienia” (str. 17 pkt 34 oraz str. 22 pkt 47 odwołania) nie pozwala literalna wykładania przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (skoro mowa w nim o wykazaniu, a nie udowodnieniu).

Członek konsorcjum Porr opisał „zawartość” przywołanych przez siebie dokumentów wewnętrznych (pkt. 11-18 uzasadnienia w ramach pisma z 11 stycznia 2021 r.), co dało zamawiającemu podstawy do oceny skuteczności podjętych działań. Zauważyć należy, że dokumenty wewnętrzne, podobnie jak uzasadnienie zastrzeżenia informacji to dokumenty własne wykonawcy Porr stąd ich wartość jest taka sama.

Powyższe (obowiązek wykazania, a nie udowodnienia) ma także znaczenie w kontekście wyartykułowanego przez odwołującego na rozprawie oczekiwania złożenia przez konsorcjum umowy konsorcjum regulującej podział zadań pomiędzy członków konsorcjum.

Odnosząc się do argumentu, że oferta została złożona przez konsorcjum dwóch firm, zaś uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało opisane tylko w odniesieniu do jednego z członków konsorcjum, tj. Porr S.A., podnieść należy, że odwołujący błędnie nie przypisał żadnego znaczenia ustanowieniu przez drugiego członka konsorcjum, tj. Unibep S.A. spółki Porr liderem o szerokich, wskazanych w pełnomocnictwie z dnia 10 czerwca 2020 r. (złożonym wraz z ofertą konsorcjum) uprawnieniach w zakresie reprezentowania Unibep S.A. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do:

- przygotowania, parafowania, podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz wszystkich załączników i dokumentów towarzyszących złożonej ofercie,
- składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa,
- zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz dokumentów składanych w postępowaniu oraz do prowadzenia korespondencji związanej z postępowaniem,
- podejmowania decyzji oraz dokonywania wszelkich innych czynności faktycznych i prawnych, składania oświadczeń wiedzy i woli w związku z uczestnictwem w postępowaniu na każdym jego etapie,
- podpisania umowy z zamawiającym w przypadku udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz konsorcjum, to jest w imieniu i na rzecz każdego z Partnerów Konsorcjum łącznie i z osobna o treści zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i ofertą Konsorcjum.

Wobec powyższego za wiarygodne skład orzekający Izby uznał oświadczenie konsorcjum z rozprawy, że to właśnie członek konsorcjum Porr posiada biuro projektowe, co ze względu na przyjętą przez Zamawiającego formułę realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj” ma znaczenie, ponieważ udzielane odpowiedzi wymagały wskazania pewnych założeń projektowych, pewnej wizji co do realizacji zamówienia.

Od czysto formalnej strony potwierdzeniem roli członka konsorcjum Porr jest udzielenie obu odpowiedzi (z 11 i 15 stycznia 2021 r.) przez lidera, na druku z logo tego podmiotu.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum wywiązało się z obowiązku wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, jak wymaga tego przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a odwołujący wskazanych przez konsorcjum w uzasadnieniu okoliczności i argumentów nie podważył, co przesądza o uznaniu, że zarzut czwarty i piąty się nie potwierdziły.

W konsekwencji, jak wskazał sam odwołujący, wynikowego charakteru zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby, wobec uznania, że zarzuty czwarty i piąty nie potwierdziły, uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Złożone przez konsorcjum na rozprawie rysunki („Rozwiązanie wskazane przez Odwołującego”, „Rozwiązanie Wykonawcy przyjęte w ofercie”) skład orzekający Izby uznał za stanowisko własne konsorcjum, potwierdzające, że konsorcjum nie zaoferowało rozwiązań sprzecznych z PFU.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....