

WYROK
z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Aleksandra Patyk
Beata Pakulska – Banach

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 kwietnia i 11 maja 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę

Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, oddział w Białymstoku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia zarzut nr 2 i zarzut nr 7 odwołania oraz częściowo uwzględnia zarzut nr 5 odwołania – z zastrzeżeniem wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. do uzupełnienia brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Białymstoku:**

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - 1.2.1. ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących ceny oferty (za wyjątkiem informacji objętych ochroną danych osobowych w stosunku do osoby niepełnosprawnej),
 - 1.2.2. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w punkcie 1. formularza „Zdolność zawodowa – Wykonawcy (Wykaz usług)”,
2. zarzut nr 3 – podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 – pozostawia bez rozpoznania,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Multiconsult Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Białymstoku i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Multiconsult Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Białymstoku na rzecz Multiconsult Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu,
 - 4.3. znosi wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników Multiconsult Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Białymstoku.

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 z późn. 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 – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn. 1) Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Płoski – Haćki; 2) Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Kuźnica – węzeł Sokółka Północ (z węzłem)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 205-499594. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Multiconsult Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. sp. komandytowa i Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., zwanych dalej „Konsorcjum BBC”, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Konsorcjum BBC nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji,

3. z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 – naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 1-3 i w związku z art. 7

ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BBC, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BBC i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 1-3 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie pozycji 1.4. środek transportu Zamawiającego,

5. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez Konsorcjum BBC warunku udziału w postępowaniu,

6. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania, pomimo iż Konsorcjum BBC przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i/lub wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

7. z ostrożności procesowej – na wypadek uznania przez Izbę, że Konsorcjum BBC nie podlega wykluczeniu, a oferta Konsorcjum BBC nie podlega odrzuceniu – art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazane w pozycji 1. wykazu usług, pomimo iż Konsorcjum BBC nie złożyło takiego dokumentu na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum BBC, wykluczenia Konsorcjum BBC, odtajnienia i udostępnienia informacji wskazanych w odwołaniu, wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazane w pozycji 1. wykazu usług.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał – w odniesieniu do zarzutu nr 1 – że oferta Konsorcjum BBC powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, gdyż cena oferty nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia – istotnych postanowieniach umowy, § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta” w ust. 4-5 odnośnie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego Zamawiający wskazał: „4. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o pracę były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ. 5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie. W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do realizacji Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.”

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 2. „Wymagania”, ppkt 2.1. „Personel Konsultanta Zamawiający określił dalsze szczegółowe wymagania dla poszczególnych kategorii Personelu. Dla Personelu Biurowego Zamawiający wskazał: „2.1 Personel Konsultanta. Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi. Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będą biura Konsultanta o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ i Plac Budowy. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: 1) Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi, Inni Eksperti), 2) Personel biurowy: Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min. 2 osoby, np.: sekretariat obsługa techniczno-administracyjna itp. Dla okresu przeglądu i rozliczenia Kontraktu min. 1 osobę, np.: sekretariat obsługa techniczno-administracyjna itp. 3) Personel pomocniczy: Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 2 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi). Dla okresu przeglądu i rozliczenia Kontraktu (min. 1 osobę, inne

osoby niezbędne w czasie realizacji usługi), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy wchodzi w szczególności: Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu, Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej, Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej, Obsługa urządzeń biurowych, Odbieranie telefonów zewnętrznych i łączenie rozmów z poszczególnymi pracownikami Biura Inżyniera, Systematyczna obsługa poczty e-mail Konsultanta, Archiwizowanie korespondencji i dokumentów kontraktowych w tym wykonywanie kopii (scany) zgodnie z przyjętym systemem, Wydawanie pism i dokumentów Wykonawcom, Zamawiającemu i stronom trzecim, Przygotowanie pism i dokumentów do wysyłki za pośrednictwem poczty lub kuriera (pakowanie, adresowanie, opłacenie, nadanie), Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby, Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu bieżącej korespondencji, Przekazywanie zadekretowanych pism i dokumentów poszczególnym osobom, Współpraca z personelem w zorganizowaniu Rad Budowy i innych spotkań, Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego. (...) Konsultant powinien tak zorganizować prace Personelu Konsultanta oraz Personelu Biurowego i Pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Personel biurowy ma za zadanie zapewnić prace i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu.”

W „Formularzu cenowym” Zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej za każdy miesiąc pracy Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego osobno dla różnych okresów realizacji zamówienia: dla okresu „od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” oraz dla okresu „od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności”. Ponadto w uwagach Zamawiającego umieszczonych pod tabelą wskazano: „2. Pozycja <<Personel biurowy>> obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta. 3. Pozycja <<Personel pomocniczy>> obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii <<Inni eksperci>>, a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi

zgodnie z Umową i OPZ.” Postanowienie to ma zastosowanie zarówno dla części 1. formularza „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia, jak i dla części 4. formularza „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności”.

Zamawiający wymagał, aby biuro Konsultanta było dostępne w godzinach 8-16 od poniedziałku do piątku na wszystkich etapach kontraktu, zatem po wydaniu Świadectwa Przejęcia czas realizacji obowiązków w ramach umowy o pracę nie uległ zmianie, a zatem i tak w praktyce musi być świadczony w wymiarze pełnego etatu.

Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika zatem, że Personel Biurowy i Personel Pomocniczy musi być zatrudniony na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji umowy, na wszystkich jej etapach, a Personel Biurowy musi świadczyć swoje usługi przez 8 godzin dziennie, od poniedziałku do piątku. Postanowienie takie realizuje wymagania dla zatrudnienia takiej osoby na pełen etat.

Tymczasem Konsorcjum BBC wskazało następujące stawki w ofercie (cena jednostkowa netto w PLN za 1 miesiąc:

1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia: Personel biurowy – 2 osoby – 5.100, Personel pomocniczy – 2 osoby – 5.100,
2. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego świadectwa Płatności: Personel biurowy –1 osoba – 2.550, Personel pomocniczy – 1 osoba – 2.550.

Powyższe stawki nie obejmują kosztu zatrudnienia osoby na pełen etat, jak i kosztów związanych z faktem obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i zostały określone z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 roku (Dz.U. poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. Od 1 stycznia 2020 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości wynosi 2.600 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł. Oferta składana była w listopadzie 2020 roku, zatem usługa świadczona będzie dopiero od 2021 roku. W dacie składania oferty znana już była nowa wysokość minimalnego wynagrodzenia określonego rozporządzeniem z 15 września 2020 r. (Dz. U. poz. 1596). W 2021 roku stawka minimalnego wynagrodzenia wynosi 2.800 zł miesięcznie i 18,30 zł za 1 godzinę. I taką kwotę Konsorcjum BBC powinno uwzględnić w cenie oferty. Wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno wskazują wymogi zatrudnienia po 2 osoby dla każdego rodzaju personelu, zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w pełnym wymiarze etatu, zatem minimalne koszty miesięczne dla każdej z tych pozycji wynoszą w 2021 r. dla 2 osób – 6.748 zł. Konsorcjum BBC wskazało kwotę 5.100 zł, a zatem miesięczne niedoszacowanie kosztu wynosi 1.648 zł, co daje kwotę łącznie 151.616 zł, co stanowi

ponad 9 % ceny oferty wskazanej w punkcie 1. formularza cenowego. Powyższa kwota obejmuje tylko koszt wynagrodzenia oraz obowiązkowych składek na ubezpieczenie społeczne, nie obejmuje kosztów badań lekarskich, szkoleń BHP, zastępstwa na czas urlopów i chorobowego, zatem rzeczywiste niedoszacowanie ceny oferty jest wyższe.

Z określonego w punkcie 2.1. opisu przedmiotu zamówienia obowiązku wynika, że każdy wykonawca powinien ująć koszt zatrudnienia Personelu Biurowego w okresie „od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” – koszt 1 etatu dla 1 osoby, tj. kwotę 3.374 zł. Konsorcjum BBC wskazało jedynie 2.550 zł, co daje to niedoszacowanie o kwotę minimum 12.360 zł i stanowi 32 % ceny oferty wskazanej w punkcie 4.5 formularza cenowego.

Ceny jednostkowe ww. pozycji nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości, zatem Konsorcjum BBC złożyło ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopuszczalne jest też przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami, a fakt takiego przenoszenia stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wycenił swoją ofertę w szczególności z uwzględnieniem przedmiotowych postanowień i ich wpływu na cenę oferty. Gdyby wiedział, że Zamawiający nie ma zamiaru przestrzegać postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonałby kalkulacji ceny oferty w inny sposób i być może jego oferta miałaby najniższą cenę.

Co do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że udostępniono jedynie wstęp do pisma Konsorcjum BBC z wyjaśnieniami ceny, który zawiera wyłącznie ogólniki oraz cytuje orzeczenia. Odwołującemu nie udostępniono nawet uzasadnienie zastrzeżenia jawności informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny. Wobec powyższego Odwołujący nie może wskazać na konkretne braki uzasadnienia. Niemniej jednak, opierając się na doświadczeniu z innych postępowań, w których samo uzasadnienie było jawne i dostępne dla wykonawców, Odwołujący uważa, że Konsorcjum BBC także w niniejszym postępowaniu nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Prawo zamówień publicznych, co wynika wprost z art. 8 ust. 2. Tym samym ta właśnie zasada powinna być przede wszystkim brana pod uwagę przy ocenianiu przypadków zastrzegania informacji w toku postępowania. Jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być zastrzeżone informacje, a nie dokumenty. Tymczasem Konsorcjum BBC zastrzegło cały dokument, tj. całość wyjaśnień, nie udostępniając nawet uzasadnienia zastrzeżenia. Wskazuje to, że Konsorcjum BBC naruszyło zasadę jawności, gdyż ustawa

Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza w ogóle zastrzeżenia dokumentów jako takich. Odwołujący uważa, że w uzasadnieniu nie żadnych argumentów odnoszących się właśnie do informacji, których jawność zastrzeżono.

Zamawiający nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia i jakości uzasadnienia, a jedynie bezkrytycznie przyjął oświadczenie o zastrzeżeniu złożone przez Konsorcjum BBC. Tymczasem to na zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia zasadności i skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy okaże się, że wykonawca nie wykazał łącznego spełnienia się przesłanek ustawowych legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający jest zobowiązany uznać zastrzeżenia za nieskuteczne i przyjąć, że informacje zawarte w dokumencie stanowią część jawną dokumentacji postępowania. Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja: ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy i konieczne jest wskazanie w uzasadnieniu na konkretne informacje oraz podanie wartości gospodarczej. Takich cech żadne z uzasadnień przedstawionych przez Konsorcjum BBC nie ma. Informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom. Badając skuteczność zastrzeżenia należy zatem zanalizować, czy rzeczywiście dane i informacje wskazywane w pismach przez Konsorcjum BBC stanowią informacje nieujawnione, nieznanne ogółowi. Jeśli poszczególne informacje zawarte w wyjaśnieniach są jawne, np. powołanie się na dane rynkowe, średnie stawki, itp., to wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich. Konsorcjum BBC ma obowiązek wykazać, że takie kroki podjęło, a nie jedynie złożyć deklarację, że ta jest. W ocenie Odwołującego dokonane przez Konsorcjum BBC zastrzeżenie jawności zostało dokonane bez podstawy prawnej i faktycznej – to na Konsorcjum BBC zgodnie z obecnym stanem prawnym ciąży obowiązek wykazania skuteczności i zasadności zastrzeżenia jawności. Z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, poprzez udowodnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek

wykazania oznacza więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie. Konsorcjum BBC złożyło tylko ogólne uzasadnienie, bez dowodów i bez konkretów. Konsorcjum BBC nie sprostало ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro nie została wykazana ta niezbędna przesłanka, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia. Zastrzeżone informacje dotyczą właściwości poszczególnych specjalistów, a nie wykonawcy, zatem same z siebie nie mogą w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców. Konsorcjum BBC nie wykazało w ogóle, jakie niezbędne działania zostały podjęte przez członków Konsorcjum celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności, nie załączając żadnych dowodów. W uzasadnieniu ograniczono się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, które nie czynią zadość wymaganiom postawionym przez ustawodawcę w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zastrzeżenie jawności jest nieskuteczne. Zamawiający nie dokonał minimalnej nawet analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający 4 grudnia 2020r. i 24 lutego 2021 r. dokonał odtajnienia szeregu dokumentów, które uprzednio zostały zastrzeżone przez Konsorcjum BBC. Wobec powyższego zupełnie niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, który zauważył wadliwość uzasadnienia załączonego do oferty oraz dokumentów złożonych na wykazanie spełniania warunków, a nie zauważył tych samych wad w uzasadnieniu dołączonym do wyjaśnień ceny. Odwołującemu nie udostępniono uzasadnienia wyjaśnień ceny, ale porównanie składanych przez Konsorcjum BBC uzasadnień dla zastrzeżenia kolejnych dokumentów wskazuje, że nie różnią się one pomiędzy sobą jakościowo. Skoro zatem uzasadnienie dołączone do oferty nie zostało przez Zamawiającego uznane za wystarczające, to Zamawiający nie mógł następnie uznać za wystarczające uzasadnienia dotyczącego wyjaśnień ceny.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień ceny oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum BBC, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej, bowiem zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych powinien brać swój początek w treści wyjaśnień ceny. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut nr 2, Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie zarzutu nr 3 jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Prawdłowość stanowiska Odwołującego potwierdziła Izba w wyroku KIO 2368/18 i KIO 242/17, KIO 1713/17. Zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do przedmiotowych wyjaśnień z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie podejrzewanej przez siebie treści tych wyjaśnień, nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych. Odwołujący dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów będzie miał możliwość do konstruowania zarzutów względem Zamawiającego. Odwołujący nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią wyjaśnień ceny wobec bezprawnego nieudostępnienia treści tych dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz zarzut ewentualny. W przypadku nieujawnienia danego dokumentu formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony poniechanie podnoszenia takiego zarzutu – przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości. W przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum BBC, co wynika z faktu, że Zamawiający wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsorcjum BBC w ofercie, w punkcie 5. dotyczącym podwykonawstwa wskazało, że jedynym podwykonawcą będzie podmiot użyzający doświadczenia, tj. Biuro Obsługi Inwestycji „INWEST-WYBRZEŻE” Sp. z o.o., zatem złożyło oświadczenie, że przy realizacji zamówienia nie będzie powierzać innym podwykonawcom innych usług. Odwołujący w innym postępowaniu powziął informacje, że Konsorcjum BBC w składanych wyjaśnieniach w zakresie ceny wskazało, że pozycje formularza cenowego 3.1-3.7 powierzy podwykonawcy. Zakres punktu 3.1-3.7 obejmuje większość działań promocyjnych. Odwołujący uważa, że takie same oświadczenia Konsorcjum BBC złożyło w wyjaśnieniach ceny wskazując, że usługi w zakresie promocji wykona konkretny podmiot za konkretną cenę, dołączając ofertę od tego podmiotu. Według Konsorcjum BBC oferta taka ma być dowodem na prawidłowe oszacowanie ceny oferty. Skoro Konsorcjum BBC dołączyło do wyjaśnień ofertę od podwykonawcy i na niej oparło wykazanie prawidłowości szacowania ceny w zakresie działań promocyjnych, to oznacza, że rzeczywiście oszacowało cenę oferty w ten sposób. Tymczasem Konsorcjum BBC nie było uprawnione do wykazania, że szacowało cenę oferty

w oparciu o ofertę od podwykonawcy wobec oświadczenia, że podwykonawców będzie zatrudniać tylko w zakresie wskazanym w ofercie. Aby wyjaśnienia ceny można było uznać za prawidłowe, Konsorcjum BBC powinno wykazać sposób szacowania ceny w inny sposób, w tym w szczególności zobowiązane było wykazać, że posiada odpowiedni sprzęt, który umożliwi mu wykonanie zamówienia w zakresie działań promocyjnych. Takich treści wyjaśnienia nie zawierają. Z kolei te treści, które zawierają – jako sprzeczne z ofertą – powinny zostać pominięte przy badaniu prawidłowości wyjaśnień ceny.

W zakresie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego Odwołujący odwołał się do argumentacji wskazanej w zarzucie nr 1. Zamawiający wyraźnie wskazał w wezwaniu, jakich szczegółowych informacji oczekuje w wyjaśnieniach: „W związku z wymaganiami Zamawiającego, aby Personel Biurowy był zatrudniony na umowę o pracę oraz z obowiązującym prawem zapewnienia minimalnego wynagrodzenia, Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie sposobu wyceny oraz wskazanie, czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem o pracę i minimalnym wynagrodzeniem np. koszty zastępstw podczas nieobecności pracowników lub ich urlopów, koszty pozapłacowe, itp.” Konsorcjum BBC miało obowiązek wyjaśnić wszystkie ww. kwestie oraz przedstawić dowody. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum BBC nie zrealizowało powyższego wymogu. W równoległe toczącym się postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Konsorcjum BBC zaoferowało równie niskie stawki. W toku rozprawy odwoławczej Konsorcjum BBC złożyło wyjaśnienia i dokumenty, że zatrudnia osoby niepełnosprawne, co – dzięki dofinansowaniu z PFRON – pozwala obniżyć koszty w tym zakresie. Dowody w tym zakresie powinny być złożone wraz z wyjaśnieniami ceny. Złożenie takich dowodów na późniejszym etapie nie jest wystarczające. Tymczasem Konsorcjum BBC do wyjaśnień ceny nie załączyło żadnych dowodów w tym zakresie, ograniczając się do głoślowych i ogólnikowych stwierdzeń.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że Zamawiający z niewyjaśnionych przyczyn nie wezwał Konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ze środków transportu Zamawiającego. Jest to niezrozumiałe, gdy weźmie się pod uwagę restrykcyjne wymagania Zamawiającego w tym zakresie, jak i ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców: Konsorcjum BBC 3.000 zł, Odwołujący 4.000 zł, DTŚ S.A. 6.500 zł, ECM Group Polska S.A. 4.000 zł, Lafrentz 8.960 zł, MGGP 4.000 zł, Safege 3.600 zł, TPF 4.628,44 zł, ZBM S.A. 3.367,30 zł, Ayesa 3.000 zł.

Rozbieżności pomiędzy cenami w tym zakresie są na tyle duże, że Zamawiający – występując o wyjaśnienia w zakresie ceny – powinien wezwaniem objąć także cenę dla pozycji środków transportu Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe spełnienie wszystkich wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla środka

transportu Zamawiającego w kwocie wskazanej w ofercie przez Konsorcjum BBC. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający nie zawarł w wezwaniu pytań dotyczących środka transportu. Takie zaniechanie jest tym bardziej niezrozumiałe, że w wezwaniu zawarto pytanie szczegółowe o środki transportu konsultanta, podczas gdy kwota ta wynosi 5.000 zł miesięcznie. Nie istnieje logiczne wytłumaczenie, dlaczego Zamawiający pyta o kwotę 5.000 zł na samochód, a nie pyta o kwotę 3.000 zł – i to w sytuacji, gdy Zamawiający postawił bardzo wysokie wymagania w tym zakresie, których spełnienie jest kosztogenne.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „Instrukcja dla wykonawców” w punkcie 2.4 „Środki transportu i łączności” opisał wymagania dla środka transportu, który ma być zapewniony przez wykonawcę Zamawiającemu: Konsultant użyczy Zamawiającemu, 2 sztuki środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej: 1. samochód typu SUV (średnie) – 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środków transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy. Środki transportu dla Zamawiającego będą spełniać niżej wymienione warunki: samochód SUV, 5- drzwiowy, napęd 4x4 (stały lub dołączany), układ stabilizacji toru jazdy (ESP), system zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ABS), lusterka zewnętrzne boczne podgrzewane sterowane elektrycznie, minimum 2 poduszki powietrzne, klimatyzacja, radio, komplet podłogowych dywaników gumowych, komplet opon zimowych, komplet opon letnich, wspomaganie układu kierowniczego, regulowana kolumna kierownicy, zestaw głośnomówiący, lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut), polskie świadectwo homologacji, nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. kratka), komplet czujników parkowania – przednie i tylne lub kamera cofania, światła przeciwmgielne przednie. Wymaga się, aby użyczone samochody posiadały ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance. Wymagane jest, aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonych samochodów (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji, tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodów cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątnięcia wnętrza samochodu raz w miesiącu. Wymaga się, aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu. Zamawiający zwróci samochody Konsultantowi niezwłocznie po wystawieniu Ostatecznego Świadectwa Płatności. Konsultant może użyczyć samochody nowe bądź używane, jednak

nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km, wiek i przebieg samochodu będą liczone/ustalane na dzień podpisania Umowy. Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 formularza cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 8.000 kilometrów na miesiąc (średnio 4.000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej.

Według Odwołującego minimalny szacunkowy koszt spełnienia ww. wymagań dla samochodu SUV klasy średniej – Skoda Kodiaq z silnikiem wysokoprężnym 2.0 TDI 150 KM 4x4 wersja Ambition. Według analizy dokonanej przy składaniu oferty jest to najbardziej ekonomiczny samochód, spełniający kryteria specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Koszty paliwa: według deklaracji producenta średnie zużycie paliwa to 6,7-7,0 l ON na 100 km (faktyczne jest o ok. 1 l wyższe), średnie ceny ON w listopadzie 2020 r. – 4,3 zł/l brutto, wymagany przebieg miesięczny – 8.000 km, koszt miesięczny: $6,7 \times 80 \times 4,3 = 2.304,80$ zł. Po odliczeniu 50% VAT (paliwo od samochodów osobowych) kwota, jaką oferent powinien zabezpieczyć na ten cel to 2.089,31 PLN miesięcznie.

Koszty przeglądów: co 30.000 km, zgodnie z wymaganym limitem samochód w okresie realizacji robót może przejechać 46×8.000 km = 368.000 km. Oznacza to, że w okresie realizacji robót auto będzie musiało ok. 12 razy przejść przegląd w cenie minimum 700-800 zł, po odliczeniu 50% VAT daje to koszt jednostkowy 635 PLN, czyli w całym okresie koszt to 7.620 PLN

Koszty myjni: najtańszy program na stacjach Orlen kosztuje 13,99 brutto – 4 mycia w miesiącu po odliczeniu 50% VAT to ok. 50 PLN miesięcznie. Dodatkowo na sprzątnięcie wnętrza trzeba oszacować 50 PLN miesięcznie.

Ubezpieczenie: koszt polisy na takie auto (Odwołujący ma w swojej flocie podobne) to ok. 3.822 PLN rocznie – 318,50 PLN miesięcznie.

Opony: przy zakładanym przez zamawiającego przebiegu 368.000 km będzie istniała konieczność zakupu przynajmniej 1 kompletu opon zimowych i 1 letnich (koszt ok. 2.000 PLN brutto za komplet). Do tego należy doliczyć koszty sezonowej wymiany i przechowywania opon. Koszt wymiany opon to ok. 120 PLN. 7 wymian w okresie 46 miesięcy stanowi koszt 840 PLN. Łączny koszt utrzymania ogumienia w sprawności to 4.840,00 PLN brutto i 4.387,48 PLN po odliczeniu 50% VAT.

Materiały eksploatacyjne: płyn do spryskiwaczy – 1 pojemnik miesięcznie – 20 PLN = 920 PLN, wycieraczki – 1 komplet rocznie 150 PLN = 600 PLN przez cały okres, odgrzybianie

klimatyzacji – rocznie 150 PLN = 600 PLN przez cały okres, razem 2.120 PLN – 1.921,79 PLN po odliczeniu 50% VAT

Łączne koszty – 139.154,47 zł.

Tymczasem kwota, jaką Konsorcjum BBC uwzględniło w swojej ofercie na pokrycie wszystkich kosztów związanych z zakupem i eksploatacją środka transportu zamawiającego wynosi 138.000,00 PLN (pozycja 1.4 Formularza cenowego). Jak widać z powyższej kalkulacji kwota ta jest wystarczająca jedynie na pokrycie bieżących kosztów eksploatacji. Kwota ta nie uwzględnia kosztów planowych (wymiana rozrządu, klocków, tarcz, amortyzatorów) oraz nieprzewidzianych napraw, które przy takiej eksploatacji muszą się wydarzyć (choćby wymiana żarówek), rezerw związanych ze wzrostem cen paliwa, kosztów związanych z wyższym, niż przewiduje producent zużyciem paliwa.

Przede wszystkim kwota z pozycji 1.4 formularza cenowego nie uwzględnia kosztów zakupu samochodu. Nowy samochód to koszt minimum 127.550 PLN (115.624 PLN po odliczeniu 50 % VAT), a używany spełniający parametry specyfikacji istotnych warunków zamówienia to minimum 92.500 PLN (83.852 PLN po odliczeniu 50 % VAT). Koszt wynajmu lub leasingu przy limicie kilometrów 96.000 rocznie jest znaczny. Gdyby Konsorcjum BBC dysponowało takim samochodem, to musiałoby wskazać na taką okoliczność w wyjaśnieniach ceny oraz przedstawić dowody. Powinno wskazać, jaki będzie miało tytuł prawny do dysponowania samochodem i przedstawić na to dowód.

Wskazanie przez Konsorcjum BBC innego modelu niż Skoda Kodiaq 2.0 TDI 4x4 oznacza, że musiałby też wskazać w wyjaśnieniach wyższe koszty eksploatacyjne (spalanie, części).

W zakresie zarzutu nr 5 Odwołujący wskazał, że w punkcie 9.7.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW Zamawiający podał, że wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany jest do złożenia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Konsorcjum BBF złożyło „Wykaz usług – Zdolność zawodowa wykonawcy” wraz ze Świadectwem Przejęcia Robót z 2 czerwca 2020 r. Świadectwo Przejęcia Robót nie potwierdza, że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób należyty, czego wymagał Zamawiający. Przedmiotowe Świadectwo Przejęcia Robót ani nie potwierdza należytego wykonania usług przez Konsorcjum BBC, ani też nie dotyczy świadczenia usług przez Konsorcjum BBC, lecz realizacji robót budowlanych przez wykonawcę robót budowlanych – Budimex S.A., a dokument został sporządzony i podpisany przez Konsorcjum BBC. W Świadectwie Konsorcjum BBC zaświadcza, że całość robót budowlanych została ukończona zgodnie z kontraktem. Świadectwo Przejęcia Robót nie dotyczy usług świadczonych przez Konsorcjum BBC, a trudno, aby Konsorcjum BBC potwierdzało należyte wykonanie usług przez samego siebie. Zatem nie można uznać, że Konsorcjum BBC wykazało, że usługa „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn. Budowa drogi ekspresowej 57 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku Kamienna” została wykonana należyście – pomimo ciężącego w tym zakresie na Konsorcjum BBC obowiązku dowodowego.

Co do zarzutu nr 6 Odwołujący wskazał, że ze stanu faktycznego opisanego w zarzucie nr 4 wynika, że Konsorcjum BBC podało w „Wykazie usług” informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Poprzez zamieszczenie w tym wykazie projektu „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn. Budowa drogi ekspresowej 57 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku Kamienna” złożyło oświadczenie, że zdaniem Konsorcjum BBC usługa ta została wykonana należyście. Tymczasem przedmiotowa usługa nie została wykonana należyście, Konsorcjum BBC naruszyło warunki umowy i została mu naliczona kara umowna. Zapewne ta okoliczność jest przyczyną niewystawienia przez GDDKiA oddział w Kielcach referencji potwierdzającej należyte wykonanie umowy i braku dołączenia takiej referencji do „Wykazu osób”. GDDKiA oddział w Kielcach naliczyło Konsorcjum BBC karę umowną z tytułu naruszenia warunków umowy, co potwierdza nota obciążeniowa nr 4501900011, pismo od GDDKiA oddział w Kielcach do Konsorcjum BBC z 16 maja 2019 r.

Powyższe realizuje przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołanie się na usługę, która nie została należyście wykonana, jest z pewnością wprowadzeniem Zamawiającego w błąd i to w wyniku czynności wykonawcy, która realizuje oba stopnie winy, zarówno lekkomyślność lub niedbalstwo wskazane w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i rażące niedbalstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Od Konsorcjum BBC należy oczekiwać staranności na poziomie profesjonalisty w rozumieniu art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, który 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 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. Pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. Skoro Konsorcjum BBC wiedziało, że zostały mu naliczone kary oraz skoro nie uzyskało od GDDKiA oddział Kielce potwierdzenia należytego wykonania usługi, to z całą pewnością nie dołożyło należytej staranności przy podawaniu Zamawiającemu informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. A zatem, jako podmiot w pełni profesjonalny, przed złożeniem dokumentów powinien dokonać dokładnej weryfikacji składanych przez siebie informacji, w szczególności informacji tak kluczowych z punktu weryfikacji oferty przez Zamawiającego, jak informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też elementów związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Tym kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji, są istotne. W przypadku ziszczenia się przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest możliwe następcze zastąpienie nieprawdziwej informacji informacją prawdziwą, tj. w tym przypadku złożenie nowego wykazu usług z jakąś nową usługą.

Co do zarzutu nr 7 Odwołujący wskazał, że – jak wynika z powyższej przedstawionego stanu faktycznego – Konsorcjum BBC nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum BBC nie może też zostać wezwane do uzupełnienia dokumentów, gdyż Konsorcjum BBC podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. Gdyby jednak Izba uznała, że Konsorcjum BBC nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, konieczne jest wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia przez Konsorcjum BBC dokumentu na wykazanie należytego wykonania usługi referencyjnej, wskazanej w „Wykazie usług” w pozycji nr 1.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izłą.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest bezzasadny. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum BBC wskazuje, że wszystkie osoby tworzące Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy przez cały okres realizacji usługi będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Firma na stałe zatrudnia osoby niepełnosprawne i dlatego też w kosztorysie ofertowym zastosowała niższe stawki dla ww. personelu, ponieważ zatrudnienie osoby niepełnosprawnej na pełen etat wiąże się z możliwością otrzymania dofinansowania, które znacząco zmniejsza koszty pracodawcy. W wyjaśnieniach Konsorcjum BBC poinformowało również, że uwzględniło w swoich kalkulacjach koszt badań lekarskich, szkoleń BHP oraz zastępstwa na czas urlopów.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowanego którego oczekuje Zamawiający i które opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wskazuje orzecznictwo, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Z przedstawionych przez Konsorcjum BBC wyjaśnień wynika, że wykonawca ten dysponuje niezbędnym personelem, który zatrudniony będzie na podstawie umowy o pracę zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie posiadał żadnych podstaw do odrzucenia tej oferty.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia Konsorcjum BBC złożone na wezwania Zamawiającego oraz sama treść drugiego wezwania tzw. „dopytania” zawierają informacje, które dotyczą materii objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, która nie może i nie powinna być w jakikolwiek sposób ujawniana osobom trzecim. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzeżenie przedstawianych informacji jest skuteczne w przypadku, gdy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo pojęcie użyte w tym przepisie, tj. wykazanie, w ocenie Zamawiającego nie stanowi obowiązku udowodnienia, a jedynie uprawdopodobnienia, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego takiemu obowiązkowi wykazania wykonawca sprostał. W wyroku KIO 1015/17 Izba uznała, że pojęcie „wykazał” nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnił” lub „przedstawił dowody”, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte, a uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w omawianym art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie w innych przepisach ustawy. Wobec powyższego należy wskazać, że Zamawiający zachował należytą staranność przy weryfikowaniu zasadności utajnienia treści zapisów zawartych w ofercie Konsorcjum BBC i uznał je za skuteczne. Ponadto, zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku KIO 1703/13 kwestia utajnienia informacji przedsiębiorstwa to nie kwestia rodzaju informacji, tylko jej znaczenia dla przedsiębiorstwa, to jest dla umożliwienia realizacji celów tego przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego rodzaj zastrzeganych informacji jest rzeczą indywidualną każdego wykonawcy powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Treść powtórnego wezwania (dopytania) kierowanego przez Zamawiającego odnosi się wprost do treści zawartych w ofercie czy wyjaśnieniach wykonawcy bądź też je cytuje, dlatego też zasadnym było zastrzeżenie poufności także treści pisma Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że złożonych zostało 10 ofert, w tym oferta Konsorcjum BBC z ceną 19.673.727,00 zł brutto i oferta Odwołującego z ceną 21.279.000,00 zł brutto. Kwota Zamawiającego przeznaczona na realizację niniejszego zamówienia wynosi 28.128.993,00 zł. Zamawiający dokonał wstępnego badania cen wszystkich złożonych ofert, które wykazało, że cena oferty Konsorcjum BBC wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, ponieważ cena tej oferty jest o 30,1% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W wezwaniu z 5 stycznia 2021 r. skierowanym do Konsorcjum BBC Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Pytania Zamawiającego były bardzo szczegółowe i dotyczyły sposobu wyceny wielu wybranych pozycji z kosztorysu ofertowego. Zamawiający wezwał Konsorcjum BBC nie tylko do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji, ale także żądał przedstawienia dowodów. Pytania zadane przez Zamawiającego dotyczyły bardzo szerokiego zakresu. Konsorcjum BBC udzieliło konkretnych i wyczerpujących odpowiedzi na wszystkie postawione przez Zamawiającego pytania. W związku z powyższym kwestionowanie przez Odwołującego ceny oferty złożonej przez Konsorcjum BBC jest bezzasadne, ponieważ ceny zawarte w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego są cenami wiarygodnymi.

W odpowiedzi na zarzut nr 4 Zamawiający poinformował, że nie widział podstaw do wzywania Konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny środka transportu Zamawiającego, bowiem wycena poz. 1.4.1 „Środek transportu Zamawiającego” na kwotę 3.000,00 zł była zbliżona do wyceny tej pozycji przez innych wykonawców: ZBM – 3.367,30 zł, Safege – 3.600,00 zł, Odwołujący – 4.000,00 zł, MGGP – 4.000,00 zł, ECM Group Polska S.A. – 4 000,00 zł oraz niewiele odbiegała od kwoty Zamawiającego zawartej w kosztorysie inwestorskim (5.000,00 zł).

Zamawiający wystąpił do Konsorcjum BBC o wyjaśnienie wyceny środka transportu Konsultanta, ponieważ wyceniona przez niego pozycja cenowa za ten środek transportu wynosiła 5.000,00 zł i znacząco odbiegała od kwoty Zamawiającego zawartej w kosztorysie inwestorskim tj. 12.000,00 zł.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie warunku zawartego w punkcie 9.7.1b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW Konsorcjum BBC złożyło „Wykaz usług – zdolność zawodowa wykonawcy”, w którym w punkcie 1. zawierało informację, że wykonywało zadanie „Pełnienie nadzoru nad budową drogi minimum klasy GP dwujezdniowych o wartości robót powyżej 200.000.000,00 PLN netto oraz 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu *Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku Kamienna*”. Z uwagi na fakt, że ww. zadanie realizowane było dla GDDKiA oddział w Kielcach Zamawiający nie występował do Konsorcjum BBC z zapytaniami odnośnie tej usługi, lecz we własnym zakresie dokonał pozyskania informacji, występując z zapytaniem do GDDKiA oddział w Kielcach. Informacje, które zostały pozyskane przez

Zamawiającego, potwierdzają, że roboty zostały zakończone w terminie kontraktowym i obecnie trwa okres przeglądów i rozliczeń (15 miesięcy od wydania Świadczenia Przejęcia), po którym będzie możliwa pełna ocena pracy Konsultanta. GDDKiA oddział w Kielcach potwierdził, że z punktu widzenia wymagań umowy z Konsultantem usługa nadzoru w okresie do wystawienia Świadczenia Przejęcia robót została wykonana należycie, ponieważ: zostały wydane Świadczenia przejęcia robót zgodnie z Subklauzulą 10.2. i 10.1. SWK, roboty kontraktowe zostały wykonane w terminie, Konsultant realizował umowę zgodnie z jej wymogami również w zakresie przewidzianych umową potrąceń wynagrodzenia (KOJPK) w niektórych miesiącach jej realizacji oraz zapłaty w jednym przypadku kary umownej. Zatem postawiony przez Odwołującego zarzut jest bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 i nr 7 Zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny. Jak wynika z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) 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.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli zmienia fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanką skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest fakt zatajenia informacji, które służą stwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazana przesłanka zaktualizuje się w szczególności w okolicznościach, w których wykonawca nie poda informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub też ich podanie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, dlatego też wykonawca zdecydował się na ich zatajenie (wyrok KIO 644/17). W wyroku KIO 1058/17 Izba uznała, że świadome posłużenie się wykazem usług, w którym wskazane usługi referencyjne nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,

miało charakter celowy, a przystępujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki: doszło do przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Przesłanki te muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający, nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie naruszył tej ustawy, (wyrok KIO 348/17, KIO 2736/17, KIO 836/17, KIO 1058/17, KIO 1257/17, KIO 272/19). Informacja nieprawdziwa to informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością, tj. informacja, która nie odpowiada obiektywnym faktom. Informacja ta musi jednocześnie wywołać skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego u odbiorcy – zamawiającego, podejmującego decyzje w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO 734/17).

Zamawiający, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, dysponował prawidłowymi informacjami (zgodnymi ze stanem rzeczywistym) i tym samym nie został wprowadzony w błąd przez Konsorcjum BBC. Wobec powyższego postawiony przez Odwołującego zarzut należy uznać za chybiony. Z uwagi na fakt, że Zamawiający posiadał wszystkie informacje na temat realizacji ww. usługi, chybiony jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechanie wezwania konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w pozycji 1. „Wykazu usług”.

III Stanowisko Przystępującego – Konsorcjum BBC

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazał, że jest on całkowicie niezasadny, został nieprawidłowo sformułowany i jako taki podlega oddaleniu.

Odwołujący twierdzi, że oferta Konsorcjum BBC jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności z postanowieniami zawartymi w § 13 wzoru umowy oraz punkcie 2.2.1 opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca powinien zatrudnić na pełny etat: dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych co najmniej 2 osoby jako Personel Biurowy oraz co najmniej 2 osoby jako Personel Pomocniczy, dla okresu przeglądu i rozliczenia Kontraktu – co najmniej 1 osobę jako Personel Biurowy i co najmniej 1 osobę jako Personel pomocniczy.

Odwołujący całą swoją argumentację opiera na twierdzeniu, że ujęte w cenie ofertowej wynagrodzenie za Personel Biurowy i Personel Pomocniczy jest zbyt niskie, aby Przystępujący mógł zatrudnić pracowników w ww. liczbie i wymiarze czasu pracy. Jednocześnie nie przedstawia żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że Konsorcjum BBC faktycznie w ofercie uwzględniło zatrudnienie bądź mniejszej liczby osób, bądź w niższym wymiarze czasu pracy niż wymagany. Przeczą temu wprost wyjaśnienia ceny z 22 stycznia 2020 r., w których na str. 9 Konsorcjum BBC zadeklarowało zatrudnienie w wymaganej liczbie osób i wymiarze czasowym. Z tego względu, analizując uzasadnienie zarzutu nr 1 należy uznać, że zarzut ten jest *de facto* zarzutem rażąco niskiej ceny. Potwierdza to uzasadnienie zarzutu ewentualnego podniesionego w odwołaniu (zarzut nr 3), gdzie Odwołujący powiela argumentację przedstawioną w uzasadnieniu do zarzutu rzekomej sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji zarzut nr 1 jest nietrafny, albowiem treść oferty Konsorcjum BBC w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdzają także wyjaśnienia ceny.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Przystępujący stwierdził, że choć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne, ustawodawca przewidział w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość utajnienia informacji udzielanych przez wykonawców. Zgodnie z tą regulacją 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 udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.2004 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.). Aby odwołanie w zakresie zarzutu mogło być uznane za zasadne, Odwołujący powinien był wykazać, że Przystępujący – zastrzegając składane wyjaśnienia – nie dopełnił co najmniej jednego z przewidzianych w przepisach prawa obowiązków.

Zdaniem Przystępującego uwagi Odwołującego odnoszące się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są nietrafne, a wywody przedstawione w odwołaniu dotyczą nie złożonego w postępowaniu uzasadnienia, lecz bazują na zastrzeżeniu Przystępującego składanym w innym postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA, na tle to którego zapadł niekorzystny dla Konsorcjum BBC wyrok KIO 320/21. Tamto uzasadnienie zostało przez Konsorcjum BBC znacznie zmienione w stosunku do wcześniejszej wersji, a tym samym stawiane zastrzeżenia są bezprzedmiotowe. W konsekwencji przywołany wyrok nie ma zastosowania do niniejszej sprawy, bowiem główne założenia uwzględnienia odwołania w tamtej sprawie nie mają miejsca w niniejszym postępowaniu.

Porównując uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Konsorcjum BBC w postępowaniu i uzasadnienie wykorzystane w postępowaniu, do którego odnosi się w odwołaniu Odwołujący, widoczne jest, że pismo zostało znacząco zmienione. W wyjaśnieniach z 22 września 2020 r. brak jest wskazania, czy i jaką wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje. Uwagi Przystępującego dotyczące zabezpieczenia dostępu do tych informacji są bardzo lakoniczne, a na ich potwierdzenie Przystępujący nie przedłożył żadnych dowodów. Dowody zostały dołączone dopiero do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożonej wraz z uzupełniającymi wyjaśnieniami z 14 października 2020 r., jednak wyjaśnienia, pomimo wprowadzonych pewnych zmian, nadal miały dość ogólnikowy charakter. Te dwa podstawowe braki (brak wskazania i wyjaśnienia wartości zastrzeganych informacji i spóźnione złożenie dowodów potwierdzających poczynienia działań w celu zachowania poufności informacji) legły u podstaw uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 320/21. Porównując wyjaśnienia z wyjaśnieniami złożonymi w niniejszym postępowaniu widać zmianę jakości zastrzeżenia tajemnicy i to, że nie można dla niniejszej sprawy odnosić się do wyroku KIO 320/21. Na potrzeby przedmiotowego postępowania, Przystępujący przygotował nowe uzasadnienie, które odnosi się w sposób skonkretyzowany do poszczególnych przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie całe dokumenty złożone jako wyjaśnienia ceny z załącznikami, a zawarte w nich informacje. Zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny dla Konsorcjum BBC oraz posiadają wartość gospodarczą. Zastrzeżeniu podlegają w szczególności informacje na temat wdrożonych u Przystępującego zasad sporządzania ofert i kalkulacji ceny ofertowej, przede wszystkim w zakresie kosztów stałych oraz wynagrodzeń pracowników i współpracowników, wypracowanych rozwiązań pozwalających na obniżenie oferowanej ceny, czy też na temat podmiotów, z którymi Konsorcjum BBC współpracuje w bardzo szerokim zakresie, co skutkuje konkurencyjnymi cenami, niedostępnymi dla innych podmiotów. W konsekwencji zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach posiadają wartość gospodarczą dla Przystępującego, na co wskazuje on na stronie 36 wyjaśnień z 22 stycznia 2021 r. Jak wskazano w zastrzeżeniu z 22 stycznia 2021 r., zapoznanie się z tymi informacjami przez innych wykonawców działających w tej samej branży, w tym chociażby Odwołującego, mogłoby doprowadzić do znacznego pogorszenia się pozycji Konsorcjum BBC, ponieważ inni wykonawcy mogliby wykorzystać wypracowane przez niego rozwiązania oraz, znając zasady sporządzania przed ten podmiot ofert i kalkulacji, mieliby możliwość przygotowywania ofert korzystniejszych, utrudniając mu jednocześnie konkurowanie z nimi i pozbawiając go możliwości pozyskania nowych zamówień. Zatem powyższe informacje oraz informacje szczegółowo wskazane w wyjaśnieniach stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. KIO w orzeczeniach wskazała, że informacje o charakterze organizacyjnym, informacje o kontrahentach oraz wykonywanych na ich rzecz dostawach i usługach mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, posiadającą wartość gospodarczą, którą wykonawca może chcieć objąć ochroną przed konkurentami (KIO 2602/13). Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy (wyrok sygn. akt I CKN 304/00) wskazując, że „za informację organizacyjną lub handlową przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa niezwiązanych z cyklem produkcyjnym”. Informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, zaś Konsorcjum BBC podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przede wszystkim wprowadził w swojej firmie szereg procedur mających na celu zabezpieczenie istotnych dla siebie informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ujawnieniem nieuprawnionym osobom. W tym celu u Przystępującego obowiązuje regulamin polityki poufności sporządzania ofert, który wprowadza reguły postępowania przez pracowników i współpracowników Przystępującego oraz polityka bezpieczeństwa. Ponadto, dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mają nie wszyscy pracownicy i współpracownicy, a jedynie osoby bezpośrednio zaangażowane w sporządzanie oferty do danego postępowania. Jednocześnie osoby te, przed udostępnieniem ich informacji, musiały podpisać zobowiązanie do zachowania poufności. Stosowne zabezpieczenia zostały również wprowadzone w systemach informatycznych oraz na serwerach Przystępującego, aby nie dopuścić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego względu należy stwierdzić, że Przystępujący dochował należytej staranności i podjął niezbędne działania, aby informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały ujawnione. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący na poparcie swojego stanowiska przedłożył wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty, na które się powołał. We wcześniejszych postępowaniach Przystępujący faktycznie nie załączał tych dokumentów do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa albo załączał je zbyt późno, co potwierdza tylko różnice pomiędzy obecnym a wcześniej stosowanym uzasadnieniem, do którego w odwołaniu odnosi się Odwołujący. Tym samym Przystępujący spełnił wszystkie przesłanki do uznania informacji wskazanych w wyjaśnieniach ceny za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym zarzut Odwołującego jest niezasadny i winien zostać oddalony.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Przystępujący wskazał, że co prawda w przypadku zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny ciężar dowodowy spoczywa na podmiocie, którego oferty dotyczy zarzut, a więc w tym przypadku na Przystępującym, jednak nie oznacza to, że odwołanie może zawierać jedynie ogólnikowe stwierdzenia. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem

Odwołującego jest co najmniej podniesienie twierdzeń pokazujących, dlaczego zaoferowana cena bądź jej poszczególne składowe miałyby zostać uznane za rażąco niskie. Odwołujący nie udźwignął tego ciężaru, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w oddaleniu tego zarzutu (w razie jego rozpoznawania). W przypadku konstruowania zarzutu rażąco niskiej ceny niezbędne jest też właściwe określenie zakresu tego zarzutu. Oznacza to, że obowiązkiem każdego odwołującego jest właściwe określenie zakresu cen (elementów ceny), które są kwestionowane i tylko te elementy ceny, które mieszczą się w tak oznaczonym i zakreślonym zarzucie, mogą być rozpoznane. W niniejszej sprawie oznacza to, że zarzut rażąco niskiej ogranicza się do dwóch kwestionowanych elementów, tj. wyceny działań promocyjnych oraz wynagrodzenia Personelu Biurowego i Pomocniczego. Z tego względu Przystępujący ustosunkował się wyłącznie do podniesionych w odwołaniu kwestii (tylko one bowiem mieszczą się w zakresie odwołania). Ewentualne rozszerzenie tego zarzutu przez Odwołującego czy podniesienie przez niego nowych twierdzeń na rozprawie będzie spóźnione. Dodatkowo, podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczą pozycji formularza cenowego, których łączna wartość stanowi 4,76% ceny ofertowej, z czego 1,35% to wartość działań promocyjnych, a 3,41 % to wartość wynagrodzenia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego w okresie projektowania i prowadzenia robót oraz w okresie rozliczenia kontraktu. Wartość procentowa faktycznie zakwestionowanej przez Zamawiającego kwoty jest jeszcze niższa, ponieważ zarzut w części dotyczącej pozycji nr 3 formularza cenowego (działania promocyjne) nie dotyczy wysokości wskazanej przez Konsorcjum BBC kwoty, zaś w przypadku wynagrodzenia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego faktycznie zakwestionowana została łączna kwota 163.976 zł netto, a więc kwota stanowiąca równowartość 1,02% łącznej ceny. W konsekwencji należy uznać, że Odwołujący nie kwestionuje blisko 99% ceny zaoferowanej przez Konsorcjum BBC, tj. kwoty 15.830.924 zł netto (wartość całości oferty to 15.994.900 zł netto). Trudno zatem uznać, że zarzut dotyczący jedynie 1% z całości ceny może wpłynąć na ocenę całej oferty, szczególnie że w niniejszym postępowaniu wykazana przez Konsorcjum BBC w wyjaśnieniach ceny marża jest wielokrotnie wyższa od kwestionowanej przez Odwołującego kwoty.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszty, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego... – z regulacji tej, w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynika wprost, że o rażąco niskiej cenie można mówić w odniesieniu albo do łącznej ceny wskazanej w ofercie, albo do jej istotnych części składowych. Biorąc pod uwagę z jednej strony okoliczność, że zarzut dotyczy kwestionowania jedynie 1% ceny, przy jednoczesnym założeniu przez

Przystępującego marży na wielokrotnie wyższym poziomie, widoczne jest, że przedstawiona w ofercie Konsorcjum BBC cena nie jest ceną rażąco niską.

Jeżeli chodzi o kwestię wynagrodzenia za działania promocyjne, to stanowisko Odwołującego dotyczy nie tyle wysokości tego wynagrodzenia, co faktu (domniemanego) oparcia kwoty wskazanej w formularzu cenowym na ofercie niewykazanego wcześniej podwykonawcy. Odwołujący nie kwestionuje samej wysokości tej składowej ceny ani nie wskazuje na jakiegokolwiek dowody przemawiające za uznaniem jej za rażąco niską. Odwołujący nie podjął żadnej próby wykazania, że cena za te usługi jest niedoszacowana czy zbyt niska. Argumentacja Odwołującego dotyczy tego, że Przystępujący, szacując cenę, posłużył się ofertami podmiotów trzecich, a tego zrobić nie mógł, bo nie wskazał ich w ofercie jako podwykonawców. Według Odwołującego niejako z automatu skutkuje to wadliwością oszacowania tej ceny. Taki jednak zarzut nie może się ostać, skoro nie łączy się z kwestionowaniem poziomu ceny jako zbyt niskiego i niemożliwego do osiągnięcia. Łączna kwota wynagrodzenia za działania promocyjne (pozycja nr 3 formularza cenowego) stanowi zaledwie 1,35% łącznej ceny ofertowej. Z tego względu zarzut nr 3 w zakresie, w jakim dotyczy ceny za działania promocyjne, winien być uznany za niezasadny.

Odnosząc się do wysokości zaoferowanego wynagrodzenia za Personel Biurowy i Personel Pomocnicy, Odwołujący jako kwotę zasadną do ustalenia wysokości wynagrodzenia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego podaje kwotę stanowiącą równowartość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r. z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracodawcy, tj. kwotę 3.374,00 zł, wskazując jednocześnie, jakie elementy dodatkowych kosztów (typu składki na ubezpieczenie społeczne płatne przez pracodawcę, fundusz pracy, FGŚP) powinien wykonawca uwzględnić w szacowaniu koszty pracy. Przystępujący w wyjaśnieniach ceny wskazał, jaki przyjmuje koszt zatrudnienia i jakie elementy w szacowaniu ustalił. Koszty, jakie przyjął Przystępujący, nie są niższe od tych, które w odwołaniu wskazał Odwołujący i obejmują te wszystkie elementy, o których pisze Odwołujący. Skoro Przystępujący jak podstawę swojej kalkulacji przyjął kwotę nie niższą niż ta, o jakiej pisze Odwołujący, to potwierdza, że poczynił prawidłowe założenia przy ustalaniu wysokości ceny. Przystępujący, na co wskazuje w swoich wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu, podczas kalkulowania ceny uwzględnił pewne założenia i rozwiązania (szczegółowo przedstawione i poparte dowodami), które umożliwiły mu zaoferowanie wskazanej ceny. Cena ta obejmuje świadczenie usługi przez wymaganą liczbę osób w wymaganym czasie pracy zarówno dla Personelu Biurowego jak i dla Personelu Pomocniczego przez cały wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okres. Ponadto, wskazane kwoty uwzględniają, oprócz wynagrodzenia pracowników, także inne konieczne koszty, jak chociażby koszty zwolnienia lekarskiego, badań lekarskich, szkolenia bhp czy urlopów. Wyjaśnienia w tym zakresie są konkretne, precyzyjne i poparte dowodami.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Konsorcjum BBC nie „przerzuciło” części wynagrodzenia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego do innych pozycji ryczałtowych wynagrodzenia, w związku z czym uwagi w odwołaniu w tym zakresie są nie trafne. Biorąc pod uwagę powyższe oraz wszystkie złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, Przystępujący wykazał, że zaoferowana przez niego kwota wynagrodzenia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego nie jest rażąco niska, a tym samym zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny.

Co do zarzutu nr 4 Przystępujący wskazał, że pismem z 5 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym do wskazania, czy „Wykonawca w swej ofercie skalkulował wszystkie wymogi zawarte w SIWZ”. Tym samym wezwanie to dotyczyło całej oferty, a nie jedynie poszczególnych pozycji rozliczeniowych. Tylko dodatkowo Zamawiający wskazał na szczególnie interesujące go pozycje, wskazując dość kazuistycznie, jakich wyjaśnień w tym zakresie żąda. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że wezwanie z 5 stycznia 2021 r. nie obejmowało kwestii ceny za „środek transportu Zamawiającego”. Samo to powoduje, że zarzut nr 4 jest bezzasadny.

Przystępujący w wyjaśnieniach ceny przedstawił sposób wyliczenia kwoty wskazanej w pozycji 1.2 formularza cenowego (środki transportu dla Konsultanta), jak i w pozycji 1.4 (środki transportu dla Zamawiającego). W konsekwencji należało, jak to Zamawiający, stwierdzić, że Konsorcjum BBC wyjaśniło sposób kalkulacji kwoty wskazanej w spornym punkcie formularza cenowego i wykazało, że w swojej ofercie uwzględniło wszystkie wymogi postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego względu zarzut nr 4 należy również uznać za niezasadny.

Dodatkowo, kwestia kosztów „środka transportu Zamawiającego” nie została zakwestionowana w zarzucie nr 3, czyli nie jest zarzutem dotyczącym zaoferowania rażąco niskiej ceny. Stąd też nie może być jako taki zarzut rozpatrywana, albowiem stanowiłoby to wykroczenie poza zarzuty odwołania.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Przystępujący wskazał, że zgodnie z punktem 9.7.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia wykonawca powinien był przedłożyć „wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane”. W załączonym do oferty „Wykazie usług” Przystępujący przywołał na poparcie swojego doświadczenia usługę świadczoną na rzecz GDDKiA Oddział w Kielcach w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku-Kamienna” oraz usługę świadczoną na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich Rejon Dróg Wojewódzkich w Elblągu w ramach zadania inwestycyjnego „Przebudowa mostu nad rzeką Pasłąką w ciągu drogi wojewódzkiej nr 528 Orneta – Morąg w km 5+512 k/m Sportyny”. Odwołujący kwestionuje wykazanie należytego wykonania pierwszej z tych usług, świadczonej na rzecz GDDKiA z uwagi na przedłożenie zamiast referencji świadectwa przejęcia robót z 2 czerwca 2020 r. Zdaniem Przystępującego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, załączony dokument potwierdza należyte wykonywanie ww. usługi, stanowi bowiem wyraz realizowania umowy przez Konsorcjum BBC zgodnie z jej postanowieniami i wykonywania obowiązków umownych. Sam Zamawiający w punkcie 7.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że „jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC)”. Z powyższego postanowienia wynika zatem wprost, że Świadectwo Przejęcia świadczy o wykonaniu usługi, a co za tym idzie dołączone do oferty świadectwo przejęcia z 2 czerwca 2020 r. potwierdza, iż Przystępujący wykonał ww. usługę w sposób należyty.

Zakwestionowana przez Odwołującego usługa, jak i postępowanie, prowadzone są na rzecz tego samego Zamawiającego, w związku z czym Zamawiający posiada najlepszą wiedzę o sposobie zrealizowania usługi, a zatem, gdyby powziął wątpliwości co do należytego wykonania wskazanej w wykazie usługi albo gdyby uznał załączone świadectwo przejęcia za niewystarczające, mógłby to sam wewnątrznie zweryfikować. Skoro jednak tego nie uczynił, należy stwierdzić, że uznał, że posiada wiedzę, iż Przystępujący w sposób należyty wykonał usługę na ww. inwestycji.

Z uwagi powyższe zarzut uznać należy za niezasadny.

Co do zarzutu nr 6 i nr 7 Przystępujący wskazał, że twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu są pozbawione podstaw faktycznych i prawnych. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum BBC oświadczyło, że usługę „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn. Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku

Kamiennej” wykonało w sposób należyty, podczas gdy w trakcie jej realizacji zostało obciążone przez zamawiającego karą umowną. Jednak poza faktem samego naliczenia przez GDDKiA oddział w Kielcach kary umownej, Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący wykonał zamówienie w sposób nienależyty, przeciwnie – postawił znak równości pomiędzy faktem naliczenia kary umownej a nienależytym wykonaniem zamówienia. Z taką interpretacją nie można się jednak zgodzić. W wyroku KIO 1252/18 Izba wskazała, że nie istnieje ustawowa definicja pojęcia „należyte wykonanie”, nie jest w sposób zamknięty ustalony krąg zachowań, które mieszczą się w należyтым wykonaniu albo jakie zachowania bądź zaniechania już nie wypełniają tego pojęcia. W ocenie Izby o należyтым wykonaniu usługi można mówić, jeżeli interes wierzyciela określony w umowie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Do momentu, kiedy istota świadczenia odpowiada potrzebom zamawiającego oraz zgodna jest z zaciągniętym zobowiązaniem, nie może być mowy o nienależyтым wykonaniu usługi. Oceniając złożone dokumenty zdecydować należy, biorąc pod uwagę treść poświadczeń lub innych dokumentów, czy cel założony przez zaciągnięcie zobowiązania umownego został zrealizowany, w jakim stopniu i czy udało się to przy przestrzeganiu innych postanowień umownych. Analogiczne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku KIO 1132/17. W wyroku KIO 2637/19 Izba wskazała, że okoliczność dotycząca naliczenia kary umownej za nieterminowe przekazanie opracowania etapu nie wyklucza należytego wykonania prac. Samo naliczenie kar umownych nie przesądza o nienależyтым wykonaniu prac, a ocena ta musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego. Oceniając należyte wykonanie prac w sytuacji naliczenia kar umownych trzeba wziąć pod uwagę okoliczności oraz wagę naruszonych obowiązków umownych.

Identyczny zarzut w zakresie spornej usługi został podniesiony przez Odwołującego w postępowaniu KIO 320/21. Izba oddaliła zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd wskazując m.in. że nie doszło do wypełnienia przesłanek wskazanych w przepisach, a odwołujący nie wykazał, aby wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd czy przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Odwołujący wywodził zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd jako zarzut wynikowy wobec zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego, że wykonawca posłużył się jakąkolwiek nieprawdziwą informacją, a co za tym idzie, nie udowodnił wskazanego zarzutu. Fakt, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak złożenia wymaganych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, nie może być automatycznie potraktowany jako wprowadzenie zamawiającego w błąd przez złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. O takiej kwalifikacji nie może automatycznie świadczyć także fakt, że wykonawcy naliczono karę umowną, czy dokonano potrącenia wynagrodzenia, powyższe

nie wyklucza bowiem w każdym przypadku możliwości wystawienia wykonawcy poświadczenia należytego wykonania zamówienia (zależy to chociażby od wagi uchybienia czy też rodzaju zobowiązania, jakie zostało naruszone).

Wbrew stanowisku Odwołującego sam fakt naliczenia kar umownych nie przesądza o nienależyтым wykonaniu wskazanej przez Przystępującego usługi i nie uzasadnia podniesionego w odwołaniu zarzutu. Odwołujący bowiem, poza wskazaniem samego faktu obciążenia Konsorcjum BBC karą umowną, pominął całkowicie tę okoliczność, że w przypadku realizacji każdego kontraktu o jego nienależyтым wykonaniu nie świadczą jednostkowe wydarzenia, ale pod uwagę należy brać całokształt sytuacji i wszystkie okoliczności mające miejsce w trakcie realizacji takiej umowy. W praktyce nie można znaleźć albo co najmniej byłoby to skrajnie trudne, takich wykonawców, którzy nie otrzymaliby jakiegó kary umownej dotyczącej realizowanego kontraktu. Szczególnie, że katalog kar przewidzianych w kontraktach z takimi zamawiającymi jak GDDKiA, PKP PLK S.A., OGP Gaz System S.A. (czyli aktualnie największymi zamawiającymi w branży budowlanej) jest nader szeroki. W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział aż 17 sytuacji, dla których występuje sankcja w postaci kary umownej (§ 36 wzoru umowy). Nie można zatem z tej sytuacji wywodzić skutku w postaci przyjęcia, że cała usługa została wykonana nienależycie. Takie działanie byłoby nie tylko nieracjonalne, ale wręcz antykonkurencyjne, gdyż ograniczałoby liczbę podmiotów ubiegających się o zamówienie.

Według wiedzy Przystępującego, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego wewnętrznym pismem pomiędzy jednostkami GDDKiA, pomimo naliczenia kary umownej, GDDKiA oddział w Kielcach uznała, że Konsorcjum BBC realizowało umowę zgodnie z jej wymogami, pomimo jednorazowego naliczenia kary umownej (pismo GDDKiA oddział w Kielcach z 11 stycznia 2021 r.). Stwierdzenie „wykonana zgodnie z jej wymogami” powinno być traktowane jako równoznaczne ze stwierdzeniem „wykonania w sposób należyty”. Pismo zamawiającego dotyczące spornej usługi, w którym wprost wskazano, że Przystępujący zrealizował umowę „zgodnie z jej wymogami”, potwierdza, że usługa została wykonana w sposób należyty.

Z informacji otrzymanych w trakcie realizacji ww. usługi wynika, że Przystępujący nie otrzymał referencji do czasu zakończenia realizacji przedmiotu tej umowy, przy czym jest to okoliczność niezależna od naliczonej w trakcie umowy kary. W konsekwencji nieprzedłożenie referencji nie ma na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od Konsorcjum BBC. Z tych względów Przystępujący był uprawniony do złożenia w toku postępowania oświadczenia, że wskazana w wykazie sporna usługa została wykonana w sposób należyty. Jednocześnie nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że Przystępujący, działając co najmniej nieumyślnie, próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odwołujący skonstruował zarzut nr 6 tak, że dotyczy on naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podniósł natomiast zarzutu, że samo to zadanie nie spełnia wymogu należytego wykonania, a tym samym nie zostało wykazane spełnienie warunków ubiegania się o zamówienie (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych). W konsekwencji zarzut nr 6 może być rozpoznawany tylko w kontekście przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro jednak Odwołujący nie kwestionuje samej możliwości wykazania się taką usługą jako usługą referencyjną, bo nie stawia nawet jako ewentualnego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, jego dalej idący zarzut jest nietrafny.

W świetle stanowiska Przystępującego, przedstawionego odnośnie zarzutu nr 6, zgodnie z którym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący wykazał należyte wykonanie usługi świadczonej na rzecz GDDKiA oddział w Kielcach, zarzut rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezasadny.

W związku z powyższym w pełni zasadne pozostaje oddalenie odwołania w całości.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego oraz treść wezwań i udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedłożonej przez Zamawiającego oraz dokumentów i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BBC, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Konsorcjum BBC nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji,

3. z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 – naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 1-3 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BBC, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BBC i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 1-3 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie pozycji 1.4. środek transportu Zamawiającego,

5. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez Konsorcjum BBC warunku udziału w postępowaniu,

6. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów

ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania, pomimo iż Konsorcjum BBC przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i/lub wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

7. z ostrożności procesowej – na wypadek uznania przez Izbę, że Konsorcjum BBC nie podlega wykluczeniu, a oferta Konsorcjum BBC nie podlega odrzuceniu – art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazane w pozycji 1. wykazu usług, pomimo iż Konsorcjum BBC nie złożyło takiego dokumentu na wezwanie Zamawiającego.

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 91 ust. 1: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

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

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4: 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1-3: 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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

Art. 7 ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 8 ust. 1, 2 i 3: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

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

Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Art. 26 ust. 3: 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.

Na wstępie Izba zauważa, że – jak wynika z porównania zakresu regulacji art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz brzmienia zarzutów odwołania i ich uzasadnienia, Odwołujący nie podniósł zarzutów w zakresie nieprawidłowej czy niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, stąd przywołanie jako podstawy prawnej zarzutu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest prawidłowe. Jednak za zarzut uznaje się całość przywołanej podstawy prawnej, podstawy faktycznej oraz uzasadnienia, zatem powyższa nieprawidłowość nie powoduje negatywnych skutków dla podniesionych zarzutów.

Z konstrukcji odwołania oraz stanu faktycznego sprawy wynika, że zarzuty odwołania nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4 są ze sobą powiązane, przy czym przed odniesieniem się do zarzutów nr 1, nr 3 i nr 4 konieczne jest omówienie w pierwszej kolejności zarzutu nr 2, dotyczącego zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny Przystępującego – Konsorcjum BBC, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Konsorcjum BBC nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji. Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Pismem z 5 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wyjaśnień poziomu zaoferowanej w ofercie ceny.

Wyjaśnień takich Przystępujący udzielił pismem z 22 stycznia 2021 r., które składało się z pisma (37 stron) oraz załączników.

Zamawiający, na wniosek Odwołującego, przekazał mu niepełne pierwsze 4 strony powyższego pisma – do tekstu „***POCZĄTEK TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA***”. Jak Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, stron 31-37 nie przekazał omyłkowo, pomimo że znajdujący się tam tekst zatytułowany: „7. Uzasadnienie dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niniejszego pisma wraz z załącznikami” znajdował się pod uwagą „***KONIEC TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA***”. Strony te Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu rozprawy, wraz z odpowiedzią na odwołanie.

Jak wynika z ustaleń Izby, Zamawiający, pismem z 29 stycznia 2021 r., zwrócił się do Przystępującego o dodatkowe wyjaśnienia, których Przystępujący udzielił pismem z 4 lutego 2021 r. Również w piśmie z 4 lutego 2021 r. Przystępujący w tekście zawarł uwagi: „***POCZĄTEK TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA***” oraz „***KONIEC TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA***”.

Zamawiający wyjaśnił, że samo wezwanie, jak i udzielona odpowiedź objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego nie zostały przekazane Odwołującemu. Odwołujący oświadczył, że o powyższym wezwaniu oraz odpowiedzi nie został w ogóle poinformowany przed rozprawą.

Pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” zostało zdefiniowane w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913). Zgodnie z tą definicją 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

rozporządzenia nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jak wynika z dyspozycji art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jedną z naczelnych zasad i wymogów udzielania zamówień publicznych jest to, by postępowanie o udzielenie zamówienia było jawne, a dostęp do informacji związanych z postępowaniem może być ograniczony tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z takich przypadków został wskazany w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, 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 (w orzecznictwie i piśmiennictwie w odniesieniu do innych informacji niż wskazane w tym przepisie przyjmuje się, że w momencie składania tych informacji) – zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem samo dopełnienie formalności dokonania zastrzeżenia oraz wykazania, że dane informacje rzeczywiście noszą cechy tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią warunek *sine qua non* skuteczności zastrzeżenia takiej tajemnicy.

W punkcie 7. pisma z 22 stycznia 2021 r. „Uzasadnienie dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niniejszego pisma wraz z załącznikami” Przystępujący wskazał, że informacje zawarte w piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz „tajemnicę postępowań sądowych”, zostały prawidłowo zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, mają charakter informacji handlowych oraz organizacyjnych, w stosunku do których podjął czynności celem ich zabezpieczenia – wskazał na politykę bezpieczeństwa oraz regulaminy określające politykę sporządzania ofert. W dalszej kolejności powołał się na orzecznictwo, poglądy doktryny oraz odwołał do ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał też, że „W omawianej sytuacji stoimy na stanowisku, że unikalny i opracowany na bazie dotychczasowych doświadczeń zbiór regulacji w zakresie zachowania poufności stanowi nasz indywidualny pomysł na realizację zamówień tego rodzaju. Informacje te mają dla nas istotną i wymierną wartość gospodarczą, bowiem z jednej strony ułatwiają BBC uczestnictwo w procedurach przetargowych, a z drugiej umożliwiają sprawne realizowanie zadania na wszystkich jego etapach i we wszystkich zakresach (począwszy od etapu ofertowania, poprzez etap planowania, następnie monitorowania postępu oraz finalizacji w terminie). Opracowanie przedmiotowych procedur i zaleceń wiązało się z nakładem czasowym z naszej strony oraz poniesieniem dodatkowych kosztów.” Następnie Przystępujący znów powołał się na orzecznictwo i powrócił do kwestii ww. procedur oraz wskazał, że „Wartość gospodarczą należy dostrzec również w fakcie, iż zastrzeżone informacje mają na celu uzyskanie przez BBC określonych korzyści – ujawniają działania służące polepszeniu sytuacji.”, zapewnił, że „Informacje w całości lub w szczególności

zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.” oraz, że „BBC zwraca szczególną uwagę na nieujawnianie informacji na temat swej wewnętrznej organizacji i metod działania oraz informacji dotyczącej sporów powstałych w związku z realizowanymi zadaniami, w tym w szczególności informacji pochodzących z postępowań sądowych, w tym w szczególności innym podmiotom z branży i konkurentom. Jego wolą jest zachowanie tych informacji w poufności.”, zapewnił, że nie upublicznił tych informacji ani nie ujawnił ich w inny sposób osobom postronnym, w tym w szczególności osobom zwykle zainteresowanym i zajmującym się tym rodzajem informacji. Wskazał, że w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostały podjęte niezbędne działania zabezpieczające przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji poufnych na zewnątrz lub względem osób i podmiotów nieuprawnionych, wymieniając te działania. Podkreślił ponownie, że, mając na uwadze pogląd doktryny i judykatury, prawidłowo zakwalifikował część oferty jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wszystkie przesłanki poprawności zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zachowane (tu powtórzył przesłanki art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). „W zakresie wskazanego powyżej waloru handlowego i organizacyjnego, wskazać należy, że tajemnica przedsiębiorstwa BBC obejmuje także zasady sporządzania ofert i kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności w zakresie kosztów stałych oraz wynagrodzeń pracowników i współpracowników BBC, jak też innych składników, które uwzględniane są na potrzeby ustalenia ceny ofertowej. Elementy te mają duże znaczenie gospodarcze, gdyż poznanie tych zasad wyceny przez przedsiębiorstwa konkurencyjne wobec BBC, spowodowałoby, że informacje te mogłyby być wykorzystane w ramach innych postępowań przetargowych przez konkurentów BBC, którzy znając zasady kalkulowania przez BBC cen ofertowych, w tym koszty stałe BBC i wysokość wynagrodzeń pracowników i współpracowników, mogliby tworzyć oferty w których ceny ofertowe byłyby niższe od kwot proponowanych przez BBC. Dlatego też BBC ściśle chroni informacje dotyczące kosztów stałych, wynagrodzeń pracowników i współpracowników, jak też inne informacje służące do określenia ceny ofertowej, w tym modele w oparciu o które ta cena jest ustalana. Ujawnienie tych informacji osobom trzecim, w tym konkurencji doprowadziłoby do niewątpliwych wymiernych strat dla BBC, gdyż BBC nie byłoby w stanie sporządzać ofert o konkurencyjnym charakterze. Dlatego też BBC obok wdrożonych i opisanych w niniejszym piśmie procedur kładzie szczególny nacisk na ochronę ww. danych.” (tu ponownie informacja o sposobach ochrony). Na koniec Przystępujący oświadczył, że „z ostrożności, mając na uwadze treść art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, BBC oświadcza, iż tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią i stanowić będą

wszelkie dalsze dokumenty i informacje przekazywane Zamawiającemu w toku niniejszego postępowania, które zawierać będą informacje będące przedmiotem niniejszego zastrzeżenia, w tym w szczególności informacje o charakterze organizacyjnym BBC, wdrożonych procedurach, schematach działania, systemie podnoszenia kwalifikacji, systemie monitorowania i nadzorowania projektów.”

Jak wynika więc z powyższego tekstu, nie znalazły się w nim żadne wyjaśnienia – oprócz ogólników – dlaczego przedmiotowe pismo i załączniki do niego (poza dokumentami dotyczącymi polityki bezpieczeństwa oraz polityki poufności, które *notabene* zostały przez Zamawiającego ujawnione w trakcie postępowania przetargowego) – a odnoszące się do wyjaśnień ceny, którego to pismo dotyczy – zostały w ogóle zastrzeżone, a tym bardziej, które z zawartych w nim informacji – dotyczących elementów wyceny – stanowią tajemnicę i z jakiego powodu. Co więcej, w uzasadnieniu znajdującym się w punkcie 7. pisma „Uzasadnienie dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niniejszego pisma wraz z załącznikami” można odnaleźć odniesienie się do różnych elementów, ale poza jednym ogólnym zdaniem, że „zasady kalkulowania przez BBC cen ofertowych, w tym koszty stałe BBC i wysokość wynagrodzeń pracowników i współpracowników, mogliby tworzyć oferty, w których ceny ofertowe byłyby niższe od kwot proponowanych przez BBC”, które nie nosi w sobie żadnych merytorycznych treści, nie ma odniesienia do tematu złożonych wyjaśnień. Z tekstu uzasadnienia („W omawianej sytuacji stoimy na stanowisku, że unikalny i opracowany na bazie dotychczasowych doświadczeń zbiór regulacji w zakresie zachowania poufności stanowi nasz indywidualny pomysł na realizację zamówień tego rodzaju. Informacje te mają dla nas istotną i wymierną wartość gospodarczą...”) można wręcz odnieść wrażenie, zdaniem Izby, że główna wartość gospodarcza, na którą wskazuje Przystępujący, dotyczy opracowanych polityk bezpieczeństwa i poufności (str. 33 pisma).

W związku z powyższym Izba uznała, że Przystępujący nie spełnił wymogu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykazania, że złożone Zamawiającemu wyjaśnienia rzeczywiście mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa i – jak wskazała na wstępie – już wobec owego samego braku wykazania, informacje nie mogą podlegać utajnieniu, lecz muszą zostać ujawnione zgodnie z wymogiem art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem już jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że z merytorycznego punktu widzenia, przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie spełniają informacje wynikające z przepisów, np. dotyczących wynagradzania lub dopłat do zatrudnienia osób niepełnosprawnych, w tym także dane uzyskiwane z internetowych kalkulatorów. Również korzystanie z możliwości zatrudniania osób niepełnosprawnych nie

jest żadnym *know-how* konkretnego przedsiębiorcy, lecz wiedzą powszechnie dostępną i praktyką dość szeroko stosowaną wśród przedsiębiorców. Nie jest także indywidualnym *know-how* wykonawcy potwierdzenie spełniania wymogów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też obliczenia do tych wymogów się odnoszące, np. liczba etatów, liczba samochodów i ich parametry, opis działań promocyjnych itd.

Izba podkreśla także, że wykonawca tajemnicą przedsiębiorstwa nie może objąć ofert ad *incertas personas*, w szczególności opublikowanych w Internecie, jak też ofert, które nie są skierowane do niego indywidualnie na szczególnych warunkach, tzn. ofert, które są kierowane do ogółu zainteresowanych, nawet jeśli otrzymał je w odpowiedzi na własne zapytanie – oczywiście jest bowiem, że przedsiębiorca (np. biuro handlu nieruchomościami) odpowie na takowe zapytanie zainteresowanego klienta, co nie zmienia faktu, że odpowiedziałby w taki sposób każdemu zainteresowanemu klientowi, tj. co może mu zaproponować ze swojej oferty.

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą także stanowić informacje już ujawnione albo powielające dane zawarte w ofercie – czy to w formularzu cenowym, czy też w trakcie postępowania, jak np. odnoszące się do osób wskazanych jako personel wykonawcy. W tym zakresie Izba jedynie zwraca uwagę Zamawiającego (gdyż nie dotyczy to omawianej w zarzucie kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa) na ochronę danych osobowych (szczególnie danych wrażliwych) osoby niepełnosprawnej, takich jak PESEL czy szczegółowy adres zamieszkania (załącznik nr 9 do wyjaśnień).

Zamawiający przekazał Odwołującemu str. 31-37 (pkt 7. „Uzasadnienie dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niniejszego pisma wraz z załącznikami”) pisma z 22 stycznia 2021 r., który, *notabene*, w ogóle nie został przez Przystępującego zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, zatem w tym zakresie orzeczenie Izby stało się zbędne. Izba podkreśla więc jedynie, co już wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa i rolą wykonawcy jest takie jego sporządzenie, by takich tajemnic w tym uzasadnieniu nie ujawniać. Zamawiający zaś tym bardziej nie może odmówić wykonawcy dostępu do informacji, które nie zostały w ogóle zastrzeżone. Izba też zgadza się tu z Odwołującym, że – nawet jeśli brak przekazania powyższych stron nastąpił przypadkowo i przez pomyłkę – to Zamawiający dysponował wystarczającym czasem pomiędzy dniem złożenia odwołania a dniem rozprawy, by tę omyłkę naprawić.

W stosunku zaś do samego sposobu zastrzegania dokumentów Izba, również wielokrotnie, podkreślała, że ze względu na fakt, że zastrzeżenie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i jego przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zastrzeżenie takie

powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty – od początku do końca – są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.

Art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zasady te są uzupełnieniem i sposobem realizacji zasad wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem nieuprawnione naruszenie jawności postępowania jest jednocześnie poważnym naruszeniem zasad wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Działanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w niniejszym zarzucie nie było niczym usprawiedliwione, zwłaszcza wobec sposobu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, jak i rodzaju informacji zawartych w wyjaśnieniach, których charakter, przynajmniej w znaczącej większości, nie był trudny do oceny oraz orzecznictwa Izby dotyczącego możliwości zastrzegania uzasadnienia (wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), stanowiło też istotne i poważne naruszenie ww. zasad art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba uznała, że, wobec przepisów regulujących wnoszenie środków ochrony prawnej, dla skuteczności orzeczenia i sanacji działania Zamawiającego, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt, że w konsekwencji Odwołujący będzie mógł negocjować wyjaśnienia Przystępującego oraz poziom zaoferowanej przez niego ceny, co może doprowadzić do weryfikacji badania oferty Przystępującego, Izba uznała, że powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem spełniła się przesłanka art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Odwołujący w swoim zarzucie odnosił się jedynie do pierwszych wyjaśnień Przystępującego z 22 stycznia 2021 r., gdyż – jak wskazał – nie posiadał informacji o kolejnym wezwaniu do wyjaśnień i dodatkowych wyjaśnieniach, których to pism Zamawiający mu nie udostępnił jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym Izba również nie odnosiła się do tych

dokumentów. Zwraca jednak uwagę, że Zamawiający powinien odpowiednio odnieść do nich zasady i uwagi wskazane przez Izbę powyżej.

W związku uwzględnieniem zarzutu nr 2 Izba – zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu – pozostawiła bez rozpoznania zarzut nr 3, podniesiony z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 – dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż, w ocenie Odwołującego, oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Izba, jak wskazała powyżej, dla zapewnienia skuteczności ewentualnych przyszłych środków ochrony prawnej, nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ramach zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż treść tej oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż cena oferty nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego.

Odwołujący podkreślił, że Przystępujący podał w ofercie następujące miesięczne stawki netto: koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia: Personel biurowy – 2 osoby – 5.100, Personel pomocniczy – 2 osoby – 5.100 oraz koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego świadectwa Płatności: Personel biurowy – 1 osoba – 2.550, Personel pomocniczy – 1 osoba – 2.550, które nie obejmują kosztu zatrudnienia osoby na pełen etat, na podstawie umowy o pracę i zostały określone z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. i 2021 r.

Jak wyjaśnił Odwołujący, zarzut został sformułowany w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie jako zarzut rażąco niskiej ceny, na wypadek gdyby Izba uznała, że wartość tej pozycji formularza cenowego jest zbyt niska w stosunku do całej ceny oferty, by ewentualne niedoszacowanie uznać za cenę rażąco niską.

Jednak Izba uznała, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie może stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący bowiem zadeklarował, że przy szacowaniu kosztów zatrudnienia tego personelu ujął wszystkie elementy wymagane specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, w wymaganym okresie, w wymaganej

liczbie etatów i godzin pracy biura, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów. Brak jest dowodów na jego przeciwne działanie. Tym samym wskazane stawki miesięczne można w tym wypadku rozpatrywać w kontekście ich nieprawidłowej wyceny, tj. rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Przystępujący powołał się tu na zamiar zatrudnienia osób niepełnosprawnych, co ma, według niego, skutkować obniżeniem kosztów pracy, których wysokość zakwestionował Odwołujący. Oczywiste jest jednak, że Odwołujący – nie znając treści wyjaśnień Przystępującego – taką wiedzę nie dysponował stawiając powyższy zarzut. Tym samym Odwołujący będzie mógł zweryfikować kwestię wyceny tych kosztów w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych po udostępnieniu mu wyjaśnień Przystępującego.

Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do zarzutu nr 4 odwołania, w którym Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 1-3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie pozycji 1.4. środek transportu Zamawiającego.

W stosunku do Przystępującego Zamawiający dwukrotnie wystąpił z wezwaniem do wyjaśnień: 5 i 29 stycznia 2021 r.

W pierwszym wezwaniu Zamawiający zwrócił się do Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, wymieniając elementy wskazane w treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający poprosił o wyjaśnienia, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące temu wykonaniu. Następnie Zamawiający zadał szereg pytań szczegółowych, które jednak nie dotyczyły wskazanej przez Odwołującego kwestii, jedynie pytanie 2. odnosiło się do pozycji 1.2 formularza cenowego „Środki transportu Konsultanta”.

Również w piśmie z 29 stycznia 2021 r. Zamawiający nie poruszył tego tematu.

Jak wskazał Odwołujący, zaoferowana stawka 3.000 zł miesięcznie nie pokrywała kosztów zakupu lub najmu lub leasingu samochodu oraz jego eksploatacji.

Przystępujący podkreślał, że zarzut – dotyczący braku wezwania – jest bezprzedmiotowy, ponieważ wyjaśnił tę kwestię w swoich wyjaśnieniach, na wezwanie Zamawiającego. Natomiast Zamawiający wskazał, że nie wzywał o wyjaśnienie tej kwestii, ponieważ wartość ta była porównywalna z innymi ofertami i jego własnymi obliczeniami i nie wzbudziła jego wątpliwości.

Izba stwierdziła jednak, że zarzut Odwołującego jest słuszny, zwłaszcza wobec przedstawienia przez Zamawiającego podczas rozprawy zestawienia kosztów zużycia paliwa przez eksploatowane przez niego samochody (dokument D6).

Izba stwierdziła przede wszystkim, że Zamawiający, wbrew stanowisku Przystępującego, rzeczywiście nie dokonał wezwania w tym zakresie. Zamawiający swoje pismo skonstruował bowiem w ten sposób, że najpierw zawarł ogólne wezwania, a następnie zadał szczegółowe pytania. W ocenie Izby konstrukcja taka powodowała, że wezwany wykonawca zobowiązany był wyjaśnić jedynie kwestie wskazane w pytaniach szczegółowych. Natomiast jeśli z własnej inicjatywy udzielił wyjaśnień szerszych, to oczywiście jest to prawidłowe działanie (jest to jego prawo), niemniej kwestii tej w wezwaniu Zamawiający nie poruszył.

Wobec obliczeń przedstawionych przez Odwołującego, a w szczególności dokumentu D6 złożonego przez Zamawiającego, z którego wynika, że sam koszt zużycia paliwa dla wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia 8.000 km miesięcznie oscyluje w granicach 3.000 złotych, nieprzekonująca stała się wcześniejsza argumentacja Zamawiającego. Należy też zwrócić uwagę, że – pomimo że same kwoty jednostkowe w porównaniu z wartością kontaktu czy wartością robót budowlanych nie są znaczne, to różnica pomiędzy wyceną 3.000 zł a 3.600 zł, 4.000 zł czy 5.000 zł to od 20% do 170% tej wartości. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego co do potrzeby wezwania do wyjaśnień nie było nieuzasadnione.

Izba jednak wzięła pod uwagę fakt, że Przystępujący, składając wyjaśnienia, odniósł się w nich do obu rodzajów samochodów, także samochodu dla Zamawiającego, o czym Odwołujący nie miał wiedzy, ponieważ nie udostępniono mu tych wyjaśnień. Wobec powyższego Izba uznała, że bezcelowe na tym etapie postępowania byłoby nakazywanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do wyjaśnień, które już złożył i zarzut oddaliła. Czy wyjaśnienia te Odwołujący uznałby za przekonujące, jest już odmienną kwestią.

Natomiast – pomimo oddalenia zarzutu nr 1 i nr 4 – fakt przyczynienia się Zamawiającego do takiego sformułowania zarzutów poprzez nieuprawnione nieujawnienie wyjaśnień poziomu ceny Przystępującego Izba wzięła pod uwagę przy orzeczeniu w zakresie kosztów.

Również zarzuty nr 5, nr 6 i nr 7 są ze sobą merytorycznie powiązane, wszystkie bowiem odnoszą się do usługi wskazanej w pozycji 1. przedstawionego przez Przystępującego formularza „Zdolność zawodowa – Wykonawcy (Wykaz usług)”, tj. pełnienie nadzoru nad budową drogi minimum klasy GP dwujezdniowych o wartości robót powyżej 200.000.000,00 PLN netto oraz 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/ świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku-Kamiennej, realizowanej dla Generalnej Dyrekcji Dróg

Krajowych i Autostrad oddział w Kielcach, dla której świadectwo przejęcia zostało wystawione 2 czerwca 2020 r.

Zgodnie z rozdziałem 7. „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 7.2 ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy Zamawiający wskazał, że „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto; b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu; c) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m. Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości. Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. 2020 poz. 470 ze zm.). Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.). Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się

Świadectwa Przejęcia) lub na dzień zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków określonych w pkt 7.2.3)a) IDW, Wykonawcy wykazują łącznie.”

Zgodnie z rozdziałem 9. „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” pkt 9.7 ppkt 1 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany był do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów – w celu potwierdzenia spełniania przez warunków udziału w postępowaniu: wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Przystępujący wskazał w pozycji 1. „Wykazu usług” ww. realizację „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/ świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku-Kamiennej” i na potwierdzenie należytego wykonania usługi Przystępujący przedstawił kopię owego „Świadectwa Przejęcia Robót” z 2 czerwca 2020 r., wystawionego przez Konsultanta, którym był Przystępujący (a dokładniej: Inżyniera Kontraktu). Jak wynika z treści świadectwa „Wykonawcą” był Budimex S.A. Z treści „Świadectwa” wynika, że wystawiający je podmiot, zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktowych zaświadcza, że całość Robót została ukończona zgodnie z Kontraktem (umowa nr 12/45/RR/245/2013/2017 z 10 października 2017 r.), a Wykonawca do 9 maja 2020 r. wykonał zobowiązania określone w Subklauzuli 8.2 Warunków Kontraktu oraz sporządził i zgromadził kompletne dokumenty i oświadczenia wymagane ustawą Prawo budowlane, niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie Robót i uzyskał w imieniu i na rzecz zamawiającego wymagane decyzje o pozwoleniu na użytkowanie. Inżynier Kontraktu oświadcza, że roboty zostały wykonane prawidłowo. Dokument podpisał Inżynier Kontraktu J. S., figurują też na nim podpisy kierownika projektu ze strony zamawiającego – J. B. oraz dyrektora kontraktu ze strony wykonawcy.

Z treści „Świadectwa Przejęcia Robót” wynika więc jednoznacznie, że dotyczy ono należytego wykonania robót (budowlanych), a ocena wykonania zobowiązania dotyczy „Wykonawcy”, czyli firmy Budimex S.A. Nie dotyczy więc należytego wykonania umowy

nadzoru nad realizacją robót przez Przystępującego. Można to też zweryfikować po wskazanym numerze umowy.

Przystępujący również niesłusznie powołuje się na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których Zamawiający jakoby dopuścił Świadcstwo Przejęcia jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi nadzoru. W punkcie 7.2 ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW Zamawiający bowiem rzeczywiście wskazał, że „jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC)”, jednak postanowienie to dotyczy momentu, od którego można na usługę się powoływać jako wykonaną, a nie dokumentu potwierdzającego jej należyte wykonanie, co do którego Zamawiający zawarł postanowienie w punkcie 9.7 ppkt 1 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW i jest to standardowe postanowienie oparte o przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), w którym Zamawiający żądał wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający również przyznał, że przedstawionego przez Przystępującego „Świadcstwa Przejęcia Robót” nie uznał za dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, jednak ze względu na fakt, że odbiorcą usługi była GDDKiA oddział w Kielcach, a Zamawiający dysponował dokumentem potwierdzającym takie wykonanie – w postaci wiadomości e-mail od kierownika projektu J. B., nie wzywał do uzupełnienia tego dokumentu.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590).

Jednak przepis art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tak jak i pozostałe przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, należy interpretować również w kontekście zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano na zasadę uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania, w art. 8 ust. 1 na jawność postępowania, a w art. 9 ust. 1 na jego pisemność. Tym samym, jeśli Zamawiający postanowił posłużyć się dokumentem przez siebie posiadany, powinien tej czynności dokonać w sposób formalny i czynność tę w jakiś sposób udokumentować w dokumentacji postępowania (co najmniej w protokole postępowania) tak, aby zapoznający się z tą dokumentacją wykonawcy oraz inne osoby, były w stanie o tej czynności się dowiedzieć – zwłaszcza w sytuacji, w której wykonawcy nie mają już możliwości zapoznania się z pełną papierową wersją dokumentacji przetargowej, w której mogli sprawdzić wszystkie przechowywane przez zamawiającego dokumenty.

Do chwili takiego udokumentowania owej czynności, trudno uznać ją za czynność oficjalną Zamawiającego i w tym kontekście jest ona czynnością brakującą – brak bowiem zarówno dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, jak też informacji, dlaczego go nie ma.

Stanowisko i wątpliwości Izby wynikają też z samego dokumentu. Dokumentem, na który powołał się Zamawiający, jest bowiem wewnętrzna korespondencja mailowa lub jej fragment pomiędzy pracownikiem oddziału GDDKiA w Białymstoku a kierownikiem projektu – J. B. Taka korespondencja może być stosowana w stosunkach wewnętrznych, roboczych pomiędzy oddziałami i ich pracownikami. Jednak, jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, zgodnie z zasadami sporządzania dokumentów obowiązującymi w oddziałach GDDKiA, kierownik projektu nie byłby upoważniony do wystawienia wykonawcy referencji – nawet jeśli technicznie sporządzałby pismo podpisywane następnie przez dyrektora oddziału. Podobnie, z doświadczenia Izby wynika, że oddziały GDDKiA stosują praktykę przesyłania sobie oficjalnych pism podpisywanych przez osoby upoważnione do reprezentacji oddziału (pisma takie wielokrotnie były w Izbie okazywane). W ocenie Izby art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się raczej do bardziej oficjalnych dokumentów i oświadczeń będących w posiadaniu danego zamawiającego, na co wskazuje też podany w przepisie przykład rejestrów publicznych.

Powyższe wątpliwości Izby potwierdzają także wypowiedzi Zamawiającego podczas rozprawy dotyczące sporu z Odwołującym o rodzaj oferowanego samochodu SUV – Dacia Duster. Zamawiający bowiem wskazał, że kierownik projektu (który prowadził korespondencję z Odwołującym), nie jest uprawniony do decydowania o wyborze takiego samochodu – decyzja taka należy do wydziału administracyjnego. Tym bardziej oddział

GDDKiA w każdym momencie może więc zanegować taką nieoficjalną korespondencję w sprawie należytego wykonania kontraktu.

W związku z powyższym Izba uznała za uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący nieprawidłowego przedstawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w pozycji 1. formularza „Zdolność zawodowa – Wykonawcy (Wykaz usług)” i wezwanie Przystępującego do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na tym etapie postępowania nie ma bowiem podstaw do nakazania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tego powodu Izba częściowo uwzględniła zarzut nr 5 odwołania, tj. z zastrzeżeniem wezwania Konsorcjum BBC do uzupełnienia brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uwzględniła zarzut ewentualny – zarzut nr 7 dotyczący ww. wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała natomiast za nieuzasadniony zarzut nr 6, tj. zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo iż przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i/lub wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzut ten oparł jedynie na fakcie naliczenia przez Zamawiającego – GDDKiA oddział w Kielcach kary umownej. W swoim stanowisku – piśmie procesowym z 21 kwietnia 2021 r. Przystępujący wyjaśnił okoliczności nałożenia tej kary, dotyczące rezygnacji z pracy jednej z osób wchodzących w skład personelu Konsultanta i dalszych problemów z tym związanych. Druga z podnoszonych przez Odwołującego okoliczności dotyczyła płatności wynagrodzenia wykonawcy wynikających z zasad płatności odnoszących się do tzw. Kart Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK). Przystępujący oświadczył, że wynagrodzenie zostało mu ostatecznie wypłacone w pełnej wysokości, pomniejszone zostało jedynie o ww. karę umowną. Odwołujący, pomimo że negował ten fakt, nie przedstawił dowodu pozwalającego skutecznie zanegować samo ww. oświadczenie Przystępującego.

Izba podzieliła prezentowane przez Przystępującego stanowisko, że sam fakt nałożenia kary umownej w trakcie realizacji kontraktu, nie oznacza jeszcze automatycznie nienależytego wykonania całości umowy, zwłaszcza wobec powszechnie znanego i nie negowanego faktu, że zamawiający, także GDDKiA, przewidują w umowach liczne kary umowne, często o charakterze dyscyplinującym, co następnie nie przeszkadza im uznawać kontraktu za zrealizowany należycie. Nałożenie kary umownej lub kar umownych należy więc badać indywidualnie i z zachowaniem zasady proporcjonalności, w szczególności badać rodzaj przewinienia, za które została nałożona kara umowna (lub inna sankcja). I chociaż

oczywiście wykonawca odpowiada na zasadzie ryzyka za wybór personelu do wykonania zadania, to przedstawiony stan faktyczny i rodzaj przewinienia, za który została nałożona kara umowna, w ocenie Izby, nie wskazuje na przewinienie Przystępującego, które miałyby skutkować uznaniem wykonania umowy za nienależyte.

Zarzutu nie potwierdza również sam fakt niewystawienia referencji przez oddział w Kielcach. Jak zostało wyjaśnione podczas rozprawy, nie wszystkie oddziały GDDKiA wystawiają takie referencje przed ostatecznym zakończeniem kontraktu (który znajduje się dopiero na etapie wystawienia Świadcstwa Przejęcia), zatem braku referencji nie można traktować jako odmowy ich wystawienia ze względu na nienależyte wykonanie umowy.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit.

b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części koszty ponosi odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części; w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Jak wynika z § 7 ust. 5 rozporządzenia, Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4 § 7, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Ze względu na wskazywany powyżej fakt powiązania ze sobą poszczególnych zarzutów i tym samym wzajemną zależność rozstrzygnięcia, Izba stwierdziła, że uzasadnionym wynikiem postępowania jest podział kosztów wpisu oraz nieobciążanie wzajemnie Stron kosztami wynagrodzenia ich pełnomocników (włącznie z kosztami dojazdu na rozprawę).

W związku z powyższym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot 7.500 zł, które uznała za kwotę stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu połowy wpisu.

Przewodniczący:

.....

.....