

Sygn. akt: KIO 911/21

WYROK
z dnia 17 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. S.; Tree Company sp. z o.o. (Bliska Wola Kolonia 3B, 97-330 Sulejów)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków (Łęczno 101, 97-330 Sulejów)**

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KONDILUX Sp. z o.o., T. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe B. T. B. (Bilska Wola 18, 97-330 Sulejów)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) Oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. S.; Tree Company sp. z o.o. (Bliska Wola Kolonia 3B, 97-330 Sulejów)** i
- 3) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. S.; Tree Company sp. z o.o. (Bliska Wola Kolonia 3B, 97-330 Sulejów** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

4) zasądza od Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. S.; Tree Company sp. z o.o. (Bliska Wola Kolonia 3B, 97-330 Sulejów** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków (Łączno 101, 97-330 Sulejów)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Piotrków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są: „Usługi z zakresu gospodarki leśnej zaplanowane do wykonania w 2021r. na terenie Nadleśnictwa Piotrków - część I - obręb leśny Lubień”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 212-518507.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi; Leśne” S. S. oraz Tree Company sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Przepisów prowadzących, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty pomimo tego, że wbrew wezwaniu Zamawiającego z dnia 5 marca 2021r., Konsorcjum nie złożyło aktualnego zaświadczenia na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej;

- art. 89 ust. 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Przepisów prowadzących poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo nie przedłużenia terminu jej ważności i dokonanie wyboru oferty pomimo upływu tego terminu;

- art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Przepisów prowadzących poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którym objęto informacje zawarte w piśmie Konsorcjum z dnia 9 marca 2021r. pomimo tego, że Konsorcjum nie wykazało przesłanek zastrzeżenia oraz że pismo to oraz załączniki w postaci umów najmu nie zawierają danych uzasadniających objęcie ich zastrzeżeniem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum, wykluczenie Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenie jego oferty; nakazanie Zamawiającemu odtajnienia treści pisma Konsorcjum z dnia 9 marca 2021r. w zakresie w jakim została objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

7 stycznia 2021r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. 18 stycznia 2021r. S. S. oraz Z. M. wnieśli odwołanie od ww. czynności Zamawiającego. 28 stycznia 2021r. Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania. Postępowanie prowadzone w Krajowej Izbie Odwoławczej pod sygn. akt KIO 205/21 został umorzony postanowieniem z 10 lutego 2021r.

Na skutek uwzględnienia odwołania, Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i dokonał go ponownie 11 marca 2021 r.

5 marca 2021 roku Nadleśnictwo wezwało Konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W piśmie wskazano na te same braki w dokumentacji, które były przedmiotem pierwszego odwołania.

Dodatkowo Nadleśnictwo zobowiązało Wykonawcę, aby w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złożył aktualną informację banku lub skok, potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci sytuacji finansowej. Jak wskazano w piśmie, dokument miał być aktualny na dzień jego złożenia.

Zgodnie z pkt 6.2.2), w postępowaniu mogli brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunek w odniesieniu do sytuacji finansowej, wykazując posiadanie środków lub zdolność kredytową na kwotę 390.000 PLN. W pkt 7.1.d) SIWZ wskazano, że wykonawca będzie zobowiązany okazać informację banku lub skok potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Zaświadczenie bankowe o zdolności finansowej zostało złożone przez Konsorcjum jeszcze przed wniesieniem pierwszego odwołania. To właśnie m.in. na jego podstawie, za pierwszym razem, Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum. Dokument nosił datę 12 listopada 2020 r.

Odwołujący wskazał, że od dnia wystawienia zaświadczenia do dnia unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz sformułowania ww. wezwania do Konsorcjum upłynęło niemal trzy i pół miesiąca. Jest to okres trzykrotnie przekraczający maksymalny, wskazany w SIWZ, dotyczący najdalszej daty wystawienia dokumentu licząc wstecz od terminu złożenia ofert. Sytuacja finansowa członka Konsorcjum mogła w tym okresie ulec diametralnej zmianie i podważyć jej zdolność do ubiegania się o zamówienie. Pojawiły się zatem powody, aby oczekiwać aktualizacji wskazanych danych.

Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie zaświadczenia bankowego. Gdyby takowych zastrzeżeń nie posiadał, nie zwracałby się do Konsorcjum o aktualizację zaświadczenia, które już znajdowało się w aktach postępowania i na podstawie którego uprzednio dokonano wyboru tej samej oferty. Potwierdza to skądinąd podstawa prawna,

na którą powołało się Nadleśnictwo w wezwaniu. Wskazano tam bowiem art. 26 ust. 3 Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum przedstawiło ten sam dokument, który okazało przed pierwszym rozstrzygnięciem przetargu. Jak wskazał Odwołujący, z treści pisma przewodniego Wykonawcy z dnia 9 marca 2021 r. nie wynika, aby Konsorcjum składało jakąkolwiek deklarację lub wyjaśnienia odnośnie aktualności zaświadczenia. Wykonawca nie potwierdził tej aktualności, a upływ czasu od dnia wystawienia jej dodatkowo zaprzecza. W świetle korespondencji otrzymanej przez Nadleśnictwo należy zatem dojść do wniosku, że wątpliwości odnośnie dokumentu w najmniejszym stopniu nie zostały rozwiązane.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wyciągnął konsekwencji wobec oferenta za zaniechanie zadośćuczynienia jego wezwaniu. Skoro formułując pismo z dnia 5 marca 2021r. Zamawiający uznawał zaświadczenie bankowe za nieaktualne, to tym bardziej do takiego wniosku powinien był dojść po powtórnym okazaniu tego samego dokumentu. W rezultacie wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należało wykluczyć Konsorcjum, a jego ofertę odrzucić. Zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia przepisów wskazanych w pkt 3. petitum odwołania.

Zgodnie z pkt 10.1. SIWZ termin, w którym wykonawca będzie związany złożoną ofertą wynosi 60 dni. Rozpoczął bieg wraz z upływem terminu składania ofert, a zatem w dniu 16 listopada. Termin ten pierwotnie upływał 14 stycznia 2021 r.

15 marca 2021 r. Wykonawca dostarczył Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej. Zdaniem Odwołującego, wraz z przesłaniem aneksu termin związania ofertą nie został przez Wykonawcę skutecznie przedłużony. Konsorcjum nie złożyło w tym zakresie dostatecznie jasnego i jednoznacznego oświadczenia, wprost wskazującego na intencje oferenta. W przesłanej wiadomości mailowej p. K. K. wskazał wyłącznie: „W załączniku przesyłam przedłużenie związania z ofertą na kolejne 30 dni”. Do wiadomości nie została załączona jakakolwiek deklaracja co do przedłużonego terminu, ale wyłącznie gwarancja wadialna.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie zakomunikował Zamawiającemu swojej woli przedłużenia terminu związania ofertą na okres umożliwiający jej wybór. Sama treść wiadomości email z dnia 15 marca 2021r. nie może zostać uznana za wystarczającą także z tego względu, że nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nawet gdyby, wbrew wytycznym orzecznictwa, próbować doszukiwać się w niej wyartykułowania woli Konsorcjum, wola ta obarczona jest nieusuwalną wadą formalną w postaci braku podpisu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że p. K. K., w świetle udzielonego mu pełnomocnictwa z dnia 12 listopada 2020 r. nie był upoważniony do złożenia oświadczenia. Zakres jego

umocowania w odniesieniu do materialnoprawnych oświadczeń, został ograniczony wyłącznie do „złożenia i podpisania oferty”. Upoważnienie nie zawiera klauzuli umożliwiającej wydawanie oświadczeń odnośnie przedłużenia terminu związania ofertą.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wybór Zamawiającego obarczony jest wadą wymagającą uwzględnienia niniejszego odwołania.

Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie treści pisma Konsorcjum z 9 marca 2021 r. jest nieskuteczne. Jak wynika z ugruntowanych poglądów literatury przedmiotu, „(...) oprócz samego oświadczenia o zastrzeżeniu pewnych treści do oferty powinno być dołączone pisemne uzasadnienie potwierdzające prawidłowość dokonanego utajnienia.” Powyższymi wskazaniami nie sprostało pismo Konsorcjum. Nie znajdują się w nim jakiegokolwiek wyjaśnienia odnośnie tego, dlaczego informacje przekazywane Zamawiającemu powinny zostać zastrzeżone wyłącznie do jego wiadomości. Jeżeli były one również objęte klauzulą tajności, jest to działanie niezgodne z art. 8 ust. 3. Pzp. Jeżeli z kolei nie zostały w ogóle zawarte w piśmie, tym bardziej nie istniały podstawy do utrzymania zastrzeżenia zgłoszonego przez Konsorcjum.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że nie istniały podstawy do tego, aby objąć zastrzeżeniem całą treść złożonych przez Konsorcjum umów obejmujących sprzęt wymagany w ramach warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Wykonawca Konsorcjum: KONDILUX Sp. z o.o., T. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe B. T. B. .

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Kondilux sp. z o.o., T. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPUH B. T. B. (dalej także jako Przystępujący) oraz odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że wbrew wezwaniu Zamawiającego z dnia 5 marca 2021r. Konsorcjum nie złożyło aktualnego

zaświadczenia na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący wypełnił wymaganie Zamawiającego składając Aneks nr 2 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG26/0628/20/0011 z dnia 11 listopada 2020 r.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali spełnienie warunku dotyczącego zdolności finansowej na poziomie co najmniej 390 000 zł.

Zgodnie z treścią 7.1. lit. d) SIWZ, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2, Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył Opinię Banku Santander S.A. Z opinii banku wynika, że:

„Wykonawca:

- posiada w naszym Banku rachunek bieżący od 2010 roku, obsługa rachunku bieżącego jest prawidłowa, na rachunku nie występują tytuły egzekucyjne,
- miesięczne wpływy na rachunek bieżący zamknęły się kwotą 6-cyfrową,
- firma jest solidnym partnerem obrotu gospodarczego, posiada zdolność do spłaty kredytów obrotowych w łącznej wysokości 800 000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych 00/100).”

Opinia banku nie budziła wątpliwości co do tego, że Przystępujący posiada wymaganą zdolność finansową.

Opinia datowana była na dzień 12 listopada 2020 roku, a zatem zgodnie z wymaganiem opisanym w treści warunku, tj. potwierdzała posiadanie przez Przystępującego wymaganej zdolności finansowej w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

5 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia aktualnej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość

posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Podkreślić należy, że zarówno treść warunku opisanego w 7.1. lit. d) SIWZ, jak również treść wezwania Zamawiającego z 5 marca 2020 r., jednoznacznie wskazują, że Zamawiający oczekiwał potwierdzenia sytuacji finansowej Wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, nie zaś - jak twierdzi Odwołujący - na dzień składania oświadczenia.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie ponownie złożył Opinię z Banku Santander Bank Polska S.A. z 12 listopada 2020 roku, która potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający w treści warunku opisanego w SIWZ wymagał, aby Wykonawcy złożyli dokument potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, to Opinia Banku wystawiona w takim okresie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Okoliczności tej nie zmienia fakt, że Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o ponowne złożenie takiej opinii. Bowiem zarówno opinia złożona w dniu składania ofert, jak i na ponowne wezwanie Zamawiającego, wypełniała jego wymaganie, aby potwierdzała wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Przystępujący, zgodnie z dyspozycją ww. artykułu, jak również zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz treści wezwania Zamawiającego z 05 marca 2021 r., złożył wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, aktualne na dzień składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z treścią przywołanego artykułu, Zamawiający mógłby żądać tych dokumentów gdyby były niekompletne, zawierały błędy lub budziły wskazane przez Zamawiającego wątpliwości. W treści wezwania Zamawiający nie wskazał żadnej z ww. okoliczności, a zatem wymagał potwierdzenia stanu środków finansowych Przystępującego w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, nie zaś jak twierdzi Odwołujący - na dzień składania oświadczenia.

W niniejszym postępowaniu nie istniały zatem podstawy do dodatkowego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro Przystępujący już w dniu składania ofert złożył wraz z ofertą dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu stosowanie do wymagań SIWZ. W takiej sytuacji nie sposób wywodzić negatywnych skutków dla Przystępującego, skoro złożył dokumenty zgodne z wymaganiami SIWZ i potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, a tylko taka okoliczność mogłaby stanowić podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący w trakcie rozprawy złożył Opinię Banku Santander S.A. z 1 kwietnia 2021 roku, która potwierdza, że Wykonawca ten w dalszym ciągu posiada wymaganą przez Zamawiającego zdolność finansową, a zatem spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, powyższy zarzut należało uznać za bezzasadny.

Za bezzasadny należało uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 7a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo nieprzedłużenia terminu jej ważności i dokonanie wyboru oferty pomimo upływu tego terminu.

Zgodnie z pkt 10.1. SIWZ termin, w którym wykonawca będzie związany złożoną ofertą, wynosi 60 dni. Termin związania ofertą rozpoczął bieg wraz z upływem terminu składania ofert, tj. 16 listopada 2020 r. Termin pierwotnie upływał 14 stycznia 2021 r. 15 marca 2021 r. Przystępujący dostarczył Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej.

W przesłanej wiadomości e-mailowej p. K. K. (pełnomocnik Przystępującego) wskazał: „W załączniku przesyłam przedłużenie związania z ofertą na kolejne 30 dni”. Do wiadomości została załączona gwarancja wadialna.

Zdaniem Odwołującego, wraz z przesłaniem aneksu do gwarancji wadialnej, termin związania ofertą nie został przez Przystępującego skutecznie przedłużony. Przystępujący nie złożył w tym zakresie dostatecznie jasnego i jednoznacznego oświadczenia, wprost wskazującego na intencje Przystępującego.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, przesłanie Zamawiającemu aneksu do gwarancji wadialnej, stanowiącego przedłużenie ważności wadium stanowi czynność Wykonawcy, która wskazuje na przedłużenie terminu związania ofertą. Taki wniosek należy jednoznacznie wyprowadzić z oświadczenia pełnomocnika Przystępującego, który zakomunikował Zamawiającemu wolę przedłużenia terminu związania ofertą poprzez przesłanie wadium i przesłane oświadczenie, zgodnie z którym przesyła przedłużenie związania z ofertą na kolejne 30 dni. Przystępujący wyraził swoją wolę w sposób jednoznaczny. Ponadto negatywne skutki dla Przystępującego mogłyby zostać wywiedzione wyłącznie w sytuacji, w której Przystępujący na wezwanie Zamawiającego wprost nie wyraziłby swojej zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Wręcz przeciwnie, działania i oświadczenia Przystępującego wskazywały jednoznacznie na zamiar przedłużenia terminu związania ofertą na kolejne 30 dni.

Wbrew zatem twierdzeniu Odwołującego, Przystępujący zakomunikował Zamawiającemu swoją wolę przedłużenia terminu związania ofertą na okres umożliwiający jej wybór. Okoliczność, że treść wiadomości email z dnia 15 marca 2021 r. nie została opatrzona

kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie oznacza, że Wykonawca nie zakomunikował Zamawiającemu w sposób jednoznaczny swojej woli przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający nie wymagał opatrzenia takiego dokumentu podpisem elektronicznym.

Ponadto Odwołujący wskazał, że p. K. K. w świetle udzielonego mu pełnomocnictwa z dnia 12 listopada 2020 r. nie był upoważniony do złożenia oświadczenia, bowiem zakres umocowania w odniesieniu do materialnoprawnych oświadczeń został ograniczony wyłącznie do „złożenia i podpisania oferty”. Upoważnienie nie zawiera klauzuli umożliwiającej wydawanie oświadczeń odnośnie do przedłużenia terminu związania ofertą.

Również powyższe twierdzenie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Termin obowiązywania oferty jest jednym z jej elementów. Skoro Pan K. K. posiadał (zgodnie z treścią udzielonego pełnomocnictwa) umocowanie do „złożenia i podpisania oferty”, to oznacza, że posiadał uprawnienie do podpisania pism w postępowaniu, które oferty wprost dotyczą.

W świetle powyższego powyższy zarzut należało uznać za bezzasadny.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów w postaci umowy najmu frezu leśnego oraz umowy najmu pługu leśnego, złożonych przez Przystępującego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, a także samego uzasadnienia objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Naczelną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyżej zacytowany artykuł zawiera odniesienie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z artykułem 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zatem dla oceny, czy dana informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i czy posiadają wartość gospodarczą. Oznacza to, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć takie informacje, co do których wykazano, że posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca nie wykazał jednak wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Tak treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i treść umów, których zarówno datę, przedmiot i charakter Wykonawca ujawnił (w piśmie z 09 marca 2021 roku), nie zawierają żadnych dodatkowych treści, które miałyby nadzwyczajny, niespotykany charakter. Przeciwnie, uregulowania prawne (zawarte w treści umów) w postaci chociażby kwestii rozwiązania umów, czy inne klauzule porządkowe, które to ogólne rozwiązania są powszechnie stosowane, bowiem przewidują je przepisy powszechnie obowiązującego prawa, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący nie wykazał, aby na skutek ujawnienia informacji zawartych w ww. dokumentach mógł ponieść jakąkolwiek szkodę.

Sam wywód Przystępującego, czym może być tajemnica przedsiębiorstwa, podobnie jak ogólne stwierdzenie Przystępującego, że informacje zawarte w umowach najmu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem spełnione zostały łącznie trzy warunki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia i wykazania zasadności objęcia umów najmu urządzeń tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał, że informacja w postaci dwóch krótkich umów najmu, których istotne elementy częściowo zostały przez Przystępującego ujawnione, rzeczywiście posiada wartość gospodarczą. Nie wykazał żadnej z wymienionych przesłanek. Tymczasem jak wskazano powyżej, art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

jednoznacznie stanowi, że zastrzegając informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ogólne stwierdzenie, przywołane powyżej, nie stanowi wykazania, że zastrzegane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe ma szczególne znaczenie, bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podstawową zasadą jest jawność postępowania.

Także z zacytowanego powyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania powinien wykazać, że podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Przystępujący nie załączył żadnego dokumentu, który potwierdzałby dokonanie jakichkolwiek czynności mających na celu zabezpieczenie i zachowanie w poufności umów najmu urzędzeń. Wykonawca w treści uzasadnienia oraz w trakcie rozprawy stwierdził, że treść umów najmu znana jest jedynie Prezesowi zarządu oraz księgowej. Przystępujący nie wykazał tej okoliczności. Umowy najmu zarówno w swej treści, jak i formie, nie zawierają żadnej klauzuli czy oznaczenia, że treść tych umów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazano zatem żadnej z przesłanek (a tym bardziej wszystkich łącznie), o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za całkowicie bezpodstawne należy uznać objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z 09 marca 2021 roku. Przystępujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla takiego zastrzeżenia. Brak było zatem jakichkolwiek podstaw do zachowania w poufności części pisma z 9 marca 2021 roku, zawierającej uzasadnienie objęcia dwóch umów najmu urzędzeń tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Nawet w sytuacji, gdy nie istniały powody do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów w postaci samego uzasadnienia zastrzeżenia oraz umów najmu i Zamawiający powinien dokonać odtajnienia tych dokumentów, to należy stwierdzić, że naruszenie to nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Dokumenty w postaci umów najmu zostały złożone przez Przystępującego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w

postępowaniu. W treści pisma z 09 marca 2021 roku pn.: Odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Przystępujący oświadczył, że jest uprawniony do korzystania z frezu leśnego i pługu leśnego na podstawie umów najmu. Są to umowy najmu długoterminowego. Umowy najmu frezu leśnego i pługu leśnego zostały zawarte 1 września 2020 roku i w tym też dniu sprzęt został Przystępującemu wydany. Przystępujący w treści pisma wyjaśnił także, że umowy mają charakter generalny, to znaczy, że Przystępujący może korzystać i korzysta z wyżej wymienionego sprzętu przy prowadzeniu swojej działalności gospodarczej przez cały okres trwania ww. umów, nie tylko na potrzeby niniejszego postępowania.

Ta część pisma była jawna, a zatem znana Odwołującemu. Okoliczność tę Odwołujący potwierdził w trakcie rozprawy z udziałem stron. Zatem Odwołujący (oraz ewentualnie inni wykonawcy w postępowaniu) bez ujawnienia treści dokumentów w postaci umów najmu urządzeń, posiadał informację, co stanowi przedmiot umów, znany był mu termin zawarcia umów oraz ich charakter. Mógł zweryfikować, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zatem zweryfikować prawidłowość czynności Zamawiającego w tym zakresie. Zatem ujawnienie szczegółowych, organizacyjnych kwestii umowy, czy powszechnie stosowanych w umowach klauzul, które nie były znane wykonawcom w postępowaniu, nie miało żadnego znaczenia przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Co istotne, Odwołujący nie kwestionował okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Oznacza to, że nawet ujawnienie treści umów najmu urządzeń oraz treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Z powyższych względów, mając na uwadze treść ww. artykułu, Izba orzekła o oddaleniu odwołania w całości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) i 2b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: