

Sygn. akt: KIO 656/21

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 155 (02-326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Fabrykę Pełną Życia Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Kościuszki 3/101 (41-300 Dąbrowa Górnicza)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Demiurg Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Górniczej 2/143A (60-107 Poznań Suwałki) oraz Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Swojskiej 21A (60-592 Poznań), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) w zakresie odnoszącym się do przedłożenia przez wykonawcę wybranego w postępowaniu przetargowym informacji z Krajowego Rejestru Karnego z powodu cofnięcia zarzutu w przedmiotowym zakresie.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Demiurg Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Fabrykę Pełną Życia Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika tego wykonawcy w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy);

3.2. zasądza od zamawiającego Fabryki Pełnej Życia Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na rzecz wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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:

Uzasadnienie

Fabryka Pełna Życia Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla pierwszego etapu realizacji inwestycji pn.: „Fabryka Pełna Życia - nowe centrum Dąbrowy Górniczej w rejonie ulic: Kościuszki, Kolejowej i Konopnickiej”* (oznaczone numerem: ZP/07/2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2020 r., pod numerem 2020/S 187-450907.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 1 marca 2021 r. wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm Demiurg Sp. z o.o. Sp.k oraz Home of Houses Sp z o.o. (zwanym dalej jako: „Demiurg”);
- zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy DEMIURG, pomimo iż DEMIURG przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;
- zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez DEMIURG jako niejawnych:

a) pisma DEMIURG (data nieznana) wraz z załącznikami (zwanego dalej: „Wyjaśnieniami RNC”);

b) pisma DEMIURG w zakresie uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (zwanego dalej „Uzasadnieniem Tajemnicy”);

Pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone;

- z ostrożności procesowej - zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty DEMIURG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a DEMIURG nie złożyło odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechaniu wykluczenia DEMIURG z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
- wyborze i zaniechaniu odrzucenia oferty DEMIURG mimo, iż ta posiadała rażąco niską cenę;
- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) niezgodną z przepisami Pzp czynność polegającą na wyborze oferty DEMIURG jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) naruszenie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy DEMIURG, pomimo iż DEMIURG przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu: Wyjaśnień RNC i Uzasadnienia Tajemnicy;
- 4) z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wcześniejszego - naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i w związku z art. 90 ust. 1 - 3 Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty DEMIURG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez DEMIURG i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp (oraz inne wymienione w opisie), przez brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnych osób oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego oraz brak posiadania niezbędnych referencji;
- 6) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów Pzp).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert;
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenie z postępowania wykonawcy DEMIURG;
- odrzucenia oferty DEMIURG;
- dokonanie ponownej oceny ofert;
- wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert poprzedzony wezwaniem do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust.2 Pzp;
- odtajnienia i udostępnienia informacji wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Dodał przy tym, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu. Ponadto w wyniku ww. naruszeń przepisów Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu dla zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy DEMIURG, pomimo iż DEMIURG przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, odwołujący wskazał, że DEMIURG w załączniku formularz 3 do SIWZ” w pozycji Projektant branży telekomunikacyjnej oświadczył, iż pan P.L. posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Jak wyjaśnił odwołujący, zamawiający w punkcie 5 SIWZ opisał warunki udziału w postępowaniu. Odpowiednio w punktach 5.1.3.A, 5.1.3.A.2, 5.1.3.A.3 zamawiający przedstawił wymagania dla projektanta branży telekomunikacyjnej. Zamawiający przedstawił wymaganiami w zakresie projektanta sprawdzającego (5.1.3.A.2) który musiał mieć uprawnienia bez ograniczeń. W punkcie 5.1.3.A. Zamawiający jasno wskazał że osoby wskazane przez DEMIURG (w załączniku nr 3) do realizacji zamówienia winny posiadać uprawnienia bez ograniczeń.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pan P.L., zgodnie z oświadczeniem Demiurg miał posiadać uprawnienia branży telekomunikacyjnej bez ograniczeń. Niemniej jednak powyższe oświadczenie Demiurg jest nieprawdziwe i wprowadziło zamawiającego w błąd w zakresie czynności badania oferty jak i w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z protokołem z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 4 lutego 2021 r. w zakresie badania wykonawcy Demiurg, w związku z wezwaniem z dnia 18 stycznia 2021 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art.25 ust. 1 Pzp. Zamawiający w protokole z posiedzenia komisji przetargowej wskazał ZGODNOŚĆ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Potencjał osobowy – Wykaz osób na podstawie załącznika nr 3 do SIWZ (Wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu). Zgodnie z załączonym dokumentem (Decyzja nr DTT-TU/02338/02/U) pan P.L. uprawniony jest do „projektowania w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Zdaniem odwołującego, zgodnie z tą decyzją pan P.L. nie posiada uprawnień bez ograniczeń gdyż posiada uprawnienia jedynie w zakresie instalacji przewodowych.

Jak zwrócił uwagę odwołujący na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581 ze zm.), na podstawie którego zostały wydane uprawnienia pana P.L., uprawnienia budowlane w telekomunikacji były bowiem nadawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie do m.in. projektowania i kierowania robotami budowlanymi, w specjalnościach wyodrębnionych w ramach specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń telekomunikacji:

- przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych,
- radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Jednocześnie zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Z przywołanego przepisu nie wynika zatem możliwość rozszerzającej interpretacji zakresu uprawnień budowlanych nadanych przez poprzednio obowiązujące przepisy, lecz konieczność oparcia się na treści dokumentu.

Na poparcie swojej argumentacji odwołujący zacytował fragment artykułu autorstwa dr. J. S. (głównego specjalisty Krajowego Biura PIIB) wskazując jednocześnie, iż o uprawnieniach nadanych bez ograniczeń w określonym zakresie można mówić wyłącznie wówczas, gdy w treści decyzji oznaczono to wprost i literalnie.

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze oświadczenie DEMIURG oraz treść ww. decyzji, z której wynika jednoznacznie, iż pan P.L. nie posiada uprawnień:

- w zakresie sieci,
- w zakresie instalacji radiowych,
- bez ograniczeń,

wskazać należy iż DEMIURG składając oświadczenie o uprawnieniach pana P.L. w treści zawartej w Wykazie osób wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z wyboru oferty DEMIURG jako najkorzystniejszej – zamawiający uznał powyższe informacje jako wystarczające. Tymczasem przedmiotowe doświadczenie DEMIURG nie spełnia wymagań SIWZ. Zatem wprowadzenie w błąd zamawiającego spowodowało konsekwencje w zakresie czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Mając na względzie nieposiadanie przez pana P.L. uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń DEMIURG nie spełnia również warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej części uzasadnienia dla tego zarzutu odwołujący wskazał na przedstawienie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym w zakresie usługi lp1 w wykazie usług stanowiących załącznik nr 4 do SIWZ. W tej części uzasadnienia odwołujący skupił się na przedstawieniu bogatego orzecznictwa dotyczącego treści art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Jednocześnie odwołujący wskazał, że z uwagi na oczekiwanie na uzyskanie wglądu do informacji publicznej, zastrzegł sobie prawo do wykazania przed KIO kolejnych zastrzeżeń w zakresie informacji nieprawdziwych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia: Wyjaśnień RNC i Uzasadnienia Tajemnicy, odwołujący wskazał, że DEMIURG nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w swoich pismach. Tym samym także zamawiający nie mógł skutecznie nie udostępnić odwołującemu części swoich pismo, co miało miejsce. Podkreślić należy, że 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 w Pzp. Wynika to wprost z przepisu art. 8 ust. 2 Pzp. Tym samym ta właśnie zasada powinna być przede wszystkim brana pod uwagę przy ocenianiu przypadków zastrzegania informacji w toku postępowania. Po drugie wskazać należy, że jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być zastrzeżone informacje, a nie dokumenty. Tymczasem zamawiający nie udostępnił właśnie całych dokumentów - tj., całość Wyjaśnień RNC, nie udostępniając nawet uzasadnienia zastrzeżenia. Odwołujący nie uzyskał nawet dokumentów zastrzegających wyjaśnienia RNC zatem prawdopodobne jest, iż te dokumenty nie zostały zastrzeżone przez DEMIURG. Już samo to wskazuje, że DEMIURG naruszyło zasadę

jawności obowiązującą dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – gdyż Pzp nie dopuszcza w ogóle zastrzeżenia dokumentów jako takich. Tymczasem DEMIURG zastrzegło właśnie dokument. Zamawiający nie przekazał uzasadnienia do objęcia tajemnicą wyjaśnień RNC, tym samym należy uznać, że uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji po prostu brak. Po trzecie – odwołujący wskazał, że zamawiający nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia, a jedynie bezkrytycznie przyjął oświadczenie o zastrzeżeniu złożone przez DEMIURG. Tymczasem to na zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia zasadności i skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy okaże się, że wykonawca nie wykazał łącznego spełnienia się przesłanek ustawowych legalnej definicji przedsiębiorstwa – zamawiający jest zobowiązany uznać zastrzeżenia za nieskuteczne i przyjąć, że informacje zawarte w dokumencie stanowią część jawną dokumentacji postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Przy czym w każdym przypadku konieczne jest zarówno wskazanie w uzasadnieniu na konkretne informacje oraz podanie wartości gospodarczej. Takich cech żadne z uzasadnień przedstawionych przez DEMIURG prawdopodobnie nie ma.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom. Badając skuteczność zastrzeżenia należy zatem zanalizować, czy rzeczywiście dane i informacje wskazywane w pismach przez DEMIURG stanowią informacje nieujawnione, nieznanie ogółowi. Jeśli poszczególne informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC są jawne – np. powołanie się na dane rynkowe, średnie stawki, itp., - to Wyjaśnienia RNC w tym zakresie nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) – odwołujący zaznaczył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich. Co więcej – DEMIURG ma obowiązek wykazać, że takie kroki podjęło – a nie jedynie złożyć deklarację, że tak jest.

W ocenie odwołującego dokonane przez DEMIURG zastrzeżenie jawności było i jest dokonane bez podstawy prawnej i faktycznej (jeżeli takie zastrzeżenie było) – to na DEMIURG zgodnie z obecnym stanem prawnym ciąży obowiązek wykazania skuteczności i zasadności zastrzeżenia jawności. Otóż w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże stan prawny uległ zmianie poprzez nowelizację przepisu art. 8 ust. 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego DEMIURG, przede wszystkim nie sprostął ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej. Ten istotny i niezbędny element uzasadnienia został całkowicie pominięty. A zatem DEMIURG nie wykazał de facto gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji. Zgodnie z poglądami judykatury do skuteczności zastrzeżenia musi zostać spełniona taka właśnie przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość gospodarczą). Co więcej – za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro nie została wykazana ta niezbędna przesłanka, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia. Co więcej – zastrzeżone informacje dotyczą właściwości poszczególnych specjalistów, a nie – wykonawcy. Zatem same z siebie nie mogą w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców.

Podsumowując argumentację podniesioną w ramach niniejszego zarzutu odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów prawa został wykazany. Zamawiający nie dokonał minimalnej nawet analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jeśli chodzi o zarzut ewentualny odwołujący wyjaśnił, że wykonawca Demiurg w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę na realizację przedmiotu zamówienia w kwocie brutto 1 898 659,98 zł (słownie: jeden milion osiemset dziewięćdziesiąt osiem tysięcy sześćset pięćdziesiąt dziewięć złotych 98/100) W informacji z otwarcia ofert z dnia 16 listopada 2020 r. zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 2 900 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony dziewięćset tysięcy złotych 00/100 groszy). Z dokonanej analizy wynika, że Demiurg zaoferował cenę o 35% niższą od budżetu zamawiającego. W związku z tym oferta firmy Demiurg spełnia przesłanki rażąco

niskiej ceny zgodnie z treścią art. 90 Pzp. Ponadto analizując cenę Demiurg do średniej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, cena ta jest niższa aż o 38,48%. Odwołujący wskazał, że cena Demiurg na takim poziomie jest rażąco niska, a więc wykonawca musiał wyjaśnić i udowodnić zamawiającemu, jak i innym uczestnikom postępowania, że założone ceny są realne rynkowo.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych Wyjaśnień RNC oraz zarzut nieprawidłowej oceny Wyjaśnień RNC przez zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty DEMIURG, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez odwołującego dostępu do całości pism objętych wcześniejszym, w szczególności Wyjaśnieniami RNC. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony był jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wyjaśnił, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp powinien brać swój początek w Wyjaśnieniach RNC (w treści tych wyjaśnień). W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut dotyczący zastrzeżenia Wyjaśnień RNC, odwołujący wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że niniejszy zarzut był zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wcześniejszego. Odwołujący wyjaśnił, że nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią Wyjaśnień RNC właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia treści tych dokumentów. Dopiero po udostępnieniu treści Wyjaśnień RNC odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Podkreślił, że żaden przepis Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. W przypadku nieujawnienia danego dokumentu – a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu – formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, było właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony zaniechanie podnoszenia takiego zarzutu – przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

Dodatkowo odwołujący wyjaśnił, że rozpatrując przedmiotowy zarzut należy wziąć pod uwagę bardzo istotną kwestię – w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie DEMIURG – wynika to z faktu, że zamawiający wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów Pzp i zaniechanie wykluczenia DEMIURG z postępowania, pomimo niewykazania spełniania

przez DEMIURG warunku udziału w postępowaniu, zamawiający stwierdził, że mając na względzie opisane powyżej nieprawdziwe informacje i nieposiadanie przez pana P.L. uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń wykonawca DEMIURG również nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności odwołujący w ramach przedmiotowego zarzutu zwrócił uwagę na treść pkt 5.1.3.B SIWZ. W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że DEMIURG w wykazie usług wskazał w pozycji lp. 1 doświadczenie w zakresie wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla Fundacji Sztuki Świata oraz wskazał, iż wykonał w ciągu ostatnich 10 lat wielobranżową dokumentację Centrum Sztuki Filmowej. DEMIURG wskazał, iż dokumentacja została wykonywana do dnia 30 września 2013 r. Jednakże już z samej referencji wynika, iż prace projektowe zakończyły się na pewno przed datą 17 czerwca 2011 r. Nie można bowiem uzyskać referencji na wykonanie prac w przypadku, gdy prace jeszcze trwają. Zdaniem odwołującego prace zakończyły się w terminie dłuższym niż 10 lat względem terminu składania ofert zatem przedmiotowa realizacja nie spełniała warunków udziału w postępowaniu. Co więcej przedmiotowa informacja stanowiła wprowadzenie zamawiającego w błąd a dodatkowo przedstawione referencje nie poświadczają należytej realizacji usługi, gdyż (jeśli Demiurg udzielił prawdziwych informacji co do daty zakończenia) to referencja z dnia 17 czerwca 2011 r. nie może stwierdzać należytej realizacji usługi, która zakończyła się w dniu 30 września 2013 r. Z uwagi na oczekiwanie na uzyskanie wglądu do informacji publicznej odwołujący zastrzegł sobie prawo do wykazania przed KIO kolejnych zastrzeżeń w zakresie usług DEMIURG w wykazie usług.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wyjaśnił, że biorąc pod uwagę okoliczność, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający – poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów – dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację, podkreślenia wymaga, iż działanie zamawiającego skutkuje istotnymi wadami postępowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Demiurg Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

Zamawiający złożył do akt sprawy dwa pisma z dnia 11 marca 2021 r. oraz 2 kwietnia 2021 r, które zawierały wniosek o odrzucenie odwołania.

