Sygn. akt: KIO 1470/23

WYROK
z dnia 7 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2023 r. przez Odwołującego –
GM ROADS sp. z o. o. z siedzibą w m. Cieśle w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Długołęka

przy udziale wykonawcy S.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane Hydro – Tap S.K. w miejscowości Wilczyce,zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu oznaczonego w uzasadnieniu odwołania jako zarzut nr 2 w związku z cofnięciem odwołania w przedmiotowym zakresie

2.Uwzględnia odwołanie w całości w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Długołęka unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku:

2.1uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji oraz dowodów przekazanych w odpowiedzi z dnia 5 kwietnia 2023 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę S.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane Hydro – Tap S.K. oraz

2.2wezwanie wykonawcy S.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane Hydro – Tap S.K. do uzupełnienia dokumentu pn. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ w formie i treści spełniającej wymagania określone w Rozdziale IX ust. 4 SWZ oraz art. 118 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

3.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,
3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 993 zł (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) stanowiącej równowartość kwoty wpisu oraz koszty wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w kwocie 393 zł (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt trzy złote).

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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 1470/23

Uzasadnienie

Gmina Długołęka (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym bez negocjacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem jest Przebudowa ul. Krótkiej z budową chodnika i kanalizacji deszczowej, przebudową oświetlenia, budową kanalizacji sanitarnej wraz z przebudową skrzyżowania ul. Zdrowej z ul. Agrestową w Kiełczowie, numer postępowania: ZP.271.7.2023.KM.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lutego 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00106013/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 24 maja 2023 r. wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Cieśle (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołania wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniach, polegających na:

a)wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Hydro-Tap S.K., ul. Borowa 101, 51-361 Wilczyce, dalej jako: „wykonawca Hydro-Tap”;

b)zaniechaniu odtajnienia pełnej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Hydro-Tap, a dotyczących ceny oferty tego wykonawcy, ewentualnie – zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Hydro-Tap, jako zawierającej rażąco niską cenę;

c)zaniechaniu wezwania wykonawcy Hydro-Tap do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści oferty, w zakresie dotyczącym ustalenia zakresu prac, które będą realizowane przez podmiot udostępniający swój potencjał wykonawcy Hydro-Tap;

d)nieprawidłowym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Hydro-Tap w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów.

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: Uznk) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodtajnienie pełnej treści wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap wraz z załącznikami, pomimo, że wykonawca Hydro-Tap nie wykazał zasadności zastrzeżenia całości ani części dokumentacji składającej się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co tym samym doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający prowadzi postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i z pominięciem zasady przejrzystości i pisemności postępowania (brak uzasadnienia do czynności utajnienia). W konsekwencji Zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem pomimo nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwił innym uczestnikom Postępowania weryfikacji prawidłowości oceny wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap i tym samym Zamawiający uniemożliwił weryfikację dokonania prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
ewentualnie do zarzutu nr 1 – z daleko posuniętej ostrożności:
2. art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy Hydro-Tap powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę Hydro-Tap wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie wykonawcy Hydro-Tap ceny lub kosztu, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Hydro-Tap i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty tego Wykonawcy;
3. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Hydro-Tap do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści złożonej oferty celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (rozdziale VI SWZ) oraz w związku z brakiem przedstawienia Zamawiającemu informacji jakie roboty budowlane, które odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu będzie realizował WODROMEL M.S. UL. KŁOKOCZYCKA 148, 51-376 WROCŁAW (da „WODROMEL") w ramach udostępnionego potencjału. Zgodnie treścią oświadczenia WODROMEL udostępniającego swój potencjał wykonawcy Hydro-Tap złożonym na formularzu, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ – WODROMEL nie podał odpowiedzi na pytanie nr 3) tj. „będę realizował roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, na których polega Wykonawca, tj.", bowiem zamiast wskazać roboty budowlane podał nazwę wykonawcy Hydro-Tap. Sytuacja ta doprowadziła do przedwczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec uprzedniego braku pozyskania przez Zamawiającego wiedzy w wymaganym, zgodnie z treścią pkt 3) załącznika nr 4 do SWZ, zakresie. Tym samym Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Wykonawcy Hydro-Tap pomimo braku uzyskania pewności, co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę Hydro-Tap, czym jednocześnie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty wykonawcy Hydro-Tap jako zawierającej rażąco niską cenę;
3. nakazanie zamawiającemu odtajnienie pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami, złożonych przez wykonawcę Hydro-Tap, a dotyczących ceny oferty tego wykonawcy,
4. wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści oferty w zakresie wyraźnego wskazania w jakim zakresie wykonawca Hydro-Tap, korzystać będzie z potencjału podmiotu trzeciego podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, (w nawiązaniu do zasad, wynikających z art. 505 ust. 1 p.z.p.) interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem złożył ważną ofertę w Postępowaniu i w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Hydro-Tap lub prawidłowego przeprowadzenia oceny ofert, oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

W uzasadnieniu dwóch pierwszych zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 31 marca 2023 r. wezwał wykonawcę Hydro-Tap do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu i jej istotnych części składowych, gdyż że zaoferowana przez tego wykonawcę cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (cena w wysokości 5 539 314,67 zł brutto wskazana w ofercie wykonawcy Hydro-Tap jest niższa o 35,11 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, tj. 8 536 297,28 zł brutto). Z uwagi na powyższe, Zamawiający żądał w szczególności wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, przedstawienia kalkulacji ceny jednostkowej dla poniższych pozycji kosztorysowych:

I – kosztorys ofertowy: „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kiełczów ul. Wrocławska, Krótka, Dębowa - zadanie I - etap 1 sieć"

IV – kosztorys ofertowy: „Przebudowa odcinków drogi ul. Krótkiej wraz z budowa odcinka chodnika i kanalizacji deszczowej (w tym zarurowanie istniejącego rowu) oraz przebudowa kolidującego oświetlenia w miejscowości Kiełczów"

VII – kosztorys ofertowy: „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kiełczów ul. Wrocławska, Krótka, Dębowa - zadanie I - etap 1 sieć - modernizacja przepompowni PS 5, PG 2"

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na złożony wniosek nie udostępnił Odwołującemu odpowiedzi wykonawcy Hydro-Tap na powyższe wezwanie tj. wyjaśnień wykonawcy Hydro-Tap dot. ceny oferty wraz z załącznikami. Jedyne co zostało przekazane przez Zamawiającego to treść wezwania oraz treść dokumentu stanowiącego oświadczenie wykonawcy Hydro-Tap o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści wyjaśnień dot. ceny oferty tego wykonawcy wraz z załącznikami. Odwołujący podniósł, że z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie sporządził na piśmie informacji o wynikach badania treści oświadczenia wykonawcy Hydro-Tap o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści złożonych przez niego wyjaśnień dot. ceny oferty tego wykonawcy wraz z załącznikami, zatem należy przyjąć, że Zamawiający w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego nie jest wiadome w oparciu o jaki proces myślowy Zamawiający przyjął, że złożone przez wykonawcę Hydro-Tap wyjaśnienia zostały skutecznie utajnione, ponieważ Zamawiający nie uzasadnił tej czynności na piśmie, czym naruszył zasadę pisemności postępowania. Już sama ta sytuacja stanowi w ocenie Odwołującego także o naruszeniu zasady przejrzystości prowadzenia postępowania przez Zamawiającego, bowiem uniemożliwia ustalenie dlaczego Zamawiający dokonał tej czynności. Sytuacja ta powoduje, że dopiero po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nieudostępnieniu treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Hydro-Tap Odwołujący mógł powziąć informację, że Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie określonym oświadczeniem wykonawcy Hydro-Tap z dnia
5 kwietnia 2023 r., trudno jednak ustalić na podstawie jakich argumentów Zamawiający uznał za prawidłowe i skuteczne objęcie tajemnicą całej treści wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy
Hydro-Tap wraz z Załącznikami.
Odwołujący w tym miejscu wskazał, że treść oświadczenia o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap wraz z załącznikami, została nieprawidłowo oceniona przez Zamawiającego i nieprawidłowo uznana za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe wynika wprost z treści tego dokumentu datowanego na 5 kwietnia 2023 r. i złożonego przez wykonawcę Hydro-Tap.
Zdaniem Odwołującego zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać," iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, Zamawiający w ocenie Odwołującego nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia wykonawcy Hydro-Tap, bowiem wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał, iż treść jego wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.
Odwołujący podkreślił, że w świetle art. 11 ust. 2 ustawy 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. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.
Zgodnie z przywołanym przez Odwołującego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.07.2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): „*Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*" oraz „*Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu*". W konsekwencji Odwołujący twierdzi, że wykonawca Hydro-Tap nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą, gdyż wykonawca ten przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W omawianym stanie faktycznym wykonawca Hydro-Tap zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, którego zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawca Hydro-Tap zaniechał zdaniem Odwołującego wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.
Ponadto Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano skutecznie (nie poparto dowodami), jakie środki zostały przez wykonawcę Hydro-Tap podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji/dokumentów. W szczególności nie wskazano, jakie grono osób spośród pracowników/współpracowników wykonawcy ma lub miało dostęp do informacji/dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz, w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji.
W ocenie Odwołującego wartość gospodarcza zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji

tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. Tym samym, informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Ponadto Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowić mają tajemnicę przedsiębiorstwa i skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Zamawiający powinien także zdaniem Odwołującego na piśmie poinformować wykonawcę o wynikach badania zasadności i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – czego Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu zaniechał.

W związku z powyższym, Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Hydro-Tap dokumentów/informacji jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący twierdzi, że wykazane powyżej naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ istnieje duże prawdopodobieństwo, że weryfikacja treści złożonych przez Wykonawcę Hydro-Tap wyjaśnień wskazuje, że oferta wykonawcy Hydro-Tap zawiera rażąco niską cenę i jako taka powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący przypomniał rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie
C-54/21 stwierdził, że celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne. Z kolei w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sąd Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. De lege lata przepis art. 18 ust. 3 ustawy pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, których wykonawca Hydro-Tap nie wykazał. Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek "wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku "udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 ustawy pzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp]. Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK, czyli że te informacje: po pierwsze - mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie - że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności – i co więcej te wszystkie okoliczności powinny być wykazane, natomiast wykonawca Hydro – Tap nie wykazał, że zawarte w jego wyjaśnieniach informacje mają taki charakter.
Powyższe zdaniem Odwołującego doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający prowadzi postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i z pominięciem zasady przejrzystości. W konsekwencji Zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem pomimo nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwił innym uczestnikom Postępowania weryfikację prawidłowości oceny wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap i tym samym Zamawiający uniemożliwił weryfikację dokonania prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że zdaje sobie sprawę, że przedmiotowy zarzut może być uznany za przedwczesny w obliczu braku ujawnienia treści samych wyjaśnień ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap wraz z załącznikami, jednak z daleko posuniętej ostrożności procesowej podjął decyzję, by go podnieść. Gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, zawierać uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające, ustawodawca przesądził bowiem, że muszą być one poparte dowodami, zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze. Hydro-Top złożył wyjaśnienia, jednak z wyjaśnień tych nie wynika, że cena zaoferowana przez niego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Pomimo to, Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wyczerpujące i dokonał wyboru oferty Hydro -Tap jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, czym naruszył art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy pzp w związku z art. 239 ustawy pzp.
Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy

ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia (Wyrok KIO z dnia 9.11.2021 r. sygn. KIO 3070/21), a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Hydro- Tap takie w ocenie Odwołującego nie są.
Ponadto opisane uchybienia w zakresie wyjaśnień nie pozwalają zdaniem Odwołującego na prawidłową weryfikację oferty. Wyjaśnienia nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych w wezwaniu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazał,
iż oczekuje nie tylko udzielenia wyjaśnień ale też złożenia dowodów. Wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzeń i nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu
i w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.
W konsekwencji działanie Zamawiającego narusza także art. 239 ustawy pzp oraz 16 ustawy pzp, gdyż doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas oceny ofert oraz doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu.
W uzasadnieniu zarzutu opisanego w pkt 3 odwołania Odwołujący wskazał, że wykonawca Hydro-Tap z pewnością samodzielnie nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, ponieważ złożył wraz z ofertą załącznik nr 4 do SWZ – tj. „*Zobowiązanie Podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia*". Zobowiązanie Podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia podpisane zostało przez WODROMEL M.S. UL KŁOKOCZYCKA 148, 51-376 WROCŁAW (dalej: „WODROMEL"). Zgodnie treścią oświadczenia WODROMEL nie po w treści tego zobowiązania odpowiedzi na pytanie nr 3) tj. „*będę realizował roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, na których polega Wykonawca, tj.",* bowiem zamiast wskazać roboty budowlane podał nazwę wykonawcy Hydro-Tap. Sytuacja ta doprowadziła do przedwczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec uprzedniego braku pozyskania przez Zamawiającego wiedzy w wymaganym zakresie, zgodnie z treścią pkt 3) załącznika nr 4 do SWZ.
Odwołujący wskazuje, że przepis art. 128 ust. 1 pzp nie dotyczy uzupełniania czy poprawiania treści oferty złożonej przez wykonawcę w zakresie jej przedmiotu, stanowiącego element przedmiotowo istotny oferty. Potwierdza to m.in. stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 28.09.2021 r., KIO 2377/21. Zdaniem KIO nie jest bowiem dopuszczalne uzupełnianie treści oferty po upływie terminu składania ofert. 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. Ponieważ z przedstawionej dokumentacji przez wykonawcę Hydro-Tap i podmiot udostępniający mu swój potencjał nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zasadnym jest uznanie, że konieczne jest wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.
W związku z powyższym Zamawiający powinien powziąć co najmniej wątpliwości co do spełnienia warunków udziału przez Hydro-Tap, ewentualnie wezwać Wykonawcę Hydro-Tap do wyjaśnień w zakresie treści pkt 3) załącznika nr 4 do SWZ. Dowody przedstawione przez wykonawcę nie mogą świadczyć w najmniejszym stopniu o braku realnego wykonania części/całości robót budowlanych czy czynności objętych tymi robotami w kontekście zakresu korzystania z potencjału podmiotu trzeciego na potrzeby spełnienia warunków udziału w postawionych w rozdziale VI SWZ Postępowania.
W ocenie Odwołującego dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo ww stanu faktycznego i prawnego stanowi naruszenie art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp, bowiem pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty spełniające warunku udziału w Postępowaniu zostali bezprawnie pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia w wyniku przedwczesnego dokonania wyboru oferty Hydro-Tap.

W dniu 5 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie datowana na 31 maja 2023 r., w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko na poparcie ww. wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę S.K prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane Hydro – Tap S.K. w miejscowości Wilczyce (dalej „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut określony w treści odwołania jako zarzut nr 2.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa ul. Krótkiej z budową chodnika i kanalizacji deszczowej, przebudową oświetlenia, budową kanalizacji sanitarnej wraz z przebudową skrzyżowania ul. Zdrowej z ul. Agrestową w Kiełczowie, numer postępowania: ZP.271.7.2023.KM).

W toku postępowania oferty złożyło czterech wykonawców:

1. Wykonawca PB HAUS SP. Z O.O. SP. K., ul. Wilkowicka 47, 64-100 Leszno, cena 6 799 371,52 PLN.
2. Odwołujący – GM ROADS POLSKA SP. Z O.O., Cieśle 44, 56-400 Cieśle, cena 6 797 717,39 PLN.
3. Przystępujący – S.K.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Hydro-Tap S.K., ul. Borowa, 101, 51-361 Wilczyce, cena 5 588 529,50 PLN.
4. "BICKHARDT BAU POLSKA" SP. Z O.O., ul. Eugeniusza Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice, cena

kosztu.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX SWZ:

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, ***zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby*** *do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów –* ***zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ.***

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ww. ust. 3 winno potwierdzać, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz winien określać w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Przystępujący do oferty dołączył załącznik nr 4 do SWZ zatytułowany*Zobowiązanie Podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia*, złożone przez podmiot Wodromel M.S. ul. Kłokoczycka 148,
51-376 Wrocław o następującej treści

