

Sygn. akt: KIO 1945/21

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 20 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alstal Grupa Budowlana spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal Investment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa Archiwum Państwowe w Bydgoszczy

przy udziale wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1945/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. o Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz niewyjaśnienie w sposób wystarczający zaoferowanej ceny, w szczególności brak złożonych dowodów potwierdzających wszystkie opisane okoliczności, z powodu wycofania zarzutu przez Odwołującego.
2. Oddala odwołanie w zakresie poddanym rozpoznaniu.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal Investment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal Investment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal Investment spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego – Skarb Państwa Archiwum Państwowe w Bydgoszczy kwotę 4 369 zł 74 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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.) 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:

Sygn. akt: KIO 1945/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Archiwum Państwowe w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

na wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową Zamawiającego

i pozwolenie na budowę dla inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby Archiwum Państwowego w Bydgoszczy” przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy na terenie działki nr 37/11 Obr. 178. (nr postępowania: AGK.26.11.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2021 roku pod numerem 2021/S 058-145512.

28 czerwca 2021 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Budimex) jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp”) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz niewyjaśnienie w sposób wystarczający zaoferowanej ceny, w szczególności brak złożonych dowodów potwierdzających wszystkie opisane okoliczności.
- b) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odciążenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Budimex oraz ewentualnych załączników do wyjaśnień, mimo że wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- c) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do uzupełnienia wykazu osób, mimo że ze złożonego wykazu nie wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie doświadczenia wymaganego od osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu aby:

a) dokonał unieważnienia wyboru oferty Budomex jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

b) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym:

- wezwał wykonawcę Budimex do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wskazania doświadczenia kierownika budowy (min. 5 lat) oraz doświadczenia kierownika robót w branży architektonicznej, specjalisty ds. zieleni oraz administratora budowy,
- odrzucił ofertę Budimex z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny, ewentualnie brak wystarczającego wyjaśnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- odtajnił i udostępnił Odwołującemu utajnioną część wyjaśnień oraz załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwolujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia.

W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu. Gdyby Zamawiający dokonał wszystkich żądanych w niniejszym odwołaniu czynności, to nie dokonałby wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex, bowiem to oferta Odwołującego winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza. Przez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwolujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny oraz niewyjaśnienie w sposób wystarczający zaferowanej ceny, w szczególności brak złożonych dowodów potwierdzających wszystkie opisane okoliczności

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Jednocześnie zgodnie z ust. 5 wskazanego przepisu obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W myśl zaś §2 tego przepisu należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Budimex jako profesjonalista zobowiązany był składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do udowodnienia (wykazania) Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta nie jest rażąco niska.

W sposób nieuprawniony Budimex w treści wyjaśnień kontestuje samą okoliczność skierowania do niego wezwania. Wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą służyć zatem do oceny zaferowanej ceny. W dalszej części przedłożone wyjaśnienia, obejmują powołanie się na okoliczności, które

w żaden sposób nie przekładają się na możliwość zaferowania niższej w postępowaniu ceny. Budimex nie przedstawił w treści złożonych wyjaśnień (w szczególności części jawnej) wycień w jaki sposób opisane przez tego wykonawcę okoliczności przekładają się w sposób wartościowy na zaferowaną cenę (dokładnego wyjaśnienia jako oszczędności w postaci wartości pieniężnej osiągnął wykonawca). W tym kontekście oraz braku powołania się w treści wyjaśnień na dowody potwierdzające opisane okoliczności w ocenie Odwołującego w treści wyjaśnień znalazło się niewiele przydatnych do oceny oferty elementów. Okoliczności powołane przez Budimex dotyczą w zasadzie każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu, ponieważ są to typowe działania wykonawcy budowlanego o ogólnopolskim potencjale realizacyjnym. Okoliczności te nie mogą zatem w żaden sposób stawiać Budimex w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców.

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego wskazują, że Budimex nie sprostął ciężarowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w związku z czym zaktualizowała się przesłanka do odrzucenia złożonej przez niego oferty – wskazuje na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2018 r. sygn. akt KIO 1975/18 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2014 r., KIO 2025/14. W ocenie Odwołującego

w niniejszym postępowaniu zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy Budimex oraz brak jest podstaw do jakiegokolwiek dalszego prowadzenia procedury wyjaśniającej.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ewentualnych załączników do wyjaśnień, mimo że wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołujący otrzymując wgląd w dokumentację postępowania powziął informacje, że pełna treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Budimex nie zostanie udostępniona z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego zaniechanie Zamawiającego

co do udostępnienia pełnej treści wyjaśnień nie znajduje podstaw prawnych ani

w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ani w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W szczególności Odwołujący kwestionuje zaniechania odtajnienia i udostępnienia następujących elementów:

1. utajnionej części wyjaśnień;

2. wykazu załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

3. wszelkich załączników i dowodów przedłożonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o ile takie dowody w ogóle zostały złożone.

Po pierwsze wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Brak jest jakichkolwiek przepisów ustawowych, które zezwalałyby na ograniczenie jawności postępowania, poza art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy.

Budimex nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdej zastrzeżonej

informacji (indywidualnie), że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Znaczna część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi powołanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej co nie może mieć żadnego wpływu na ocenę złożonych wyjaśnień. Wskazać należy, że poza ogólnym, ogółostownym powołaniem się na wartość opisanych informacji i załączenie informacji o pracownikach Spółki wykonawca Budimex nie wykazał określonej wartości zastrzeżonych informacji. W ocenie Odwołującego prawidłowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być przygotowane indywidualnie zarówno dla części niejawniej wyjaśnień jak i indywidualnie dla każdego zastrzeżone dokumenty załączone do wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego jeżeli w treści wyjaśnień zamieszczono wykaz załączników do wyjaśnień to wykaz taki w ogóle nie spełnia przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego w toku prowadzonego postępowania wykonawca Budimex nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co skutkować winno odtajnieniem i udostępnieniem Odwołującemu informacji w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 13/20.

Podkreślił, że zgodnie z wykładnią językową art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Omawiany art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wprost wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa - podmiotem tym jest wyłącznie wykonawca zastrzegający informacje, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych.

Tym samym w ocenie Odwołującego z uwagi na brak spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz brak wykazania tych przesłanek Zamawiający winien być udostępnić Odwołującemu utajnioną część wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wszelkie załączniki i dowody dołączone do tych wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDIMEX do uzupełnienia wykazu osób, mimo że ze złożonego wykazu nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie doświadczenia wymaganego od osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia

Zamawiający w treści SWZ ustanowił m.in. następujące wymagania dla:

b) Kierownika robót w branży architektonicznej:

-wykształcenie wyższe techniczne,

-uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w branży architektonicznej bez ograniczeń,

-min. 3 lata doświadczenia w danej branży

-doświadczenie – na min. 1 robocie budowlanej branżowej na obiekcie kubaturowym, c) Specjalisty ds. zieleni:

-min. 3 lata doświadczenia w branży zieleniarskiej w tym min. dot. założenia min. 1

terenu zieleni,

d) Administratora Budowy:

- min. 2 lata doświadczenia w administrowaniu budową.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego złożony przez Budimex wykaz osób nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie:

-3 lat doświadczenia kierownika w branży architektonicznej (brak możliwości weryfikacji, gdzie wskazana osoba zdobyła wymagane doświadczenie oraz wskazanie przez Budimex posiadanego doświadczenia w pełnieniu innej funkcji niż wymagane – brak zdobytego doświadczenia jako kierownik w branży architektonicznej) oraz w zakresie 1 roboty budowlanej branżowej na obiekcie kubaturowym (brak możliwości weryfikacji – brak wskazania chociażby dokładnej lokalizacji inwestycji co pozwoliłoby Odwołującemu na wystąpienie o wgląd do dziennika budowy;

-3 lat doświadczenia specjalisty ds. zieleni (brak możliwości weryfikacji, gdzie wskazana osoba zdobyła wymagane doświadczenie);

-3 lat doświadczenia administratora budowy (brak możliwości weryfikacji, gdzie wskazana osoba zdobyła wymagane doświadczenie);

W ocenie Odwołującego powyższe nieprawidłowości powinny zostać skorygowane w wyniku uzupełnienia wykazu, które będą podlegały dalszej ocenie przez Zamawiającego oraz Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 czerwca 2021 roku od czynności Zamawiającego, o której powiadomił wykonawców w dniu 18 czerwca 2021. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Powołanie przez Odwołującego niewłaściwych podstaw prawnych, tj. odniesienie się do podstaw prawnych z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, która w przedmiotowej sprawie odwoławczej nie ma żadnego zastosowania, a polegającej na podaniu numerów artykułów z tej ustawy nie powoduje niemożliwości dokonania oceny spełnienia przesłanek pozwalających na skuteczne podnoszenie zarzutów odwołania. Izba poddała pod rozpoznanie argumentację faktyczną poczynioną przez Odwołującego oraz dokonała właściwej subsumcji do obowiązujących przepisów prawa.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego, Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego - Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej też „Budimex”).

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 19 sierpnia 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w „Piśmie procesowym Przystępującego” z dnia 19 sierpnia 2021 roku.

Izba dopuściła postanowieniem dowód nr 1 zawnioskowany w trakcie rozprawy przez Budimex - wydruki z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność wykazania, że jeżeli Zamawiający oczekuje podania szerszych informacji to artykułuje to w dokumentacji postępowania.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, za pismem z dnia 26 maja 2021 wezwał Budimex:

Zamawiający w postępowaniu ww. dziękując za złożenie oferty na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej Ustawą lub Pzp, ze względu na fakt, że zaofferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (w tym jest niższa 0 38,42% od wartości zamówienia powiększonej o podatek vat - 81746.803,90 zł. brutto), wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej powinny dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług i metod budowy;*
 - 2) wybranych rozwiązań technicznych lub wyjątkowo korzystnych warunków usług i związanych z realizacją robót budowlanych;*
 - 3) oryginalności usług i robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;*
 - 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
 - 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
 - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
 - 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska oraz*
 - 8) kosztów określonych w Załączniku nr 4 Tabela Elementów Rozliczeniowych Soboty Budowlane w ETAPIE I (Roboty Przygotowawcze i fundamentowe zgodnie z Projektem Wykonawczym, STWiORB, Projekt Budowlan do zakończenia na poziomie 0) - wyjaśnienia dot. pozycji nr 8 (Ściany fundamentowe i słupy wewnętrzne).*
- Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Powyższe wyjaśnienia należy złożyć w terminie 5 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania w formie wskazanej w Rozdziale X. SWZ.*

Pismem z dnia 7 czerwca 2021 roku, w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Budimex przedstawił następujące wyjaśnienia:

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 26 maja 2021 r., zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofferowanej ceny, w imieniu wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również jako „Wykonawca”), wyjaśniam co następuje.

I. Uwagi wstępne

(...)

II. Wyjaśnienia dotyczące wyceny – część jawna

(...)

Dalsze, szczegółowe wyjaśnienia dotyczące realności zaoferowanej ceny przedstawione zostaną w pkt III niniejszego pisma i załączonych do niego dowodach, które niniejszym zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze

ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania

z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Na mocy art. 11 ust. 1 uznk ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli kumulatywnie spełnia trzy warunki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą;

2) 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;

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Informacje przedstawione w dalszej części niniejszych wyjaśnień oraz dołączonych do nich dokumentach spełniają wszystkie ww. przesłanki, co zostanie wykazane poniżej.

Po pierwsze, przedmiotowe informacje posiadają wartość gospodarczą, przedstawiając wartość handlową bezpośrednio i/lub - poprzez fakt, że niektóre z nich mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa. Przedmiotem zastrzeżenia są wyjaśnienia dotyczące ceny oferty Wykonawcy, których możliwość zastrzeżenia potwierdziła Izba w wyroku z dnia 27.01.2015 r., sygn. akt KIO 95/15 wskazując, że generalnie uznaje się za dopuszczalną możliwość zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny (tak wyrok KIO z dnia 27.01.2015r., sygn. akt KIO 95/15). Informacje te zawierają bowiem dane pozwalające na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcy metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajenie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (tak wyrok KIO z dnia 14.05.2013r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Co więcej, informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej są wynikiem doświadczenia Wykonawcy w związku z długotrwałą obecnością Wykonawcy na rynku i częstokroć stanowią wynik czasochłonnych negocjacji, których efektem jest zacieśniona, wypracowywana

na przestrzeni lat, współpraca między Wykonawcą, a podwykonawcami, czy dostawcami.

W wyniku indywidualnego wypracowania dobrych relacji pomiędzy Wykonawcą

a podwykonawcami i dostawcami, oferty, które otrzymuje od nich Wykonawca,

jako szczególnie korzystne, są niejednokrotnie opatrywane klauzulą wyłączności

dla Wykonawcy (tak jest również w przypadku przedmiotowego postępowania), co stanowi dodatkowy argument przemawiający za koniecznością zachowania ich poufności.

Po drugie, Wykonawca został zobowiązany do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku

do przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający zażądał od Wykonawcy wyjaśnienia i złożenia dowodów co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym m.in. w zakresie zarządzania procesem świadczonych usług i metod budowy, wybranych rozwiązań technicznych czy też wyjątkowo sprzyjających warunków usług

i związanych z realizacją robót budowlanych dostępnych dla Wykonawcy. Złożenie wyjaśnień wymagało więc od Wykonawcy ukazania elementów cenotwórczych oferty oraz ukazania struktury i strategii budowania ceny oferty.

Wykonawcy biorący udział

w postępowaniu nie byli zobowiązani do wskazywania na etapie składania ofert sposobu skalkulowania ceny ofertowej.

Zgodnie bowiem z postanowieniami SWZ, wykonawcy mieli przedstawić do oferty kalkulację w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych tj. zbiorczego zestawienia kosztów, zagregowanego zgodnie z podziałem procentowym wyrażonym w udostępnionych wzorach formularzy cenowych. Wykonawca, przedstawiając w niniejszych wyjaśnieniach założenia kalkulacyjne i szczegółowe kalkulacje, wykroczył więc poza wymagane przez Zamawiającego na etapie SWZ informacje i przedstawia Zamawiającemu dane, które nie są znane innym wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie.

Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez wykonawcę sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich „informacji praktycznych”, które wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń Wykonawcy) i nie udostępni ich podmiotom trzecim. Do tego aspektu kalkulacji ceny ofertowej nawiązuje Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt X Ga 76/15, w którym zwrócono uwagę, że skoro celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, to „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how” rozumieć należy przez pryzmat art. 11 rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne

i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności”. Sąd podniósł w tym kontekście,

że uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego. Konieczność ochrony takich informacji, z uwagi na fakt, iż w sposób oczywisty mają one dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą, podkreśla także Izba m. in. w wyroku z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13, czy w wyroku z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2602/13, czy w wyroku z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 175/13, w którym Izba stwierdziła: „Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową

i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła

na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej."

Po trzecie, informacje te mają wartość gospodarczą, określają bowiem zasady rozliczeń

i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakres praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z Wykonawcą te zadania realizować. Te ostatnie informacje mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa i już z tego tylko względu są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa, niemniej nie sposób im jednocześnie odmówić charakteru cenotwórczego. Należy przy tym zauważyć, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytyny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna).

Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14). Dobór podwykonawców i dostawców, a co za tym idzie strategii pozyskiwania materiałów oraz sposobu realizacji robót, tak z uwagi na wysokość przysługujących im wynagrodzeń, jak

i treść pozostałych postanowień zawartych w umowach „zdradza" przemyślana

i sprawdzona, właściwą wyłącznie Wykonawcy, strategię kalkulacji ceny przyjętą na etapie ubiegania się o zamówienie. Strategia kalkulacji ceny stanowi natomiast jeden z elementów składających się na taktykę, pozwalającą zaoferować wykonawcom korzystną cenę ofertową, gwarantującą mu osiągnięcie maksymalnego zysku na etapie realizacji zamówienia. Jak wynika z doświadczeń Wykonawcy, przedsiębiorcy o zbliżonych

do Wykonawcy cechach, prowadzący działalność na podobną skalę, tj. posiadający podobne doświadczenie, rozeznanie rynku, infrastrukturę, zaplecze techniczne i osobowe etc.,

nie są w stanie nawiązać tak atrakcyjnych cenowo warunków współpracy

z podwykonawcami. Innymi słowy, tylko taki dobór kontrahentów oraz zasad współpracy, jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty, pozwoliły Wykonawcy zaoferować konkurencyjną ofertę, przy równoczesnym spełnieniu wszelkich oczekiwań Zamawiającego, stanowiąc więc bezsprzecznie jego know-how o istotnej dla utrzymania jego pozycji konkurencyjnej wartości gospodarczej.

W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje zawarte w przedkładanych dokumentach i wyjaśnieniach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Wypracowane przez Wykonawcę na przestrzeni lat zasady kalkulacji cen ofertowych, w tym zasady minimalizacji kosztów,

są informacjami, które nie są - ze względu na swoją wartość gospodarczą - ujawniane szerszemu kręgowi osób. Dostęp do tych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników Wykonawcy - osoby odpowiedzialne za przygotowanie kalkulacji (Biuro Handlowe), osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty) oraz zarząd Spółki. Lista osób, które uczestniczyły w przygotowaniu niniejszej kalkulacji, stanowi załącznik

do złożonej oferty Wykonawcy (dokument ten zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na okoliczność, iż zawiera on dane osobowe pracowników Spółki, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionym w Spółce i odpowiedzialnym

za przygotowanie kalkulacji ofert).

Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników Spółki i innych osób do zastrzeganych informacji wskazać należy, że Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne związane

z przepływem danych polegające m.in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji,

zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na osobach pracujących na rzecz Wykonawcy, wynikającym z art. 100 §2 pkt 4 Kodeksu pracy. Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy w wyroku

z dnia 2 marca 2011 r., II PK 204/10, powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy, z której przede wszystkim wynika obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody, czy nawet ocenianych jako działania

na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawińiony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy."

Konieczność zachowania części danych, o których mowa w poufności wynika także z uzgodnień zawartych z podwykonawcami/dostawcami. Procedury wdrożone przez Wykonawcę, dotyczące bezpieczeństwa informacji, w tym zabezpieczenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób szczegółowy opisane zostały w Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Bezpieczeństwa Informacji, stanowiących (w części niejawniej) załączniki do niniejszego pisma.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy z całą stanowczością stwierdzić, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk, a tym samym podlegają skutecznemu zastrzeżeniu w trybie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, o respektowanie którego Wykonawca wnosi.

Zamawiający określił w SWZ, w Rozdziale VIII. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców:

2. Warunki udziału w postępowaniu

(...)

1) O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

(...)

d) zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający wymaga, by Wykonawca:

1) Kierownika Budowy - posiadającego:

- wykształcenie wyższe techniczne,

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń,

- min. 5 lat doświadczenia,

- doświadczenie w sprawowaniu funkcji Kierownika budowy dla min. 1 realizacji polegającej na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 20.000 m3 obejmującej koordynację min. 3 branż budowlanych;

(...)

6) Kierownika robót w branży architektonicznej – posiadającego:

- wykształcenie wyższe techniczne,

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w branży architektonicznej bez ograniczeń,

- min. 3 lata doświadczenia w danej branży

- doświadczenie – na min. 1 robocie budowlanej branżowej na obiekcie kubaturowym,

7) Specjalisty ds. zieleni – posiadającego:

- min. 3 lata doświadczenia w branży zieleniarskiej w tym min. dot. założenia min. 1 terenu zieleni,

8) Administratora Budowy – posiadającego:

- min. 2 lata doświadczenia w administrowaniu budową.

Zamawiający w Rozdział IX. JEDZ, podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, jakie zobowiązani są złożyć wykonawcy oraz wymagania dotyczące formy ich składania, podał:

(...)

2. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni:

(...)

b) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego,

w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją

o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg Wzoru Załącznika nr 13 do SWZ;

Załącznik nr 13 do SWZ – Wykaz osób, w tabeli zawartej w wykazie, w czwartej kolumnie Zamawiający wymagał podania: Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie

(uprawnienia budowlane – nr i zakres).

W zakresie zarzutu odwołania:

W zakresie zarzutu (a) naruszenia art. 16 ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz niewyjaśnienie w sposób wystarczający zaoferowanej ceny, w szczególności brak złożonych dowodów potwierdzających wszystkie opisane okoliczności – postępowanie zostało umorzone, bowiem na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie tego zarzutu.

W zakresie zarzutu (b) naruszenia art. 16 ustawy w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Budimex oraz ewentualnych załączników do wyjaśnień, mimo że wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, jednocześnie zaznacza, że z uwagi na argumentację uzasadnienia rozpoznania zarzutu odwołania określone podstawy prawne będą również wskazywane w uzasadnieniu:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

W oparciu o 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 516 ust. 1 - Odwołanie zawiera: (...) 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Izba ustaliła, że wykonawca Budimex został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca ten złożył wyjaśnienia składające się z dwóch części, tj. części jawnej oraz części zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa, która to treść wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby podniesiony przez Odwołującego zarzut i argumentacja jaką wykonawca Odwołujący przedstawia nie dowodzi, że wykonawca Budimex nie przedstawił prawidłowego uzasadnienia dla wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionej części wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny.

Izba dostrzegła, że odwołanie w zakresie argumentacji faktycznej – poza przytaczaniem podstaw prawnych oraz orzecznictwa Izby – sprowadza się do kilku bardzo ogólnych zdań, które w swej treści odnoszą się do niewykazania „określonych wartości zastrzeżonych informacji”. Wymaga odnotowania, że Odwołującemu znana była treść złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i miał on możliwość, a budując zarzut odwołania w zasadzie obowiązek, odniesienia się do przedstawionego uzasadnienia

w sposób uzasadniający dlaczego elementy uzasadnia nie spełniają w ocenie Odwołującego „wykazania” zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych elementów. Ogólne odniesienie się do przedstawionego przez Budimex wyjaśnienia nie dowodzi

w żaden sposób, że czynność oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana przez Zamawiającego był nieprawidłowa.

Odwołujący twierdząc, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „powinno być przygotowane indywidualnie zarówno dla części niejawniej wyjaśnień jak i indywidualnie dla każdego zastrzeżonego dokumentu załączonego do wyjaśnień”. Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, w ocenie Izby zdanie to nie dowodzi,

że w złożonym zastrzeżeniu wykonawca Budimex nie przedstawił argumentacji odnoszącej się do całości dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym załączników

do pisma. Po drugie, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej takie twierdzenie, poprzestając jedynie na tym jednym zdaniu. Odwołujący w jednym zdaniu wskazuje również, że „Budimex nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji (indywidualnie),

że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Tak ogólne stwierdzenie nie sposób odnieść do jakiegokolwiek elementu złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w zasadzie do braku takiego uzasadnienia. Odwołujący w tym zdaniu odnosi się do wielości informacji oraz indywidualizuje te informacje jednocześnie

nie podejmując nawet próby wskazania, mając dostęp zarówno do wezwania Zamawiającego jak i wyjaśnień i uzasadnienia Budimex, jakie to informacje zindywidualizowane nie zostały objęte zakresem złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podobnie brak jest jakiegokolwiek argumentacji, w odniesieniu do wskazania przez Odwołującego, że jeżeli w treści wyjaśnień zamieszczono wykaz załączników do wyjaśnień to nie spełnia on przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym zakresie Odwołujący także nie wskazał jakiegokolwiek okoliczności potwierdzającej takie stanowisko.

W żaden sposób nie uzasadnił, z odniesieniem do przepisów prawa dlaczego wykaz załączników nie spełnia przesłanek do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i jakich to wartości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw nie podniósł wykonawca.

Odwołując twierdzi, że Budimex nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – *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.

Odwołujący pominał w swoim stanowisku odniesienie się

do tego jakie faktycznie przesłanki, do których się odwołuje, a które zawarte

są w podnoszonym przepisie prawa nie zostały przez Budimex wykazane. Izba

nie poszukuje argumentacji za Odwołującego, Izba dokonuje jedynie oceny zasadności podniesionej argumentacji co do podjętych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby brak argumentacji Odwołującego powoduje, że na podstawie stwierdzenia o tak ogromnym poziomie ogólności nie sposób uznać czynności Zamawiającego za nieprawidłową.

Wymaga wskazania, że wyżej przytoczony art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 argumentacji odwołania jest wykazanie, że dane działania wykonawcy nie może być pozytywnie ocenione, bowiem dla jego prawidłowości wymagane jest zaistnienie w takich okolicznościach określonej argumentacji itp.. Odwołujący nie przedstawia takiej argumentacji, w odwołaniu brak jest takiego stanowiska, które dałoby się poddać ocenie i pozwalała na dokonanie oceny, że pewne elementy są niezbędne

i powinny być zawarte w takim zastrzeżeniu, aby mogło być ono skuteczne. Izba podkreśla, że konieczność wykazania przez wykonawcę zastrzegającego określone informacje tajemnicą przedsiębiorstw zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie zwalnia Odwołującego

z podnoszenia argumentacji faktycznej w odwołaniu pozwalającej na dokonanie oceny zastrzeżenia w przymacie stanowiska Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła również naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu (c) naruszenia art. 16 ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do uzupełnienia wykazu osób, mimo

że ze złożonego wykazu nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, w szczególności w zakresie doświadczenia wymaganego od osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia – *Izba uznała zarzut za niezasadny.*

Izba na wstępie podkreśla, podobnie jak w przypadku rozpoznaniu zarzutu „b”,

że argumentacją Odwołującego podniesioną w uzasadnieniu dowołania jest bardzo ogólna i szcążkowa.

W odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót w branży architektonicznej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powinien posiadać *uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w branży architektonicznej bez ograniczeń, min. 3 lata doświadczenia w danej branży.* W Wykazie osób (załącznik nr 13 do SWZ) Budimex podał: *Uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń Numer uprawnień: 1/W/MOKK/2016 (...). Posiada ponad 3 lata doświadczenia w danej branży (architektonicznej) w charakterze Kierownika budowy oraz Projektanta, licząc od dnia uzyskania uprawnień budowlanych do dnia 31.03.2021r.* w ocenie Izby zestawiając ze sobą wymagania określone w SWZ oraz wskazane doświadczenie nie sposób uznać, że doświadczenie to zdobyte zostało w pełnieniu „innej funkcji niż wymagane”. Z postanowień SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że wskazana osoba miała posiadać minimum 3 lata doświadczenia „w danej branży”, przy czym Zamawiający nie dookreślił, że doświadczenie jakim miał się wykazać jedynie poprawnie wykonawca to doświadczenie kierownika robót w branży architektonicznej.

Wymaga wskazania w tym miejscu, że obecnie uprawnienia budowlane udzielane

są w następujących specjalnościach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, inżynierskiej (mostowej, drogowej, kolejowej, hydrotechnicznej i wyburzeniowej), instalacyjnej (instalacje telekomunikacyjne, instalacje sanitarne i elektryczne). Uprawnienia budowlane udzielane są do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi, w ograniczonym zakresie lub bez ograniczeń. W decyzji administracyjnej – która potwierdza kwalifikacje zawodowe w określonej specjalności budowlanej – podane są ich specjalność

i ewentualną specjalizację techniczno-budowlaną oraz zakres prac projektowych lub robót budowlanych objętych danym uprawnieniem. Posiadanie uprawnień architektonicznych bez ograniczeń pozwala na projektowanie obiektów budowlanych lub kierowanie robotami budowlanymi w odniesieniu do architektury obiektu. Oznacza to w ocenie Izby, że w zakresie wskazanym w zdaniu poprzednim należy oceniać posiadanie minimum 3 lat doświadczenia „w danej branży”. W zakresie doświadczenia Zamawiający wymagał, aby Kierownik robót branży architektonicznej posiadał doświadczenie *na min. 1 robocie budowlanej branżowej*

na obiekcie kubaturowym. Budimex w tym zakresie w Wykazie osób wskazał - *Posiada doświadczenie na min. 1 robocie budowlanej branżowej na obiekcie kubaturowym, tj. przy realizacji n/w inwestycji: Budowa dwóch budynków mieszkalnych*

jednorodzinnych, dwulokalowych w zabudowie bliźniaczej, gmina Łomianki Pełniona funkcja: Kierownik budowy Data pełnienia funkcji: 09.2018 – 09.2019. W ocenie Izby w żaden sposób

z wymagań Zamawiającego nie da się wywieść, że wykonawca poza wskazaniem danego doświadczenia miał podawać również informacje odnoszące się do inwestycji w ramach której takie doświadczenie zostało nabyte, z dokładnym identyfikowaniem tej inwestycji.

W tym przypadku, odmiennie niż ma to miejsce w zakresie funkcji Kierownika budowy, gdzie Zamawiający dość szczegółowo opisał zakres zdobytego doświadczenia, Zamawiający skupił się na obiekcie kubaturowym. Zamawiający w zasadzie nie wymagał podania jakichkolwiek informacji w odniesieniu do tego obiektu, nie wymagał tym bardziej podania lokalizacji tej inwestycji na co wskazał Odwołujący. Odwołujący podniósł, że brak podania tych informacji powoduje brak możliwości weryfikacji przez Odwołującego tych danych –

z czym nie sposób się zgodzić. Gdyby bowiem wykonawca chciał weryfikować dane mógł wystąpić z kwerendą do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o takie informacje. Zamawiający tych danych nie wymagał, tym samym nie można na etapie oceny złożonych dokumentów żądać podawania danych, które nie zostały przez Zamawiającego określone

w wymaganiach warunku. Rozszerzanie zakresu informacji, na tym etapie postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiłoby nieuprawnione żądanie danych, które nie były wymagane. Przedstawiony przez Budimex dowód (dowód nr 1) potwierdza jak szczegółowo można opisać wymagania co do podawanych przez wykonawców informacji,

a co przekłada się na konieczność i obowiązek ich weryfikacji przez Zamawiającego. Brak wskazania w opisie warunku elementów do jakich referuje Odwołujący powoduje,

że nie można ich wymagać od wykonawców. Tym samym, podnoszony przez Odwołującego brak możliwości weryfikacji – przy jednoczesnym braku kwestionowana posiadanego przez wskazaną osobę doświadczenia w zakresie jednej roboty budowlanej branżowej na obiekcie kubaturowym jest niezasadny.

W odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Specjalista do spraw zieleni

oraz stanowisko Administratora budowy, Izba wskazuje, że i w tym zakresie Odwołujący

nie kwestionuje co do zasady doświadczenia jakie osoby te posiadają, a jedynie odnosi się do braku możliwości weryfikacji takiego doświadczenia. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przytoczona w powyższym akapicie. Izba dodaje, że Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji faktycznej co do tego, że owej wskazanej przez siebie weryfikacji

nie jest w stanie przeprowadzić. Izba nie jest w stanie stwierdzić jakie to argumenty legły

u podstaw zawartego w odwołaniu twierdzenia, nie znane są również Izbie argumenty uzasadniające takie stanowisko, bowiem wykonawca Odwołujący nie zawarł żadnego uzasadnienia w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła, w zakresie podniesionego zarzutu „c” również naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ

lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu

lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz

w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawie odwołanie okazało się, w części skierowanej do rozpoznania niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574

i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu

o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 9 pkt 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: