Sygn. akt: KIO 101/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 1, 3, 4, 5;

2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 2,

3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 6 dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. Sp. z o.o. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie uzasadnienia zastrzeżenia przez wykonawcę Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. Sp. z o.o. wyjaśnień ceny oferty i odtajnienie ww. wyjaśnień wraz z załącznikami oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. w ½ oraz Sąd Okręgowy w Rzeszowie w ½ i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Odwołującego;

4.2. zasądza od Sądu Okręgowego w Rzeszowie na rzecz BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą ½ kosztów postępowania

odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt: KIO 101/24

U z a s a d n i e n i e

Sąd Okręgowy w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji projektowo kosztorysowej dotyczącej budowy budynku dla Sądu Okręgowego w Rzeszowie przy ul. Dołowej wraz ze świadczeniem nadzoru autorskiego, numer referencyjny: SIR-2512-1/2023 (dalej: „Postępowanie" lub „Zamówienie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 060-178583.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. Sp. z o.o. (dalej również: „Cz. i Cz. Sp. z o.o.") Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k. (dalej: "Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) (dalej „Rozporządzenie") w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia Wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. , który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy

przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego lub w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do daty wystawienia referencji Ghelamco GP 2 Sp. z o.o. poprzez wskazanie jedynie daty poświadczenia za zgodność dokumentu jako daty wystawienia referencji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) ewentualnie w przypadku nieuznania powyższego - art. 126 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 9 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Cz. i Cz. Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu o których mowa w rozdziale XX ust. I pkt 4 SWZ w zw. z Działem V ust. 1 pkt 4 OPiW mimo, że przedstawione przez Cz. i Cz. referencje nie pokrywają się z przedstawionym przez wykonawcę wykazem usług i nie odpowiadają wymogom Rozporządzenia, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i przejrzy- stości postępowania;

3) ewentualnie w przypadku nieuznania powyższego - art. 128 ust. I ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z S 9 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Cz. i Cz. Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w rozdziale XX ust. I pkt 4 SWZ w zw. z Działem V ust. 1 pkt 4 OPiW mimo, że przedstawione przez Cz. i Cz. Sp. z o.o. referencje nie pokrywają się z przedstawionym przez ww. wykonawcę wykazem usług i nie odpowiadają wymogom Rozporządzenia, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania;

4) art. 126 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. do złożenia aktualnych na dzień podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w rozdziale XX ust. I pkt 4 SWZ w zw. z Działem V ust. 1 pkt 4 OPiW mimo, że wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. potwierdził, że zrealizował projekt budowalny zamienny, a projekt taki jest czym innym niż projekt budowalny i projekt wykonawczy co nie odpowiada ww. wymaganiom SWZ

5) ewentualnie w przypadku nieuznania powyższego - art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt I i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cz. i Cz. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu (rozdział XXII SWZ odsyłający do rozdziału VII OPiW) mimo, że wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. potwierdził, że zrealizował projekt budowalny zamienny, a projekt taki jest czym innym niż projekt budowalny i projekt wykonawczy co nie odpowiada zapisom SWZ co narusza zasady równego traktowania i wykonawców i przejrzystości postępowania;

6) art. 18 ust. 1 i ust. 3, art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawy „ZNK") poprzez bezpodstawne utajnienie części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Cz. i Cz. Sp. z o.o. w ramach procedury o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wraz z dołączonymi do wyjaśnień dokumentami w tym uzasadnieniem utajnienia dokumentów jeżeli w ogóle było ono składane pomimo tego, że zastrzeżone informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub ich zastrzeżenie nie zostało w sposób wystarczająco uzasadnione

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy lub wezwanie do złożenia albo uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przekazanych przez Cz. i Cz..

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie), zrealizował zamówienia, z których: a) co najmniej jedno polegało na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowo- kosztorysowej (obejmującej projekt/y budowlany/e i projekt/y wykonawczy/e w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej), dla której wydane było pozwolenie na budowę, dotyczącej budowy lub rozbudowy obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 7 000 m2 i minimum jednej kondygnacji podziemnej posadowionej na fundamentach pośrednich o łącznej wartości tej dokumentacji nic mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto. W rozdziale XXII.

Informacje o podmiotowych środkach dowodowych zostało wskazane, że na etapie składania ofert Zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem możliwości przewidzianych w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp (Zamawiający nie wyklucza, iż może wymagać od Wykonawcy najwyżej ocenionego (zostanie wezwany) złożenia określonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu).

Wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. w ofercie w tabeli: „Wykaz Usług na potwierdzenie spełnienia Warunków udziału w postępowaniu" wskazał, że oświadczają, że w celu oceny spełniania Kryterium Kwalifikacji, wykazują następujące usługi: „Wykonanie „Wielobranżowej dokumentacja projektowo budowlano-wykonawczej budynku biurowego w Katowicach przy ul. Chorzowskiej" w okresie od 01/09/2019 do nadal, obiekt w trakcie realizacji - rewizje PB / PW i pełnienie nadzoru autorskiego, Projekt budowlany zamienny 24/11/2022, Ostatnie wydanie projektu wykonawczego 06/12/2022". Usługa ta jest wykonywana na rzecz Ghelamco GP 2 Sp. z o.o. Plac Europejski 1 00-844 Warszawa. Jednocześnie wykonawca Cz. i Cz. przedstawił referencje od Ghelamco GP 2 Sp. z o.o. obejmujące okres od marca 2017 do grudnia 2020 r. Wykonawca BBC ma wątpliwości czy referencje te dotyczą tej samej usługi, którą wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. przedstawił w celu oceny spełniania Kryterium Kwalifikacji. Zamawiający zignorował fakt, że daty w wykazie usług i daty na referencjach się

nie pokrywają. W dokumencie referencji brak daty ich wystawienia, a data ich poświadczenia za zgodność z oryginałem przez Aleksandra Czorę to 21.04.2023 r., więc data o wiele bardziej odległa niż ostatnie 3 miesiące. Co więcej w referencjach nie jest wskazane, że prace zostały wykonane należycie, a takiego wskazania wymagał Zamawiający. W ocenie Odwołującego wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. chciał wprowadzić w błąd co do daty wystawienia referencji w ten sposób, żeby utożsamić datę ich wystawienia z datą ich poświadczenia. W ocenie Odwołującego, okoliczności sprawy wskazaną, że referencje zostały wystawione dużo wcześniej niż data widoczna na referencjach, tj. 21.04.2023 r. Tym samym wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, czym wypełnił przesłankę wyliczeniową z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ewentualnie wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. wypełnił przesłankę z art. 109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu, nie można w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem w zakresie istotnych dla tego postępowania informacji, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie wręcz potwierdza spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która w rzeczywistości wprowadzała w błąd. Właśnie dlatego wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w oświadczeniach na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z odrzuceniem oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego tych warunków, gdyż są to dwie niezależne od siebie podstawy prawne. Wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wobec tego konieczna jest rewizja decyzji o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej. W świetle art. 112 ust. 1 ustawy Pzp badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego konkretnego zamówienia, a nie na abstrakcyjnej ocenie zdolności wykonawcy. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli zdolności do wykonania zamówienia

z należytą starannością. W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) (dalej „Rozporządzenie") w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. , który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć istoty wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do daty wystawienia referencji Ghelamco GP 2 Sp. z o.o. poprzez wskazanie jedynie daty poświadczenia za zgodność dokumentu jako daty wystawienia referencji, co mogło mieć istoty wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na wypadek braku uwzględnienia ww. zarzutu, Odwołujący podniósł, że doszło do naruszenia art. 126 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. I ustawy Pzp w zw. z w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale XX ust. 1 pkt 4 SWZ w zw. z Działem V ust. 1 pkt 4 OPiW mimo, że przedstawione przez wykonawcę Cz. i Cz. Sp. z o.o. referencje nie pokrywają się z przedstawionym przez ww. wykonawcę wykazem usług i nie odpowiadają wymogom Rozporządzenia, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Zamawiający przyjął bowiem w rozdziale XXII SWZ Informacje o podmiotowych środkach dowodowych punkcie 1 zapis: „Na etapie składania ofert Zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem możliwości przewidzianych w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp (Zamawiający nie wyklucza, iż może wymagać od Wykonawcy najwyżej ocenionego (zostanie wezwany) złożenia określonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu)". W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności sprawy brak potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Cz. i Cz.

Sp. z o.o. oznacza obowiązek wezwania tego wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Uzasadniając kolejny zarzut ewentualny. W sprawie doszło do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cz. i Cz. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w rozdziale XX ust. 1 pkt 4 SWZ w zw. z Działem V ust. I pkt 4 OPiW mimo, że przedstawione przez Cz. i Cz. Sp. z o.o. referencje nie pokrywają się z przedstawionym przez ww. wykonawcę wykazem usług i nie odpowiadają wymogom Rozporządzenia, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania; Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 5 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 790/23, LEX nr 3555150 „Zastosowanie trybu z art. 128 ust. 1 p.z.p. jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu żadnej dowolności, zezwalając na rezygnację z we- zwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał hipotetycznie może zostać prawidłowo wykazany np. kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania". Ad zarzut 2 W sprawie doszło do naruszenia art. 126 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cz. i Cz. do złożenia aktualnych na dzień podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w rozdziale XX ust. 1 pkt 4 SWZ w zw. z Działem V ust. I pkt 4 OPiW mimo, że wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. potwierdził, że zrealizował projekt budowalny zamienny, a projekt taki jest czym innym niż projekt budowalny i projekt wykonawczy co nie odpowiada ww. wymaganiom SWZ Zamawiający przyjął bowiem w rozdziale XXII SWZ Informacje o podmiotowych środkach dowodowych w punkcie 1 zapis: „Na etapie składania ofert Zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem możliwości przewidzianych w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp (Zamawiający nie wyklucza, iż może wymagać od Wykonawcy najwyżej ocenionego (zostanie wezwany) złożenia określonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu)". Dialog konkurencyjny jest wieloetapowym postępowaniem, które trwa przez dłuższy okres, dlatego dokumenty przedstawiane na etapie składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu mogą się zdezaktualizować na etapie składania ofert. Odwołujący wskazał m.in. na wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 732/23, LEX nr 3555099, podając: „Obowiązek wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego, do których złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykonawca był wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 p.z.p. albo art. 274 ust. 1 p.z.p. Wezwanie wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych jest obowiązkiem Zamawiającego, o czym świadczy słowo "wzywa", przy czym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń może być

dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu". Wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. w celu oceny spełniania Kryterium Kwalifikacji wskazali, że wykonali projekt budowalny zamienny, a projekt taki jest czym innym niż projekt budowalny i projekt wykonawczy. Zamawiający żądał doświadczenia w wykonaniu projektu budowlanego i projektu wykonawczego zatem wykonawca Cz. i Cz. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Doszło zatem do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cz. i Cz. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu (rozdział XXII SWZ odsyłający do rozdziału VII OPiW) mimo, że wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. potwierdził, że zrealizował projekt budowalny zamienny, a projekt taki jest czym innym niż projekt budowlany i projekt wykonawczy co nie odpowiada zapisom SWZ — według załącznika nr I do SWZ Opis przedmiotu zamówienia punkt 3 podpunkt 3.3. zakres przedmiotu zamówienia obejmuje, w szczególności: opracowanie wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego, także według rozdziału II OPiW ust. I pkt 2 lit. g) w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in.: opracowanie projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót co narusza zasady równego traktowania i wykonawców i przejrzystości postępowania. W ocenie BBC nie można utożsamiać pojęcia projekt budowlany zamienny z projektem budowlanym czy też projektem wykonawczym. Projekt budowlany to projekt w oparciu o który uzyskuje się pozwolenie na budowę. Natomiast projekt zamienny, to jest projekt wprowadzający zmiany do ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę.

W uzasadnieniu naruszenia art. 18 ust. 1 i ust. 3, art. 74 ust. I i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawy „ZNK") Odwołujący wskazał, że 15 grudnia 2023 r. wniósł o udostępnienie ofert wraz ze wszystkimi załącznikami wszystkich wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu, następnie ponowił wniosek o udostępnienie ofert wraz ze wszystkimi załącznikami wszystkich wykonawców 28 grudnia 2023 r. oraz także 28 grudnia 2023 r. w związku z otrzymaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty poprosił o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z całą korespondencją z zakresu od dnia złożenia ofert do dnia wyboru oferty oraz protokół z oceny ofert. Odwołujący podał, że otrzymał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Cz. i Cz. Sp. z o.o. jednak większa ich część została oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mimo to w dokumentacji przekazanej Odwołującemu nie znajduje się żaden dokument z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. więc niezrozumiałym jest czemu Zamawiający utajnił informacje zawarte w wyjaśnieniach.

W ocenie Odwołującego nie sposób twierdzić, że wykonawca Cz. i Cz. skutecznie wykazał, że utajnione dokumenty stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie doszło w istocie bowiem do wypełnienia żadnej z przesłanek wskazanych w ustawie ZNK. Utajnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dowodzi temu, że zastrzeżenie tajności dokumentów został podjęty w celu uniemożliwienia weryfikacji wyjaśnień ceny a nie ochrony rzekomej tajemnicy dokumentów. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W niniejszej sprawie taki przypadek nie następuje. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK i jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zakwestionował, że utajnione dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz to, że wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. wykazał, że zastrzeżenie jest uzasadnione. 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. Utajnione dokumenty nie posiadały ww. walorów. Wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. utajnił dostęp do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorca potwierdzając, że instrumentalnie traktuje możliwość utajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego przedstawione przez wykonawcę Cz. i Cz. uzasadnienie waloru gospodarczego utajnionych dokumentów, jeżeli w ogóle zostało przedstawione, to ze względu na charakter tych dokumentów musiało mieć charakter wyłącznie gołosłowny. Odwołujący podniósł, że projekcja obaw wykonawcy Cz. i Cz. Sp. z o.o. nie może uzasadnić wartości gospodarczej utajnionych dokumentów. Ewentualna argumentacja, że konkurenci nie powinni móc zapoznawać się z aspektami jego działalności takimi jak kalkulacja ceny czy części składowe ceny nie powinny być brane pod uwagę. Utajnienie tych dokumentów uniemożliwia Odwołującemu ich weryfikację. Charakter utajnionych dokumentów wyklucza prawidłowe wykazanie, że informacje te nie były podane do wiadomości publicznej czy, że nie są wiadome dla osób z branży. Podobnie, w ocenie Odwołującego niemożliwym jest, żeby wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. wykazał podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności, w całości. Ze względu na charakter utajnionych dokumentów, wykonawca Cz. i Cz. Sp. z o.o. musiał poprzestać jedynie na gołosłownych twierdzeniach dotyczących ich istnienia. Tymczasem, w uchwale KIO/KU 5/20 Izba wskazała, że „wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej

informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.). Cz. i Cz. powinien udowodnić, że podjął środki, które mają na celu zachowanie informacji w poufności. Z przyczyn obiektywnych nie mógł temu sprostać, ponieważ nie wystarczającym jest jedynie zapewnienie o podjęciu środków, te należy jeszcze wykazać i poprzeć dowodami. Wykonawca Cz. i Cz. nie uzasadnił należycie, że jakiekolwiek utajnione dokumenty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Ich zastrzeżenie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie konkurentom dokonania weryfikacji prawidłowości oferty złożonej w Postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów 2-5 oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 1 i 6, a także z ostrożności procesowej w zakresie pozostałych zarzutów. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczność ich treści, tj. pisma z dnia 13 kwietnia 2023 r. Odwołującego, informacji z otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 21 kwietnia 2023 r., pisma Zamawiającego z dnia 30 maja 2023 r. zaproszenie do dialogu, potwierdzenia przesłania wniosków przez Platformę w dniu 27 kwietnia 2023 r.

W odniesieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Zamawiający wskazał, że Odwołującemu umknął fakt, iż Ustawodawca w art. 226 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z zasadami logiki dokonał tzw. alternatywy zwyklej poprzez wskazanie „LUB”. Konsekwencją tak sformułowanego przepisu prawa jest nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy, którego oferta spełnia enumeratywne sytuacje wymienione w ustawie. Nie można dokonać odrzucenia oferty Wykonawcy równocześnie na podstawie lit. a, b oraz c. Zamawiający musi dokonać wyboru, która z konkretnych przesłanek ustawowych powinna zostać zastosowana. Powołując się na orzecznictwo Izby, Zamawiający stwierdził, że odwołanie zawierające zarzuty niewykazania

spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno jednoznacznie precyzować w jakim zakresie, który z elementów warunku i dlaczego nie został spełniony. Odwołanie powinno zostać oddalone w powyższym zakresie z uwagi na fakt, iż Odwołujący jedynie ogólnikowo stwierdził o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości.

W odniesieniu się zarzutów nr 2-5, dotyczących naruszenia art. 126 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że złożenie przez Odwołującego Odwołania należy uznać za spóźnione i z tego powodu powinno zostać odrzucone. Odwołujący nie dochował bowiem ustawowego terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący powołuje się na rzekome zaniedbania Zamawiającego, które winny być podjęte na etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym w związku z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp istnieją podstawy do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów tych zarzutów.

Zamawiający wskazał, że do dalszego etapu dopuścił czterech Wykonawców w dniu 30 maja 2023 r. w wyniku rzetelnego zbadania wniosków wraz z załączonymi dokumentami. Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie minął zatem 9 maja 2023 r. Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2023 r. opublikował na Platformie informację z otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym wskazał czterech Wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu:

1) BBC Best Bulding Consultants sp. z o.o. sp. k.

2) Pas Projekt sp. z o.o.;

3) Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o.o.

4) PLUS3-ARCHITEKC sp. z o.o.

Zamawiający podniósł, że pismem datowanym z dnia 13 kwietnia 2023 r. (podpisanym w dniu 25 kwietnia 2023 r.) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wniosków wraz z załącznikami wszystkich Wykonawców. Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2023 r. za pośrednictwem Platformy przekazał wszystkie wnioski. W dniu 30 maja 2023 r. zostało przesłane do BBC Best Bulding Consultants sp. z o.o. sp. k. pismo zatytułowane Zaproszenie do dialogu, w którym Zamawiający poinformował, iż na etapie prowadzenia dialogu nie będzie wymagał przedkładania żadnych dokumentów podmiotowych, gdyż dokumenty te zostały sprawdzone przez Zamawiającego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto w zaproszeniu zostały wskazane bloki tematyczne, a także terminy następnych spotkań, w treści zostało wskazane na czterech Wykonawców. Tym samym Odwołujący powziął wiedzę o

dopuszczeniu wykonawcy Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o.o. już w dniu 30 maja 2023 r. a tym samym, iż złożone dokumenty podmiotowe tego wykonawcy w ocenie Zamawiającego nie budzą wątpliwości.

Następnie Zamawiający wskazał, że wykonawca Pracownia Architektonicznej Cz. i Cz. sp. z o.o. w załączniku numer 4a do OPIW z dnia 21 kwietnia 2023 r. wskazał numer pozwolenia na budowę nr RBDEC-1269/2020. W związku z tym, Zamawiający na tej podstawie uznał, iż Wykonawca wykonał należycie Wielobranżową dokumentację projektową budowlano-wykonawczą budynku biurowego w Katowicach przy ul. Chorzowskiej. Wykonawca poinformował dodatkowo, iż z uwagi na trwającą inwestycję i pełnienie w niej nadzoru autorskiego, były dokonane rewizje projektu budowlanego, wykonawczego o zmiany znaczące. Na podstawie tych zmian Wykonawca opracował dodatkowo zamienną dokumentację projektową na podstawie, której uzyskał zamienne pozwolenie na budowę nr RBDEC0870/2022. W konsekwencji powyższego, Zamawiający uznał, iż Wykonawca wykonał wielobranżową dokumentację projektową w 2020 roku. Zgodnie z Ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane zamienny projekt budowlany jest projektową dokumentacją, która przedstawia zamienne projektowe rozwiązania, w stosunku do zatwierdzonych rozwiązań pozwoleniem na budowę albo przyjętym zgłoszeniem. Zakres zmian m.in. w projektowanym zagospodarowaniu działki, rozwiązaniach konstrukcyjnych, architekturze budynku oraz instalacyjnych, poddany zostaje przez projektanta ocenie. W sytuacji, gdy zakres zmian zostanie oceniony jako znaczący, możliwość ich wprowadzenia na budowie wymaga przez Starostwo Powiatowe wykonania oraz zatwierdzenia projektu zamiennego. Ponadto, na etapie składania ofert Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o.o. przedstawiła jako załącznik do oferty decyzję nr RBDEC-1269/2020 z 08 września 2020 r. w zakresie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę (dot. budynku biurowego w Katowicach przy ul. Chorzowskiej). Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w Rozdziale XXII wskazał, iż na etapie składania ofert Zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem możliwości przewidzianych w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp. Już w piśmie z dnia 30 maja 2023 r. stanowiącym zaproszenie do dialogu zostało wskazane, iż po etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu każdy z czterech Wykonawców spełnił stawiane przez Zamawiającego warunki. Zamawiający na etapie składania ofert zażądał od każdego Wykonawcy oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, co Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o.o. przedłożyła jako załącznik nr 4 podpisany w dniu 16 listopada 2023 r. Jednocześnie, Zamawiający w wyniku

powyższych działań Pracowni Architektonicznej Cz. i Cz. sp. z o.o. nie powziął, żadnych wątpliwości w zakresie podmiotowych środków dowodowych co implikowało brak skorzystania z możliwości przewidzianych w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sprawie możemy zastosować per analogia orzecznictwo w zakresie aukcji elektronicznej, które jest proceduralnie tożsame z dialogiem konkurencyjnym, z którego wynika, że zarzuty Odwołującego we wskazanym w piśmie zakresie są spóźnione.

W odniesieniu do zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 3, art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Zamawiający podał, że w dniu 4 grudnia 2023 r. wykonawca Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o. o. przedstawił pismo zatytułowane „Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zastrzeżonych jako Tajemnica Przedsiębiorstwa składanych wraz z wyjaśnieniami dot. Rażąco niskiej ceny Wykonawcy.” Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o. o. objęła swoim wnioskiem:

1) listę płac;

2) korespondencję mailową oraz oświadczenia współpracowników;

3) wyjaśnienia we wskazanych częściach.

W uzasadnieniu prawnym, Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o. o. wskazała, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, przewiduje się, iż nie ujawnia się informacji tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. sp. z o. o. wskazała na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. sygn. akt II SA/Op 4/18: „Przesłanka formalna

wyraża się w zamanifestowaniu woli konkretnego przedsiębiorcy utajnienia danych informacji, poprzez podjęcie działań w celu zachowania ich poufności, zaś materialna związana jest z tym, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy powinny dotyczyć samego przedsiębiorcy i być tego rodzaju, że ich ujawnienie mogłoby mieć negatywny wpływ na jego sytuację ekonomiczną. Stosownie do tego przyjąć należy, że na tajemnice przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione. W podsumowaniu, wskazano, iż zostały spełnione wszystkie warunki niezbędne do uznania danych oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa za skutecznie zastrzeżone, a Wykonawca podjął stosowne działania w celu zachowania ich poufnego

charakteru, co oznacza, że zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżone informacje nie mogą zostać ujawnione.

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Pracowni Architektonicznej Cz. i Cz. sp. z o. o. nie budziły jakichkolwiek jego wątpliwości, ponadto Wykonawca spełnił wszystkie wymagania oraz odpowiednio oddzielił dokumentację podlegającą utajnieniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - na Wykonawcy ciąży prawny obowiązek wynikający z PZP - udowodnienia, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2023 r. sygn. KIO 869/23: Jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z. koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Na marginesie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania związku przyczynowo - skutkowego między wystąpieniem ewentualnej wady w postępowaniu a wyborem oferty Pracowni Architektonicznej Cz. i Cz. sp. z o.o.

Do pisma zostały załączone: pismo Odwołującego z 13 kwietnia 2023 r., informacja z otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 21 kwietnia 2023 r., pismo Zamawiającego z 30 maja 2023 r. zaproszenie do dialogu, potwierdzenie przesłania wniosków przez Platformę w 27 kwietnia 2023 r.

Wykonawca Pracownia Architektoniczna Cz. i Cz. Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania. W piśmie procesowym Przystępujący wniósł o:

1) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2-5 odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) lub art. 515 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z niedochowaniem przez Odwołującego ustawowego terminu na wniesienie odwołania;

2) oddalenia odwołania w zakresie zarzutów I oraz VI oraz z ostrożności procesowej na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do odrzucenia Odwołania, oddalenie Odwołania w całości z uwagi na bezzasadność zarzutów.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący cofnął zarzuty oznaczone powyżej numerami 1,3,4,5. W związku z tym postępowanie w zakresie tych zarzutów zostało

umorzone.

Izba stwierdziła, że zarzut nr 2 został zgłoszony z uchybieniem ustawowego terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

W zakresie tego zarzutu termin na wniesienie odwołania na zaniechanie wezwania Przystępującego, należy liczyć na podstawie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie w innych sprawach niż określone w ust. 1 i 2 ustawy Pzp. wnosi się, w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że czterech wykonawców złożyło wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym Odwołujący i Przystępujący. W dniu 25 kwietnia 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wniosków wszystkich wykonawców wraz z załącznikami. W dniu 27 kwietnia 2023 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiający przekazał wszystkie wnioski wraz z załącznikami Odwołującemu. W dniu 30 maja 2023 r. Zamawiający przesłał do wykonawców zaproszenie do dialogu, w którym poinformował m.in., że: na etapie prowadzenia dialogu nie będzie wymagał przedkładania żadnych dokumentów podmiotowych, gdyż dokumenty te zostały sprawdzone przez Zamawiającego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z tym należy uznać, iż Odwołujący 30 maja 2023 r. uzyskał informację o pozytywnej weryfikacji podmiotowej Przystępującego, przeprowadzonej przez Zamawiającego i to od tej daty, zważywszy na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, winien być liczony termin na zaskarżenie jej wyniku, w tym działań lub zaniechań Zamawiającego. Termin ten upłynął w dniu 9 czerwca 2023 r. W konsekwencji Odwołujący stracił prawo do zakwestionowania działań lub zaniechań Zamawiającego w tym zakresie, ponieważ ustawowy termin na wniesienie odwołania nie podlega przywróceniu.

W związku z powyższym odwołanie w zakresie dotyczącym podmiotowego badania wykonawcy, które zostało wniesione 8 stycznia 2024 r., jest spóźnione i w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W konsekwencji powyższego odwołanie podlegało rozpatrzeniu przez Izbę w zakresie zarzutu nr 6.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody załączone do złożonych w sprawie pism.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1 i ust. 3, art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawne utajnienie części wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w ramach procedury wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami, w tym uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wynika, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, przy czym załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 Pzp: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., 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

Powyższe wskazuje, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantująca jego transparentność, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą uwzględniać tę zasadę i liczyć się z tym, że składane przez nich dokumenty i przekazywane informacje mogą zostać

ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z przekazaniem tych informacji.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

W pierwszej kolejności zwrócenia uwagi wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano m.in.: Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy (…)

Wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, dla wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ww. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj., że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, że informacje te 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, jak też, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji w tym mających

charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną

wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna, np. może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Zastrzeżenie niejawności informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z czym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko oświadczenie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc nie wystarczy samo zadeklarowanie woli utrzymania przez zamawiającego w poufności określonych informacji, ale również wykazanie podstaw takiego oświadczenia.

Brak złożenia prawidłowego uzasadnienia lub złożenie nieprzekonującego uzasadnienia, jak też niezłożenie dostępnych dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności powinno skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeganych informacji.

Zamawiający jest zobowiązany do dokonania oceny czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym co do zasady postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dane informacje, mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawne.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc od tych spostrzeżeń na grunt analizowanego postępowania w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia Izby wymaga czy Zamawiający był uprawniony samodzielnie, bez uzewnętrznienia w tym zakresie woli Przystępującego, odmówić udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez tego wykonawcę.

W tym zakresie należy stwierdzić, że Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów zaniechał udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez Przystępującego.

Po pierwsze zwraca uwagę, że Zamawiający taką decyzję podjął bez wniosku Przystępującego, który nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa co do załącznika nr 13 do wyjaśnień ceny z 4 grudnia 2023 r., tj. 13. Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zastrzeżonych jako „Tajemnica Przedsiębiorstwa" składanych wraz z wyjaśnieniami dot. rażąco niskiej ceny wykonawcy. Tymczasem, jak wyżej wskazano, aby skorzystać z wyjątku od zasady jawności postepowania, to wykonawca winien wraz z przekazaniem informacji, zastrzec, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazać, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od tego zauważenia wymaga, że nawet gdyby Przystępujący zastrzegł także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do przekazywanych informacji, to nie mogłoby to zostać uznane za skuteczne. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji.

Nadto zwraca uwagę, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący w swoich pismach przytaczają fragmenty tego uzasadnienia, co potwierdza, że nie stanowi ono tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy treść uzasadnienia przekazanego przez Przystępującego stanowi podstawę do uznania, że skutecznie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wskazanych informacji.

W ocenie Izby analiza treści uzasadnienia wskazuje, że nie może być ono uznane za skuteczne wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa co do zastrzeżonych informacji. Uzasadnienie jest ogólnikowe, brak w nim wykazania łącznego spełniania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Przystępujący nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, nie odniósł się do wszystkich zastrzeganych informacji i nie wykazał w sposób spójny i przekonujący spełnienia co do nich przesłanek. Znaczącą część uzasadnienia stanowi treść przywołanych przepisów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwa dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W szczególności zawraca uwagę, ze Przystępujący zastrzegł listę płac, korespondencję mailową przed złożeniem oferty oraz oświadczenia współpracowników podpisane na potrzeby wyjaśnienia RNC, a także wyjaśnienia we wskazanych, wyodrębnionych miejscach, tj.

1) ceny zaoferowane za poszczególne etapy wykonania zamówienia,

2) ujęte w tabeli wyliczenie kosztów osobowych branży architektonicznej uwzględniającej wykonanie dokumentacji projektowej,

3) część pozycji tabeli zawierającej wycenę poszczególnych zakresów prac (w uzasadnieniu zaznaczonych kolorem czerwonym),

4) wyjaśnienie dotyczące przyjętych w tabeli kwot ze wskazaniem na jakiej podstawie zostały przyjęte.

W treści uzasadnienia Przystępujący nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do cen zaoferowanych za poszczególne etapy wykonania zamówienia, wyceny części zakresów prac, przyjętych w tabeli kwot.

W pkt 1 Przystępujący wskazał, że wartością gospodarczą wynikającą z utajnienia wynagrodzeń personelu oraz współpracowników jest oszczędność wynikająca z faktu, że stawki ustalone z pracownikami nie są jednolite, a ujawnienie stawek mogłoby skutkować dążeniem do wyrównania zarobków z najlepiej opłacanymi w danej branży, co podniosłoby koszty działalności Wykonawcy i zmniejszyło konkurencyjność.

Tymczasem zastrzeżenie dotyczyło wynagrodzeń stosownych przez Przystępującego, a nie innych stawek w branży, których poznanie mogłoby skutkować „dążeniem do wyrównania zarobków z najlepiej opłacanymi w danej branży", a w konsekwencji podniesienie kosztów działalności Wykonawcy.

Nadto wskazał, że ujawnienie wynagrodzeń personelu etatowego oraz współpracowników wpływa na ułatwienie konkurencji podkupowania pracowników Wykonawcy, co byłoby dla niego stratą, że stała współpraca z wybraną, wąską grupą współpracowników pozwala wynegocjować korzystniejsze koszty usług niż na ogólnych warunkach rynkowych. Przystępujący nie wykazał przy tym, że nie jest np. możliwe bądź utrudnione pozyskanie informacji o zarobkach jego pracowników. Nie wykazał, że sami pracownicy są zobowiązani do poufności w tym zakresie.

Przystępujący wskazał też, że nawet gdyby poznanie pojedynczej informacji nie doprowadziło do ujawnienia wrażliwych danych, to wszystkie zastrzeżone informacje jako zbiór danych pozwoliłby konkurentom zapoznanie się z istotnym obszarem działalności wykonawcy, co doprowadziłoby do osłabienia pozycji konkurencyjnej, nie podając o jaki obszar działalności chodzi i dlaczego jego poznanie miałoby dla niego nieść negatywne skutki.

W tym zakresie zwraca w szczególności uwagę, że zastrzeżona tabela wyliczenia kosztów osobowych wskazuje specjalistów i koszty ich zatrudnienia, nie zawiera ona danych osobowych, analogicznie jak załączona lista płac. Jednocześnie w jawnej części uzasadnienia Przystępujący podał, że koszty pracy pracowników etatowych są wyższe niż mediana wskazywana w raportach płacowych, w tym Ogólnopolskiego Badania Wynagrodzeń opracowanego przez Sedlak & Sedlak. Trudno zatem uznać, aby na skutek ujawnienia tych danych zaistniało wskazane przez Przystępującego ryzyko osłabienia jego pozycji konkurencyjnej.

W pkt 2, w odniesieniu do przesłanki dotyczącej tego, że informacje 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, Przystępujący przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Izby oraz wskazał, że zastrzegane informacje są dostępne wyłącznie dla limitowanej grupy osób wewnątrz organizacji Wykonawcy. Dostęp do informacji mają tylko upoważnieni pracownicy Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty w postępowaniu.

W tym zakresie zwraca uwagę w szczególności brak wskazania, dlaczego np. informacje zawarte w tabeli zawierającej koszty osobowe, w której - jak wyżej wskazano - nie ma danych osobowych a wskazane w niej wielkości wynagrodzeń specjalistów przekraczają te, które są ogólnodostępne, nie są znane lub nie mogą być łatwo dostępne dla podmiotów działających w danej branży, jak też, dlaczego ich ujawnienie miałoby wyrządzić szkodę Przystępującemu.

W pkt 3, w odniesieniu do przesłanki dotyczącej podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności, Przystępujący również przywołał fragment orzeczenia Izby i oświadczył, że podjął szereg działań w celu utrzymania wskazanych informacji w poufności.

Po pierwsze, wprowadził określone regulacje w postanowieniach umów o świadczenie usług. Z przytoczonego paragrafu wynika natomiast, że chodzi o informacje dotyczące poufności informacji dotyczących Zamawiającego i prowadzonej przez niego działalności oraz dotyczących jego klientów, wspólników Zamawiającego oraz ich podmiotów dominujących lub zależnych oraz spółek należącej do grupy. Nie ma w nim wyraźnego wskazania na zastrzeżone w postępowaniu informacje. Nadto nie wykazał, że w umowach o pracę istnieją odpowiednie klauzule, jak też, że obowiązują w jego przedsiębiorstwie np. stosowne procedury określające, że zastrzeżone obecnie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po drugie, wskazał, że każdy komputer posiada login i hasło. Tymczasem jest to zwykłą praktyką stosowaną przez przedsiębiorców nie tylko w odniesieniu do informacji poufnych.

Po trzecie, jest ograniczenie dostępu do dokumentów osobom niezwiązanym z niniejszym zamówieniem - dostęp mają tylko wspólnicy spółki oraz osoby dedykowane do danego projektu. Oznacza to zatem, że osoby dedykowane do projektu, a zatem nie tylko przygotowujące ofertę, znają pełną treść zastrzeganych informacji.

Po czwarte, wprowadzono zasadę używania służbowej poczty elektronicznej oraz służbowego sprzętu komputerowego i nośników danych wyłącznie do celów związanych z wykonywaniem zadań służbowych. Tymczasem jest to zwykłą praktyką. Trudno zatem uznać, że w szczególny sposób zabezpiecza poufność informacji. Brak jest wykazania, że zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, są szczególnie chronione.

Po piąte, dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są umieszczane w sieci lokalnej Wykonawcy z ograniczonym dostępem wyłącznie dla upoważnionych osób, żadne pliki zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są publikowane w Internecie. Nie jest wykazane, że nie są one udostępniane w inny sposób, np. w

innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że nie można uznać, że w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający zasadnie utajnił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przekazane przez Przystępującego, jak też, że wykonawca ten wykazał, iż poszczególne zastrzeżone przez niego w analizowanym postępowaniu informacje wypełniają łącznie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Formalny aspekt wydzielenia zastrzeganych treści wyjaśnień, jakkolwiek istotny, nie jest wystarczający do uznania, że nastąpiło wykazanie zasadności zastrzeżenia poufności poszczególnych informacji.

Ciężar wykazania konieczności udzielenia ochrony spoczywał na Przystępującym. Brak udźwignięcia tego ciężaru skutkuje koniecznością ujawnienia zastrzeganych informacji. Złożenie wyjaśnień ogólnikowych jest traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązkiem ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę informacji. Odtajnienie treści wyjaśnień jest bowiem istotną okolicznością faktyczną w procesie oceny prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, może to mieć wpływ na ostateczny wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia 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 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W analizowanej sprawie w zakresie zarzutu nr 6 stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem w tym zakresie odwołania, natomiast w zakresie zarzutu nr 2 wystąpiła podstawa odrzucenia odwołania. W związku z tym Zamawiający i Odwołujący ponoszą w koszty postępowania po 1/2 każdy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz pkt 3 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).

Przewodnicząca: .....