Zobowiązuję się do oddania na potrzeby wykonania zamówienia n/w zasobów:

określenie dostępnych dla Wykonawcy zasobów Podmiotu udostępniającego zasoby (wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, potencjał kadrowy, potencjał ekonomiczny lub finansowy): WIEDZA I DOŚWIADCZENIE, POTENCJA TECHNICZNY, POTENCJAŁ KADROWY - KIEROWNIK BUDOWY - Maciej Krzysztof Żak uprawnienia budowla specjalności: drogowej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń nr uprawnień: 305/DOŚ/12, data wydania: 17.12.2012r.
do dyspozycji Wykonawcy

nazwa Wykonawcy: PRZEDSIĘBIORSTWO INŻYNIERYJNO BUDOWLANE HYDRO-TAP S.K., 5 WROCŁAW ul. BOROWA 101 NIP: 911 001 57 40

przy wykonywaniu zamówienia pn. Przebudowa ul. Krótkiej z budową chodnika i kanalizacji deszczowej, przebudową oświetlenia, budową kanalizacji sanitarnej wraz z przebudową skrzyżowania ul. Zdrowej z ul. Agrestową w Kiełczowie [ZP.271.7.2023.KM] i oświadczam, iż:

1)udostępniam Wykonawcy zasoby w następującym zakresie:

robót drogowych, nawierzchniowych, przebudowy oświetlenia, ciągów komunikacyjnych i linii

energetycznych

2) sposób i okres wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasób będzie następujący:

Podwykonawstwo oraz kierownictwo budowy w okresie niezbędnym do wykonania zadania

3) będę realizował roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące

się do warunków udziału w postępowaniu, na których polega Wykonawca, tj.

PRZEDSIĘBIORSTWO INŻYNIERYJNO BUDOWLANE HYDRO-TAP S.K., 51-361 WROCŁAW ul. BOR 101

Zamawiający w dniu 31 marca 2023 r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu i jej istotnych części składowych. Przystępujący w odpowiedzi z dnia 5 kwietnia 2023 r. udzielił odpowiedzi na ww. pismo wyjaśniając czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny oraz przedstawiając dowody na poparcie przedstawionych wyjaśnień. Jednocześnie Przystępujący przesłał oświadczenie, w którym wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących dokumentach:

1) pismo z wyjaśnieniami zaoferowanej ceny w zakresie wyjaśnień kalkulacji ceny jednostkowej dla wskazanych w piśmie Zamawiającego z 31.03.2023 r. pozycji kosztorysowych oraz w zakresie wyjaśnienia kosztów pracy zawarte na stronach od 4 do 8 tego pisma,

2) wszystkie dowody odnoszące się do wyjaśnień kalkulacji ceny jednostkowej oraz kosztów pracy wskazane i załączone do pisma z wyjaśnieniami.

W treści oświadczenia Przystępujący przywołał poglądy doktryny oraz orzecznictwa odnośnie charakteru informacji, którym można nadać walor poufności w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w sekcji zatytułowanej: *Niejawność informacji i działania podjęte w celu utrzymania ich w poufności* Przystępujący wskazał:

13. Żadna z zastrzeżonych niniejszym pismem informacji nie jest znana ogółowi (nie została ujawniona do wiadomości publicznej) lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane posiadaniem takich danych, w szczególności przedsiębiorcom konkurencyjnym.

14. Wykonawca Hydro-Tap składając niniejsze oświadczenie wyraźnie wyraża swoją wolę utrzymania tych wiadomości w tajemnicy. Dzięki temu mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

15. Charakter taki dodatkowo informacje te uzyskały również w wyniku podjęcia przez Hydro-Tap niezbędnych działań wewnętrznych w celu utrzymania ich w poufności. Wie o nich tylko ograniczone grono osób – właściciel i nieliczni pracownicy zatrudnieni na najwyższych w firmie stanowiskach, którym przedsiębiorca powierza informacje i wspólnie z

nimi ustala działania mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego, należyte jego wykonanie i osiągniecie zysku pozwalającego na dalsze funkcjonowanie i rozwój przedsiębiorstwa. Grono to z natury rzeczy (właściciel) jaki i etyki zawodowej oraz podjętych wobec przedsiębiorcy zobowiązań (4 pracowników) ma powinność zachowania tajemnicy w tej sprawie. Zabezpiecza to chronione informacje przed ich przedostaniem się (w normalnym toku zdarzeń) do wiadomości osób trzecich w taki sposób, że nie mogą ich one uzyskać zwykłą i dozwoloną drogą.

16. Dzięki temu wszystkie istotne czynniki cenotwórcze są objęte tajemnicą handlową, która jest dostępna tylko ograniczonej liczbie osób w przedsiębiorstwie (maksymalnie 5 osób). Także wszelkie spotkania mające na celu kalkulowanie oferowanych cen odbywają się bez udziału osób postronnych.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 23 maja 2023 r. o udostępnienie dokumentacji postępowania Zamawiający przesłał Odwołującemu wyłącznie część wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez Przystępującego, informując jednocześnie dnia 26 maja 2023 r., że pozostałe strony wyjaśnień Przystępującego tj. 4-8 oraz dowody załączone do wyjaśnień zostały zastrzeżone, o czym mowa w oświadczeniu Przystępującego z dnia 5 maja 2023 r.

Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 19 maja 2023 roku, kiedy to Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
w której wskazano, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu i uzyskała największą ilość punktów obliczoną na podstawie kryteriów oceny ofert, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu
z postępowania i spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu wymagane przez Zamawiającego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny".

Art. 18 ust. 3 Pzp - *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. poz. 1233), 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. 11 ust. 2. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
(Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) – *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*.

Art. 128 ust. 1 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.

Art. 128 ust. 4 pzp – *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 239 ust. 1 pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie– mając na uwadze sposób w jaki Przystępujący w swoim oświadczeniu wykazywał spełnienie przesłanek dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – Zamawiający nie mógł przyjąć, iż zachodzi podstawa dla wyłączenia zasady jawności w postępowaniu. W tej materii na uwagę zasługują argumenty zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.02.2022 r., sygn. XXIII Zs 133/21, w których podnoszone jest, iż wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania, czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ZNKU 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.

Zgodnie z art. 16 PrZamPubl Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 PrZamPubl ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia".

Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ZNKU. Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje, w ocenie Izby, ograniczenia również w świetle art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE") z dnia 17 listopada 2022 r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które jedynie wskazało na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ZNKU, lecz również innych które mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji, jeszcze raz Izba podkreśla, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 Pzp, czyli wymogu „wykazania" przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna"), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne", o ile „nie przewidziano inaczej (…) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji". Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „*W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter*".

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostał obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle ZNKU oraz szerzej pojmowanej tajemnicy, do której referuje art. 21 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zaś Zamawiający niesłusznie uznał samo oświadczenie Przystępującego za wystarczające do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, swoją decyzję w tym zakresie oparł o stwierdzenie, że *z doświadczenia życiowego wynika, iż informacje, które przekazał Wykonawca Hydro – Tap nie są powszechnie znane i nie ma do nich wolnego dostępu, który umożliwiałby zasięgnięcie tych informacji przez podmioty trzecie.* Powyższe stoi w oczywistej opozycji wobec treści przywołanych powyżej przepisów oraz orzecznictwa, wymagających wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (tak Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku z z dnia 27 marca 2023 r., KIO 674/23). Ograniczenie podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu, w tym zasady jawności, nie może opierać się na tak subiektywnym i niejasnym kryterium jak doświadczenie życiowe, lecz musi mieć podstawę w konkretnych, weryfikowalnych okolicznościach i przedstawionych na ich poparcie dowodach. W przedmiotowym stanie faktycznym takie okoliczności oraz dowody nie zostały przedstawione, tak przez Zamawiającego jak i Przystępującego. Jak bowiem wielokrotnie wskazywała Izba

W ocenie Izby również sama treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest w wysokim stopniu ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą Przystępującego) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i bez wykazania choćby tego, na czym miałaby polegać strata grożąca Odwołującemu w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, jak wskazano już wyżej, nie stanowią „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 pzp.

Za błędne należy uznać stanowisko jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazania pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ZNKU. Co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie wartości gospodarczej może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może zostać też zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Nie jest istotne czy wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. O ile w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji mogłoby wystarczyć ogólne uzasadnienie odwołujące się do podstawowych zasad, o tyle już w przypadku uznania zastrzeżenia za skuteczne, uzasadnienie to powinno zawierać szczegółowe i drobiazgowe wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne.

Tymczasem treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiona przez Przystępującego sprowadza się w tym zakresie wyłącznie do stwierdzenia, że informacje zawarte w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dołączonych stanowią dla tego podmiotu istotną wartość gospodarczą, bez najmniejszej próby choćby dookreślenia tej wartości lub podstaw jej ustalenia. W tym zakresie gołosłowne zapewnienia ze strony Przystępującego, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący nie wykazał poza słownymi zapewnieniami za pomocą jakichkolwiek dowodów czy choćby rozbudowanej argumentacji, że ujawnienie kalkulacji ceny jednostkowej, źródeł zaopatrzenia sposób pozyskiwania i wykorzystywania zasobów technicznych oraz stosowane przez niego metody działania przy ich eksploatowaniu i realizacji robót budowlanych, a także kosztach pracy spowodowałyby straty związane z ich ujawnieniem. Za uzasadnienie taki nie mogą być uznane stwierdzenia, że dane te umożliwiają mu konkurowanie na rynku i mają istotny wpływ na jego pozycję rynkową, a także mają duży wpływ na sposób kalkulacji cen przez Przystępującego i dają mu możliwość ofertowania korzystnych cen w postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego, w sytuacji gdy Przystępujący w tym zakresie poza ich podniesieniem nie przedstawił szczegółowych i drobiazgowych wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne czy też jakichkolwiek dokumentów na wykazanie stawianej tezy.

Analogicznie Przystępujący nie przedstawił również żadnych dokumentów potwierdzających podjęcie jakichkolwiek działań zmierzających do zachowania informacji w poufności, co stanowi drugą z obligatoryjnych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw w świetle art. 11 ust. 2 UZNK. O charakterze informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa nie przesądza wbrew twierdzeniom Przystępującego sam fakt, że dana informacja nie była podana uprzednio do publicznej wiadomości. Istotne w tym zakresie są działania jakie uprawniony (w tym wypadku Przystępujący) podjął w celu utrzymania ich w poufności. Również w tym zakresie Przystępujący pozostał na przedstawieniu zapewnień, że podejmuje zintensyfikowane i permanentne działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich, jednak nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby przedstawiane twierdzenia. Co więcej, w toku postępowania odwoławczego Przystępujący potwierdził, że nie dysponuje jakimikolwiek dokumentami potwierdzającymi podjęcie takich działań z uwagi na charakterystykę formy prowadzenia przez niego działalności tj., jako przedsiębiorstwo rodzinne i wobec takiego charakteru działalności nie sporządzał regulaminów, kodeksów czy jakichkolwiek innych dokumentów, które zobowiązywałyby krąg osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji do zachowania ich w tajemnicy. W świetle powyższego należy podkreślić, że zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców każdy podmiot biorący udział w postępowania ma jednakowe prawa i obowiązki w jego toku. Charakter danego wykonawcy natomiast w żaden sposób nie zwalnia z zobowiązań które ustawa nakłada na wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu. Tym samym podnoszony przez Przystępującego (jednakowoż również w żaden sposób nie udowodniony czy uprawdopodobniony) status przedsiębiorstwa rodzinnego o małej skali działalności, nie zwalniał tego podmiotu z wykazania podjęcia działań w celu zachowania w poufności informacji, które miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu. Izba nie zgadza się w tym zakresie – również w świetle wcześniejszych uwag dotyczących konieczności wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle ZNKU – ze stanowiskiem Zamawiającego, który uznał, że*kierując się logiką i doświadczeniem życiowym, iż w tego typu przedsiębiorstwach, prowadzonych jednoosobowo, nie sposób wymagać, aby wprowadzane były szczególne regulaminy dotyczące zasad dochowania poufności jakich można się spodziewać w przedsiębiorstwach z bardzo dużą strukturą organizacyjną czyli tzw. korporacjach.* Oczywistym jest, że podmioty o odmiennej strukturze i skali działalności podejmują różne, odpowiednio dostosowane działania organizacyjne, w tym również w celu ochrony informacji. Nie oznacza to jednak dopuszczalności zwolnienia jakiegokolwiek podmiotu publicznego z obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku gdy podmiot chce danej informacji nadać taki charakter. Zasada ta ma szczególne znaczenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasad w nich obowiązujących. Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się zatem z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, wobec braku przedłożenia przez Przystępującego – poza oświadczeniem własnym – jakichkolwiek dowodów czy szczegółowych wyjaśnień i argumentów na potwierdzenie podjęcia działań zmierzających do zachowania zastrzeganych informacji w poufności, należy jednoznacznie stwierdzić, że Przystępujący wyżej opisanemu obowiązkowi nie sprostał. Wymóg wykazania wraz z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwolnienia z tego obowiązku nie stanowi również przywoływany przez Zamawiającego fakt, że ustawodawca nie wskazał jakie konkretnie czynności ma podjąć Wykonawca w celu utrzymania w tajemnicy danej informacji. Nie świadczy o nim również przywoływane przez Zamawiającego orzecznictwo sądów administracyjnych. Wskazuje ono bowiem jednoznacznie na konieczność podjęcia przez podmiot chcący zachować poufność informacji działań czy czynności w tym celu. Tymczasem jak wynika ze zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, podjęcie takich działań nie zostało choćby uprawdopodobnione czy tym bardziej wykazane, jak wymaga tego wprost art. 18 ust. 3 pzp.

Wobec powyższego potwierdził się postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp i tym samym zarzut ten podlegał uwzględnieniu.

Uwzględnieniu podlegał również drugi z zarzutów rozpatrywanych merytorycznie w toku rozprawy tj. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp. Jak wynika z jednoznacznych postanowień SWZ, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie to w świetle zapisów Rozdziału IX ust. 4 SWZ (stanowiącego*de facto* przeniesienie do SWZ normy zawartej w art. 118 ust. 4 Pzp) winno potwierdzać, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz winien określać w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w

odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby winno określać trzy kategorie informacji wskazane w treści SWZ. Tymczasem w przedłożonym wraz z ofertą Przystępującego zobowiązaniu podmiotu Wodromel M.S. ul. Kłokoczycka 148, 51-376 Wrocław nie została określona informacja wskazana w Rozdziale IX ust. 4 pkt 3 SWZ.

Zgodnie z art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, podmiot trzeci oprócz zakresu dostępnych mu zasobów, powinien określić, czy i w jakim zakresie zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Są to dwa osobne oświadczenia – oświadczenie wiedzy o zakresie posiadanych zasobów i oświadczenie woli wskazujące na zakres robót, które mają być przez podmiot trzeci zrealizowane. Brak oświadczenia w opisanym powyżej zakresie należy tym samym uznać za wadę tak złożonego oświadczenia, gdyż jego treść nie wskazuje na zakres robót, które mają być przez podmiot trzeci zrealizowane. Nie można w świetle powyższego zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że treść tego dokumentu należy analizować całościowo, zaś wezwanie do uzupełnienia lub wyjaśnień w tym zakresie traktować jako nadmierny formalizm. Izba pragnie wskazać na istotność rzeczonego dokumentu, tak w kontekście oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jak również solidarnej odpowiedzialności podmiotu udostępniającego zasoby wynikającej z art. 120 Pzp. Z tego względu treść oświadczenia zawartego w tym dokumencie musi być jednoznaczna, zaś zobowiązanie podmiotu udostępniającego odnośnie zakresu w jakim zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których udostępniane zdolności dotyczą, nie może być interpretowane czy wnioskowane z pozostałej treści musi być wprost wskazane przez taki podmiot. Wobec zaistnienia braku w zakresie informacja wskazana w Rozdziale IX ust. 4 pkt 3 SWZ w złożonym przez Przystępującego zobowiązaniu podmiotu trzeciego, Zamawiający zobowiązany był wezwać Przystępującego do jego uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 czego Zamawiający zaniechał. Tym samym potwierdził się zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym ustalenia zakresu prac, które będą realizowane przez podmiot udostępniający swój potencjał Przystępującemu, zaś rzeczone oświadczenie winno podlegać procedurze uzupełnienia opisanej w art. 128 ust. 1 Pzp w przypadku, gdy w toku ponownego badania i oceny ofert, oferta Przystępującego stanowiłaby ofertę najwyżej ocenioną.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 oraz § 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). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu w celu dostarczenia dokumentacji postępowania do Krajowej Izby Odwoławczej na kwotę 415,40 zł, z uwagi na fakt, że koszty te nie mieszczą się w kategoriach kosztów określonych w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: ……