Zamawiający w ramach przedmiotowego wniosku wyjaśnił, że w dokumentacji postępowania określił sposób komunikacji pomiędzy stronami oraz wskazał na jaki adres e-mail oraz adres platformy, wykonawcy mogą przesyłać dokumentację. Wyjaśnił przy tym, że w trakcie prowadzonego postępowania podczas wykonywania obowiązków ustawowych (np. wezwanie w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny) każdorazowo w treści pism kierowanych w stronę odwołującego wskazywał odwołującemu adresy e-mail: zamowienia@fabrykapelnazycia.eu oraz adres platformy: <https://fabrfkapelnazycia.ezamawiajacy.pl>, na które zgodnie z zapisami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu należy kierować dokumenty. Zamawiający wskazał, że odwołujący podczas prowadzonego postępowania kierował korespondencję na prawidłowy adres e-mail oraz przez platformę, co jest w stanie udowodnić przez dowody załączone do pisma z dnia 2 kwietnia tj. wydruki korespondencji kierowanej do zamawiającego przez odwołującego.

Następnie zamawiający wskazał, że termin na wniesienie odwołania, a tym samym termin na przekazanie zamawiającemu jego kopii, upływał w tym postępowaniu w dniu 1 marca 2021 r. We wskazanym terminie odwołujący nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania na wskazane w dokumentacji adresy. Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący przesłał na adres e-mail: s.g.@fabrykapelnazycia.eu e-mail, w którym najprawdopodobniej została przesłana kopia odwołania jednakże zamawiający poinformował, iż ww. e-mail nie był wskazany w dokumentacji postępowania. Ponadto zamawiający poinformował, że w dniu przestania przez odwołującego kopii odwołania pracownik, do którego należy wskazany e-mail przebywał na kilkudniowym urlopie wypoczynkowym. Zamawiający podkreślił, iż w świetle art. 111 Kodeksu pracy pracodawca ma obowiązek szanować godność i inne dobra osobiste pracownika. Inne dobra osobiste pracownika to m.in. tajemnica korespondencji. Ponadto wskazał, że nie prowadzi monitoringu poczty pracowników, nie ma zawartych w regulaminie pracy informacji o monitoringu i nie wprowadzał monitoringu poczty obwieszczeniem zatem podczas urlopu pracownika nie miał możliwości zweryfikowania poczty, która została doręczona na adres e-mail pracownika i w celu uniknięcia sytuacji braku otrzymania istotnej korespondencji w trakcie trwania postępowania wprowadził w dokumentacji postępowania adres e-mail, do którego dostęp ma większa ilość pracowników.

Zamawiający podkreślił, że jego ustawowym obowiązkiem było wskazanie adresu skrzynki pocztowej na jaki należy kierować korespondencję i określić sposób komunikacji pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym. Zatem najważniejszą kwestią dla wykonawcy powinna być dbałość o to, aby wysyłać korespondencję na adres wskazany w SIWZ. Zgodnie z art. 61 kodeksu cywilnego dla skuteczności oświadczenia woli wymaga się, by oświadczenie woli doszło do drugiej strony w taki sposób, aby mogła się ona zapoznać z jego treścią. W myśl art. 61 par. 2 kodeksu cywilnego oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest

złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Zamawiający nie ma obowiązku korzystać tylko z jednego adresu e-mail, jednakże wykonawca zawsze powinien korespondować na adres wskazany w dokumentacji postępowania — dopiero w takiej sytuacji można domniemywać, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że w żadnym miejscu Pzp ani dokumentacji postępowania nie jest zabronione, aby zamawiający korzystał z różnych adresów e-mail i korespondował z wykonawcami, jednakże wprost w dokumentacji postępowania wskazano wykonawcy sposoby w jaki powinien się kontaktować z zamawiającym. Ustawodawca nie wprowadził do ustawy obowiązku wysyłania stronom postępowania dokumentów z różnych adresów e-mail wprowadził jednak konieczność podania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, a przez wykonawcę w JEDZ oraz ofercie adresy e-mail, na które obowiązkowo strony są zobowiązane przysyłać dokumenty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby zostały uznane za skutecznie doręczone.

Zamawiający stwierdził, że w dokumentacji postępowania wskazał, iż osobą kontaktową jest pani S. G., jednakże wskazał, iż wykonawcy powinni pisać na adres e-mail zamowienia@fabrykapelnazycia.eu, nigdzie w dokumentacji postępowania nie był wskazany osobisty e-mail pracownika. Gdyby pracownik z jakiejś przyczyny nie wrócił do pracy, zamawiający nie miałby możliwości skutecznie zapoznać się z korespondencją do niego kierowaną od wykonawcy, mającą skutek prawny w postępowaniu.

Następnie zamawiający podkreślił, że punkcie 8.18 SIWZ poinformował wykonawców, iż oświadczenia, wnioski, zawiadomienia lub informacje, które zostały przekazane przez wykonawcę w inny za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: <https://fabwkapelnazycia.ezamawiajacy.pl> lub na adres e-mail: zamowienia@fabrykapelnazycia.eu, nie będą rozpatrywane.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza wymaga, by strony postępowań odwoławczych składały dokumenty wyłącznie za pośrednictwem Elektronicznej Skrzynki Podawczej Krajowej Izby Odwoławczej, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl., jak i bezpośrednio ze strony internetowej epuap.gov.pl. W przypadku przesłania odwołania na inny adres niż wskazany przez Izbę odwołanie nie byłoby rozpatrywane.

W konkluzji swojego wniosku zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 528 pkt 6 Pzp, obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. wnioskuje o odrzucenie odwołania, ponieważ odwołujący nie przesłał mu kopii odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 tejże ustawy.

Zamawiający wniósł przy tym o pokrycie przez odwołującego kosztów poniesionych przez niego na podstawie dołączonych faktur.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy w dniu 2 kwietnia 2021 r. pismo procesowe zawierające wniosek o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt I uzasadnienia odwołania zgłaszający przystąpienie wskazał, że w § 4 Rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym, wynika wprost, że uprawnienia w ramach specjalności instalacji telekomunikacyjnych nadawane są w dwóch specjalizacjach i dopiero w ramach każdej z nich następuje ustalenie czy mają one charakter ograniczony czy też nieograniczony. Ograniczenia zakresu uprawnień wprowadza się w ramach danej specjalizacji, nie zaś specjalności jak błędnie wskazuje odwołujący. Uprawnienia pana P.L. obejmują zatem: *specjalność instalacji w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń telekomunikacji ale w specjalizacji: przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych*. Taki wniosek wynika wprost z treści decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty wydanej w zakresie wynikającym z § 4 ust. 2 Rozporządzenia. Poza specjalizacją jaką posiada pan P.L., można posiadać również specjalizację radiową, która to specjalizacja nie jest wymagana przez zamawiającego z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Wykonawca podkreślił, że w zakresie dokumentacji zamawianej przez zamawiającego nie ma radiostacji, masztów radiowych czy też innych urządzeń radiowych. W tej sytuacji wymaganie, aby projektant posiadał uprawnienia w zakresie całkowicie zbędnym dla przedmiotu zamówienia, nie znajduje żadnego uzasadnienia, a taki wniosek wypływa z treści odwołania.

Niezależnie od powyższego wykonawca podniósł, że bezzasadny jest zarzut jakoby pan P.L. posiadał uprawnienia w ograniczonym zakresie. Nie ma podstaw, aby przyjąć argument odwołującego jakoby w odniesieniu do treści decyzji nadającej uprawnienia stosować zasadę domniemania ograniczenia posiadanych uprawnień. Obowiązuje zasada odwrotna tj. ograniczenie uprawnień musi wynikać wprost z treści decyzji i nie można tego ograniczenia domniemywać. Przywołany przez odwołującego fragment artykułu pochodzący z portalu „Inżynier budownictwa” został przekopiowany, przy czym odwołujący nie załączył do odwołania wypowiedzi Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wobec czego nie ma możliwości weryfikacji czy taki pogląd został wyrażony i czy rzeczywiście Prezes Urzędu Komunikacji zaprezentował stanowisko przytoczone przez odwołującego.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że pan P.L. pełni samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w ramach posiadanych uprawnień bez ograniczeń, zarówno jako projektant jak i jako sprawdzający na wielu inwestycjach i jego uprawnienia nigdy nie były podważane. Jako przykład wskazał inwestycję rozbudowy i przebudowy budynku planetarium śląskiego w

Chorzowie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną, na którym to projekcie, pan P.L. pełnił funkcję sprawdzającego, a zgodnie z 20 ust. 2 prawa budowlanego funkcję taką może pełnić wyłącznie osoba, która posiada uprawnienie w nieograniczonym zakresie. Jeżeli więc wskazany powyżej zamawiający uznał uprawnienia pana P.L. jako niemające ograniczeń, to jako oczywiście zasadne należy uznać stanowisko zamawiającego, który nie miał żadnych przesłanek, aby zająć stanowisko odmienne. Dlatego też akceptacja przez zamawiającego uprawnień pana P.L. jako zgodnych z wymaganiami SIWZ jest zgodna z art. 20 ust. 2 prawa budowlanego oraz § 4 Rozporządzenia.

Bezzasadny był również w ocenie zgłaszającego przystąpienie zarzut odwołującego, jakoby brak pojęcia „sieci” w decyzji nadającej uprawnienia panu P.L. miał świadczyć o istnieniu ograniczenia niedopuszczalnego treścią SIWZ. Konsorcjum podkreśla, że zwrot „sieci” w odniesieniu do telekomunikacji, jest pojęciem zbiorczym dla projektowania linii, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, do których projektowania wskazany projektant ma uprawnienia. A zatem aby możliwe było zaprojektowanie sieci telekomunikacyjnej, konieczne jest posiadanie uprawnień do projektowania w zakresie linii, instalacji i urządzeń, które łącznie są określane jako sieć.

Ww. wykonawca podniósł również, że pojęcie „sieci” często mylone jest z liniami telekomunikacyjnymi podziemnymi, których definicję zawiera Norma Zakładowa nr ZN-96 TPSA-004, czyli: *Linia telekomunikacyjna podziemna – linia zbudowana z kabli z przewodami metalowymi lub światłowodowymi, które to kable są umieszczone bezpośrednio w ziemi, albo w kanalizacji kablowej lub w rurociągach kablowych. Linia telekomunikacyjna podziemna może też przebiegać pod dnem rzek, kanałów i jezior albo też bezpośrednio na dnie głębokich zbiorników wodnych.* Powyższa definicja pozostaje również w zgodzie z tą, która zawarta jest w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie z dnia 26 października 2005 r. (Dz.U. Nr 219, poz. 1864), gdzie w art. 3, pkt. 6, 7 i 8 wskazuje się:

- 6) linia kablowa - ciąg połączonych kabli;
- 7) linia kablowa nadziemna - linie kablowa umieszczona na podbudowie nadziemnej;
- 8) linia kablowa podziemna - linie kablowa umieszczona bezpośrednio w ziemi.

Brak jest natomiast definicji legalnej pojęcia „sieci”, co potwierdza powyższą argumentację, iż nie jest to niezależny, inny byt w aspekcie technicznych właściwości, a jedynie pojęcie zbiorcze dla projektowanego zespołu urządzeń, linii i instalacji telekomunikacyjnych. Podsumowując powyższe w ocenie zgłaszającego przystąpienie należało przyjąć, że akceptacja zamawiającego dla pana P.L. jako osoby sprawdzającej dokumentację projektową była w pełni uzasadniona.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w pkt II uzasadnienia odwołania, zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że przedłożył na wezwanie zamawiającego precyzyjne i zarazem szczegółowe wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w ramach którego wskazane zostało, iż podane przedstawione informacje są chronione w ramach działalności każdego członka konsorcjum i opatrzone klauzulą poufności. Dostęp do tych informacji posiadają jedynie Zarząd oraz osoba wyznaczona do kontaktów z zamawiającym.

Ww. wykonawca podkreślił, że zastrzegł informacje, a nie dokumenty jak błędnie twierdzi odwołujący.

Jednakże do pisma z dnia 2 kwietnia 2021 r. zgłaszający przystąpienie załączył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 3 grudnia 2021 r., jakie złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Przedmiotowe wyjaśnienia bez załączników przekazał za pomocą poczty elektronicznej także odwołującemu.

Ponadto zgłaszający przystąpienie podtrzymał stanowisko, iż udzielone wyjaśnienie zawiera informację o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa, które posiadają wartość gospodarczą. Są to informacje o zarobkach pracowników, które są poufne, a także informacje handlowe, które inni oferenci w tym postępowaniu (w tym odwołujący), mogliby wykorzystać i w ten sposób zmniejszyć konkurencyjność naszej oferty w kolejnych zamówieniach publicznych. Wyjaśnił, że zarówno z odwołującym, jak i pozostałymi uczestnikami postępowania przetargowego, członkowie konsorcjum zgłaszającego przystąpienie często rywalizują o udzielenie zamówień publicznych, w związku z czym ujawnienie tych informacji mogłoby wpłynąć negatywnie na sytuację finansową i organizacyjną przedsiębiorstwa, np. poprzez „podebranie” pracowników/kontrahentów. Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że zarzuty odwołującego jakoby złożył tylko ogólne uzasadnienie lub w ogóle nie złożył wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego jest oczywiście bezzasadne i nie ma żadnego uzasadnienia w dokumentacji zgromadzonej przez zamawiającego.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt IV uzasadnienia odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż termin wydania referencji (17 czerwca 2011 r.) pokrywa się z terminem wykonania dokumentacji projektowej, a zatem mieści się z terminie 10 lat względem terminu składania ofert. Termin 30 września 2013 r. natomiast, jest terminem zakończenia pełnienia nadzoru autorskiego, który został wskazany przez wykonawcę ze względu na wymóg zamawiającego, aby w przypadku co najmniej jednego ze wskazanych projektów, oferent prowadził również nadzór autorski w czasie jego realizacji. Dodatkowo, celem potwierdzenia powyższego wymogu zawartego w SIWZ, zgłaszający przystąpienie złożył drugi list referencyjny wydany po zakończeniu

pełnienia nadzoru autorskiego, którego to zamawiający w ramach prowadzonego postępowania do okazania nie wymagał.

Podsumowując przytoczone wyżej argumenty wraz z przytoczonymi dowodami, zgłaszający przystąpienie wskazał należy, że odwołanie było bezzasadne co uzasadnia wnioszek o jego oddalenie.

Odwołujący pismem z dnia 2 kwietnia 2021 r. złożył do akt sprawy kolejne stanowisko pisemne wraz z dowodami. Na podstawie przedmiotowego pisma odwołujący:

- wskazał, że wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania jest bezpodstawny i nie powinien być uwzględniony;
- cofnął zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zakresie dotyczącym nieprzedłożenia przez przystępującego informacji z KRK;
- podtrzymał dotychczasowe stanowisko przedstawione w odwołaniu, w tym wniosek o uwzględnienie odwołania w całości;
- w pozsyłanym zakresie powołał się na argumentację zawartą w odwołaniu, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz podał dodatkową argumentację na poparcie podniesionych zarzutów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „n Pzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 1 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania wybranego wykonawcy lub jego oferty, posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia, po stronie zamawiającego, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Demiurg Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanym dalej „przystępującym”). W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z cofnięciem części zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zakresie odnoszącym się do przedłożenia przez przystępującego informacji z Krajowego Rejestru Karnego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowej części.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie zarzutów, które nie zostały umorzone. Tym samym Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 nPzp w zw. z art. 514 ust. 2 nPzp.

Zgodnie z treścią art. 528 pkt 6 nPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Natomiast na podstawie art. 514 ust. 2 nPzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Na podstawie powyższego przepisu o prawidłowości przekazania odwołania zamawiającemu nie decyduje to, czy zamawiający faktycznie zapoznał się z jego treścią, ale to czy miał taką możliwość. Jednocześnie art. 514 ust. 3 Pzp stanowi, iż domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Jak ustaliła Izba, odwołujący przekazał odwołanie zamawiającemu w dniu 1 marca 2021 o godz. 15:39, przesyłając je na dwa adresy poczty elektronicznej:

- zamowienia@fabrykapelnazycia.pl

- s.g.@fabrykapelnazycia.eu

Adres zamowienia@fabrykapelnazycia.pl był adresem nieprawidłowym, zawierającym omyłkę w jego treści. W pkt 8.3 SIWZ zamawiający wskazał adres poczty elektronicznej

przeznaczony do kontaktów, oznaczony jako zamowienia@fabrykapelnazycia.eu. Z kolei drugi z ww. adresów, tj. s.g.@fabrykapelnazycia.eu, to adres służbowej poczty elektronicznej osoby wskazanej w SIWZ do kontaktów z wykonawcami. Nie został on wskazany w treści SIWZ jako adres kontaktowy, niemniej jednak należy podkreślić, że był to adres służbowy, z domeną zamawiającego, należący do osoby wyznaczonej zgodnie z postanowieniami pkt 8.19 SIWZ jako właściwej do komunikacji w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę argumentację odwołującego w tym zakresie, który wskazywał, że był to adres, z którego zamawiający niejednokrotnie komunikował się z odwołującym. Dodatkowo odwołujący podkreślił, że to zamawiający pierwszy skierował do niego korespondencję związaną z postępowaniem z przedmiotowego adresu tj. s.g.@fabrykapelnazycia.eu. Dotyczyło to informacji o odtajnieniu pewnych elementów oferty odwołującego. Jako dowód powyższego twierdzenia odwołujący złożył wydruk korespondencji mailowej z dnia 24 listopada 2020 r. z godz. 13:37. Zamawiający skierował także z tego adresu do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (odwołujący złożył na potwierdzenie powyższego wydruk korespondencji mailowej z dnia 27 listopada 2020 r. z godz. 14:58).

W związku z powyższym Izba ustaliła, że w praktyce adres s.g.@fabrykapelnazycia.eu był stosowany i używany w komunikacji pomiędzy stronami. Ponadto stosowanie go przez zamawiającego nie stanowiło jednostkowego przypadku w postępowaniu, ale była to sytuacja zaakceptowana i praktykowana przez obie strony.

Jak słusznie w ocenie składu orzekającego zwrócił uwagę odwołujący, zgodnie z treścią art. 60 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Przepis ten wyraża zasadę swobody wyboru formy oświadczenia. Jeżeli ustawa nie zastrzega inaczej, wola podmiotu prawa cywilnego może być wyrażona przez dowolne działanie i w dowolnej formie (także *per facta concludentia*). Jak zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 28 maja 1998 r. o sygn. III CKN 531/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 13), *złożenie oświadczenia (ujawnienie) woli może wprawdzie nastąpić przez jakiegokolwiek zachowanie się ujawniające tę wolę, jednakże w świetle okoliczności towarzyszących musi to być taki przejaw, który w sposób dostatecznie zrozumiały i niewątpliwy wyraża wolę wywołania skutków prawnych objętych treścią czynności prawnej.*

W świetle powyższego Izba doszła do przekonania, że zamawiający przez kierowanie do odwołującego (ale także do innych wykonawców w tym przystępującego) i odbieranie korespondencji związanej z postępowaniem z przedmiotowego adresu wyraził – w sposób dorozumiany, a jednocześnie dostatecznie zrozumiały i niewątpliwy – wolę rozszerzenia

wskazanych w SIWZ środków komunikacji także na adres s.g.@fabrykapelnazycia.eu. Tym samym Izba uznała, że zamawiający przez swoje czynności (kierowanie i odebranie korespondencji), w istocie wprowadził kolejną możliwość w zakresie sposobu komunikacji, dopuszczając – w sposób dorozumiany – praktykę porozumiewania się za pośrednictwem adresu s.g.@fabrykapelnazycia.eu.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, wskazującego, że pracownik, na adres którego skierowano odwołanie był w tym dniu na urlopie, Izba stwierdziła i uznała, że wobec dopuszczenia przez zamawiającego ww. adresu jako właściwego do komunikacji, okoliczność, przebywania pracownika na urlopie i niemożności odczytania przez niego wiadomości, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności wniesienia odwołania. Jak bowiem wynika z treści art. 514 ust. 2 nPzp, istotne jest wyłącznie to, czy zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a nie czy się z nią zapoznał. Ponadto Izba wzięła pod uwagę argument odwołującego, który zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na wiadomość mailową, za pomocą której przesłał odwołanie zamawiającemu na adres s.g.@fabrykapelnazycia.eu, nie otrzymał żadnej korespondencji zwrotnej wskazującej na brak możliwości odbioru tej korespondencji przez adresata, w szczególności nie otrzymał żadnej informacji w formie tzw. autorespondera.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający nie obalił domniemania wynikającego z treści art. 514 ust. 3 nPzp tj. nie wykazał, że mimo przesłania mu odwołania w terminie wynikającym z Pzp na adres s.g.@fabrykapelnazycia.eu, nie mógł się jednak zapoznać z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 marca 2021 r., w tym w szczególności:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego;
 - wezwanie z dnia 27 listopada 2020 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, w celu złożenia wyjaśnień mających wpływ na wysokość ceny;
 - wyjaśnienia z dnia 3 grudnia 2020 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
 - wykaz osób złożony przez przystępującego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;
 - wykaz usług złożony przez przystępującego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ;
 - list referencyjny z dnia 17 czerwca 2011 r. wystawiony przez Fundację Sztuk Świata;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 18 lutego 2021 r.;
- 2) dokumenty załączone do odwołania:
- decyzja nr DTT-TU/02338/02/U z dnia 18 czerwca 2002 r. dotycząca pana P.L.;
 - wydruk ze strony internetowej oznaczonej adresem – http://www.inzynierbudownictwa.pl/biznes,prawo,artykul,uprawnienia_w_specjalnosciach_instalacyjnych_w_telekomunikacji_przewodowej_wraz_z_infrastruktura_towarzyszaca,4221;
- 3) dokumenty załączone do pisma zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2021 r.:
- wydruki korespondencji postępowania w której zamawiający wskazuje sposób prawidłowej komunikacji w postępowaniu;
 - pismo z dnia 1 grudnia 2020 r. skierowane do odwołującego;
 - wydruki z platformy zakupowej dedykowanej do postępowania zawierające korespondencję prowadzoną pomiędzy zamawiającym a odwołującym;
 - kserokopia wniosku urlopowego pracownika wskazanego w SIWZ do kontaktów z dnia 26 lutego 2021 r.;
- 4) dokumenty załączone do pisma przystępującego z dnia 2 kwietnia 2021 r.:
- karta tytułowa projektu Rozbudowy i przebudowy budynku planetarium śląskiego w Chorzowie wraz z zagospodarowaniem terenu;
 - norma zakładowa nr ZN-96 TPSA-004;
 - list referencyjny z dnia 17 czerwca 2016 r. wydany przez EC1 Łódź Miasto Kultury;
- 5) dokumenty załączone do pisma odwołującego z dnia 2 kwietnia 2021 r.:
- korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy odwołującym a zamawiającym w dniu 24 listopada 2020 r. o godz. 13:37;
 - korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy odwołującym a zamawiającym w dniu 27 listopada 2020 r. o godz. 14:58;
 - korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy odwołującym a zamawiającym w dniu 1 grudnia 2020 r.;
 - korespondencja mailowa stron z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie wniosku o reasumpcję, do którego załączono draft odwołania;
 - zestawienie korespondencji stron kierowanej z i na adres s.g.@fabrykapelnazycia.eu;
 - korespondencja kierowana od zamawiającego do przystępującego w sprawie wezwania do wyjaśnień ceny z dnia 27 listopada 2020 r.;
 - korespondencja z dnia 24 lutego 2021 r.;
 - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 340200 z 30 września 2009 r.;
 - umowa nr 35/2009 z 16 września 2009 r. na nadzór;
 - korespondencja mailowa z Muzeum Śląskim;
 - Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych;

6) złożone przez odwołującego na rozprawie fragmenty opracowania pt. „Uprawnienia budowlane w latach 1928-2011 wynikające z Prawa budowlanego i przepisów wykonawczych” (strona tytułowa, str. 5 oraz str. od 209 do 222).

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z pkt 5.1.3.A i 5.1.3.A.2 SIWZ zamawiający określił m. in. następujące warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać, że:

5.1.3.A. dysponuje osobami, które będą skierowane przez niego do realizacji zamówienia publicznego (stanowiące Zespół projektowy). Osoby te będą odpowiedzialne za opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz nadzór autorski jak też realizację obowiązków wynikających z przepisów prawa, w szczególności ustawy Prawo Budowlane. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje następującymi osobami:

(...)

5.1.3.A.2. sprawdzający/sprawdzających posiadający/ych odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie oraz uprawnienia budowlane do projektowania w nieograniczonym zakresie w odpowiednich specjalnościach (dotyczy specjalności wymienionych w art.14 ustawy Prawo Budowlane) oraz aktualny wpis do właściwej izby samorządu zawodowego.

Na potwierdzenie powyżej wskazanego warunku przystępujący złożył wykaz osób sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. We wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ zamawiający nie narzucił, ani nie sugerował treści podanych informacji. W ostatnim wierszu tabeli zamieszczonej na stronie 2 przedmiotowego wykazu przystępujący jako sprawdzającego podał pana P.L. W kolumnie dotyczącej informacji na temat kwalifikacji zawodowych/ uprawnień/doświadczenia ww. osoby przystępujący wskazał:

Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych nr DTT-TU/02338/02/U z dn. 18.06.2002 wpis do WOIIIB nr WKP/BT/0306/05; data ważności: 30.06.2021

doświadczenie w projektowaniu: 18 lat

zakres czynności: sprawdzenie projektu branży telekomunikacyjnej

Do odwołania załączono kopię decyzji nr DTT-TU/02338/02/U. Treść tej decyzji nie była kwestionowana i została przedstawiona powyżej, w części dotyczącej prezentacji uzasadnienia odwołania.

Pismem z dnia 27 listopada 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w tym także

dowodów dotyczących poszczególnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. Do wyjaśnień przystępujący załączył dowody. Całość wyjaśnień wraz z załącznikami, w tym także uzasadnienie zastrzeżenia, przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu ww. wyjaśnień oraz załączników w tym także, części zawierającej uzasadnienia zastrzeżenia. Jednakże do swojego pisma procesowego z dnia 2 kwietnia 2021 r. przystępujący załączył przedmiotowe wyjaśnienia (bez załączników) i przesłał je w całości także odwołującemu.

Zgodnie z pkt 5.1.3.B zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

5.1.3.B. Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wykonanie CO NAJMNIEJ 3 USŁUG w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dotyczących budynków o pow. całkowitej min. 2.500 m² lub kubaturze min. 10.000 m³, takich jak:

5.1.3.B.1) wielobranżowe dokumentacje projektowo-kosztorysowe, na podstawie których zostały zrealizowane adaptacje i modernizacje (remonty, przebudowy, rozbudowy) istniejących budynków na funkcje użyteczności publicznej,

5.1.3.B.2) projekty wnętrz lub projekty wystaw i ekspozycji (nie dotyczy wystaw handlowych), na podstawie których w/w. wystawy i ekspozycje zostały zrealizowane w obiektach z ograniczonym dostępem światła dziennego w budynkach użyteczności publicznej o lokalizacji w krajobrazie miejskim,

5.1.3.B.3) zakończone wielobranżowe projekty budowlane lub wykonawcze przekształceń budynków przemysłowych na funkcje użyteczności publicznej.

Wśród w/w. opracowań musi być co najmniej jedna wielobranżowa dokumentacja projektowo-kosztorysowa adaptacji lub modernizacji obiektu przemysłowego wpisanego do ewidencji zabytków.

Wśród w/w. opracowań musi być co najmniej jedna wielobranżowa dokumentacja projektowo-kosztorysowa adaptacji lub modernizacji obiektu, którego częścią jest hala przemysłowa o rozpiętości min. 15 m.

Zamawiający wymaga aby w przypadku co najmniej jednego z wykazanych jako referencje projektów Oferent prowadził nadzór autorski w trakcie jego realizacji.

Uwaga! Jeżeli w ramach jednego zamówienia (jednej umowy) Wykonawca wykonał więcej niż jedno z opracowań wymienionych w p. 5.1.3.B od 5.1.3.B.1) do 5.1.3.B.3). wtedy stanowi to jedną usługę.

Na potwierdzenie powyżej wskazanego warunku przystępujący złożył wykaz usług sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. W pkt 1 tabeli zawartej w przedmiotowym wykazie wskazał:

Wielobranżowa dokumentacja projektowo-kosztorysowa Centrum Sztuki Filmowej w obiektach EC1 w Łodzi

Na podstawie dokumentacji została zrealizowana przebudowa obiektu na funkcje użyteczności publicznej

Pełniono nadzór autorski dla robót wykonywanych na podstawie opracowanej dokumentacji

Obiekt przemysłowy wpisany do rejestru zabytków

W zakresie hala przemysłowa o rozpiętości powyżej 19m

Kubatura: 109 450,00 m³

Datę wykonania inwestycji przystępujący podał jako 10.11.2008 - 30.09.2013. Natomiast jako podmiot na rzecz, którego usługi zostały wykonane, wskazana została *Fundacja Sztuki Świata Rynek Nowomiejski 28 87-100 Toruń*.

Na potwierdzenie należytego wykonania usługi przystępujący złożył list referencyjny z dnia 17 czerwca 2011 r. wystawiony przez Fundację Sztuk Świata.

W dniu 18 lutego 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*
- art. 8 ust. 1, 2 i 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;

- art. 96 ust. 3 Pzp – Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- art. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 91 ust. 2 Pzp – Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

- art. 90 ust. 3 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i przystępującego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do pierwszego zarzutu podniesionego w uzasadnieniu odwołania, Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim treść warunku opisaną w pkt 5.1.3.A.2. SIWZ. W tym punkcie zamawiający wskazał na uprawnienia do projektowania w nieograniczonym zakresie w określonych specjalnościach oraz wyraźnie odwołał się do specjalności wymienionych w art. 14 ustawy Prawo Budowlane. Zgodnie art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 282) uprawnienia budowlane są udzielane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, odwołujący miał rację zakładając, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wykonawca powinien dysponować osobą, która będzie pełnić funkcję sprawdzającego i która legitymuje się uprawnieniami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Jak ustaliła Izba przystępujący do pełnienia funkcji sprawdzającego projektu branży telekomunikacyjnej, w wykazie osób, wskazał pana P.L. Przystępujący zawarł w tym wykazie informację, że pan P.L. jest uprawniony do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz że posiada uprawnienia nadane decyzją DTT-TU/02338/02 z 18 czerwca 2002 r. (przedmiotowa decyzja została załączona do odwołania jako dowód w sprawie). Treść samej decyzji nie była kwestionowana zarówno przez zamawiającego jak i przystępującego. Z decyzji wynikało, że pan P.L. posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych.

Porównując zakres uprawnień pana P.L. z opisem zawartym w wykazie osób, Izba uznała, że odwołujący wykazał i udowodnił, iż przystępujący zawarł w wykazie informacje, które nie miały pokrycia w rzeczywistości, a tym samym wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opisując bowiem zakres uprawnień członka personelu w sposób odbiegający od treści uprawnień, przystępujący doprowadził do podjęcia przez zamawiającego decyzji o uznaniu tych uprawnień za odpowiadające wymaganiom SIWZ.

Przedmiotowa decyzja została wydana w 2002 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581 ze zm.). Na podstawie tego rozporządzenia uprawnienia budowlane projektowe w telekomunikacji nadawane były bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach, o których mowa w ust. 2 (§4 ust.

1 i 1a). Natomiast ust. 2 ww. paragrafu ustanawiał następujące specjalizacje w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji:

a) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych;

b) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Przedmiotowe rozporządzenie, na podstawie którego wydano decyzję nadającą uprawnienia dla pana P.L., wyraźnie stwierdzało, że uprawnienia budowlane projektowe w telekomunikacji nadawane były bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach, o których mowa w ust. 2. Ponadto jeśli zamawiający w treści warunku postawił wymóg posiadania przez wskazaną osobę uprawnień budowlanych do projektowania w nieograniczonym zakresie w odpowiednich specjalnościach to oznacza to, że wymagał uprawnień bez ograniczeń w danej specjalności, ponieważ rozporządzenie rozróżnia uprawnienia bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie. Tym samym zwrot dotyczący uprawnień w nieograniczonym zakresie mógł oznaczać wyłącznie uprawnienia bez ograniczeń. Skoro rozporządzenie wymieniało uprawnienia bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie to Izba uznała, za słuszne stanowisko odwołującego, który cytując stanowisko pani J. S. wskazał, że *przy wyjaśnianiu treści decyzji o nadaniu uprawnień należy uwzględnić jej treść. Przy czym obowiązuje tu następująca zasada – decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych jest decyzją bez ograniczeń, jeżeli zawiera wprost taki zapis w treści decyzji. Natomiast, jeżeli decyzja nie zawiera wprost stwierdzenia „bez ograniczeń”, to znaczy, że jest decyzją w ograniczonym zakresie, który wynika bezpośrednio z treści decyzji. Powyższe potwierdził Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który jako następca prawny Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztowej wskazał stanowisko wyraził m.in. w piśmie z dnia 23 września 2008 r., znak: DT-WST-6120-4/08(6), oraz potwierdził w piśmie z dnia 27 października 2010 r., znak: DT-WOT-612-6/10(2), w podobnej sprawie.*

W związku z powyższym opisane w pytaniu uprawnienia budowlane upoważniające do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych są uprawnieniami w zakresie ograniczonym w telekomunikacji przewodowej. Powyższe potwierdza brak wyraźnie zapisanego wyrażenia „bez ograniczeń” oraz dokładne określenie zakresu wynikającego z treści decyzji, który ogranicza się wyłącznie do telekomunikacji przewodowej w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych (bez sieci).

Podsumowując Izba stwierdziła, że rację miał odwołujący wskazując, iż

- opis uprawnień pana P.L. zawarty w wykazie osób odbiega od treści decyzji o przyznaniu uprawnień;
- przystępujący jako profesjonalista miał możliwość i obowiązek zbadania, czy dane uprawnienia, wydane na podstawie przepisów obowiązujących uprzednio, odpowiadały wymaganiom zamawiającego;
- treść uprawnień i ich zakres powinna być znana przystępującemu.

Ponadto Izba uznała argumentację przystępującego w konfrontacji ze stanowiskiem odwołującego za nieprzekonującą. Przystępujący oparł ją na założeniu, że pan P.L. wykonywał funkcję projektanta sprawdzającego na innej inwestycji (u innego zamawiającego), a zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy prawo budowlane funkcję taką może pełnić wyłącznie osoba, która posiada uprawnienia w nieograniczonym zakresie. Na potwierdzenie tego złożył kartę tytułową projektu, w którym funkcję sprawdzającego miał wykonywać pan P.L. Izba stwierdziła, że ta okoliczność nie może potwierdzać słuszności stanowiska przystępującego. Przystępujący nie powołał się, ani nie zaprezentował stanowiska organu powołanego do wydawania decyzji dotyczącej uprawnień w zakresie objętym warunkiem, które mogło pozwolić na uznanie, że uprawnienia bez ograniczeń mogą nie wynikać z treści decyzji lub w doktrynie występują znaczne rozbieżności interpretacyjne w tym zakresie. Ponadto nie uszło uwadze składu orzekającego, że w orzecznictwie Izby można znaleźć przykłady orzeczeń odnoszących się do interpretacji treści uprawnień „bez ograniczeń” w związku z momentem wydania tych uprawnień w odniesieniu do określonych następnie warunków udziału w postępowaniu. Takim przykładem były uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.). Powyższe rozporządzenie nie zawierało pojęcia uprawnień bez ograniczeń, które następnie było stosowane w późniejszych rozporządzeniach regulujących zasady uzyskiwania uprawnień i ich rodzajów w ramach wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Stąd wymaganie od zamawiających uprawnień bez ograniczeń powodowało problemy interpretacyjne związane ze spełnieniem warunku w przypadku osób posiadających uprawnienia wydane na podstawie rozporządzenia z 1975 r. Wątpliwości interpretacyjne w tamtych sprawach nie miały przełożenia w przedmiotowej sprawie, ponieważ uprawnienia dla pana P.L. zostały wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym, które wyraźnie wskazywało pojęcia uprawnień bez ograniczeń jak i z ograniczeniami. Stąd Izba uznała, że decydujące znaczenie w tej kwestii miała treść decyzji o nadaniu uprawnień, z której nie wynikało, że pan P.L. posiada uprawnienia bez ograniczeń,

czego wymagał zamawiający i co samodzielnie oświadczył przystępujący w złożonym wykazie osób.

Kolejnym dowodem złożonym przez przystępującego w tym zakresie była treść normy zakładowej nr ZN-96 TPSA-004. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał przełożenia treści tej normy na opis przedmiotu zamówienia oraz treść warunku udziału w postępowaniu. Po drugie przystępujący, w ocenie Izby, przez ten dowód w sposób bezrefleksyjny i zbyt bezpośredni przeszedł do wyjaśnienia pojęcia „sieć” za pomocą definicji właściwej w tej normie dla linii telekomunikacyjnej podziemnej.

W związku z tym Izba uznała dowody złożone przez przystępującego za nieprzydatne.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Z kolei ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań,

choć powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

W związku z powyższym Izba uznała, że w kontekście postawionego zarzutu wszystkie ww. wymienione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp zostały spełnione. Ponadto przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.3.A.2. SIWZ. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp.

Potwierdził się także zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia: Wyjaśnień RNC i Uzasadnienia Tajemnicy.

W ramach uwag ogólnych Izba podkreśla, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know – how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz.

1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym niemniej, w ocenie Izby, bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny nie stracił aktualności również w obecnym stanie prawnym.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że ustawodawca nie zdecydował się na radykalne zmiany co do uregulowania tajemnicy przedsiębiorstwa – również aktualnie zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

– w postaci materialnej, czyli:

- 1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- 2) zastrzeżone 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;

– w postaci formalnej, czyli:

- 3) uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 poz. 1913 ze zm., zwanej dalej: „z.n.k.u.”). Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący nie wykazał, aby dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.u.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 3 grudnia 2020 r. zawierało się w sześciu gołosłownych i ogólnikowych zdaniach, zawartych w dwóch ostatnich akapitach pisma. W związku z tym w żaden sposób

nie można było uznać, że przystępujący wykazał spełnienie chociażby jednej z powyżej wymienionych przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po drugie przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu, że podjął działania mające na celu ochronę zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich. Być może, w innych stanach faktycznych, wymóg ten mógłby zostać uznany za spełniony, o ile wykonawca przedstawiłby racjonalne, logiczne i wiarygodne wyjaśnienie, a całokształt okoliczności pozwalałby na uznanie, że oświadczenie wykonawcy jest w tych szczególnych warunkach wystarczające. Tym niemniej, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanego sporu oświadczenie przystępującego, że informacje przedstawione w wyjaśnieniach są chronione i opatrzone klauzulą poufności, było dalece niewystarczające. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, brak przedstawienia dowodów budził poważne wątpliwości co do wiarygodności samych oświadczeń wykonawcy. Przystępujący, będący dysponentem i autorem środków, na które wskazywał w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą nie powinien mieć trudności w przedstawieniu dokumentów lub chociażby wyciągu z nich, które potwierdziłyby podjęcie tych środków. Poza tym, na takie trudności wykonawca nie wskazywał przed Izbą. Skoro zatem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu oraz Izbie jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że podjęte przez niego środki mają charakter niesprecyzowany i nie są jednolicie stosowane.

Po trzecie należy wskazać, że podczas trwania postępowania odwoławczego przed Izbą, przystępujący wraz pismem z dnia 2 kwietnia 2021 r. przekazał odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 3 grudnia 2020 r. Przy czym przekazał same wyjaśnienia bez załączników. Przedmiotową okoliczność Izba potraktowała jako *de facto* okoliczność przyznania przez przystępującego, że w sposób wadliwy tj. niezgodny z treścią art. 8 ust. 3 Pzp, dokonał zastrzeżenia przedmiotowych informacji. Analiza treści tych wyjaśnień mogła tylko upewnić odwołującego o słuszności postawionego zarzutu.

W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Zaś brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k.u., powoduje, że nie było podstaw, aby zastrzeżenie przystępującego uznać za skuteczne.

Należy również pamiętać, że ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy

niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Jednakże, tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 września 2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Reasumując, Izba stwierdziła, że dokumenty zastrzeżone przez przystępującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp, nie zostały skutecznie zastrzeżone. Oznacza to, że podlegały one odtajnieniu (szczególnie załączniki do wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2020 r.). Izba jednakże nie nakazała zamawiającemu odtajnienia tych dokumentów z uwagi na fakt, że wskutek rozpoznania innego zarzutu, nakazała wykluczenie przystępującego z postępowania. Wobec faktu wykluczenia tego wykonawcy, odtajnianie informacji zawartych w zastrzeżonych przez niego dokumentach, stało się niecelowe.

Z powodu potwierdzenia się powyżej opisanego zarzutu, Izba nie rozpatrzyła zarzutu ewentualnego, dotyczącego rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego. Odwołujący wyraźnie wskazał, że przedmiotowy zarzut miał charakter ewentualny i wniósł o jego nierozpatrywanie jako zarzutu przedwczesnego, jeżeli Izba uzna powyżej wskazany zarzut za zasadny.

Izba uznała, iż odwołujący słusznie wskazywał, że nie był w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego, właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia treści tego dokumentu. Dopiero po udostępnieniu treści tego dokumentu wraz załącznikami odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Ponadto w przypadku nieujawnienia danego dokumentu formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, było działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony zaniechanie podnoszenia takiego zarzutu – przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

Kolejna grupa zarzutów dotyczyła treści wykazu usług, złożonego przez przystępującego.

Izba rozpatrzyła te zarzuty wyłącznie w zakresie, wynikającym z treści odwołania. W odwołaniu zostały podniesione zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wyłącznie w

zakresie usługi wskazanej w pkt 1 wykazu usług tj. wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej Centrum Sztuki Filmowej w obiektach EC1 w Łodzi. Opis naruszeń i argumentacja w zakresie dwóch pozostałych pozycji wykazu usług tj. dokumentacji projektowo-kosztorysowej przebudowy i zmiany sposobu użytkowania dla budynku Łażnia „Gwarek” oraz wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej przebudowy, rozbudowy i zmiany sposobu użytkowania budynku magazynowego przy ul. Kościuszki 77 w Toruniu, zostały przedstawione dopiero w piśmie z dnia 2 kwietnia 2021 r. tj. po wniesieniu odwołania. Co prawda odwołujący poczynił w treści odwołania zastrzeżenie wskazujące, że z uwagi na oczekiwanie na uzyskanie wglądu do informacji publicznej, może wskazać przed Izbą kolejne zastrzeżenia w zakresie usług podanych przez przystępującego w wykazie usług, to Izba w żaden sposób nie była związana takim zastrzeżeniem i nie mogła rozpoznać zarzutów, które nie zostały wskazane w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym zarzuty powinny być postawione już w treści odwołania i nie mogą podlegać rozszerzeniu na rozprawie lub w trakcie trwania postępowania odwoławczego przed Izbą, w szczególności przez powoływanie nowych okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Przechodząc do *meritum* zarzutu należy wskazać, że z dat wykonania usługi nr 1 wskazanej w wykazie usług złożonym przez przystępującego wynika, iż jej realizacja rozpoczęła się 10 listopada 2008 r., a zakończyła 30 września 2013 r. Tymczasem list referencyjny do tej pozycji wykazu został wystawiony w dniu 17 czerwca 2011 r. W związku z tym u zamawiającego powinny pojawić się wątpliwości co do spełnienia warunku doświadczenia w związku z wynikającą rozbieżnością pomiędzy treścią wykazu a referencjami. Tym samym na podstawie złożonych przez przystępującego dokumentów nie wiadomo było, kiedy zakończyła się usługa projektowania, która zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu powinna się zakończyć, nie później niż 10 lat przed upływem terminu składania ofert, ponieważ ani wykaz ani referencje nie rozstrzygają tej kwestii.

Przystępujący w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą nie wyjaśnił powstałych wątpliwości. Co prawda przystępujący złożył dowód w postaci listu referencyjnego z dnia 17 czerwca 2016 r., który został wydany przez EC1 Łódź Miasto Kultury, jednakże dowód ten powodował powstanie dalszych wątpliwości. Przedmiotowy dokument został wydany przez inny podmiot, niż ten który wystawił list referencyjny złożony przez przystępującego w trakcie postępowania przetargowego i dotyczył sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji. Nie wyjaśniał przy tym najistotniejszej kwestii z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, tj. tego kiedy została zrealizowana usługa projektowania. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, tj. odwołujący nie wykazał niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. Jednocześnie powstałe wątpliwości nie mogły prowadzić do uznania, że przystępujący wykazał spełnienie tego warunku. Tym samym Izba doszła do przekonania, że zamawiający powinien wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Co prawda zamawiający wzywał już przystępującego do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z wątpliwościami dotyczącymi ostatecznej zawartości tego wykazu, (dokładnie liczby stron), niemniej wezwanie dotyczące przedmiotowego zarzutu dotyczyłoby innego zakresu (okoliczności odnoszących się do realizacji usługi wskazanej w pkt 1), co oznacza, że nie zostałyby naruszona, wynikająca z orzecnictwa Izby, zasada jednokrotnego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, co do tych samych okoliczności. Izba jednakże nie sformułowała w treści sentencji orzeczenia nakazu wyjaśnienia przedmiotowej kwestii, ponieważ na skutek rozpoznania innego zarzutu, nakazała wykluczenie przystępującego z postępowania. Wobec faktu wykluczenia tego wykonawcy, wzywanie przystępującego do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stało się niecelowe.

Ponadto Izba uznała, że w zakresie przedmiotowej grupy zarzutów nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Tak jak wskazano powyżej, z treści złożonych przez przystępującego dokumentów wynikały wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co odwołujący słusznie podkreślał. Jednakże odwołujący nie wykazał, że jego stwierdzenia podniesione przede wszystkim w treści pisma z dnia 2 kwietnia 2021 r., rzeczywiście nastąpiły. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd w związku ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Potwierdzenie zastosowania ww. przepisów, z racji doniosłości sankcji skutkującej wykluczeniem wykonawcy z postępowania, nie może opierać się na wątpliwościach co do możliwości ich zaistnienia. Odwołujący powinien jednoznacznie wykazać spełnienie wszystkich przesłanek składających się na dyspozycje art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a nie opierać się na wątpliwościach.

W konsekwencji rozpoznania wszystkich powyżej opisanych zarzutów, Izba uwzględniła także zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz 7 ust. 1 i 3 Pzp uznając, że zamawiający niezgodnie z przepisami dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w

zw. z § 7 ust. 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: