

WYROK
z dnia 19 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Luiza Łamejko**

Aneta Mlącka

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **19 listopada 2020 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez odwołującego: **STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z Warszawy**, **Aldesa Construcciones S.A. z Madrytu** (ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie. Przedmiotem zamówienia jest: „„Projekt i budowa drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południk (z węzłem) oraz drogi krajowej nr 65 na odcinku od węzła Białystok Południe do m. Grabówka”. Numer ref. O.BI.D-3.2410.4.2020. Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą zaniechania odtajnienia i odmowie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Konsorcjum: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. i Aldesa Construcciones S.A. (Konsorcjum ALDESA) złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.07.2020 r. i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ALDESA, który to Wykonawca (zdaniem Odwołującego) powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp (Ustawy PZP):

1. art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3 Ustawy PZP w zw. z art. 96 ust. 3 Ustawy PZP i w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i odmowę udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum ALDESA złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.07.2020r. w zakresie:
 - a) oświadczenia o zastrzeżeniu przez Konsorcjum ALDESA tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienia,
 - b) odpowiedzi udzielonych przez Konsorcjum ALDESA na 24 pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 17.07.2020 o numerach:
 - Nr 14 o treści: *„Zwracamy się o informację czy Wykonawca w swojej ofercie skalkulował wszystkie wymogi i obostrzenia zawarte w Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach dla przedmiotowego przedsięwzięcia? Czy została przeanalizowana zgodność planowanych do realizacji obiektów drogowych i inżynierskich z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach?”*,
 - Nr 18 o treści: - *„Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność oczyszczania, udroźnienia i odtworzenia istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników dla skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego?”*,

- Nr 20 o treści: - „Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy pkt 5.4. Tom I Instrukcja dla Wykonawców Rozdział 1?”,
- Nr 21 o treści: - Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy, iż jest [^]obowiązany do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia wskazanych; w pkt 5.5. Tom I Instrukcji dla Wykonawców oraz dokumencie Dane Kontraktowe Subklauzula 4.1. Ogólne zobowiązania Wykonawcy Tom II?” Prosimy o przedstawienie dokumentów potwierdzających powyższe zobowiązanie.,
- Nr 23 - w części dotyczącej pytania: „Czy założono w Ofercie, że nawierzchnia będzie Wykonywane siłami własnymi, czy przy pomocy podwykonawców?”,
- Nr 24 - w części j dotyczącej pytania: „Czy założono w Ofercie, że nawierzchnia będzie wykonywani siłami własnymi, czy przy pomocy podwykonawców?” ,
- Nr 25 - w części dotyczącej pytania: „Czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił terminy niezbędne do uzgodnień dokumentacji i uzyskania warunków technicznych oraz pozwoleń? ,
- Nr 27 - w czyści dotyczącej pytania: „Czy w swojej ofercie uwzględniliście Państwo wszystkie; wymagania i parametry wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich f tabela 1.1 z pkt 1.1.3.3? ,
- Nr 28 - w części dotyczącej pytania: „Czy w swojej ofercie uwzględniliście Państwo wszystkie wymagania i parametry wobec zaplanowanych! w PFU zabezpieczeń akustycznych - Tabela nr 13. z pkt 11.3.6.?”,
- Nr 29 - w części dotyczącej pytania: „Czy [...] uwzględniliście Państwo koszt wykonania dodatkowych obserwacji badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy geologicznej podłoża ? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno - inżynierskiej w formie dodatku do przekazanej dokumentacji?”,
- Nr 32 o treści: „Czy w ofercie uwzględniliście Państwo koszty bieżącego i zimowego utrzymania dróg?”,
- Nr 34 o treści: „Czy do wyceny uwzględniono wymagania PFU pkt 1.13.1.?”,
- Nr 36 o treści: „Czy w cenie Oferty zostały uwzględnione wszystkie niezbędne opracowania wymagane w pkt 2.2.1 i 2.2.2. PFU?”,
- Nr 39 - w części dotyczącej pytania: „Czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił, że będzie prowadził roboty tak, aby w pełni funkcjonowały poprzeczne, istniejące bądź stworzone w zamian ciągi komunikacyjne?”,
- Nr 40 o treści: „Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie koszt ochrony instalacji i urządzeń napowietrznych oraz podziemnych na czas realizacji robót?”,

- Nr 41 - w części dotyczącej pytania: „Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt usunięcia odpadów t placu budowy?”,
- Nr 42 - w części dotyczącej pytania: „Czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie koszt zatrudnienia nadzoru przyrodniczego w postaci ekspertów do spełnienia wymogów decyzji środowiskowej, postanowień RDOŚ oraz ustaleń z raportów o oddziaływaniu na środowisko?”,
- Nr 43 - w części dotyczącej pytania: „Czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszt budowy tymczasowych dróg technologicznych, dojazdów do placu budowy, koszt zapewnienia dojazdu do Wszystkich działek sąsiadujących z projektowanym pasem drogowym przez cały okres trwania budowy?”,
- Nr 44 o treści: „Prosimy o potwierdzenie, że w cenie oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości?”,
- Nr 46 o treści: „Jaki potencjał sprzętowy oraz jakie zasoby ludzkie (w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynieryjno - kierowniczą) zamierza Wykonawca zaangażować do wykonania robót nawierzchniowych w postaci nawierzchni z mas bitumicznych oraz betonu cementowego?”,
- Nr 49 o treści: „Czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wszelkie koszty wynikające z wykonania próbnych obciążeń obiektów wynikających z PFU, WWIORB oraz obowiązujących przepisów prawa?”,
- Nr 50 o treści: „Czy Wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty związane z dokonaniem inwentaryzacji obiektów zabytkowych (np. tablic pamiątkowych, pomników, kapliczek itp.) znajdujących się w pasie drogowym oraz ich demontaż i przeniesienie w inne uzgodnione z władzami terenu miejsce?”,
- Nr 55 o treści: „Czy w ofercie uwzględnione zostały koszty tymczasowej organizacji ruchu i zimowego utrzymania odcinków kolidujących z inwestycją?”,
- Nr 56 o treści: „czy Wykonawca rozumie pod pojęciem osobistego wykonania?”

- pomimo że treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odpowiedzi na ww. pytania nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że treść odpowiedzi na ww. pytania mogła zostać utajniona w całości przez ww. Konsorcjum, co doprowadziło do nieuprawnionej odmowy ujawnienia wyjaśnień we wskazanym zakresie, naruszenia zasady jawności postępowania oraz do ograniczenia możliwości zweryfikowania przez Odwołującego prawidłowości oceny oferty ww. Konsorcjum dokonanej przez Zamawiającego, a przez to ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Ustawy PZP środków ochrony prawnej.

2. art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ odmowa przekazania Odwołującemu wyjaśnień wybranego Konsorcjum we wskazanym zakresie, oznacza, że Zamawiający doprowadził do sytuacji ograniczenia weryfikacji oferty wybranego Konsorcjum co do jego zgodności z SIWZ przez jakiegokolwiek inne podmioty ubiegającą się o udzielnie przedmiotowego zamówienia,
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą ofertę Konsorcjum ALDESA, a w konsekwencji niezasadny wybór i uznanie oferty tego Wykonawcy za najkorzystniejszą, pomimo że wybrane Konsorcjum w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadziło w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu - poprzez podanie nieprawdziwych informacji co do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, wskazanego w Wykazie osób dla wykazania przez wybranego Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2. pkt 3) lit. b) ppkt 1) SIWZ -Tom I Instrukcja dla Wykonawców,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum ALDESA, a w konsekwencji niezasadny wybór i uznanie oferty tego Wykonawcy za najkorzystniejszą, pomimo że wybrany Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą z wymaganym doświadczeniem do pełnienia funkcji kierownika budowy, tj. nie spełnia warunku określonego w pkt V.2. pkt 3) lit. b) ppkt 1) SIWZ -Tom I Instrukcja dla Wykonawców,
5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie Spełnia warunków uczestnictwa w postępowaniu,

oraz, jako zarzut ewentualny na wypadek nie Uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 naruszenie:

6. art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP w związku z art. 24 ust. 4 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą ofertę Konsorcjum ALDESA, pomimo wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez tego Wykonawcę przy przedstawianiu informacji mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oświadczeń składanych przez Wykonawcę w ofercie w zakresie osobistego wykonania robót.

Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o: (1) unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ALDESA; (2) nakazanie odtajnienia wyjaśnień zastrzeżonych przez Konsorcjum ALDESA, jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie odpowiedzi na pytania wskazane w pkt 1 zarzutów odwołania; (3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień wybranego Wykonawcy w żądanym zakresie; (4) nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ALDESA i odrzucenia jego oferty; (5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Także wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści (dokumentów w Postępowaniu, jak również z dokumentów złożonych do niniejszego odwołania przez Odwołującego na uzasadnienie stawianych zarzutów.

Odwołujący podał, że (...) *posiada interes we wniesieniu niniejszego | odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu i ofert. Zaniechanie udostępniania wyjaśnień wybranego Wykonawcy w zakresie, który nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że zostaje naruszona podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, tj. jawności i przejrzystości postępowania. Zamawiający uniemożliwiając Odwołującemu zapoznanie się z jakąkolwiek częścią wyjaśnień, w tym części zaskarżonej, nie tylko błędnie uznał, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wybranego Konsorcjum, ale spowodował że dokonana przez niego ocena oferty wybranego Konsorcjum jest nieweryfikowalna. Nieuzasadniona odmowa udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wybranego Konsorcjum powoduje, że Odwołujący nie może dokonać pełnej weryfikacji poprawności dokonanej oceny i badania oferty ww. Konsorcjum przez Zamawiającego, a pytania skierowane do wybranego Wykonawcy wskazują, że dotyczyły one zgodności oferty z warunkami i wymaganiami postawionymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zmierzały do zweryfikowania, czy wybrany Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący ma zatem interes w tym, aby wyjaśnienia wybranego Wykonawcy zostały odtajnione, co pozwoli mu dokonać pełnej weryfikacji zgodności oferty wybranego Wykonawcy z SIWZ oraz czy nie podlega on wykluczaniu z postępowania. Odwołujący posiada interes w żądaniu odtajnienia złożonych wyjaśnień w ww. zakresie oraz w unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W przypadku uznania zasadności zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej i nakazania odtajnienia informacji, Odwołujący będzie mógł zapoznać się z nimi w toku ponownego badania i oceny ofert przez Zamawiającego i skorzystać z przewidzianych Ustawą PZP środków zaskarżenia. Ponadto, Odwołujący jak wskazał powyżej, w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która została sklasyfikowana na miejscu drugim. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić do wykluczenia wybranego! Wykonawcy, a w konsekwencji do odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum. W rezultacie oferta*

Odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Wskutek naruszenia przepisów Ustawy PZP przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. (...)

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I. (...) W dniu 21 października 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ALDESA z siedzibą w Madrycie. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w dniu 21 października 2020 r. o przekazanie korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą. W dniu 22 października 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu następujące dokumenty: oświadczenia dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, wezwanie Zamawiającego z dnia 17.07.2020 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 05.10.2020 r. do złożenia dokumentów lub wyjaśnień oraz odpowiedź wybranego Wykonawcy z dnia 14.10.2020r. wraz z załącznikami (stanowiące odpowiedź na wezwanie z dnia 05.10.2020r.). W związku z tym, że w przekazanych dokumentach brakowało odpowiedzi wybranego Konsorcjum na wezwanie z dnia 17.07.2020 r., Odwołujący ponownie w dniu 22.10.2020 r. zwrócił się o przekazanie przez Zamawiającego całej odpowiedzi Konsorcjum. Zamawiający w dniu 23.10.2020 r. poinformował Odwołującego, że w dniu 22.10.2020r. przekazał wszystkie dokumenty, które nią są zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, wskazując jednocześnie, że: „Zamawiający po analizie uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w dokumentach złożonych przez w/w wykonawcę i zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” uznał, iż jest ono skuteczne. W związku z powyższym Zamawiający nie udostępni wnioskowanych dokumentów”. Odwołujący podał, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu żadnej części wyjaśnień wybranego Konsorcjum, stanowiących odpowiedź na wezwanie z dnia 17.07.2020r.: ani oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem dla takiego zastrzeżenia, ani odpowiedzi wybranego Konsorcjum na jakiegokolwiek pytania Zamawiającego. W jego ocenie, Zamawiający wadliwie uznał, że całość wyjaśnień Konsorcjum stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa, czym naruszył powołane przepisy Ustawy PZP, w tym zasadę jawności postępowania, a zaniechanie udostępnienia tych wyjaśnień zakłóciło przejrzystość prowadzonego postępowania. Zastrzeżenie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy PZP Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: uznk). W myśl art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Powyższe oznacza konieczność spełniania łącznie przesłanek przez informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.: informacja ta ma stanowić ^lane techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz musi być poddana działaniom Wykonawcy w celu zachowania jej poufności. Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa muszą zatem zaistnieć obiektywne przesłanki uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a zastrzegający musi prawidłowo wykazać tą okoliczność. Innymi słowy, nie każda informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a weryfikacja prawidłowości zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym. Odnosząc powyższe uwagi do niniejszej sprawy Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że Zamawiający niezasadnie uznał, że może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa sama treść oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienie. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak i oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy nie stanowi treści, które same w sobie zawierają informacje, które noszą cechy tajemnicy przedsiębiorstwa i jak wskazał Odwołujący powyżej za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane - po spełnieniu przesłanek - informacje stanowiące daną techniczną, technologiczną, organizacyjną lub inną - posiadające wartość gospodarczą. Przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej! i organizacyjnej. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 185/19 „ Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. ” Treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i samo oświadczenie o jej zastrzeżeniu trudno uznać obiektywnie za wartość gospodarczą wybranego Wykonawcy. Odwołujący - wobec arbitralnej odmowy udostępnienia przez Zamawiającego jakiegokolwiek części wyjaśnień wybranego Wykonawcy, w tym samego uzasadnienia, nie mógł zapoznać się i poddać ocenie, czy wybrane Konsorcjum faktycznie zastrzegło w ogóle uzasadnienie zastrzeżenia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy istniały podstawy do podjęcia takiej czynności, ani dlaczego wybrany Wykonawca uważa, że takie zastrzeżenie uzasadnienia było możliwe. Zaniechanie przekazania Odwołującemu tej części wyjaśnień uniemożliwiło

Odwołującemu również zweryfikowanie, czy zastrzeżenie całych wyjaśnień jest skuteczne, tak jak uznał Zamawiający, i czy odpowiada ono warunkom formalnym i materialnym do objęcia ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa, jakie były podstawy zastrzeżenia wyjaśnień wybranego Konsorcjum.

Odwołujący wskazał także, że z pisma Zamawiającego z dnia 17.07.2020 r. wynika że część pytań skierowanych do Konsorcjum dotyczy zgodności oferty wybranego Wykonawcy z treścią SIWZ. Już z samej analizy treści pytań wynika, że udzielone przez wybrane Konsorcjum odpowiedzi na pytania Zamawiającego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i nie jest możliwe skuteczne zastrzeżenie ich przez wybranego j wykonawcę. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dla potwierdzenia spełnienia przez wybrane Konsorcjum wymogów postawionych w postępowaniu i określenia, czy zaoferowana cena uwzględnia stawiane warunki, a złożone oświadczenia pozostają j zgodne ze stanem faktycznym. Potwierdzenie bądź odpowiedzi przeczące w tym przedmiocie przez wybranego Wykonawcę są nader istotne z punktu widzenia zweryfikowania, czyjego oferta odpowiada treści SIWZ, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu, natomiast nie są jednocześnie informacjami spełniającymi przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, nie sposób uznać je za stanowiące wartość gospodarczą wybranego Wykonawcy, ani za dane technicznie bądź technologiczne. W związku z powyższym Odwołujący kwestionuje i uznaje za niezasadne utajnienie przez Zamawiającego odpowiedzi wybranego Wykonawcy na wskazane pytania: nr 14, nr 20, Nr 21, Nr 23, Nr 24, Nr 25, Nr 27, Nr 28, Nr 29, Nr 32, Nr 34, Nr 36, Nr 39, Nr 40, Nr 41, Nr 42, Nr 43, Nr 44, Nr 46, Nr 49, Nr 50, Nr 55 i Nr 56. Z treści pytań wynika, że odpowiedzi udzielone przez Wykonawcę nie miały dotyczyć indywidualnych danych o charakterze technicznym, technologicznym, stanowiącym wartość gospodarczą wybranego Wykonawcy. Przedstawione pytania – jego zdaniem - potwierdzają, że dotyczą one informacji na temat spełnienia przez wybranego Wykonawcę wymogów SIWZ i stanowią podstawę do oceny przez Zamawiającego zgodności oferty wybranego Wykonawcy z treścią SIWZ oraz czy wybrany Wykonawca przedstawił w ofercie oświadczenia zgodne ze stanem faktycznym. Odpowiedzi Wykonawcy zostały poddane weryfikacji Zamawiającego pod kątem tego, czy wybrany Wykonawca uwzględnił (bądź nie) wymogi postawione wykonawcom w niniejszym postępowaniu. Ich nieudostępnienie Odwołującemu w zaskarżonej części, stanowi naruszenie zasady jawności i przejrzystości postępowania. W szczególności, że ocena dokonana przez Zamawiającego w związku z udzielonymi wyjaśnieniami pozostaje poza możliwością jej zweryfikowania przez Odwołującego, ale również pozostałych wykonawców. Odwołujący wskazał na wyrok KIO 1021/18, w którym Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie uznała, że „za niedopuszczalną praktykę należy uznać zastrzeganie całego pliku dokumentów, jeżeli znajdują się w nim informacje równej wagi, także nieposiadające cech

tajemnicy przedsiębiorstwa.” Zdaniem Odwołującego, nieuprawnione ze strony Zamawiającego było uznanie, że całość wyjaśnień Wybranego Wykonawcy, również co do części pytań zakwestionowanych niniejszym odwołaniem podlega utajnieniu. Obowiązkiem Zamawiającego było bowiem dokonanie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wybranego Wykonawcy z uwzględnieniem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uznanie, że w treści tych wyjaśnień 4 jak uważa Odwołujący - są dane, które takiemu utajnieniu nie podlegają. W wyjaśnieniach, zdaniem Odwołującego mogły się znaleźć poszczególne części, informacje lub dane, które podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk - jednak utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje i dane, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. Tym samym, Zamawiający powinien co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień wybranego Konsorcjum - o ile w wyjaśnieniach tych faktycznie znajdowały się dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazała w wyroku KIO 1229/15, Krajowa Izba Odwoławcza: „Nie można zatem akceptować zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa szeregu dokumentów, jeżeli znajdują się w nich informacje różnej wagi, także nieposiadające tego przymioty. Taka praktyka wykonawcy niesie dla niego ryzyko, że w razie ujawnienia tych dokumentów, zostaną również ujawnione informacje rzeczywiście zasługujące na ochronę. W konsekwencji rolą wykonawcy jest wyraźne wskazanie, które informacje, i z jakich przyczyn, są nią objęte.” Również w wyroku t: KIO 242/17, Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, że: „zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.” Odwołujący wskazał, że utajnienie wyjaśnień wybranego Wykonawcy w zaskarżonym zakresie ma wpływ na wynik niniejszego postępowania. Przede wszystkim to sam Zamawiający wystąpił do wybranego Wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert o wyjaśnienie treści jego oferty w zakresie opisanym w wezwaniu z dnia 17.07.2020 roku. Weryfikował w ten sposób oświadczenia Wykonawcy zawarte w Ofercie, w tym co do należytego określenia ceny w niej zaoferowanej. Złożone wyjaśnienia przez wybranego Wykonawcę nie pozostają w oderwaniu od treści złożonej oferty, ani od wymogów stawianych wykonawcom. Przeciwnie mają znaczenie dla oceny oferty tego Wykonawcy i stanowią istotny element dla ustalenia, czyjego oferta pozostaje zgodna z SIWZ, a oświadczenia Wykonawcy uprawnione i zgodne z rzeczywistością. Odwołujący wskazał, że dla przedmiotowego zadania, Zamawiający w pkt 5.5. Tom I Instrukcji dla Wykonawców zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj.:

„W zależności od wyboru rodzaju konstrukcji nawierzchni:

- nawierzchnia bitumiczna Trasy Głównej, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 80% ilości) i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) z wyłączeniem dostaw materiałów i usług*

albo

- nawierzchnia z betonu cementowego, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 50% ilości) i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) mieszanek z betonu cementowego oraz pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.”*

Wykonawcy mogą powierzyć wykonanie pozostałych (niezastrzeżonych jako kluczowych) części zamówienia podwykonawcy”.

Zamawiający w odniesieniu do tego wymogu zażądał wyjaśnień od wybranego Wykonawcy, w kilku pytaniach, m. in. nr 21, 46, czy 56. Zdaniem Odwołującego, odpowiedzi wybranego Konsorcjum na te pytania stanowią podstawę do zweryfikowania, czy złożone przez nie oświadczenie co do zakresu robót, które zamierza on powierzyć podwykonawcom rzeczywiście odpowiada wymogom SIWZ, ale także czy oświadczenie wybranego Wykonawcy pozostaje zgodne ze stanem faktycznym. Nieprzekazanie Odwołującemu wyjaśnień wybranego Wykonawcy uniemożliwia dokonanie oceny poprawności działań Zamawiającego w postępowaniu, co do złożonej przez wybrane Konsorcjum oferty. Zastrzeżenie w tym przypadku poufności całości wyjaśnień, bez ograniczania do rzeczywistych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jest działaniem nieuprawnionym. W ocenie Odwołującego, nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień oferty wybranego Wykonawcy w oderwaniu od spełnienia przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Także w pozostałych pytaniach, Zamawiający weryfikował poprawność zaoferowanej przez wybrane Konsorcjum ceny oferty i spełnienie wymagań I SIWZ, co pozostaje istotne dla weryfikacji złożonej oferty. Brak odtajnienia tych informacji powoduje, że uniemożliwione zostało dokonanie pełnej weryfikacji przez Odwołującego, czy ocena dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa, a wybrany Wykonawcą uwzględnił w niej wymagania stawiane przez Zamawiającego w postępowaniu.

II. Odnośnie warunku udziału w postępowaniu podał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienia byli zobowiązani spełnić warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 7 SIWZ. Zgodnie z pkt 7.2. *„O udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy*

spełniają warunki dotyczące: [...] pkt 3) „zdolność techniczna lub zawodowej: [...] b) „Osób”:
„Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę, którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania:

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wymagana liczna osób: 1
Doświadczenie zawodowe: „Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min 4km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonyj pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta. [...].”

Dla wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu i dysponowania osobą z odpowiednim doświadczeniem do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, wybrane Konsorcjum wskazało Pana G. B. (p. G.B.). W złożonym w dniu 14.10.2020r. „Wykazie osób”, Konsorcjum oświadczyło, że Pan G. B. skierowany do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada „kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie potwierdzające spełnienie wymagań” zdobyte: „Lipiec 2010 - lipiec 2012 Kierownik Budowy podczas Wykonywania zadania pn. Budowa autostrady A4, odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Rzeszów Centralny oraz drogi ekspresowej S 19 odcinek węzeł Rzeszów Zachód - Węzeł Świlcza. Wartość projektu: 361 512 034,18 pin netto (441 044 681,70 pin brutto)”. Zdaniem Odwołującego, wbrew złożonemu oświadczeniu, przedstawione w Wykazanie osób informacje są nieprawdziwe. Pan G. B. nie posiada doświadczenia na tym zadaniu w robotach o wymaganej przez Zamawiającego wartości co najmniej 200 mln złotych netto. Jak wskazał powyżej Odwołujący, Zamawiający wymagał Zgodnie z 7.2. pkt 3) lit, b) ppkt 1) SIWZ (Tom I Instrukcja dla Wykonawców), by osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy miała doświadczenie przy realizacji zadań (1 lub 2) o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 złotych netto. Wybrane Konsorcjum wskazało w swoim oświadczeniu wartość robót zadania na kwotę ponad 361 mln brutto, przy czym zataiło informację, że doświadczenie Pana G. B. zdobyte na tym zadaniu nie obejmuje robót o wartości 200 mln, ponieważ wartość wskazana w Wykazie osób to wartość pierwotna zadania, które nie zostało jednak zrealizowane w związku z odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego. Jak wynika z oficjalnych komunikatów GDDKiA na stronach internetowych: (...) w dniu 25.05.2012r. doszło do odstąpienia od umowy z Wykonawcą zdania (Konsorcjum: Radko Sp. z o.o. (Lider), Autostrada Wschodnia Sp. z o.o., Punj Lloyd Ltd.); a

wartość zrealizowanych na dzień 25.05.2012r. robót wynosiła około 218 mln brutto - wartość ta stanowiła 51,4 % zaakceptowanej kwoty kontraktowej brutto. Dowód: Informacja zawarta na stronie internetowej: (...) (załącznik nr 1) oraz (załącznik nr 2). Tym samym, wbrew oświadczeniu wybranego Konsorcjum Pan G. B. nie mógł zdobyć na wskazanym w Wykazie osób zadaniu doświadczenia przy realizacji robót o wartości wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ. Zdaniem Odwołującego niezgody ze stanem faktycznym jest również okres pełnienia funkcji kierownika budowy przez Pana G. B. . W Wykazie osób wybrane Konsorcjum oświadczone, że Pan G. B. pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie lipiec 2010 - lipiec 2012, podczas gdy odstąpienie od umowy przez Zamawiającego miało miejsce w dniu 25.05.2012 roku. Wskazanie w doświadczeniu okresu pełnienia funkcji po odstąpieniu, zdaniem Odwołującego, było nieuprawnione. Działanie wybranego Konsorcjum polegające na wpisaniu w Wykazie osób doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy informacji sprzecznych z rzeczywistością należy ocenić w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy P&P. Wybrane Konsorcjum poprzez przedstawienie tych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez nie warunku udziału w postępowaniu, co miało wpływ na podjęte przez Zamawiającego decyzje i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP z postępowania p 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. Wykonawca wskazał na orzecznictwo:

✓ KIO 2517/19.

„[...] Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzi będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. Z kolei pod pojęciem Informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcy skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego

zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu”.

Obowiązkiem wybranego Wykonawcy było zweryfikowanie informacji, na które zamierzał się powołać, zwłaszcza jeżeli odnosi się to do informacji; mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania, tj. spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca mógł zweryfikować prawdziwość informacji w zakresie; doświadczenia Pana G. B. . Zaniechanie wybranego Wykonawcy, który nie dokonał w tym zakresie sprawdzenia i oceny, czy przedstawiane informacje pozostają zgodne z rzeczywistością, kwalifikuje się jako niedbalstwo lub lekkomyślność.

✓ KIO 990/20:

„Wskazać należy, że na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (k.c.) a zgodnie z art. 355 §1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stóęunkach 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). Ponadto 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. ”

✓ KIO 1405/18, KIO 1407/18, KIO 1419/18)

„Izba uznała, że zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum S. z postępowania jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. przedłożenia Zamawiającemu informacji

odnoszących się do doświadczenia osób wskazanych na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz poza cenowych kryteriów oceny ofert, w tym pełnionych przez te osoby funkcji i czasowego zakresu udziału w określonych projektach. Przedstawione przez Konsorcjum S. informacji mogły mieć i miały istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez przyznanie ww. wykonawcy dodatkowych punktów i stwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (...) Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (wyrok KIO sygn. akt: 1000/18). Złożenie nieprawidłowego wykazu osób było działaniem lekkomyślnym lub niedbałym”.

Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający naruszył art 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, ponieważ powinien wykluczyć z postępowania wybranego Wykonawcę, który na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające go w błąd, istotne dla podejmowanych w postępowaniu decyzji przez Zamawiającego. Wybrany Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co potwierdzają przedstawione okoliczności. Osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, tj. w robotach o wymaganej przez Zamawiającego wartości co najmniej 200 mln złotych netto. Konsekwencją zaniechania wykluczenia wybranego Konsorcjum jest naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP. Zamawiający i wybrał bowiem ofertę Wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania.

III. Odwołujący z ostrożności (jak zaznaczył na wypadek nie uznania zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 petitum odwołania) wskazał, że w jego ocenie wybrane Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do wypełnienia obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia. Odwołujący wskazał powyżej, że Zamawiający oczekuje informacji; od Wykonawcy przedmiotowego zamówienia, że wykona on osobiście nawierzchnię bitumiczną bądź z betonu cementowego łącznie z wytworzeniem (odpowiednio co najmniej 80% lub 50% ilości) i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) mieszanek oraz pozostałe warstwy konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) z wyłączeniem dostaw materiałów. Odwołujący wskazuje, że wybrany Wykonawca nie posiada potencjału kadrowego ani sprzętu, którym takie prace mogłyby zostać przez niego wykonane osobiście. Jak wynika z dotychczasowych realizowanych przez wybrane Konsorcjum robót na kontraktach realizowanych w Polsce zakres prac nawierzchniowych zlecany jest w całości podwykonawcom. Oświadczenie przez wybranego Wykonawcę, że wykona on roboty zastrzeżone do osobistego wykonania, zdaniem Odwołującego, pozostaje niezgodne ze

stanem rzeczywistym. Zamawiający wyjaśniał oświadczenie wybranego Wykonawcy w zakresie osobistego wykonania robót przez wybrane Konsorcjum także w postawionych pytaniach w piśmie z dnia 17.07.2020 roku. Zdaniem Odwołującego jednak ewentualna deklaracja Wykonawcy w tym zakresie nie stanowi potwierdzenia, że prace te zostaną wykonane w zastrzeżony przez Zamawiającego sposób. Powyższe ma wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zdaniem Odwołującego, wybrany Wykonawca nie wykazał, że z jego strony możliwe jest osobiste wykonanie robót.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie (pismo z dnia 02.08.2020) zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z Warszawy i Aldesa Construcciones S.A. z Madrytu wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 18.11.20) podał:

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust.3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i odmowę udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.07.2020 r. w zakresie:

- a) oświadczenia o zastrzeżeniu przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienia,
- b) odpowiedzi udzielonych przez Przystępującego na pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 17.07.2020 r.

- uznał zarzut wskazany w pkt. 1 lit.a) i doręczył Odwołującemu oświadczenie Przystępującego o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem zawartym na str. 1-7 pisma z dnia 31 lipca 2020 r. (bez załączników). Wyjaśnił, że Zamawiający omyłkowo uznał, że Przystępujący zastrzegł całość pisma z dnia 31 lipca 2020 r. wraz z wyjaśnieniami zawartymi w tym piśmie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Podchodząc z ostrożnością do danych wskazywanych przez poszczególnych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający nie chciał narazić się na zarzut jej naruszenia.

2. Odnośnie zarzutów w pozostałej części wskazanych w pkt. 1 oraz w pkt 2 odwołania uznał je za niezasadne. Zamawiający nie naruszył wskazanych w nich przepisów ustawy Pzp. Podał, że: „Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że ten nie przekazał mu odpowiedzi Przystępującego na jakiegokolwiek pytania Zamawiającego. Następnie

Odwołujący, pomimo, iż nie otrzymał (nie posiadał) żadnych ww. dokumentów (tj. wyjaśnień Przystępującego), bezpodstawnie podnosi w odwołaniu, że Zamawiający wadliwie uznał, iż całość wyjaśnień Przystępującego stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa, wskazując jednocześnie naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, w tym zasadę jawności i przejrzystości postępowania. Pomimo braku dostępu do kwestionowanych dokumentów, Odwołujący podejmuje w odwołaniu próbę ich oceny, która zdaniem Zamawiającego jest chybiona. Zamawiający dokonał oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i stwierdził, że Przystępujący sprostował obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadają 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, czyli wykazał, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożone przez Przystępującego w dniu 17.07.2020 r. wyjaśnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich stron odpowiedzi wraz z załącznikami obejmują dane dotyczące bardzo szczegółowych zagadnień związanych z realizacją zamówienia. Odpowiedzi na pytania w większości są obszerne, niejednokrotnie poparte dowodami, przedstawiają technologię i sposób organizacji procesu budowlanego w tym przedsiębiorstwie, dlatego też Zamawiający uznał, że informacje te mają wartość gospodarczą. W wyjaśnieniach Przystępujący przedstawił również kalkulację ceny ofertowej oraz kosztów, jakie przewiduje on ponieść podczas realizacji zadania, co niewątpliwie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że przedstawiony przez Przystępującego sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, ponieważ obrazują rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny. Przystępujący wyjaśnił, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób. Jednocześnie wskazał, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym, które następnie szczegółowo opisał w swoich wyjaśnieniach, a także załączył odpowiednie dokumenty stanowiące dowody. W związku z powyższym Zamawiający przyjął, że jest zobowiązany do zachowania informacji w tajemnicy i że posiadają one istotną wartość gospodarczą. Z uwagi na fakt, że Przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje

spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też Zamawiający uznał, że nie ma prawa ujawniać nawet odpowiedzi na zadane pytania (np. pytanie Nr 14, Nr 18, Nr 20, Nr 24, Nr 32, Nr 36 Nr 40, Nr 55, Nr 56), ponieważ tworzą one wraz z pozostałymi odpowiedziami pełny obraz działania całego przedsiębiorstwa tzw. strategię i w powiązaniu ze sobą jako całość bądź szczególne zestawienie czy zbiór, stanowią istotną wartość przedsiębiorstwa Przystępującego, którą zgodnie z wolą Przystępującego należy chronić. Jego zdaniem, uwzględniając przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo KIO, działaniem nieuprawnionym byłoby udostępnienie przez Zamawiającego tych danych innym podmiotom, prowadzącym działalność konkurencyjną względem Przystępującego, ponieważ informacje te mogłyby dać konkurentom Przystępującego wiedzę, która umożliwiłaby im, przede wszystkim, konkurencyjnego wobec Przystępującego kształtowania swej polityki cenowej wobec osób trzecich potencjalnych odbiorców zamówień realizowanych przez Przystępującego. W związku z powyższym odmowa udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Przystępującego była zasadna i nie naruszała zasady zachowania uczciwej konkurencji zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp pojęcie „wykazanie”, nie stanowi obowiązku udowodnienia, a jedynie uprawdopodobnienia, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego takiemu obowiązkowi wykazania Przystępujący sprostał. Zamawiający podnosi również, iż w jego ocenie rodzaj zastrzeganych informacji jest rzeczą indywidualną każdego wykonawcy powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, że „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. W ocenie Zamawiającego ziszczy się przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec czego Zamawiający był zobowiązany do nieujawniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego”.

3. Odnośnie zarzutów Nr 3, Nr 4 i Nr 5 dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp - zaniechania wykluczenia Przystępującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty - również uznał zarzuty za chybione. Podał m.in., że Zamawiający określił w SIWZ TOM I pkt. 7.2 ppkt b) następujące wymagania dla Personelu: 1) *osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Budowy wymagana liczba osób: 1 Doświadczenie zawodowe: „Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę*

lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min, GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta. " Dalej podał, że (...) przeprowadził weryfikację doświadczenia personelu Przystępującego. Doświadczenie zostało potwierdzone w następującym zakresie: „Pan G. B. pełnił funkcję Kierownika budowy na zadaniu „Budowa autostrady A4, odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Rzeszów Centralny oraz drogi ekspresowej S-19 odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Świlcza” w okresie od 11.08.2010 r. do 25.05.2012 r. (data odstąpienia od umowy przez Oddział). Wartość umowna zadania wynosiła: 362.066.798,36 zł (netto), 441.721.494,00 zł (brutto).” Wobec powyższego Zamawiający uznał doświadczenie wskazywane przez Przystępującego za spełniające wymagania określone w pkt. 7.2 SIWZ, ponieważ warunki udziału postawione przez Zamawiającego w SIWZ były spełnione. Przystępujący oświadczył, że Pan G. B. pełnił funkcję Kierownika Budowy przez okres od lipca 2010 do lipca 2012. Pomimo potwierdzenia krótszego okresu realizacji zadania tj. od 11.08.2010 r. do 25.05.2012 r., niż wskazywany przez Przystępującego, to wymóg postawiony przez Zamawiającego został spełniony, ponieważ okres wymaganego doświadczenia powinien wynosić min. 12 miesięcy, natomiast potwierdzony okres doświadczenia wynosi ponad 21 miesięcy. Ponadto zadanie pn: „Budowa autostrady A4, odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Rzeszów Centralny oraz drogi ekspresowej S-19 odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Świlcza”, spełnia wymóg w zakresie parametrów drogi. W zakresie postawionego przez Zamawiającego wymogu dotyczącego wartości robót, określonego jako wartość co najmniej 200 000 000,00 PLN netto, Przystępujący oświadczył, że wartość projektu na którym Pan G. B. pełnił funkcję Kierownika Budowy wynosiła: 361 512 034,18 PLN (netto) i 441 044 681,70 PLN (brutto). Powyższa wartość została potwierdzona przez Zamawiającego (Oddział Rzeszów), więc w ocenie Zamawiającego wszystkie wymogi postawione w SIWZ zostały przez Przystępującego spełnione. Natomiast zarzut postawiony przez Odwołującego, iż Pan G. B. nie spełnia doświadczenia na tym zadaniu w robotach o wymaganej przez Zamawiającego wartości co najmniej 200 mln złotych netto, ponieważ wartość wskazana w Wykazie osób to wartość pierwotna zadania, które nie zostało jednak zrealizowane w związku z odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego, jest w ocenie Zamawiającego bezpodstawny, ponieważ Zamawiający określił w SIWZ warunek udziału w postępowaniu - konieczność posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika budowy doświadczenia przy realizacji zadania o wartości robót, która odnosi się do wartości całego Kontraktu. Zamawiający nie określił w wymaganiach konieczności przedstawienia do udowodnienia doświadczenia

wartości robót zrealizowanych czy zafakturowanych, tylko wartości robót, określającą wartość całego zadania. Wobec powyższego określone przez Zamawiającego kryterium w zakresie wartości robót odnosi się do wartości określonej jako Zaakceptowana Kwota Kontraktowa netto. Zamawiający określa wymagania w SIWZ na podstawie zrealizowanych dotąd licznych kontraktów, biorąc pod uwagę skalę i wielkość inwestycji, a więc doświadczenie personelu Wykonawcy powinno potwierdzać/gwarantować możliwość zrealizowania danego kontraktu przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach. Intencją Zamawiającego przy określaniu wymagań było to, by osoba na stanowisku Kierownika Budowy przepracowała w ciągu min. 12 miesięcy na kontrakcie o wartości 200 mln zł netto, co nie znaczy, że w ciągu tych 12 miesięcy wartość wykonanych robót powinna wynosić min. 200 mln zł. Zamawiający ponadto wskazuje, że osoba taka, aby mogła zakwalifikować się do takiego przedsięwzięcia, jakim jest budowa autostrady A4, której investorem był ten sam zamawiający, musiała mieć również odpowiednie kwalifikacje. Przyjmując interpretację zapisów wskazaną przez Odwołującego, można by stwierdzić, że w ciągu 12 miesięcy, które jest warunkiem udziału w postępowaniu, konieczne byłoby wykonanie robót, (zafakturowanie robót) o wartości min. 200 mln zł netto, co z doświadczenia Zamawiającego na realizowanych dotąd kontraktach, jest praktycznie niemożliwe do osiągnięcia.” Wskazał na przykładowe kontrakty realizowane w latach 2016 – 2019 przez Oddział Białystok, których zestawienie stanowi potwierdzenie braku możliwości osiągnięcia kwoty 200 mln zł netto określonej w wymaganiach Zamawiającego w ciągu 12 miesięcy, wobec tego kwota określona do spełnienia wymagań Zamawiającego nie może się odnosić do wartości robót zrealizowanych (czy zafakturowanych), tylko do wartości określonej, jako całkowita wartość kontraktu, która stanowi kryterium oceny przez Zamawiającego skali przedsięwzięcia, co jednocześnie stanowi potwierdzenie właściwych kwalifikacji danej osoby oraz że taka osoba będzie wykonywać należycie swoją funkcję. Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia działał zgodnie z przepisami prawa, prowadził postępowanie w sposób bezstronny i obiektywny, a tym samym nie naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zawartej w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

4. W odniesieniu do zarzutu Nr 6 – wykonania kluczowej części zamówienia przez Wykonawcę dotyczącego wątpliwości Odwołującego wykonania przez Przystępującego kluczowej części zamówienia z uwagi na brak potencjału kadrowego, ani sprzętu, którym takie prace mogłyby zostać przez niego osobiście wykonane, (...) w ocenie Zamawiającego zarzuty postawione przez Odwołującego, stanowią daleko Idące i niczym nieoparte wnioski. Przystępujący przedstawił w swojej ofercie potencjał kadrowy, który zamierza zaangażować w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zakresie dotyczącego kluczowej części zamówienia. Ponadto Przystępujący wskazał, że na potrzeby niniejszego kontraktu zatrudni

niezbędną liczbę personelu oraz planuje zakup wytwórni mas mineralno-bitumicznych oraz niezbędnego sprzętu dla wypełnienia wymagań wskazanych w pkt, 5.5 Tom I Instrukcji dla Wykonawców oraz dokumencie Dane Kontraktowe Subklauzula 4.1 Ogólne zobowiązania Wykonawcy Tom II. Biorąc pod uwagę specyfikę kontraktu P&B, należy wskazać, że Wykonawca w okresie projektowym oraz przygotowawczym do produkcji (ponad rok) będzie dysponował wystarczającym czasem na skompletowanie kadry złożonej z wykwalifikowanych pracowników oraz maszyn i sprzętu potrzebnego do realizacji niniejszego zadania, w tym również w zakresie osobistego wykonania. Ponadto Przystępujący wskazuje, że jest w bardzo stabilnej sytuacji finansowej i należy do grupy CRCC, czyli jednej z największych grup budowlanych na świecie. W związku z tym aktualne możliwości Grupy Aldesa odnośnie pozyskania maszyn, sprzętu, zasobów ludzkich pozwalają na należyte wykonanie przedmiotu Umowy.”

Rozpoznając zarzuty z odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba rozpoznając z pkt 1 i pkt 2 odwołania zarzut naruszenia:

1) art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dotyczący zaniechania ujawnienia i odmowy udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum ALDESA złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.07.2020r. w zakresie: (a) oświadczenia o zastrzeżeniu przez Konsorcjum ALDESA tajemnicy przedsiębiorstwa i jego uzasadnienia (oświadczenie o zastrzeżeniu TP); (b) odpowiedzi udzielonych przez Konsorcjum ALDESA na zawarte w wezwaniu z dnia 17.07.2020 r. Zamawiającego 24 pytania oznaczone numerami: nr 14, nr 20, Nr 21, Nr 23, Nr 24, Nr 25, Nr 27, Nr 28, Nr 29, Nr 32, Nr 34, Nr 36, Nr 39, Nr 40, Nr 41, Nr 42, Nr 43, Nr 44, Nr 46, Nr 49, Nr 50, Nr 55 i Nr 56 (odpowiedzi do pytań z 17.07.20); oraz

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ odmowa przekazania Odwołującemu wyjaśnień Konsorcjum we wskazanym zakresie, oznacza, że Zamawiający doprowadził do sytuacji ograniczenia weryfikacji oferty Konsorcjum co do jej zgodności z SIWZ przez jakiegokolwiek inne podmioty ubiegające się o udzielnie przedmiotowego zamówienia -

- Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 191 ust.2 Pzp zgodnie z którą: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. To oznacza, że stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego może być odmienny od tego wskazanego w odwołaniu, albowiem w toku procedowania przed Izbą, wskutek czynności procesowych lub faktycznych dokonanych przez strony, stan faktyczny może ulegać zmianie,

a Izba z urzędu - zgodnie ze wskazanym art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - zobowiązana jest brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mogą mieć wpływ na spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

Zamawiający w niniejszej sprawie w dniu 18 listopada 2020 r. udostępnił żądane przez wykonawcę oświadczenie o zastrzeżeniu TP. Z kolei w dniu 19 listopada 2020 r. w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą udostępnił w zakresie żądanym w odwołaniu odpowiedzi na pytania, z wyłączeniem odpowiedzi na pytanie: nr 24, nr 29 i Nr 46. Tym samym uległ zmianie stan rzeczy wskutek czynności procesowych związanych z uznaniem częściowym zarzutu z punktu 1 odwołania, w tym w całości według lit. a) tego punktu. ustawodawca - tak jak zauważa się w orzecznictwie - nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Krajową Izbą Odwoławczą czy sąd okręgowy. Z tego też względu czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu: *„Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”*.

W stanie faktycznym sprawy Izba uznała, że w zakresie zarzutu z pkt 1 lit. a) i lit. b) podjęte przez Zamawiającego czynności polegające na udostępnieniu żądanych dokumentów (informacji) mają wpływ na wyrokowanie Izby. W tym przypadku spór pomiędzy stronami tego postępowania – wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności - istnieje, ale tylko co do braku udostępnienia odpowiedzi na pytanie oznaczone: Nr 24, Nr 29 i Nr 46. Izba w odniesieniu do udostępnionych informacji na posiedzeniu w dniu 19 listopada 2020 r. w załączniku do odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 listopada 2020 r. uznała, że treść przekazanych informacji odpowiada żądaniom sformułowanym w odwołaniu. Wykonawca bowiem żądając tych Informacji domagał się ujawnienia wyjaśnień jak wskazał w odwołaniu:(...) dla potwierdzenia spełnienia przez wybrane Konsorcjum wymogów postawionych w postępowaniu i określenia, czy zaoferowana cena uwzględnia stawiane warunki, a złożone oświadczenia pozostają zgodne ze stanem faktycznym. Potwierdzenie bądź odpowiedzi przeczące w tym przedmiocie przez wybranego Wykonawcę są nader istotne z punktu widzenia zweryfikowania, czyjego oferta odpowiada treści SIWZ, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu (...). Natomiast Izba nie rozpoznawała zarzutu braku udowodnienia przez Konsorcjum, że zastrzeżone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa zasługują na taką ochronę. W tym przypadku tak sformułowany zarzut został skierowany do treści udostępnionego oświadczenia o zastrzeżeniu TP, a zarzut o takiej treści nie był

podniesiony w odwołaniu. Izba odnośnie tych kwestii chciałaby tylko zwrócić uwagę, że wskazany art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (na co zwracał uwagę także Zamawiający i Przystępujący) nie nakłada na wykonawcę obowiązku udowodnienia (przedstawienia dowodów) okoliczności, o których stanowi art. 11 ust.2 uznk. Stosownie do wskazywanego art. 8 ust.3 zdanie pierwsze: *„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”*. Izba zwraca także uwagę na art. 11 ust.2 uznk zgodnie z którym: *„2. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”* W treści pisma z dnia 31 lipca 2020 r. (oświadczenia o zastrzeżeniu TP) wykonawca wskazał co prawda na przepisy i ich interpretacje na 4 z 7 stron, jednakże na stronach 4 - 6 przedstawia argumenty i powołuje dowody na okoliczność dokonanych zastrzeżeń. M.in. wskazał, że: *(...) informacje objęte niniejszym pismem, w odniesieniu do których zastrzeżono, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, obejmują wyjaśnienia dotyczące bardzo szczegółowych zagadnień związanych z realizacją zamówienia (obszerne odpowiedzi na 63 pytania ze strony Zamawiającego, niejednokrotnie poparte dowodami), które były przedmiotem analizy Wykonawcy na etapie ofertowania. Sposób przeprowadzenia tej analizy, w szczególności kalkulacji ceny ofertowej oraz kosztów, jakie ponosi Wykonawca oraz dalsze szczegółowe dane dotyczące sposobu realizacji inwestycji stanowią w tym przypadku unikatową wartość dodaną stworzoną przez Wykonawcę”*. Izba, mając dostęp do tych dokumentów może tylko potwierdzić obszerność składanych wyjaśnień. W przypadku wyjaśnień z dnia 31 lipca 2020 r. złożone zostały na 69 kartach, do których załączono 22 aneksy (załączniki). Izba zwraca także uwagę na cztery dodatkowe wezwania (z dnia 11.08, 24.08. i 31.08. oraz 1.09.) skutkiem czego Konsorcjum złożyło wyjaśnienia na ponad 160 kartach do których dołączono ponad 100 załączników. Tym samym te wyjaśnienia nie polegały na potwierdzaniu wymagania w formule „Tak-Nie”, ale na przedstawieniu informacji o charakterze biznesowym dotyczącym sposobu i metod realizacji zamówienia oraz kosztów. Izba zwraca uwagę, że przetarg dotyczy „Projektu i budowy drogi (...). Zatem przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych i tym samym konsekwencją udzielanych wyjaśnień są szczegółowe dane dotyczące metodologii (technologii) realizacji tych robót i które mogą być chronione przez

przedsiębiorcę. A zakres jakiego żąda w odwołaniu udostępnienia wykonawca stanowi margines udzielanych Informacji w kontekście treści zgromadzonych w tej sprawie wyjaśnień.

Izba, co do odpowiedzi nie udostępnionych Odwołującemu, zgodziła się z Zamawiającym, że korzystają one z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi na pytanie 46 wyjaśnienia dotyczą rodzaju nawierzchni organizacji prac związanych z planowaną kadrą. Z kolei odpowiedź na pytanie 29 zawiera także symulacje kosztowe. W odpowiedzi na pytanie 24 wykonawca co prawda częściowo odwołuje się do odpowiedzi na pytanie 23, która częściowo została ujawniona, jednakże w istotnej części posługuje się pojęciem rodzaju mieszanek, co z perspektywy sposobu realizacji zamówienia rodzaj mieszanki można kwalifikować jako dane biznesowe. Tym samym, Izba zarzuty faktyczne opisane w punkcie 1 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego uznała za niezasadne.

W konsekwencji podnoszone w odwołaniu zarzuty prawne naruszenia art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wskazany w związku z naruszeniem tych przepisów zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podlegają oddaleniu.

Izba także za niezasadne uznała zarzuty z punktu 3, 4 i 5 odwołania. W tym przypadku wskazano na naruszenie: (1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; (2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp – z uwagi na zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą ofertę Konsorcjum ALDESA, a w konsekwencji niezasadne uznanie oferty tego Wykonawcy za najkorzystniejszą i jej wybór, pomimo że Konsorcjum (a) nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2. pkt 3) lit. b) ppkt 1) SIWZ -Tom I Instrukcja dla Wykonawców; (b) wprowadziło w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji - nieprawdziwych informacji - co do doświadczenia osoby wskazanej w Wykazie osób (..) do pełnienia funkcji kierownika budowy. W konsekwencji powodowało to naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków uczestnictwa w postępowaniu.

W tym przypadku Izba mając na uwadze literalne brzmienie warunku pkt 7.2. 1):

(...) *Doświadczenie zawodowe: „Minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 /lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200*

000 000,00 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min 4km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta. [...]" - zgodziła się z Zamawiającym (podobnie z Przystępującym), że Zamawiający nie określił w wymaganiach konieczności udowodnienia doświadczenia wartości robót zrealizowanych czy zafakturowanych, tylko wartości robót określającą wartość całego zadania. Wobec powyższego sporne kryterium w zakresie wartości robót odnosi się do wartości określanej w umowach jako Zaakceptowana Kwota Kontraktowa netto. W przypadku Zamawiający – jak wskazywał w odpowiedzi – sporne wymaganie w SIWZ określał na podstawie zrealizowanych dotąd licznych kontraktów, biorąc pod uwagę skalę i wielkość inwestycji. Zatem doświadczenie personelu Wykonawcy powinno potwierdzać/gwarantować możliwość zrealizowania danego kontraktu przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach. Zdaniem Izby, wskazywane przez Zamawiającego inwestycje zrealizowane w okresie od 2016 roku – odzwierciedlały jego intencję przy określaniu tego wymagania, a mianowicie, aby wskazany kandydat na stanowisko kierownika budowy legitymował się wymaganym doświadczeniem na wymaganym stanowisku na kontrakcie o całkowitej wartości 200 mln zł netto w okresie minimum 12 miesięcy, a nie aby kwota sporna 200 mln zł odnosiła się do wartości robót zrealizowanych (czy zafakturowanych) w okresie co najmniej 12 miesięcy. Izba także zwraca uwagę, że niezależnie, czy doświadczenie kandydata (G.B.) w istocie wynosi 22 miesiące i 25 dni (jak wywodzi Odwołujący), czy 23 miesiące i 9 dni (jak wynika z dziennika budowy), czy też 25 miesięcy jak zostało omyłkowo wskazane w Wykazie przez Konsorcjum, to i tak każdy z tych okresów jest (jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący) znacząco dłuższy niż wymagane warunkiem 12 miesięcy.

Tym samym wskazywane zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; (2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp także podlegają oddaleniu.

Także nie zasługuje zarzut z punktu 6 odwołania, który dotyczy braku potwierdzenia wykonania przez Konsorcjum ALDESA kluczowej części zamówienia. Jak podniósł Odwołujący zarzut ten oparty został wątpliwościach wykonawcy m.in. (...) z uwagi na brak potencjału kadrowego, oraz sprzętu, którym takie prace mogłyby zostać przez Konsorcjum osobiście wykonane". Izba zwraca uwagę, że Konsorcjum ALDESA odpowiadając na pytania, w tym na pytanie nr 23 potwierdza wykonanie zakresu wymaganego siłami własnymi i jak m.in. podał w odpowiedzi Zamawiający wykonawca przedstawił w ofercie potencjał kadrowy, który zamierza zaangażować w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, w tym

zakresu dotyczącego kluczowej części zamówienia. Także zwrócił uwagę na specyfikę kontraktu „P&B”, która pozwala, aby Wykonawca w okresie projektowym oraz przygotowawczym do produkcji (ponad rok) mógł dysponować wystarczającym czasem na skompletowanie kadry złożonej z wykwalifikowanych pracowników oraz maszyn i sprzętu potrzebnego do realizacji niniejszego zadania, w tym również w zakresie osobistego wykonania.

Tym samym nie jest zasadny podnoszone w zakresie tego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu wprowadzenia przez Konsorcjum ALDESA w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oświadczeń składanych przez Wykonawcę w ofercie w zakresie osobistego wykonania robót.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....

.....

.....