

Sygn. akt: KIO 1405/21
KIO 1562/21

WYROK

z dnia 18 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 10 i 24 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Alei Jana Pawła II 12 (00-124 Warszawa) oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Jana Pawła II 12 (00-124 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy Placu Bankowym 3/5 (00-095 Warszawa) w ramach którego działa Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych z siedzibą przy ul. Sokratesa 15 (01-909 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173 (00-877 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1405/21 oraz KIO 1562/21

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisów od obu odwołań (tj. po 20 000 zł 00 gr – słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy – od każdego odwołania);

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawa z siedzibą w Warszawie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika łącznie w obu sprawach (tj. po 3 600 zł 00 gr – słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy – od każdej sprawy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1405/21

KIO 1562/21

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa w ramach którego działa Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową drogi powiatowej – al Armii Ludowej w zakresie wiaduktów drogowych w rejonie parku Agrykola wraz z przebudową sieci uzbrojenia terenu w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa wiaduktów w ciągu Trasy Łazienkowskiej przy Agrykoli wraz z zagospodarowaniem terenów, w tym: Etap I – rozbudowa wiaduktów w Warszawie”* – nr postępowania: ZP/5/PN/4/20, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2020 r., pod numerem 2020/S 184-443332.

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

Sygn. akt KIO 1405/21

W dniu 10 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

- nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Skanska” lub „wykonawcą”);
- uznania, że oferta wykonawcy Skanska spełnia wszystkie wymagania przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- uznania, że oferta wykonawcy Skanska nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Skanska;
- zaniechania uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska z postępowania, mimo iż złożona oferta nie odpowiadała treści SIWZ, tj. nie uwzględniała w swojej wycenie zakresu związanego z utrzymaniem czasowej

organizacji ruchu w brzmieniu nadanym przez zmiany SIWZ wprowadzone przez zamawiającego oraz przyjęcie przez zamawiającego, że ta wadliwość stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującą istotnych zmian w treści SIWZ, gdy tymczasem wadliwość ta skupia się na merytorycznym błędzie oferty, a więc nie podlega poprawieniu i winna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska, mimo iż oferta Skanska nosi znamiona rażąco niskiej ceny i jednocześnie Skanska nie wykazała, że złożona przez nią oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „Uznk”) przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień Skanska z dnia 26 marca 2021 r. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu dokonanie weryfikacji zasadności tego zastrzeżenia;

a w konsekwencji:

4. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Biorąc pod uwagę ww. zarzuty odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez Skanska jako oferty niezgodnej z wymogami SIWZ
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez Skanska z uwagi, iż oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 4) udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, wówczas oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wskazując istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego odwołujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania zamawiający udzielał wykonawcom odpowiedzi na pytania związane z dokumentacją, jak również dokonywał jej zmian. W dniu 7 grudnia 2020 r.

zamawiający opublikował informację o zmianie brzmienia niektórych postanowień dokumentacji, w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej: „OPZ”). W ramach jednej ze zmian, zamawiający zmodyfikował brzmienie pkt 33 OPZ odnoszącego się do czasowej organizacji ruchu. W ramach zmian SIWZ z 7 grudnia 2020 r. dodane zostały również dodatkowe dwa punkty OPZ (kolejno 35 i 36), które uwzględniały włączenie do dokumentacji postępowania nowych dokumentów (Wytyczne do projektu czasowej organizacji ruchu wydane przez Organ zarządzający w m.st. Warszawie - Biura Mobilności i Transportu oraz Zalecenia dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów (...)). Treść nowych, załączonych dokumentów nakreśliła zakres prac, które wykonać ma przyszły wykonawca. Kluczowym rozszerzeniem prac było przede wszystkim utrzymanie przejezdności w obu kierunkach remontowanych estakad, gdzie za konieczne uznano wprowadzenie ruchu dwukierunkowego (4 pasy). Zdaniem odwołującego Wytyczne wprowadziły nieznany wcześniej wymóg w zakresie przebudowy i wzmocnienia istniejącej konstrukcji wiaduktu oraz zwiększenia na nim liczby pasów ruchu. Ponadto nakreślono również konieczność uwzględnienia tras alternatywnych w projekcie organizacji ruchu. Powyższe zmiany rozszerzyły pierwotny zakres prac. Dokumenty te bowiem nakreśliły dodatkowy zakres prac utrzymaniowych, które nie były wcześniej znane wykonawcom. Aktualizacja SIWZ zobowiązywała zatem wykonawców do istotnego rozszerzenia oferty. Oprócz tego, w ramach zmian OPZ z 7 grudnia 2020 r. (oraz 30 grudnia 2020 r.) zobowiązano wykonawców do wykonania analizy statyczno-wytrzymałościowej płyty pomostowej wiaduktu. Wytyczne do projektu czasowej organizacji ruchu zawierały bowiem informacje dot. liczby i kierunków pasów ruchu na każdej z estakad, lokalizacji przejazdów tymczasowych czy parametrów przystanków komunikacji zbiorowej. Na mocy modyfikacji OPZ, zgodnie z pkt 35 i 36 OPZ wykonawcy zostali zobowiązani do wykonania analizy statyczno-wytrzymałościowej płyty pomostowej wiaduktu, jak również do dokonywania bieżących oględzin starego wiaduktu. Do odpowiedzi z 7 grudnia zamawiający załączył też zaktualizowany dokument w postaci zestawienia (tabeli) kosztów, w której wykonawcy zobowiązani byli wskazać odpowiednie ceny za poszczególne roboty budowlane i inne elementy. Zestawienie to uwzględniało wycenę za czasową organizację ruchu dla etapu I i II (projekt i wdrożenie). W dniu 30 grudnia 2020 r. zamawiający ponownie zmodyfikował brzmienie dokumentacji. W ramach aktualizacji, zamawiający wprowadził modyfikację pkt 35 dodanego z dnia 7 grudnia 2020 r. do treści OPZ. Po zmianach w dniu 30 grudnia 2020 r. pkt 35 zakładał uwzględnienie w cenie oferty zabezpieczenia terenu budowy oraz wdrożenia i utrzymanie czasowej organizacji ruchu zgodnie z opracowaniem Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej pn. *Zalecenia dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów nad Agrykolą i ulicą Rozbrat w Warszawie w czasie wyburzania i odbudowy obiektu sąsiedniego* (dokument ten został

dodany do dokumentacji postępowania w ramach zmian z 7 grudnia 2020 roku). Zamawiający w ramach zmiany SIWZ wskazał, że powyższe czynności wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie oferty. W opinii odwołującego na mocy zmiany SIWZ z 30 grudnia 2020 r. zamawiający wprost wskazał, iż wymaga od wykonawców wykonania wszelkich robót, które wynikają z dokumentów włączonych do dokumentacji postępowania (tj. opracowania Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej pn. *Zalecenia dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów nad Agrykolą i ulicą Rozbrat w Warszawie w czasie wyburzania i odbudowy obiektu sąsiedniego*). Powyższe dokumenty załączone z kolei zostały do dokumentacji 7 grudnia 2020 r. (nie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia na etapie wszczęcia postępowania). Jednocześnie, zamawiający tą samą zmianą SIWZ z 30 grudnia 2020 r. udostępnił zaktualizowane zestawienie kosztów, gdzie rozszerzeniu w wycenie uległa czasowa organizacja ruchu. Zamawiający przewidział bowiem konieczność uwzględnienia w tej rubryce wspomnianego utrzymania organizacji ruchu. Załączenie do dokumentacji nowego Wykazu było konsekwencją opisanych wyżej zmian OPZ i rozszerzenia zakresu zamówienia. Zaktualizowane zestawienie kosztów stało się więc wiążące dla wszystkich wykonawców planujących złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Na mocy wprowadzonych zmian do SIWZ wykonawcy zakres wszystkich prac wycenić mieli zgodnie z dokumentacją związaną z czasową organizacją ruchu i swoje ceny przedstawić w zaktualizowanym zestawieniu kosztów opublikowanym 30 grudnia 2020 roku. Zestawienie kosztów załączone do oferty Skanska opisane zostało na wzorze sprzed modyfikacji, tj. nieuwzględniającym powyższych zmian w zakresie utrzymania czasowej organizacji ruchu.

Pismem z dnia 16 marca 2021 r. (zwanym dalej: „Wezwaniem”) zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Skanska do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty związanych z kalkulacją ceny utrzymania czasowej organizacji ruchu. Zamawiający zwrócił w treści Wezwania uwagę, że z zestawienia kosztów złożonych przez Skanska wraz z ofertą wynika, że wykonawca wykona projekt i wdrożenie Czasowej organizacji ruchu dla etapu I i II. Zamawiający podkreślił jednak, że z zestawienia kosztów nie wynika, aby w wycenie robót uwzględniono prace dot. utrzymania. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do wykazania, że cena oferty obejmuje ten zakres prac.

Pismem z dnia 26 marca 2021 r. Skanska udzieliła odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. W wyjaśnieniach (w udostępnionej ich części) wykonawca nie poruszył jednak kwestii związanej z zakresem prac, o które dopytywał zamawiający w Wezwaniu. W wyjaśnieniach podniesione są wyłącznie ogólne informacje zapewniające o uwzględnieniu zakresu związanego z utrzymaniem organizacji ruchu. Skanska w wyjaśnieniach przedstawiła *de facto* informacje zupełnie niezwiązane z treścią pytania wskazanego w wezwaniu

zamawiającego. Część wyjaśnień związanych z przedstawieniem ofert podwykonawców i dostawców oraz dokumentów wewnętrznych spółki została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jednocześnie w rozdziale 14 ust. 7 SIWZ zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym wykonawca nie mógł dokonać samodzielnych zmian w formularzach (kosztorysach i zestawieniach kosztów). W postanowieniu tym zamawiający nakreślił, że zmiany służące obliczeniu ceny, pomijające pozycje oraz wprowadzające dodatkowe pozycje będą traktowane jako niezgodność oferty, przez co oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W toku badania i oceny ofert zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2021 r. wystosował do Skanska wnioski o wyrażenie zgody na poprawienie błędu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (załączenia do oferty nieaktualnego zestawienia kosztów) czyli jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Pismem z tego samego dnia Skanska wyraził zgodę na poprawę rzekomej – w ocenie odwołującego – omyłki. W ramach składanej oferty wykonawca przedłożył zamawiającemu szczegółowe kosztorysy, które dokładnie wskazywały na ceny jednostkowe za poszczególne elementy zamówienia. Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał nieuprawnionego wyboru oferty Skanska w postępowaniu, czym naruszył przepisy Pzp.

W uzasadnieniu prawnym dla pierwszego zarzutu odwołujący wyjaśnił, że w toku procedury badania i oceny ofert zamawiający dostrzegł, iż Skanska wraz z ofertą złożyła zestawienie kosztów, które nie uwzględniało utrzymania czasowej organizacji ruchu dla etapu I i II. Po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej w stosunku do oferty Skanska, zamawiający poprawił błąd wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazując, że złożenie zestawienia kosztów na nieaktualnej wersji załącznika (która nie wskazywała na konieczność wyceny prac utrzymaniowych) nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dokonana przez zamawiającego ocena stanu faktycznego była w ocenie odwołującego nieprawidłowa. Zdaniem odwołującego błąd w postaci złożenia nieaktualnego zestawienia kosztów nie powinien być oceniany z perspektywy możliwej do poprawienia omyłki, ale z perspektywy niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Skanska bowiem nie wyceniła w swojej ofercie zakresu prac związanych z utrzymaniem czasowej organizacji ruchu w zakresie zgodnym z obowiązującym SIWZ. Taki błąd nie może być więc traktowany jako omyłka. Odwołujący zauważył, że modyfikacja SIWZ z 7 grudnia 2020 r. zakładała istotne zmiany zakresu prac. Czynność rozszerzenia prac jak i przedłożenia wykonawcom nowego załącznika w postaci zestawienia kosztów miała więc daleko idące znaczenie z punktu widzenia deklarowanych oświadczeń wykonawców. Do zakresu prac dołączono bowiem przebudowę (remont) jednego z wiaduktów w celu dostosowania go do przeniesienia ruchu tymczasowego i zwiększenia ilości pasów ruchu. Wypełnienie zestawienia kosztów na dokumencie nieaktualnym, nieuwzględniającym nowych elementów zamówienia jest

niezgodne z wymogami SIWZ, gdzie zamawiający jednoznacznie wskazał, że w zakres ceny oferty wchodzi czynności utrzymania organizacji ruchu. Co istotne, również sam Zamawiający wskazał w SIWZ, iż poprawienie kosztorysu czy zestawienia kosztów nie będzie możliwe. W rozdziale 14 ust. 7 SIWZ wskazano, że jakiegokolwiek zmiany na dokumentach służących do obliczenia ceny (kosztorysach i zestawieniu kosztów) nie mogą być wprowadzane przez wykonawcę. Zamawiający nakreślił, że wprowadzenie zmian do takich dokumentów będzie oznaczało konieczność odrzucenia takich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec tego, zauważyć należy, że zamawiający samodzielnie narzucił schemat działania w przypadku błędów w dokumentach dot. wyceny oferty. Omawiane postanowienie SIWZ prowadziło więc wprost do wniosku, że zamawiający na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania przedstawił jak traktować będzie dokumenty związanych z ceną. Nie może ulegać wątpliwościom, że dokumentom tym zamawiający nadał charakter istotnych z punktu widzenia całej oferty. Dziwi zatem fakt, że zamawiający, opisując w dokumentacji postępowania sytuacje związane z przedstawieniem błędnych formularzy (nieuwzględniających pewnych elementów oferty), przyzwala jednocześnie na ich poprawienie w drodze obchodzącej nakreśloną zasadę. Z perspektywy przebiegu badania oferty Skanska zauważyć należy, że okoliczność nieuwzględnienia w wycenie prac utrzymaniowych została dostrzeżona przez samego zamawiającego, który wzywając Skanska do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyciągnął *de facto* przed nawias okoliczność bardzo niskiej ceny za prace dot. czasowej organizacji ruchu. Zamawiający wprost nakreślił w Wezwaniu, że wykonawca złożył wraz z ofertą zestawienie kosztów, z którego wynika, że nie wykona prac związanych z utrzymaniem czasowej organizacji ruchu. Wyjaśnienia złożone przez Skanska w części jawnej nie odnoszą się do tego zakresu Wezwania, a powielają wyłącznie szerokie zapewnienia o zaoferowaniu kompleksowego wykonania przedmiotu zamówienia. Mimo powyższego, zamawiający z nieznanym odwołującemu przyczyn zdecydował się na dokonanie zmian w ofercie wykonawcy poprzez zastosowanie procedury poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która w okolicznościach rozpatrywanej sprawy stanowiła *de facto* merytoryczną zmianę oferty. Odwołujący jednocześnie wskazał, że sytuacje, w których wykonawca informuje zamawiającego o uwzględnieniu danego elementu w ofercie (mimo, iż z jej treści to nie wynika) powinno być traktowane jako niezłożenie oferty zgodnej z SIWZ.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że błąd w zestawieniu kosztów Skanska nie był omyłką. W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z dyspozycji tego przepisu, „istotność” zmiany w treści oferty jest kluczowa dla ustalenia czy poprawienie danej wadliwości oferty jest dopuszczalne. Literalna wykładnia

analizowanej normy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że zmiana o charakterze istotnym nie może być poprawiona w omawianej procedurze i skutkować powinna odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dalej odwołujący zauważył, że w analizowanym stanie faktycznym bezsporne było, że zestawienie kosztów stanowi element oferty. Wynika to z ich znaczenia dla realizacji zamówienia (wynagrodzenia należnego wykonawcy). W postanowieniach SIWZ, w rozdziale IX pkt 13 zamawiający wprost wymienił zestawienie kosztów jako jeden z załączników oferty. Skoro więc sam zamawiający nakreślił co wchodzi w zakres oferty to nie może ulegać wątpliwościom, że zbiorcze zestawienie kosztów, które wskazuje wprost na wycenę (a tym samym wynagrodzenie) wykonawcy było istotnym elementem oferty. Już więc na tej podstawie przyjąć należy, że zestawienie kosztów stanowiło istotny element oferty, a próba zmiany dokumentu zestawienia kosztów przez zamawiającego stanowiła istotną ingerencję w treść tej oferty (i skutkuje jej istotną zmianą). Jak jednak wynika z czynności podjętej przez zamawiającego zaakceptował on daleko idącą ingerencję w treść ofert, stanowiącą zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia na określonych warunkach. Z jednej strony zamawiający samodzielnie dostrzegł, że wykonawca nie złożył odpowiedniego dokumentu, w którym przedstawiłby rzetelne wyliczenia cen poszczególnych prac, z drugiej jednak zdecydował się dokonać zmiany takiej oferty pod pretekstem poprawienia omyłki. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że dla oceny dopuszczalności poprawienia omyłki w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp decydującego znaczenia nie ma wiedza zamawiającego na temat tego, jak należy wypełnić brakujący dokument. Wręcz przeciwnie, wiedza, którą dysponuje instytucja zamawiająca posługująca się analizowanym przepisem w celu sanowania oferty nie jest bez znaczenia. Niezależnie bowiem od rodzaju omyłek, poprawienie ich nie może nastąpić w drodze negocjowania treści oferty. Należy zauważyć, że wprowadzone poprawki (stwierdzone omyłki) muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do negocjacji z wykonawcą, modyfikacji istotnych zapisów jego oferty czy ustalenia nowej treści oferty. Zamawiający, chcąc skorzystać z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp musi być *de facto* w stanie poprawić omyłkę bez ingerencji wykonawcy. W odróżnieniu jednak od omyłki pisarskiej i rachunkowej ustalenie tej okoliczności nie umożliwia automatycznego poprawienia omyłki. Zamawiający musi bowiem każdorazowo ocenić czy dokonując jej poprawienia nie zmienia istotnie treści oferty. Tymczasem, zamawiający zaniechał samodzielnej analizy i zdecydował się w pierwszej kolejności zwrócić wykonawcy uwagę w zakresie braku wyceny prac, a po złożonych wyjaśnieniach dokonać poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Brak wyceny którejś z pozycji zestawienia kosztów (kosztorysu), nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący stwierdził, że zamawiający, udostępniając w dniu 30 grudnia 2020 r.

zaktualizowany załącznik do oferty w postaci zestawienia kosztów zobowiązał wykonawców do wyceny oferty w zgodzie z przedstawionymi tam pozycjami. Tym samym sytuacja, w której zamawiający zobowiązał wykonawcę w ramach Wezwania do złożenia wyjaśnień dot. uwzględnienia wszystkich prac w ofercie (mimo, iż zarówno zestawienie kosztów, jak i cena za te prace wprost wskazywały, że prace te zostały przez wykonawcę pominięte) i w następstwie poprawienie przez zamawiającego oferty tego wykonawcy jako innej omyłki, stanowiło jawną ingerencję w treść złożonej oferty, która doprowadziła do dopasowania oferty do wymagań zamawiającego, mimo iż z pierwotnego zobowiązania nie wynikało uwzględnienie przez wykonawcę wszystkich elementów w wycenie. Jak zauważył odwołujący na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, że poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ. Zauważa się, że prowadziłyby to do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje podstaw do takich zmian. W kontekście powyższego podkreślić należy, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem zmian do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzać treści oferty, mają stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale elementy te muszą z oferty wynikać. Zdaniem odwołującego dokonując poprawienia omyłki w treści oferty Skanska zamawiający więc nie tylko w sposób nieuprawniony dopuścił się nadużycia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ale dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców umożliwiając wykonawcy dokonanie zmiany w ofercie. Odwołujący zauważył jednak, że analizowany stan faktyczny nie powinien być postrzegany przez pryzmat omyłki. Wykonawca dopuścił się złożenia oferty, która swoim zakresem nie obejmowała części zamówienia. Oferta złożona przez Skanska pomijała bowiem rozszerzony zakres prac, który wprowadzony został zmianą OPZ z 7 grudnia 2020 r. Nie mamy więc w tym przypadku do czynienia z oczywistą i jednoznaczną dla każdego omyłką. Odwołujący zauważył przy tym, że wykonawca składając ofertę i wszelkie oświadczenia z nią związane powinien działać z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie. Wykonawca składając oświadczenie woli powinien je sformułować w taki sposób, aby odpowiadało ono jego woli, co wymaga zachowania odpowiedniej staranności. Jeśli tego zaniecha, musi ponieść konsekwencje polegające na przypisaniu jego oświadczeniu sensu, jaki wiązał z nim adresat. Co więcej, szczególne dyrektywy odnoszące się do wykładni oświadczeń woli dotyczą w szczególności tych oświadczeń, które wyrażone zostały w formie pisemnej. Sposób sporządzania wypowiedzi w formie pisemnej powoduje, że formułująca ją strona ma możliwość głębszego (w porównaniu z wypowiedzią ustną) namysłu nad jej treścią i precyzyjniejszego jej sformułowania. Uzasadnia to postawienie większych wymagań

autorowi takiej wypowiedzi. Na tej podstawie opiera się dyrektywa interpretacji wobec osoby redagującego - *in dubio contra preferentem* – zgodnie z którą, niejasne pisemne oświadczenie woli powinno być interpretowane na niekorzyść osoby, która je zredagowała. Uwzględniając powyższe, w ocenie odwołującego w stosunku do zaistniałych błędów oferty Skanska, obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Jeśli chodzi o zarzut rażąco niskiej ceny części składowych oferty Skanska odwołujący wyjaśnił, że wezwaniem z dnia 16 marca 2021 r. zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty. Treść Wezwania nie odnosiła się w szerszym stopniu do konkretnych elementów wycenionej oferty, zamawiający w treści Wezwania ograniczył się *de facto* do przytoczenia brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp, który zobowiązywał wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami). Następnie odwołujący wskazał, że wszczęcie procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 90 ust. 1a Pzp kreuje domniemanie wystąpienia w ofercie badanego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Zaistnienie tego domniemania skutkuje z kolei przerzuceniem ciężaru dowodzenia na wykonawcę, co jednoznacznie wynika z art. 90 ust. 2 Pzp. Przeniesienie na wykonawcę ciężaru dowodu generuje wymóg złożenia nie jakichkolwiek wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, lecz takich, z których jednoznacznie wynikać będzie, że cena w ofercie wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Zagadnienia takie jak poziom szczegółowości wyjaśnień czy zakres informacji, które powinny się w tych wyjaśnieniach znaleźć były wielokrotnie przedmiotem rozstrzygania przez Izbę. Zamawiający podejmując zamiar zbadania zaoferowanej ceny przez Skanska pominął całkowicie okoliczność drastycznie zaniżonych cen jednostkowych, które wpłynęły na cenę całkowitą oferty. Zamawiający – w opinii odwołującego – zdaje się nie zauważać, że znaczna część cen jednostkowych za poszczególne elementy zamówienia była istotnie zaniżona w stosunku do cen ofert konkurencyjnych (jak również średnich arytmetycznych tych cen). Odniesienie znajduje to w szczególności do kluczowych elementów wyceny – stali i betonu. Zdaniem odwołującego Skanska udzieliła zamawiającemu wyjaśnień pismem z dnia 26 marca 2021 roku. W treści wyjaśnień trudno jednak doszukać się jakichkolwiek informacji, które pozwalałyby ocenić co wpłynęło na znaczące obniżenie ceny oferty wykonawcy. Odwołujący zauważył, że cena brutto zaoferowana przez Skanska jest niższa aż o 48% szacunkowej wartości zamówienia przyjętej przez zamawiającego. W ocenie odwołującego już tak znacząca rozbieżność w kalkulacjach ceny wykonawcy i szacunkowej wartości zamówienia winna była wzbudzić uzasadnione podejrzenie zamawiającego co do realności i rzetelności wyceny oferty, a w szczególności co do poszczególnych jednostek cenowych, które odbiegają w sposób istotnych od realiów rynkowych. Dalej odwołujący zauważył, że oferta Skanska zawiera ceny jednostkowe, które w sporej skali są o 50% niższe od cen

pozostałych wykonawców. Dostrzec można to szczególnie przy analizie prac związanych z użyciem stali i betonu, gdzie różnica cen jednostkowych w porównaniu do ofert innych wykonawców waha się w granicach 60-90%. Odwołujący wskazał przy tym, że różnice cen jednostkowych nie mają charakteru niezauważalnych wyjątków. Odwołujący zwrócił uwagę na kilka pozycji szczególnie wyróżniających się na tle innych jednostek cenowych pozostałych ofert. W ocenie odwołującego, gdyby zamawiający dokonał skrupulatnego zbadania oferty Skanska, wówczas dostrzegłby, że oferta opiewa na ceny całkowicie nierynkowe i drastycznie zaniżone, co z kolei rodzi ryzyko nieprawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na następującą pozycję kosztorysu: 3.2.1.2.1, 3.1.1.1.1, 3.1.1.1.2, 3.1.1.1.3, 5.1.1.2.1, 4.1.1.2.1 i 4.2.1.2.1 (w ramach tomu III/1 budowa wiaduktów drogowych – wiadukt południowy), 3.3.1.1.1, 3.3.1.1.2, 4.1.1.3.1, 4.1.1.2.1, 4.2.1.3.1 i 5.1.1.2.1 (w ramach tomu III/1 budowa wiaduktów drogowych – wiadukt północny). Odwołujący zauważył także, że wszystkie elementy zamówienia, które związane były z użyciem stali i betonu zostały wycenione przez Skanska o ok. 35% taniej niż u innych wykonawców. Odwołujący, dokonując obliczeń średniej arytmetycznej wyceny z ofert wszystkich wykonawców zauważył, że średnia cena za prace związane z wykorzystaniem stali i betonu utrzymuje się na poziomie 11 771 099,89 zł, podczas gdy w ofercie Skanska wycena za te same elementy utrzymuje się na poziomie 7 637 248,07 zł (w zakresie budowy wiaduktu drogowego południowego). Podobnie sytuacja średniej arytmetycznej przedstawia się przy analizie wycen do budowy wiaduktu drogowego północnego – średnia arytmetyczna wyceny wszystkich ofert wynosi 11 209 372,91 zł, podczas gdy wycena Skanska na tą samą część wynosi 7 422 587,54 zł. Dokładne obliczenia przedstawiała załączona do odwołania tabela cen. Podobne różnice odwołujący zauważył również w odniesieniu do wycenionych prac dot.:

- budowy kładek rowerowych (kładka południowa i północna);
- budowy ściany oporowej (S1 - S8).

I tak, w zakresie prac dot. budowy kładek rowerowych – średnia arytmetyczna cen w zakresie kładki rowerowej południowej (przy użyciu stali i betonu) wyniosła 161 629,42 zł, podczas gdy Skanska wyceniła ten sam zakres prac na kwotę 122 136,67 zł, czyli o blisko 25% taniej niż pozostali wykonawcy. W przypadku wyceny prac za kładkę rowerową północną średnia arytmetyczna wyceny wyniosła 154 481,84 zł. W przypadku Skanska – wycena tego zakresu prac opiewa na kwotę 117 322,40 zł, czyli o 25% mniej niż u reszty wykonawców.

Widoczne różnice w cenie za poszczególne elementy związane z użyciem stali i betonu dostrzec można także przy wycenie budowy ściany oporowej. W zakresie podziału prac od S1 do S8 cena za realizację poszczególnych prac obniżona jest o średnio 40-50% w stosunku do średniej arytmetycznej wycen innych wykonawców. Odwołujący podał wartość

procentową ceny Skanska w stosunku do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej:

- Budowa ściany oporowej S1 - 60.82% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S2 - 56.59% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S3 - 56.05% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S4 - 55.81% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S5 - 55.43% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S6 - 56.38% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S7 - 58.62% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej;
- Budowa ściany oporowej S8 - 58.75% do ceny wynikającej ze średniej arytmetycznej.

Powyższe różnice w ocenie odwołującego mają kluczowe znaczenie w szczególności, iż szereg prac związanych jest z wykorzystaniem stali, której aktualna cena rynkowa utrzymuje się na poziomie 3021 zł za tonę. W wielu pozycjach kosztorysu Skanska, przy pozycjach (pracach) gdzie wykorzystywana jest stal, poszczególne ceny są znacząco niższe od kosztów samego materiału. Skanska w kosztorysach wskazała, że cena, którą oferują za stal wynosi 2700 zł (przy czym jest to już cena łączna za materiał, dostawę i montaż). Odwołujący przedstawił dodatkowo wykres przedstawiający wzrost ceny stali w ostatnim czasie (od grudnia 2020 r.), mający potwierdzać, że Skanska przedstawiła zamawiającemu nierynkową cenę za stal.

Dalej odwołujący zauważył, że ceną rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu wykonania zamówienia, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. W kontekście ustalenia czy daną ofertę wyróżnia rażąco niska cena, konieczne jest ustalenie czy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładnie jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla danego asortymentu stanowić będzie punkt odniesienia dla tego ustalenia. Na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano, że badanie cen jednostkowych pod względem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne (a wręcz wskazane). W ocenie odwołującego w niniejszym postępowaniu zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe. W takim przypadku, ceny jednostkowe nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), tak jak ma to miejsce w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które naliczane jest wynagrodzenie. Wobec powyższego, kalkulacja cen jednostkowych ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny całości oferty wykonawcy, jako obarczonej rażąco niską ceną. W kontekście całości powyższego odwołujący zauważył, że szereg cen jednostkowych przedstawionych przez Skanska odbiega od realnych i rynkowych cen i nie uwzględnia rzeczywistych kosztów realizacji bądź zakupu materiałów. Niemająca uzasadnienia

kalkulacja cen jednostkowych związanych z materiałem w postaci betonu i stali przekłada się na całkowitą cenę oferty, albowiem wynikiem zaniżonych cen jednostkowych zawartych w kosztorysie jest rażąco niska cena całej oferty, co przesądza, że wykonawca złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Wobec powyższego, zamawiający winien był dokonać dokładnej analizy poszczególnych cen jednostkowych oferty Skanska, a w dalszej kolejności dokonać czynności odrzucenia tej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego nieudostępnienia odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę odwołujący wskazał, że zamawiający nie tylko nie udostępnił mu wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, ale i uzasadnienia zastrzeżenia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Uwzględniając powyższe, odwołujący wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia wskazanych informacji nie może być utajnione przez wykonawcę, gdyż uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera żadnych informacji, mających charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Nie jest to też informacja, która mogłaby być w sposób szczególny chroniona przed powszechnym dostępem. Celem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacje, które dany wykonawca chce utajnić mają dla niego szczególną wartość. To właśnie na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa danego dokumentu można ocenić, czy dany wykonawca sprostął ciężarowi wykazania zasadności poczynionego zastrzeżenia. Praktyka zastrzegania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pokazuje, że jeżeli zawiera ono informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, to wykonawca dzieli takie uzasadnienie na część jawną i tajną. Trudno jednak wyobrazić sobie sytuację, w której *de facto* całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera informacje chronione prawem. Aby skutecznie zastrzec uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać już w samym uzasadnieniu jego szczególną wartość dla wykonawcy. Wobec powyższego, zamawiający, nie udostępniając odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Skanska, praktycznie uniemożliwia odwołującemu

realizację jego uprawnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem zweryfikować kwestii ujęcia określonych informacji jako zastrzeżonych, jeżeli samo uzasadnienie, które powinno wykazać prawidłowość tej czynności, jest również zastrzeżone. Tym samym zamawiający, w ocenie odwołującego, dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 Uznk.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym w udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, które odbyło się w dniu 15 czerwca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz podał argumentację dla tego wniosku.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie także na posiedzeniu niejawnym złożył pismo procesowe wraz z dowodami, w którym wniósł o oddalenie obu odwołań oraz podał argumentację dla oddalenia zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 petitum odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1405/21.

Sygn. akt KIO 1562/21

W dniu 24 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec następującej czynności podjętej przez zamawiającego:

- nieprawidłowej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Skanska”) z dnia 26 marca 2021 r. udzielonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 marca 2021 r. oraz dokumentów mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty Skanska oraz kalkulacji ceny utrzymania czasowej organizacji ruchu i, w konsekwencji uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „Uznk”) przez uznanie, że wykonawca Skanska w prawidłowy sposób wykazał, że informacje stanowiące wyjaśnienia treści oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta Skanska nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także, że Skanska uwzględniła w swojej wycenie zakres związany z utrzymaniem czasowej organizacji ruchu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Skanska, podczas gdy Skanska w

uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazała spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności, że:

a) utajniane informacje posiadają wartość gospodarczą;

b) Skanska pojęła działania w celu zachowania ich w poufności;

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny zamawiającego w zakresie uznania, że oferta Skanska nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w konsekwencji

2. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Biorąc pod uwagę ww. zarzuty odwołujący wnioskował o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu odtajnienie dokumentów wykonawcy Skanska zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa w postaci:

- wyjaśnień z 26 marca 2021 r.;

- załączników do wyjaśnień z 26 marca 2021 r.

Ponadto odwołujący wnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający, utajniając dokumenty wykonawcy Skanska, pozbawia innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego możliwości weryfikacji oceny w zakresie braku rażąco niskiej ceny oferty Skanska. Zastrzeżenie istotnych części dokumentacji związanej z ofertą wykonawcy Skanska, w tym samych wyjaśnień przeczy także podstawowej zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego odwołujący zwrócił uwagę, że pismem z dnia 16 marca 2021 r. (zwanym dalej: „Wezwaniem”) zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Skanska do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty związanych z kalkulacją ceny utrzymania czasowej organizacji ruchu.

Pismem z dnia 26 marca 2021 r. Skanska udzieliła odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (zwane dalej „Wyjaśnieniami”). Wyjaśnienia podzielone zostały na dwie części: jawną i utajoną. Szczegółowe informacje na temat oferty wykonawcy Skanska znalazły się w

części utajnionej, utajnione zostały również wszystkie załączniki do Wyjaśnień.

30 kwietnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Skanska. Odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji, w tym korespondencji z wykonawcami. Zamawiający nie przekazał odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Skanska.

10 maja 2021 r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty złożonej przez Skanska. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk polegające na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień Skanska z dnia 26 marca 2021 r. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 13 maja 2021 r. zamawiający uwzględnił pośrednio zarzut odwołującego i przesłał do odwołującego fragment Wyjaśnień Skanska: *Zastrzeżenie i Udowodnienie Tajemnicy Przedsiębiorstwa* obejmujący dwie strony.

Odwołujący uznał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Skanska było nieskuteczne, a wyjaśnienia i załączone do nich dokumenty winny być odtajnione.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie uwag ogólnych odwołujący wskazał, że proces udzielenia i realizacji zamówienia publicznego charakteryzuje się szeroko rozumianą jawnością. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przewidziane od tej zasady ustawowe wyjątki stanowią, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli dany wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

- a) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- b) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zdaniem odwołującego zamawiający badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu, tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że przekazywana informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11

ust. 2 Uznk. Wskazać bowiem należy, że wymogi związane z wykazaniem tajemnicy przedsiębiorstwa – jako wyjątku od zasady jawności postępowania – muszą być interpretowane w ograniczony i ścisły sposób. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść analizowanego dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Niezależnie jednak od tego, jaki w istocie walor dla Skanska mają dokumenty zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący zauważył, że Skanska nie sprostала wymogom nakazującym wykazanie, że informacje w poszczególnych dokumentach kwalifikują się do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego daną informację tajemnicą przedsiębiorstwa jest wykazanie (udowodnienie), że informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego w postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której wadliwość odnosząca się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji przez Skanska ma charakter pierwotny (brak wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk). W takim zatem przypadku nawet, gdyby okazało się, że wśród utajnionych informacji znajdują się takie, które mogłyby zasługiwać na ochronę, to wobec owej pierwotnej wadliwości, jaką jest niesprostanie wymogom art. 11 ust. 2 Uznk, dokumenty te powinny zostać odtajnione (niezależnie od ich faktycznej treści).

Zdaniem odwołującego Skanska nie wykazała wartości gospodarczej przekazywanych wyjaśnień i dokumentów. W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Skanskę zajmuje niecałe dwie strony, z czego połowa uzasadnienia stanowi przytoczenie obowiązujących przepisów oraz rozumienie tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie art. 11 ust. 2 Uznk – jak wynika z treści tego uzasadnienia, nie ma ono żadnego waloru merytorycznego zmierzającego do wykazania zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołując się na udostępnione mu fragmenty uzasadnienia odwołujący stwierdził, że trudno wyobrazić sobie bardziej zdawkowe, ogólne i niepowiązane z materialem uzasadnienie utajnienia przekazanych informacji. W ocenie odwołującego informacja dotycząca wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zawiera jedynie krótką i lakoniczną opinię wykonawcy na temat zastrzeganych informacji. Takiej opinii nie sposób utożsamiać z faktycznym wykazaniem, że informacje posiadają walor wartości gospodarczej. Niezależnie od tego czy nakreślony w art. 8 ust. 3 Pzp obowiązek „wykazania” interpretowany będzie w sposób ścisły, czy też nieco bardziej liberalny, to nie sposób uznać, że tego typu uzasadnienie spełnia ustawowe wymogi w tym zakresie. Następnie odwołujący zwrócił uwagę, że Skanska w żaden sposób nie

wykazała, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach, w tym opis planowanych *oryginalnych* metod organizacji pracy Skanska, posiadają wartość gospodarczą. Całkowicie niesłusznie i bezrefleksyjnie Skanska – a w konsekwencji zamawiający – uznali, że całość wyjaśnień ma wartość gospodarczą. Odwołujący wyjaśnił, że trudno było mu się odnieść – nawet w sposób ogólny – do rzekomych „*oryginalnych*” metod organizacji pracy, które zamierza wykorzystać Skanska, a które stanowią wypracowany rzekomy *know-how*. Skanska bowiem:

- nie podejmuje nawet próby wykazania na czym polega gospodarcza (czy jakakolwiek inna) wartość metod, którymi posługuje się w treści Wyjaśnień;

- nie wyjaśnia w jaki sposób te rzekomo oryginalne metody przekładają się na wypracowanie konkretnej przewagi konkurencyjnej, na czym ta przewaga miałaby polegać;

a w konsekwencji, nie wykazała, aby te informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z zaprezentowanym w odwołaniu stanowiskiem Izby, tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest informacja posiadająca wartość gospodarczą, jeżeli nie stanowi ona waloru wykonawcy dającego się wykorzystać wielokrotnie (w ogólnie prowadzonej działalności gospodarczej), a nie tylko w ramach danego zamówienia. Odpowiednie rozplanowanie działań organizacyjnych w ramach konkretnego postępowania, które ma na celu obniżenie kosztów jego wykonania, nie stanowi tym samym tajemnicy przedsiębiorstwa. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, Skanska powinna była wykazać dlaczego przekazane konkretne informacje (oraz opis planowanych oryginalnych metod organizacji pracy) miały tak istotne – przypisane przez Skanska – znaczenie i wartość gospodarczą. Wartość ta powinna być przełożona nie tylko na zakres niniejszego postępowania, ale również powinna odnosić się do prowadzonej przez Skanska działalności gospodarczej. Skanska nie przedstawiła żadnego uzasadnienia w tym zakresie, przy tym nie wykazując w jaki sposób ujawnienie tych informacji miałyby zagrażać pozycji Skanska i zakłócić uczciwą konkurencję (tak w ramach niniejszego postępowania jak i na rynku). Skanska wyraźnie wskazała w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że przekazane w Wyjaśnieniach informacje odnoszą się tylko do realizacji przedmiotu zamówienia. Informacje te miały dać przewagę konkurencyjną nad innymi ofertami w ramach niniejszego postępowania. W konsekwencji Wyjaśnienia i dokumenty załączone do Wyjaśnień nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe argumenty znajdują – w ocenie odwołującego – analogiczne zastosowanie do wewnętrznych dokumentów Skanska SA (Polityki, Procedury i Standardy). Skanska ani jednym słowem nie podjęła próby wykazania, że dokumenty te zawierają jakąkolwiek wartość gospodarczą lub ekonomiczną. Skanska głośłownie stwierdza, że „*stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż są wartością organizacyjną przedsiębiorstwa i stanowią autorskie rozwiązania z zakresu zarządzania przedsiębiorstwem*”. Również w tym zakresie nie sposób dostrzec

choćby próbę wykazania, że utajniane dokumenty rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził także, że Skanska niezasadnie zastrzegła tajemnicę przedsiębiorstwa dowody mające na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny. W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że nie znajduje żadnego uzasadnienia ogólnikowe stwierdzenie, że oferty dostawców i podwykonawców zawierają informacje handlowe bowiem dotyczą oferowanych cen dla Skanska, a w konsekwencji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie istnieje automatyzm, który pozwala przypisać atrybut tajemnicy ofertom handlowym wykonawcy tylko dlatego, że dotyczą oferowanej przez wykonawcę ceny. Dysponentem informacji gospodarczych zawartych w ofertach dostawców i podwykonawców są te podmioty, które te oferty złożyły. W konsekwencji, jeżeli te podmioty nie zawarły stosownych klauzul wskazujących na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa treści i informacji zawartych w tych ofertach podlegają one ujawnieniu. Skanska w uzasadnieniu nie wskazuje, że takie klauzule zostały zawarte w ofertach, co prowadzi do wniosku, że takich zastrzeżeń dostawcy i podwykonawcy nie dokonali. Odwołujący stwierdził, że nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że wykonawca Skanska wykazał, że utajniane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co do braku wykazania podjęcia przez Skanska działania w celu utrzymania ich w poufności odwołujący wskazał, że z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy w żaden sposób nie wynika, aby Skanska podjęła działania zmierzające do zachowania informacji i dokumentów w poufności. Sam fakt, iż wykonawca w swojej firmie prowadzi politykę bezpieczeństwa informacji, na co wykonawca złożył stosowne dowody, nie świadczy jeszcze o tym, że informacje przedstawione w ofercie zasługują na ochronę zastrzeżenia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie natomiast nie wynika, aby Skanska złożyła jakiegokolwiek dowody potwierdzające te okoliczności tj.:

a) czy wykazała stosowanie środków prawnych o potrzebie ochrony informacji poufnych i o obowiązku nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa;

b) posiadanie wewnętrznych procedur regulujących dostęp do danych przez określone grupy pracowników;

c) w Zakładowym Układzie Zbiorowym zobowiązanie pracowników Spółki do przestrzegania zasady poufności, co do okoliczności, spraw i procedur związanych z działalnością Spółki.

Odwołujący przypomniał, że samo powoływanie się na istnienie takich procedur i zobowiązań nie stanowi jeszcze wykazania, że Skanska takie działania podjęła. Obowiązek wykazania, że wykonawca podjął określone działania zmierzające do zachowania danej informacji w poufności należy oceniać przez pryzmat przedstawionych przez wykonawcę dowodów. Skoro bowiem takowe działania w danym przedsiębiorstwie zostały podjęte, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby zostało to poparte materiałem dowodowym. W przeciwnym

razie stanowisko wykonawcy uznać należy za gołosłowne i niewykazane.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że wykonawca Skanska nie wykazał, że złożone Wyjaśnienia, ani pozostałe utajnione dokumenty posiadają wartość gospodarczą. Ich utajnienie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów, czy zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta Skanska nie zawiera rażąco niskiej ceny. Taka motywacja nie zasługuje na ochronę prawną. Dodatkowo, sam fakt ogólnikowego powtarzania, że informacje posiadają walor ekonomiczny, co miałyby rzekomo uzasadniać wykazywane zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa świadczy wyłącznie o tym, że Skanska w żaden sposób nie traktuje informacji zawartych w wyjaśnieniach jako indywidualnych i posiadających określoną wartość dla całego przedsiębiorstwa – a także stanowiących o wypracowanej przewadze rynkowej w tym zakresie przez Skanska. Skanska sporządziła uzasadnienie lakoniczne i o charakterze ogólnikowym, o treści zdatnej do wykorzystania w praktycznie każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w żadnym jednak niezastrzegające informacji w sposób skuteczny – uzasadnienie pozostaje bowiem w oderwaniu od treści utajnianych dokumentów). Skanska nie wykazała spełnienia jakiegokolwiek z przesłanek uznania informacji zawartych w Wyjaśnieniach i dokumentów dołączonych do Wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk. Zamawiający bezrefleksyjnie zaakceptował utajnienie Wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów. Zamawiający dokonał niezasadnej akceptacji zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych Wyjaśnień wykonawcy Skanska, czym dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działanie wykonawcy Skanska, przejawiające się zignorowaniem ustawowych wymogów w zakresie mechanizmu utajnienia dokumentów, który jest przecież wyjątkiem od reguły jawności, nie zasługuje na ochronę prawną. Co więcej, w świetle podkreślanego w ostatnich latach w orzecznictwie KIO trendu, obowiązkiem instytucji zamawiających jest przeciwdziałanie tego typu negatywnym zjawiskom. Doprowadzają one bowiem do wypaczenia sensu przepisów związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa. Rażąco naruszają również zasadę jawności. Stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym doszło do skutecznego utajnienia Wyjaśnień oraz załączników, jest zatem nieuzasadnione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 14 czerwca 2021 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł oświadczył, że uznaje częściowo odwołanie i dokonuje częściowego odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Skanska z dnia 26 marca 2021 r. zgodnie z załącznikiem do odpowiedzi na odwołanie. Częściowo odtajnione wyjaśnienia, zamawiający

przekazał także odwołującemu wraz z odpowiedzią na odwołanie. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w obu skierowanych do łącznego rozpatrzenia odwołaniach zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołań w dniach 10 i 24 maja 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w obu sprawach. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Tym samym Izba postanowiła oddalić opozycję zgłoszoną przez odwołującego wobec przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Skanska S.A. w sprawie o sygn. akt KIO 1405/21. W uzasadnieniu dla zgłoszonej opozycji odwołujący podkreślił, że w dniu 14 maja 2021 r. o godzinie 13:11 otrzymał od zgłaszającego przystąpienie wiadomość mailową o zgłoszonym przystąpieniu wraz z załącznikami, następnie tego samego dnia o godzinie 16:24 otrzymał wiadomość email od tej samej osoby ze strony zgłaszającego przystąpienie, w której przesłano nową treść przystąpienia bez załączników, a w szczególności bez pełnomocnictwa. Ponadto druga wiadomość zawierała oświadczenie o potraktowaniu poprzedniej wiadomości jako nieaktualnej. Odwołujący uznał tą drugą wiadomość jako cofnięcie zgłoszonego przystąpienia z godziny 13:11. Podkreślił także, że do przystąpienia z godziny 16:24 nie przesłano pełnomocnictwa.

Skład orzekający rozpoznając opozycję przyjął w pełnej rozciągłości argumentację przystępującego, który w pierwszej kolejności odwołał się do kwestii formalnych i wskazał, że odwołujący zgłosił opozycję wobec jego przystąpienia, przy czym zgodnie z treścią art. 526

ust. 2 nPzp opozycja może dotyczyć wyłącznie kwestii interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Odwołujący nie kwestionował interesu wykonawcy Skanska S.A. do zgłoszenia przystąpienia. Dodatkowo z art. 525 ust. 2 nPzp wynika, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a kopię odwołującemu. Odwołujący nie podnosił, że nie otrzymał kopii zgłoszonego przystąpienia. Ponadto skład orzekający stwierdził, że zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę Skanska S.A. doręczone Prezesowi Izby w dniu 14 maja 2021 r. spełniało wszystkie przesłanki zawarte w art. 525 ust. 1-3 nPzp, niezbędne do uznania jego skuteczności, a co najważniejsze odwołujący nie uprawdopodobnił, że ww. wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła, że opozycję odwołującego należało oddalić.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności obu odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek odwołania będącego przedmiotem rozpoznania w przedmiotowych sprawach na podstawie art. 528 nPzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Ponadto wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1562/21 w części zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie oraz niewniesieniem sprzeciwu wobec powyższej czynności przez przystępującego, Izba formalnie umorzyła odwołanie w tej części na podstawie art. 522 ust. 4 nPzp. Izba uznała, że w zakresie odtajnionych przez zamawiającego fragmentów wyjaśnień przystępującego z dnia 26 marca 2021 r., nie było sporu pomiędzy stronami w odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Jednakże całość wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r. oraz załączniki do tych wyjaśnień nie zostały odtajnione przez zamawiającego, a uzasadnienie podane w odwołaniu odnośnie powyżej wskazanych zarzutów zostało podtrzymane przez odwołującego w związku z tym strony w tym zakresie pozostawały w sporze. Tym samym Izba była zobowiązana rozpoznać przedmiotowe zarzuty.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniach 21 maja 2021 r. (KIO 1405/21) oraz 2 czerwca 2021 r. (KIO 1562/21), w tym w szczególności:
 - SIWZ wraz z załącznikami;

- modyfikacje treści SIWZ;
 - ofertę złożoną przez przystępującego;
 - wezwanie z dnia 16 marca 2021 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a Pzp, a także art. 87 ust. 1 Pzp;
 - wyjaśnienia z dnia 26 marca 2021 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
 - zawiadomienie z dnia 16 kwietnia 2021 r. o poprawieniu innej omyłki w ofercie przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
 - pismo przystępującego z dnia 16 kwietnia 2021 r. o wyrażeniu zgody na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - w sposób wskazany w powyżej wskazanym zawiadomieniu;
 - pismo z dnia 30 kwietnia 2021 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 2) załączone do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1405/21 zestawienie porównawcze ofert;
 - 3) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1562/21;
 - 4) dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego złożonego na posiedzeniu niejawnym (łącznie 10 załączników);
 - 5) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego (sześć ofert jakie uzyskał na etapie ofertowania w przedmiotowym postępowaniu w pierwszym kwartale 2021 r. – trzy oferty dotyczyły montażu zbrojenia a trzy kolejne zakupu stali);
 - 6) dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego (ofertę mającą na przedmiot zakup stali oraz wykresy obrazujące wahania dotyczące cen stali na giełdzie londyńskiej oraz szanghajskiej).

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem XIV ust.1 SIWZ *Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o całkowity zakres prac i robót przedstawiony w materiałach stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ, np.: Opis przedmiotu zamówienia, Dokumentacja projektowa, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Zestawienie kosztów, Kosztorysy (przedmiary).*

Uznaje się, że cena wskazana w ofercie w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia.

W ust. 7 ww. rozdziału SIWZ zamawiający poczynił następujące zastrzeżenie: *Wykonawca, nie może samodzielnie wprowadzać jakichkolwiek zmian do formularzy (kosztorysów i*

zestawienia kosztów) służących obliczeniu ceny, pomijać pozycji oraz wprowadzać dodatkowych pozycji, w przeciwnym wypadku oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Jak wynikało z treści pkt 1.5.5 SWIORB (...) Wykonawca, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wykona na własny koszt i ryzyko niezbędne projekty czasowej organizacji ruchu i zabezpieczenia robót w okresie trwania budowy, uzgodni je z Inżynierem oraz uzyska ich zatwierdzenie przez Biura Polityki Mobilności i Transportu m.st. Warszawy, a także wprowadzi i utrzyma czasową organizację ruchu przez cały czas trwania robót. Po zakończeniu wykonywania robót Wykonawca usunie czasową organizację ruchu i wprowadzi stałą (docelową) organizację ruchu.

Przed przystąpieniem do robót Wykonawca przedstawi Inżynierowi uzgodniony z odpowiednim zarządem drogi i zatwierdzony przez organ zarządzający ruchem, projekt organizacji ruchu i zabezpieczenia robót w okresie trwania budowy. W zależności od potrzeb i postępu robót projekt organizacji ruchu powinien być na bieżąco aktualizowany przez Wykonawcę. Każda zmiana, w stosunku do zatwierdzonego projektu organizacji ruchu, wymaga każdorazowo ponownego zatwierdzenia projektu. O zmianach w organizacji ruchu Wykonawca jest zobowiązany powiadomić Inżyniera, władze lokalne oraz organ zarządzający ruchem m.st. Warszawy z wyprzedzeniem co najmniej 7 dni przed planowanym terminem wprowadzenia zmian.

Wykonawca odpowiedzialny jest za wszelkie wady, błędy i opóźnienia negatywnie oddziaływujące na proces wdrażania czasowej i docelowej organizacji ruchu (...).

W pkt 10.3 załącznika nr 2 do SIWZ, czyli Warunków Realizacji Kontraktu zamawiający określił zasady waloryzacji kontraktu. W treści ww. punktu wskazano m. in., że Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszym Warunku wskaźniki cen wyrobów publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w Drodzinowej Bazie Wiedzy GUS:

(...)

d) Wskaźnik S – symbol 24.1 według PKWU Żeliwo, stal i żelazostopy (jako stal).

W wyniku modyfikacji treści SIWZ z dnia 7 grudnia 2020 r. pkt 34, 35 i 36 OPZ uzyskały następującą treść:

Wykonawca zobowiązany jest do:

(...)

34. Opracowania zgodnie z wymogami zawartymi w STWiORB oraz na podstawie załączonych wytycznych organu zarządzającego ruchem w m.st. Warszawie - Biura Mobilności i Transportu projektów czasowej organizacji ruchu na czas budowy wraz z jej zatwierdzeniem w BPMiT (Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszelkich niezbędnych czynności w celu uzyskania ww. zatwierdzenia BPMiT). Na podstawie ww.

projektów wdrożenie i utrzymanie tymczasowych organizacji ruchu na czas realizacji robót. Czasowa organizacja ruchu powinna w szczególności zapewniać mieszkańcom/użytkownikom i służbom miejskim dojazd do posesji przyległych do terenu budowy lub posesji do których dojazd jest możliwy wyłącznie z dróg objętych czasową organizacją ruchu.

35. Wykonania analizy statyczno-wytrzymałościową płyty pomostowej wiaduktu uwzględniając jej stan techniczny szczególnie w strefie wspornika przy dylatacji podłużnej zgodnie z załączonym opracowaniem Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej pn. „Zalecenia dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów nad Agrykołą i ulicą Rozbrat w Warszawie w czasie wyburzania i odbudowy obiektu sąsiedniego.”

36. Dokonywania nie rzadziej niż dwa razy w tygodniu oględzin istniejącego, „starego” wiaduktu, po którym będzie prowadzony ruch dwukierunkowy i bezzwłoczne informowanie Zamawiającego w przypadku zaobserwowania istotnej propagacji uszkodzeń lub stwierdzenia innych zagrożeń dla bezpieczeństwa jego konstrukcji.

Ponadto w załączniku do powyższej modyfikacji zamawiający zamieścił zestawienie kosztów, które w pkt 2 wyodrębniło Czasową organizację ruchu etap I (projekt i wdrożenie) oraz Czasową organizację ruchu etap II (projekt i wdrożenie).

Na mocy modyfikacji treści SIWZ z dnia 30 grudnia 2020 r. treść pkt 35 OPZ została ukształtowana w następujący sposób:

Wykonawca zobowiązany jest do:

(...)

35.

a) Wykonania wszelkich robót wynikających z opracowania Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej pn. „Zalecenia dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów nad Agrykołą i ulicą Rozbrat w Warszawie w czasie wyburzania i odbudowy obiektu sąsiedniego” dla wariantu 4 w zakresie umożliwiającym prawidłowe zabezpieczenie terenu budowy oraz wdrożenie i utrzymanie czasowej organizacji ruchu.

b) Wykonania analizy statyczno-wytrzymałościową płyty pomostowej wiaduktu uwzględniając jej stan techniczny szczególnie w strefie wspornika przy dylatacji podłużnej zgodnie z załączonym opracowaniem Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej pn. „Zalecenia dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów nad Agrykołą i ulicą Rozbrat w Warszawie w czasie wyburzania i odbudowy obiektu sąsiedniego.”

c) Wykonania ewentualnych robót budowlanych wynikających z analizy wskazanej w pkt. 35b powyżej w zakresie uzgodnionym z Zamawiającym.

Ponadto w załączniku do powyższej modyfikacji zamawiający zamieścił zestawienie kosztów, które w pkt 2 wyodrębniło Czasową organizację ruchu etap I (projekt, wdrożenie i utrzymanie) oraz Czasową organizację ruchu etap II (projekt, wdrożenie i utrzymanie).

Przystępujący wraz z ofertą złożył zestawienie kosztów, które w pkt 2 zawierało pozycje dotyczące Czasowej organizacji ruchu etap I (projekt i wdrożenie) oraz Czasowej organizacji ruchu etap II (projekt i wdrożenie).

Pismem z dnia 16 marca 2021 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego z wezwaniem do wyjaśnień. Wezwanie zostało podzielone na dwa punkty. W pkt I zamawiający wskazał:

I. Działając na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) oraz po zaistnieniu przesłanek tam wymienionych, w szczególności w związku z tym, że cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2, która wynosi 166.143.420,39 zł, Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności dotyczących obiektywnych okoliczności niedostępnych dla innych Wykonawców, takich jak:

- oszczędność metody wykonania zamówienia,*
- wybrane rozwiązania techniczne,*
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy,*
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,*
- powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Zamawiający wymaga wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego jak i finansowego) na wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Kalkulacja winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania. Wymagane jest także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez Wykonawcę obiektywnych czynników. Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Natomiast w pkt II ww. pisma zamawiający wskazał:

II. Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) Zamawiający wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty.

W pkt. 4 oferty Wykonawca oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i jest związany określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania.

Tymczasem, Wykonawca wraz z ofertą złożył zestawienie kosztów, z którego wynika, że wykona: Czasową organizację ruchu etap I (projekt i wdrożenie) oraz Czasową organizację ruchu etap II (projekt i wdrożenie).

W związku z występującą niezgodnością oświadczeń Wykonawcy, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, potwierdzonych kalkulacją ceny, w niżej podanym zakresie:

Czy Wykonawca w ramach zaproponowanej ceny uwzględnił wymagania w zakresie: czasowej organizacji ruchu etap I (projekt, wdrożenie i utrzymanie) oraz czasowej organizacji ruchu etap II (projekt, wdrożenie i utrzymanie), które Zamawiający określił w SIWZ, między innymi: (w tej części zamawiający wymienił cytowane powyżej treści pkt 1.5.5. STWIORB oraz pkt 34 OPZ).

Pismem z dnia 26 marca 2021 r. przystępujący przekazał wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 marca 2021 r. wraz z załącznikami. Wyjaśnienia liczyły 61 stron. Jedenaście pierwszych stron było jawnych. Natomiast pozostałe strony od 12 do 61 (w tym uzasadnienie zastrzeżenia) przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone zostały także załączniki do wyjaśnień oznaczone numerami do Z_01 do Z_38 (oferty podwykonawców i dostawców) oraz od Z_0.3 do Z_0.7 (wewnętrzne procedury). Wyjaśnienia w części utajnionej odnosiły się zarówno do pkt I oraz II wezwania z dnia 16 marca 2021 r.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2021 r. zamawiający zawiadomił przystępującego o następującej okoliczności:

Zamawiający zawiadamia, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP poprawił inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tj. w zestawieniu kosztów w pozycji 2, w kolumnie 2: czasowa organizacja ruchu etap I i etap II Wykonawca nie wpisał wyrazu "utrzymanie"

Był:

Lp.	Roboty budowlane i inne elementy
2.	Czasowa organizacja ruchu etap I (projekt i wdrożenie)
	Czasowa organizacja ruchu etap II (projekt i wdrożenie)

Po poprawieniu jest:

Lp.	<i>Roboty budowlane i inne elementy</i>
2.	<i>Czasowa organizacja ruchu etap I (projekt, wdrożenie i utrzymanie)</i>
	<i>Czasowa organizacja ruchu etap II (projekt, wdrożenie i utrzymanie)</i>

Prosimy o wyrażenie pisemnej zgody na poprawienie innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, opisanych w treści niniejszego pisma w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia.

W przypadku odmowy lub braku wyrażenia zgody w w/w terminie, na dokonanie powyższych czynności, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe pismo poinformował o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki w sposób zaproponowany przez zamawiającego.

Zgodnie z informacją z dnia 30 kwietnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Pismem z dnia 13 maja 2021 r. zamawiający przekazał odwołującemu fragment wyjaśnień przystępującego opatrzony nagłówkiem: *Zastrzeżenie i Udowodnienie Tajemnicy Przedsiębiorstwa* obejmujący dwie strony (str. 55 i 56 wyjaśnień).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona;*
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 90 ust. 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 8 ust. 3 Pzp – *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. 11 ust. 2 Uznk – Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności;

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

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający uznał, że rozpoznawane odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1405/21

W odniesieniu do pierwszego zarzutu podniesionego w petitum odwołania Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację zamawiającego oraz przystępującego.

Decydującą okolicznością dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu było, w ocenie składu orzekającego, niewykazanie przez odwołującego, że przystępujący nie wycenił w swojej ofercie zakresu prac związanych z utrzymaniem czasowej organizacji ruchu w zakresie zgodnym przez obowiązującym SIWZ. W związku z tym okoliczności faktyczne składające się zakres postawionego zarzutu Izba potraktowała jako doprowadzenie przez przystępującego do powstania innej omyłki związanej ze złożeniem „zestawienia kosztów” w wersji zmodyfikowanej w dniu 7 grudnia 2021 r. Uchybienie to zostało wychwycone przez zamawiającego i na jego wniosek o wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek, przystępujący wyraził takową zgodę wraz z potwierdzeniem, że zmiana ta nie powodowała istotnych zmian w treści oferty.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawał fakt, że tożsamą omyłkę w postępowaniu popełniło jeszcze trzech innych wykonawców, co oznaczało, że zmiana wprowadzona przez zamawiającego nie była czytelna dla wszystkich wykonawców. Podkreślenia przy tym wymaga, że okoliczność załączenia błędnego kosztorysu nie świadczyła o braku wyceny robót.

Co istotne przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 26 marca 2021 r. odpowiedział zamawiającemu, że złożona oferta uwzględniła prace dotyczące utrzymania czasowej organizacji ruchu. W ww. piśmie przystępujący przedstawił zamawiającemu dowody wraz z

szczegółowym wyjaśnieniem. Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że zakres zagadnień związanych z pojęciem czasowej organizacji ruchu dla przedmiotowego projektu można podzielić na trzy główne działy:

- a) wykonanie projektów dla wszystkich etapów czasowej organizacji ruchu;
- b) przebudowę istniejących sygnalizacji świetlnych (wdrożenie i utrzymanie⁰ dla etapu 1 i etapu 2;
- c) zmiany w oznakowaniu pionowym i poziomym (wdrożenie i utrzymanie).

W ramach trzech powyżej wymienionych działów przystępujący przekazał szczegółowe wyjaśnienia.

Zamawiający i przystępujący słusznie zwrócili uwagę na treść zacytowanych powyżej fragmentów SIWZ (pkt 1.5.5. STWIORB oraz pkt 34 OPZ), z których wynikało, że zakres utrzymania tymczasowej organizacji ruchu od początku był elementem przedmiotu zamówienia i nie zmieniła tego treść formularza kosztorysowego (zestawienia kosztów). Ponadto Izba uznała za własną argumentację przystępującego wskazującą, że pkt 35 OPZ, który w ostatecznym brzmieniu został ustalony przez zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 30 grudnia 2021 r., stanowił niejako uszczegółowienie informacji zawartej już wcześniej w dniu 7 grudnia 2021 r. Pkt 35 OPZ stwierdzał ogólnikowo zakres robót, ponieważ mogą one zostać określone dopiero po opracowaniu ekspertyz już na etapie realizacji. Logicznym więc było, że ani zamawiający nie mógł przekazać dokładniejszego przedmiaru, ani wykonawca nie mógł precyzyjnie oszacować kosztów, a jedynie ująć koszt wykonania ekspertyz (zgodnie z wytycznymi Politechniki Warszawskiej) oraz koszt regularnych przeglądów. Zarówno jedno, jak i drugie działanie było wyszczególnione w OPZ dołączonym do odpowiedzi z dnia 7 grudnia 2021 r., jak i w OPZ dołączonym do odpowiedzi w dniu 31 grudnia 2021 r. pomimo, iż formularz „Zestawienie kosztów” z dnia 7 grudnia 2021 r. wymieniał tylko zaprojektowanie i wdrożenie czasowej organizacji ruchu. Największą różnicą pomiędzy OPZ z dnia 7 grudnia 2021 r. (zestawienie kosztów bez słowa utrzymanie w czasowej organizacji ruchu) oraz OPZ zmodyfikowanym w dniu 30 grudnia 2021 r. (zestawienie kosztów ze słowem utrzymanie w czasowej organizacji ruchu) był punkt 35c. Przy czym Izba nie znalazła powodów do kwestionowania stanowiska przystępującego, że koszt na wykonanie tych robót wykonawca poniesie w ramach wynagrodzenia umownego, gdyż koszt ten stanowi podstawę do wprowadzenia na kontrakt tzw. robót dodatkowych. Dodatkowo skład orzekający uznał za słuszne stanowisko przystępującego, który podkreślił, że stwierdzenie odwołującego jakoby *Do zakresu prac dołączono bowiem przebudowę (remont) jednego z wiaduktów w celu dostosowania go do przeniesienia ruchu tymczasowego i zwiększenia ilości pasów ruchu*, było nieprawdziwe. Izba doszła tym samym do przekonania, że intencją zamawiającego było zastrzeżenie wykonania przez wykonawcę tymczasowego wzmocnienia płyty pomostowej, ale na zasadzie wykonania robót

dotychczas w ramach wynagrodzenia umownego. Czyli w momencie realizacji robót analiza statyczno-wytrzymałościowa dopiero może mieć wpływ na określenie zakresu prac wzmocnienia płyty pomostowej, co poprzedzone będzie określeniem przedmiaru i wyceną ofertową. Okoliczność, iż przystępujący miał świadomość, że w ofercie należy ująć koszt wykonania analizy statyczno-wytrzymałościowej potwierdził również dowód nr 4 załączony do pisma procesowego przystępującego tj. oferta na wykonanie przedmiotowej analizy.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej postanowienia zawartego w rozdziale 14 ust. 7 SIWZ, Izba uznała, że przystępujący nie dokonał żadnych samodzielnych zmian w formularzu „zestawienie kosztów”. Przede wszystkim przystępujący nie pominął żadnej pozycji, nie wprowadził dodatkowej pozycji, a po prostu załączył nieaktualny formularz. Skład orzekający przyjął stanowisko przystępującego i doszedł do przekonania, że błąd przystępującego wynikał z tego, że zamawiający formularze do wypełnienia przekazywał na etapie postępowania przetargowego jako oddzielne dokumenty w trybie do edycji i do uzupełnienia przez wykonawców. Jednak w korespondencji z dnia 30 grudnia 2021 r. tak się nie stało. Zamawiający w treści pisma załączył formularz, który na pierwszy rzut oka nie różnił się od tego z dnia 7 grudnia 2021 r. Formularz zestawienia kosztów z 30 grudnia 2021 r. zawierał wszystkie pozycje przedmiarowe co formularz z 7 grudnia 2021 r. i rozszerzony był jedynie o dopisanie zwrotu w nawiasie „i utrzymanie”.

Jeśli chodzi o aspekt prawny możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba przyjęła i w pełni zaaprobowwała argumentację zawartą w wyrokach z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1088/17 oraz z dnia 29 sierpnia 2017 sygn. akt KIO 1727/17. Wskazano w nich, że w zakresie możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że była to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, niemniej nie może mieć charakteru absolutnego gdyż przy rozstrzygnięciu o prawidłowości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy brać pod uwagę indywidualny stan każdej rozpatrywanej sprawy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i

w jaki sposób mogą zostać poprawione. W przedmiotowej sprawie zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i przystępujący złożył wyjaśnienia w tym zakresie, załączając do nich stosowne dokumenty, które zamawiający wziął pod uwagę i dokonał poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z wyroku z dnia 2 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1185/18 *Zamawiający poprawia w ofercie: (...)* 3) *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (...). Oczywiście poprawienie takiej omyłki może (a czasami nawet powinno) odbywać się z udziałem wykonawcy, ale to uczestnictwo nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oferty spowodowanej nowym oświadczeniem woli.* W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie działanie zamawiającego i przystępującego nie doprowadziło do wytworzenia nowej treści oferty.

Warto także zwrócić uwagę, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie Pzp, tak aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*

Izba doszła do przekonania, że zamawiający w przedmiotowej sprawie prawidłowo skorzystał z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a odrzucenie oferty z powodu wskazanego przez odwołującego stanowiłoby przejaw zbyt rygorystycznego formalizmu. Co najistotniejsze odwołującemu nie udało się wykazać, że samo złożenie przez przystępującego formularza „zestawienie kosztów” niezawierającego zwrotu wskazującego na utrzymanie czasowej organizacji ruchu, oznaczało niewycenienie tego działania w zaoferowanej cenie.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojej argumentacji w zakresie przedmiotowego zarzutu, co w świetle twierdzeń zamawiającego i przystępującego oraz dowodów złożonych przez przystępującego, nie mogło doprowadzić do zakwestionowania przez Izbę czynności podjętych przez zamawiającego.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny Izba w pierwszej kolejności odniosła się do kwestii ogólnych związanych z podniesieniem przedmiotowego zarzutu. W ocenie Izby odwołujący odniósł ww. zarzut do cen jednostkowych podanych przez przystępującego, które wpłynęły na cenę całkowitą oferty (okoliczność ta wynikała z pkt 38 odwołania). W związku z powyższym przedmiotowy zarzut miał charakter kompleksowy tj. odnosił się do wszystkich cen jednostkowych oraz całkowitej ceny oferty przystępującego i w tym zakresie został przez Izbę rozpoznany. Co prawda argumentacja zawarta w odwołaniu skupiała się na cenach betonu i stali, jednak nie można było uznać, że zarzut rażąco niskiej ceny dotyczył wyłącznie tych elementów wyceny z oferty przystępującego.

Przechodząc do meritum zarzutu Izba przyjęła za punkt wyjścia dwa dokumenty tj. wezwanie do wyjaśnień z dnia 16 marca 2021 r. (w zakresie pkt I wezwania) oraz wyjaśnienia udzielone przez przystępującego w dniu 26 marca 2021 r. wraz z załącznikami (w zakresie odpowiedzi odnoszącej się do pkt I wezwania).

Odnosząc się do wezwania z dnia 16 marca 2021 r. skład orzekający stwierdził, że było ono dość ogólne, tj. zawierało opis powodu dokonanego wezwania (cena oferty przystępującego była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług), przytoczona została w nim de facto treść art. 90 ust. 1 Pzp, a w dwóch ostatnich akapitach znalazły się co prawda dodatkowe szczegóły natomiast odnosiły się one do określenia opisu wymaganych wyjaśnień. Z całą pewnością wezwanie nie dotyczyło konkretnych cen jednostkowych z oferty przystępującego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia, które zostały poparte licznymi dowodami. Izba stwierdziła, że przedmiotowe wyjaśnienia wraz załącznikami były adekwatne do treści wezwania i potwierdziły, że cena oferty przystępującego nie była rażąco niska.

W dalszej kolejności Izba uznała argumentację odwołującego dotyczącą cen jednostkowych w ofercie przystępującego za gołosłowną i ogólnikową. Jak wskazano powyżej w odwołaniu, odwołujący zwrócił szczególną uwagę na dwa elementy wyceny – stal i beton, przy czym argumentacja odwołującego podniesiona na rozprawie dotyczyła wyłącznie wyceny stali. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że główną kwestionowaną ceną kosztorysową, jako rażąco niską, a przez to nierealną do osiągnięcia była cena dotycząca zakupu, transportu i montażu zbrojenia w elementach konstrukcyjnych (cena w ofercie przystępującego 2 700 zł netto za tonę). Powyższe przekonanie potwierdzało pośrednio także stanowisko zawarte w odwołaniu, które na str. 16-20 przywoływało różne pozycje kosztorysu lub działania składające się na przedmiot zamówienia, ogniskujące się wokół cen stali.

W kontekście stali skład orzekający uznał, że na przestrzeni ostatnich lat ceny stali charakteryzują się dużą dynamiką zmian i wahają się w istotny sposób. Jednakże w tym zakresie Izba przyznała rację przystępującemu, który wyjaśnił, że istotną ceną dla budowy jest cena stali w momencie jej zakupu na budowę, a nie jej cena w chwili ofertowania. Skład orzekający nie znalazł powodów do kwestionowania stanowiska przystępującego wskazującego, że na przedmiotowym kontrakcie stal będzie wykorzystywana przede wszystkim w latach 2022 oraz 2023, a późną jesienią 2021 r. będzie zapotrzebowanie na ok. 300 ton. Zrozumiałą przy tym praktyką rynkową jest kontraktowanie cen materiałów (również stali) w chwili, gdy cena materiałów na rynku jest korzystna, a nie w chwili, gdy na rynku są wyższe ceny określonego asortymentu materiałów. Dodatkowym czynnikiem zabezpieczającym wykonawcę przed nadmiernymi wzrostami m. in. cen materiałów jest mechanizm waloryzacji wprowadzony przez zamawiającego (pkt 10.3 Warunków Realizacji Kontraktu).

Izba nie wzięła po uwagę dowodów złożonych w zakresie ww. zarzutu przez odwołującego. Zestawienie załączone do odwołania odnosiło się do porównania cen w określonych pozycjach w stosunku do cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w postępowaniu. Miało ono charakter opracowania własnego odwołującego oraz prezentowało wybiórcze informacje, które nie potwierdzały, że ceny zaoferowane przez przystępującego były nierealne oraz nierynkowe. Z zestawienia wynikało, że ceny podane przez przystępującego, które znalazły się w tym dokumencie były niższe od cen konkurentów, co nie oznacza, że cenę oferty przystępującego można było uznać za rażąco niską. Oferty złożone przez odwołującego na rozprawie dotyczące zakupu stali lub montażu zbrojenia potwierdzały co najwyżej indywidualne możliwości odwołującego w zakresie pozyskania ofert na zakup stali. Dokumentacja znajdująca się w aktach sprawy tj. wyjaśnienia z 26 marca 2021 r. wraz z odpowiednim załącznikiem, dowody załączone do pisma procesowego

przystępującego oraz złożone przez niego na rozprawie potwierdziły zasadność stanowiska przystępującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący nie wykazał rażąco niskiej ceny w zakresie oferty przystępującego i oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut się potwierdził.

Jak wskazano powyżej w części dotyczącej ustaleń przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa znaczną część wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r. w tym również uzasadnienie tego zastrzeżenia. Zastrzeżenie uzasadnienia było przyczyną podniesienia przedmiotowego zarzutu. Ponadto w związku z wniesieniem odwołania oraz wskazanym w nim zarzutem, zamawiający pismem z dnia 13 maja 2021 r. przekazał odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego z dnia 26 marca 2021 r., tj. fragment opatrzony nagłówkiem: *Zastrzeżenie i Udowodnienie Tajemnicy Przedsiębiorstwa* obejmujący dwie strony (str. 55 i 56 wyjaśnień).

Jednakże formalnie zamawiający nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu przez co podlegał on rozpoznaniu przez Izbę. Izba natomiast uznała, że zamawiający naruszył dyspozycję art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, przez nieodtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia. Zasadność przedmiotowego zarzutu potwierdził pośrednio sam zamawiający poprzez przekazanie uzasadnienia zastrzeżenia odwołującemu w dniu 13 maja 2021 r. Okoliczność tą skład orzekający potraktował jako przyznanie przez zamawiającego racji argumentacji odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Jednocześnie Izba doszła do przekonania, że powyżej stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania w związku z tym ww. zarzut został oddalony. Izba przesądziła brak wpływu na wynik postępowania mając na uwadze dwie okoliczności. Po pierwsze, pomimo naruszenia ww. przepisów przez zamawiającego, odwołujący otrzymał uzasadnienie zastrzeżenia od zamawiającego i przez to mógł zakwestionować zasadność zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego z dnia 26 marca 2021 r. wraz z załącznikami, co też uczynił, czego efektem było odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 1562/21, które zostało skierowane do łącznego rozpoznania wraz z niniejszym odwołaniem. Po drugie Izba w ramach przedmiotowego odwołania rozpoznała zarzuty dotyczące braku wyceny utrzymania czasowej organizacji ruchu w ofercie przystępującego oraz rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, zatem odwołujący nie będzie miał możliwości stawiania zarzutów w tym zakresie. Szerzej na temat barku wpływu na wynik postępowania w kontekście przedmiotowej argumentacji Izba wypowiedziała się w uzasadnieniu odwołania w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1562/21.

Reasumując Izba uznała, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp oddaliła zarzuty oznaczone w petitum odwołania jako pkt 3.

W związku z oddaleniem powyższych zarzutów, nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, ponieważ jak stwierdził sam odwołujący, zarzut ten stanowił konsekwencję powyżej opisanych zarzutów, zatem ich oddalenie musiało skutkować oddaleniem przedmiotowego zarzutu. Tym samym w ustalonym stanie sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający nie naruszył zasad systemu zamówień publicznych opisanych w ww. przepisie.

Sygn. akt KIO 1562/21

Izba w ramach uwag ogólnych odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania podkreśliła, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know – how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym niemniej, w ocenie Izby, bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny nie stracił na aktualności.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

– w postaci materialnej, czyli:

- 1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- 2) zastrzeżone informacje jako całość, lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

– w postaci formalnej, czyli:

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

Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie

spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 Uznk. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący wykazał, że na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk zasługiwały wyłącznie załączniki do wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r. W zakresie tych załączników przystępujący wykazał spełnienie wszystkich przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeśli chodzi o wartość gospodarczą to przystępujący wyjaśnił, że *Oferty handlowe od dostawców materiałów, oferty handlowe od podwykonawców i usługodawców, zawierają informacje handlowe, a mianowicie dotyczące oferowanych cen dla Skanska S.A Informacje handlowe mają wartość gospodarczą i dlatego są tajemnicą przedsiębiorstwa. Posiadają one wartość gospodarczą, gdyż stanowią samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do konkretnych kontrahentów, jak też stosowanych technologii i rozwiązań organizacyjnych, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami.*

Izba stwierdziła, że powyżej wskazane uzasadnienie odnoszące się do wartości gospodarczej było wystarczające. Ponadto znaczenie ofert dostawców lub podwykonawców oraz istotność zawartych tam informacji z punktu widzenia działalności wykonawcy pośrednio potwierdził sam odwołujący, który podczas rozprawy odnośnie sprawy KIO 1405/21 złożył dowody w postaci sześciu ofert współpracujących z nim podmiotów w zakresie cen stali oraz montażu zbrojenia, które zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i przekazał tylko Izbie oraz zamawiającemu.

Przystępujący wykazał także spełnienie dwóch pozostałych przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wymienione i załączone do wyjaśnień załączniki oznaczone nr od Z_0.3 do Z_0.7 (wewnętrzne procedury).

Jednakże w ocenie Izby przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego wyjaśnienia z dnia 26 marca 2021 r. miały walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a dokładnie nie spełnił pierwszej przesłanki określonej w art. 11 ust. 2 Uznk tj. przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych wyjaśnień. Zaś brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8

ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy w tym zakresie uznać za skuteczne.

W zakresie zastrzeżenia samych wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r. przystępujący wskazał, że *Niewątpliwie część pisma wskazana powyżej zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, przede wszystkim opis planowanych oryginalnych metod organizacji pracy Wykonawcy w odniesieniu do realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiącego „know-how” Skanska SA, dającego istotną przewagę konkurencyjną nad innymi oferentami. Nasze „know-how” pozwalające na złożenie konkurencyjnej oferty jest wynikiem wieloletniego doświadczenia Skanska SA w realizacji zamówień obejmujących m.in. obiekty drogowe, mostowe i kubaturowe.*

Powyższe wyjaśnienie w odróżnieniu do argumentacji odnoszącej się samych załączników okazało się niewystarczające. Tym samym Izba przyznała racje odwołującemu, który stwierdził, że przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach, w tym opis planowanych oryginalnych metod organizacji pracy przystępującego, posiada wartość gospodarczą. Niesłusznie i bezrefleksyjnie przystępujący – a w konsekwencji zamawiający – uznali, że całość wyjaśnień ma wartość gospodarczą. Odwołujący słusznie wyjaśnił, że trudno było mu się odnieść – nawet w sposób ogólny – do „oryginalnych” metod organizacji pracy, które zamierzał wykorzystać przystępujący. Przystępujący bowiem:

- nie podjął nawet próby wykazania na czym polega gospodarcza (czy jakakolwiek inna) wartość metod, którymi posługuje się w treści wyjaśnień;

- nie wyjaśnił w jaki sposób oryginalne metody przekładają się na wypracowanie konkretnej przewagi konkurencyjnej i na czym ta przewaga miałyby polegać;

a w konsekwencji, nie wykazał, aby te informacje posiadały wartość gospodarczą.

Reasumując Izba stwierdziła, że same wyjaśnienia z dnia 26 marca 2021 r. (bez załączników), z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Jednakże w ocenie Izby, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia powyżej wskazanych wyjaśnień, stwierdzone naruszenie, nie miało oraz nie może mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania, gdyż w odwołaniu o sygn. akt KIO 1405/21 postawione zostały zarzuty naruszenia :

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, mimo iż złożona oferta nie odpowiadała treści SIWZ, tj. nie uwzględniała w swojej wycenie zakresu związanego z utrzymaniem czasowej organizacji ruchu w brzmieniu nadanym przez zmiany SIWZ wprowadzone przez zamawiającego oraz przyjęcie przez zamawiającego, że ta wadliwość stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującą istotnych zmian w treści SIWZ, gdy tymczasem

wadliwość ta skupia się na merytorycznym błędzie oferty, a więc nie podlega poprawieniu i winna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż oferta tego wykonawcy nosi znamiona rażąco niskiej ceny i jednocześnie przystępujący nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ww. zarzuty odnosiły się do wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r. Ponadto przedmiotowe zarzuty nie były zarzutami ewentualnymi lub podniesionymi z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących nieprawidłowego zastrzeżenia jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego, przez co Izba je rozpoznała i uznała, że nie znalazły one potwierdzenia (zarzuty wskazane w pkt 1 i 2 petitum odwołania w sprawie KIO 1405/21). Dodatkowo Izba zauważyła, że odwołujący nie wskazywał na trudności lub problemy w konstytuowaniu uzasadnienia dla dwóch ww. zarzutów w związku z zastrzeżeniem wyjaśnień jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W tej sytuacji udostępnienie odwołującemu wyjaśnień byłoby bezcelowe, gdyż nie może on ponownie stawiać zarzutów, które zostały już rozpoznane przez Izbę.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. O istotnym wpływie na wynik postępowania można mówić w przypadku, gdy popełnione naruszenia przepisów ustawy mają lub mogą nieść konsekwencje w postaci wyboru innego wykonawcy. Istotność należy zatem oceniać w świetle wyniku postępowania, to znaczy czy byłby on inny, gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszeń. W przedmiotowej sprawie Izba rozpoznała zarzuty wskazane w pkt 1 i 2 petitum odwołania w sprawie KIO 1405/21. Tym samym odwołujący nie będzie miał możliwości kwestionowania drugi raz tych samych czynności lub zaniechań zamawiającego, ponieważ zostały one już przez Izbę rozpoznane. Konkludując, stwierdzone powyżej naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk w zakresie samych wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r. pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp oddaliła zarzut oznaczony pkt 1 w petitum odwołania.

Powyżej przedstawiona argumentacja miała analogiczne zastosowanie także do zarzutu oznaczonego pkt 3 w odwołaniu o sygn. akt KIO 1405/21.

W związku z oddaleniem powyższego zarzutu, nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, ponieważ jak stwierdził sam odwołujący, zarzut ten stanowił konsekwencję powyżej opisanego zarzutu, zatem jego oddalenie musiało skutkować oddaleniem przedmiotowego zarzutu. Tym samym w ustalonym stanie sprawy skład

orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający nie naruszył zasad systemu zamówień publicznych opisanych w ww. przepisie.

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

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 1405/21 i KIO 1562/21, był art. 556 nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisów od odwołań uiszczonych przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w obu sprawach, zgodnie z fakturami złożonymi na rozprawie.

Przewodniczący: