

**Sygn. akt: KIO 2911/21**

**Sygn. akt: KIO 3000/21**

**WYROK**

**z dnia 28 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Irmina Pawlik  
Katarzyna Poprawa

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

**A.** w dniu 1 października 2021 r. przez wykonawcę **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** (sygn. akt KIO 2911/21),

**B.** w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawcę **DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice** (sygn. akt KIO 3000/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **SAFEGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre CEDEX, Francja,** działającego przez SAFEGE S.A.S Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2911/21 po stronie odwołującego,
- 2) **DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2911/21 po stronie zamawiającego,
- 3) **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2911/21 oraz o sygn. akt KIO 3000/21 po stronie zamawiającego,
- 4) **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3000/21 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2911/21 w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę DTŚ S.A.,
2. **oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 2911/21 w pozostałym zakresie,**
3. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3000/21,**
  
4. w sprawie o sygn. akt KIO 2911/21 kosztami postępowania obciąża odwołującego MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od odwołującego: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, na rzecz zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
  
5. w sprawie o sygn. akt KIO 3000/21 kosztami postępowania obciąża odwołującego DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, i:
  - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,
  - 5.2. zasądza od odwołującego: DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, na rzecz zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 2911/21**

**Sygn. akt KIO 3000/21**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Malewice–Chlebczyn”, numer referencyjny: O.Ki.D-3.2413.24.2020.gk. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23.12.2020 r., nr 2020/S 250-625251.

Pismem z dnia 21.09.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DTŚ S.A., natomiast pismem z dnia 29.09.2021 r. – o odtajnieniu części dokumentów złożonych przez tego wykonawcę.

Następujący wykonawcy wnieśli odwołania:

**A.** W dniu 01.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **MGGP S.A.**, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (dalej: „odwołujący MGGP”) - sygn. akt **KIO 2911/21**, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż DTŚ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu może powoływać się na doświadczenie uzyskane na Kontrakcie S7 w ramach Konsorcjum DTŚ-Integral-ARCUS, podczas gdy z przedstawionych przez tego wykonawcę informacji w żaden sposób nie wynika, aby DTŚ mogło legitymować się samodzielnie doświadczeniem nabytym we wskazanym konsorcjum, a zamawiający zaniechał w jakikolwiek sposób weryfikacji tej okoliczności w toku postępowania, a tym samym dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej: „uznk”, w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak ujawnienia odwołującemu (i) nowego formularza JEDZ złożonego w toku postępowania przez DTŚ w dniu 13 sierpnia 2021 r., (ii) wyjaśnień DTŚ dotyczących tego dokumentu oraz (iii) załączników do tych wyjaśnień, podczas gdy DTŚ nawet nie

zastrzegło, że nowy JEDZ zawiera w całości informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w stosunku do wyjaśnień dotyczących tego dokumentu oraz załączników do tych wyjaśnień, DTŚ nie wykazało zaistnienia podstaw do uznania informacji zawartych w tych dokumentach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wartości gospodarczej oraz działań podjętych przez DTŚ w celu zachowania ich poufności,

- 3) art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak ujawnienia odwołującemu wyjaśnień z 18 lutego 2021 r. przedłożonych w toku postępowania przez ECM, podczas gdy ECM nie wykazało zaistnienia podstaw do uznania informacji zawartych w tych wyjaśnieniach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wartości gospodarczej tych informacji oraz działań podjętych przez ECM w celu zachowania ich poufności,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez uwzględnienie podczas badania i oceny ofert także oferty złożonej przez ZDI, podczas gdy oferta ta wygasła na skutek braku przedłużenia terminu jej związania i nie powinna być w ogóle brana pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie pozostałych, ważnych ofert złożonych w postępowaniu,

w razie przyjęcia, że oferta złożona przez ZDI nie wygasła – naruszenie:

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZDI z postępowania, podczas gdy wykonawca ten nie zachował w toku postępowania ciągłości zabezpieczenia swojej oferty wadium,
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZDI z postępowania, podczas gdy wykonawca ten działając co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd i mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania dotyczące doświadczenia Pana A. (...) na inwestycji S17, które to doświadczenie podlegało ocenie w ustalonym w postępowaniu kryterium oceny ofert.

W szczególności odwołujący MGGP podniósł, co następuje.

„3.4. Zgodnie z treścią obowiązującej w Postępowaniu SIWZ (punkt 7.2 ppkt 3) lit. a IDW) Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: (...)

3.5. W treści IDW Zamawiający wprost wskazał, że za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

3.6. Na potwierdzenie spełnienia przywołanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu DTŚ wskazało w formularzu 3.4 (Wykaz usług) zadanie realizowane na rzecz GDDKiA Odział w Krakowie polegające na pełnieniu nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: *Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków – Rabka-Zdrój na odcinku Lubień – Rabka-Zdrój oraz budowy nowego odcinka drogi krajowej nr 47 klasy GP na odcinku Rabka-Zdrój – Chabówka: Odcinek III - Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków – Rabka Zdrój na odcinku Skomielna Biała – Chabówka oraz budowy nowego odcinka drogi krajowej nr 47 klasy GP na odcinku Rabka Zdrój — Chabówka – odcinek III („Kontrakt S7”)*.

3.7. Zarówno w treści formularza 3.4 (Wykaz usług) jak i w treści referencji wykazującej należyte wykonanie świadczonych usług wskazano, że Kontrakt S7 realizowany był w ramach konsorcjum składającego się z DTŚ oraz Integral Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Firmy Inżynierskiej ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie („Konsorcjum DTŚ-Integral-ARCUS”). Funkcję lidera Konsorcjum DTŚ-Integral-ARCUS pełniło DTŚ.

3.8. Z żadnego dokumentu przedłożonego przez DTŚ w ramach Postępowania nie wynikało jednak w żaden sposób uprawnienie do powoływania się przez tego wykonawcę na doświadczenie nabyte przez Konsorcjum DTŚ-Integral-ARCUS w ramach Kontraktu S7.

3.9. Co więcej, Zamawiający w żaden sposób nie weryfikował powyższej kwestii w toku Postępowania i nie wzywał DTŚ do przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień.

3.10. Zaniechanie Zamawiającego w powyższym zakresie czyni wadliwą czynność wyboru oferty DTŚ jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, ponieważ wskutek powyższego DTŚ nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w punkcie 3.4 powyżej. (...)

3.17. W związku z powyższym Zamawiający zobligowany był do zweryfikowania rzeczywistego udziału DTŚ w realizacji Kontraktu S7, czego zaniechał.

3.18. Z daleko posuniętej ostrożności warto zaznaczyć, że jakakolwiek próba podjęta w toku obecnego postępowania odwoławczego przez Zamawiającego lub DTŚ mająca na celu wykazanie możliwości powoływania się przez tego wykonawcę na doświadczenie Konsorcjum DTŚ-Integral-ARCUS będzie spóźniona i jako taka jedynie potwierdzi zasadność przedmiotowego zarzutu. Będzie ona bowiem jednoznacznie potwierdzała fakt, że Zamawiający zaniechał weryfikacji tej kwestii w toku Postępowania a w związku z tym próba konwalidowania tej sytuacji na podstawie informacji pozyskanych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą nie będzie skuteczna prawnie. (...)

3.19. W związku z wezwaniem przez Zamawiającego DTŚ do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Starego PZP, wykonawca ten przedłożył w dniu 13 sierpnia 2021 r. pismo przewodnie, do którego załączył wymagane dokumenty podmiotowe.

3.20. W treści przywołanego powyżej pisma DTŚ oświadczyło, że *wypełniając obowiązek informacyjny wynikający ze zmiany stanu faktycznego opisanego w części III formularza*

*JEDZ (podstawy wykluczenia) ust. 3 lit. C, Wykonawca w załączniku do niniejszego pisma zamieszcza „Wyjaśnienia DTŚ S.A. dotyczące JEDZ” - oświadczenie i wyjaśnienia wraz z dowodami stanowiącymi załączniki nr 1, 2, 3 i 4. Informacje zawarte w ww. dokumentach „Wyjaśnienia...” wraz z załącznikami 1-4, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca zawarł w dokumencie „Załącznik A\_Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy”, załączonym do niniejszego pisma. Wykonawca, celem przedstawienia aktualnego stanu faktycznego, przekazuje również nowe oświadczenie w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.*

3.21. W świetle powyższego, DTŚ uznało, że w stosunku do JEDZ przedłożonego w toku Postępowania zaistniała konieczność jego zmiany (stąd wykonawca sam z siebie przedłożył nowy JEDZ) w zakresie informacji dotyczących przesłanek wykluczenia, a ponadto podjął decyzję o przedstawieniu dodatkowych wyjaśnień dotyczących nowego JEDZ, które postanowił w całości objąć klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. (...)

3.25. Po pierwsze, nowy JEDZ przedłożony przez DTŚ w dniu 13 sierpnia 2021 r. w ogóle nie został przez tego wykonawcę zastrzeżony jako zawierający w całości informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa a zatem brak jego udostępnienia jest, ponad wszelką wątpliwość, nieuprawniony. Dokument ten był już złożony w Postępowaniu a jedyna jego modyfikacja polegająca na zmianie informacji w zakresie przesłanek wykluczenia nie czyni z niego dokumentu w całości zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa DTŚ, zwłaszcza wbrew jasnej deklaracji samego dysponenta tych informacji, czyli DTŚ.

3.26. Zamawiający pomimo zatem jednoznacznej deklaracji DTŚ o uznaniu jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie samych dodatkowych wyjaśnień dotyczących JEDZ oraz załączników 1-4 do tych wyjaśnień uwzględnił jako tajemnicę przedsiębiorstwa DTŚ także (w całości) nowy JEDZ.

3.27. Po drugie, DTŚ w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące JEDZ oraz załączniki do tych wyjaśnień nie mogą zostać ujawnione. (...)

3.33. W ocenie Odwołującego, DTŚ nie wykazało ani wartości gospodarczych zastrzeżonych informacji (czyli tego w jaki sposób wiedza pozyskana przez innych wykonawców wskutek udostępnienia im omawianych dokumentów pozwoliłaby im zaoszczędzić jakiegokolwiek wydatki, czas lub zwiększyć zyski z prowadzonej działalności gospodarczej), ani podjęcia jakichkolwiek działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji. Powyższe wynika jednoznacznie z treści przedłożonego uzasadnienia dla objęcia całych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. (...)

3.40. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie DTŚ dla zastrzeżenia dodatkowych wyjaśnień stanowiących załączniki do nowego JEDZ jest nieskuteczne a brak ujawnienia tych

informacji (w tym także nowego JEDZ) przez Zamawiającego pozostaje bezprawny. (...)

4.1. Uzasadnienie dla przedmiotowego zarzutu należy rozpocząć od tego, że pismem z 10 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał ECM do przedstawienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. Już na tej podstawie należy zakładać, że Zamawiający zasadnie powziął pewne wątpliwości w zakresie rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez ECM, w szczególności dotyczące kosztów działalności laboratoryjnej. (...)

4.2. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, ECM przedstawiło swoje wyjaśnienia w dniu 18 lutego 2021 r.

4.3. Treść tych wyjaśnień została w znacznej mierze zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego powodu, Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami ECM w tym zakresie. (...)

4.6. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie ECM dla utajnienia przedstawionych wyjaśnień Zamawiający potraktował zupełnie bezrefleksyjnie. ECM w szczególności nie wykazało ani wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani w żaden sposób nie wykazało, że podjęło działania mające na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji.

4.7. Samo uzasadnienie dla zastrzeżenia wyjaśnień ECM zawiera w dużej mierze szeroko przeprowadzoną analizę poglądów doktryny i dostępnego orzecznictwa na temat tajemnicy przedsiębiorstwa.

4.8. Dopiero na kolejnych stronach Odwołujący wskazuje, że jego wyjaśnienia ujawniają sposób kalkulacji ceny bezpośrednio wynikający z posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji tożsamyh usług lub doświadczenia w tym zakresie personelu, którym dysponuje do realizacji przedmiotowej usługi.

4.9. Całe uzasadnienie ma bardzo ogólny charakter w żaden sposób niewykazujący wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

4.10. ECM nie wykazało też w żaden sposób jakie konkretne działania podejmuje w celu ochrony poufności zastrzeżonych informacji. (...)

4.14. Podsumowując, w ocenie Odwołującego, uzasadnienie ECM dla zastrzeżenia wyjaśnień tego wykonawcy złożonych w Postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z 10 lutego 2021 r. było nieskuteczne a brak ujawnienia tych wyjaśnień przez Zamawiającego czyni wadliwą ocenę tego wykonawcy już na obecnym etapie Postępowania. (...)

5.5. Według Odwołującego oferta złożona w Postępowaniu przez ZDI utraciła swój byt prawny z chwilą, kiedy na koniec maja 2021 r., ZDI nie przedłużyło (jak pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia) terminu związania ofertą jak i ważności wadium.

5.6. Ostatnie oświadczenie ZDI zawierające wolę związania tego wykonawcy warunkami złożonej oferty zostało przedłożone Zamawiającemu w dniu 25 marca 2021 r. Zgodnie z jego treścią ZDI wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 27 maja 2021 r.

włącznie. Po tej dacie, ZDI nie składało już jakichkolwiek oświadczeń w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. (...)

5.8. W ocenie Odwołującego pozbawienie oferty ZDI wskazanego powyżej kluczowego jej elementu tj. stanowczej woli zawarcia umowy powoduje brak możliwości oceny takiej oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą jest równoznaczny z końcem jej bytu prawnego, chyba żeby wcześniej nastąpiło jej przyjęcie przez Zamawiającego, co w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie miało miejsca.

5.9. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w piśmiennictwie prawa cywilnego, w którym wskazuje się, że związanie jest koniecznym skutkiem oferty. Bez związania oferta nie istnieje. Oferta nieprzyjęta w terminie gaśnie w całości. (...)

5.11. W związku z tym, że ZDI począwszy od 28 maja 2021 r. nie podtrzymuje woli zawarcia umowy z Zamawiającym, ofertę tego wykonawcy należało potraktować jako wygasłą wobec upływu terminu związania nią. Zamawiający nie powinien zatem rozpatrywać tej oferty w toku badania i oceny ofert a w konsekwencji nie powinien jej uwzględniać w rankingu ofert, który został ujawniony w dniu 21 września 2021 r. Skoro jednak zrobił inaczej, dokonana przez niego czynność obciążona jest wadą. (...)

5.18. W świetle powyższego i niezależnie od tego, że począwszy od 28 maja 2021 r. oferta ZDI przestała wiązać tego wykonawcę, to jeszcze dodatkowo przerwana została ciągłość zabezpieczenia (wadium) tej oferty.

5.19. Powyższa okoliczność powinna skutkować odrzuceniem oferty ZDI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Starego PZP. (...)

5.22. Jeżeli by jednak przyjąć (z czym Odwołujący się nie zgadza), że oferta ZDI nadal zachowuje swój byt prawny, to niewątpliwie w ramach złożenia tej oferty doszło do przekazania Zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących pozacenowego kryterium oceny ofert. Informacje te dotyczyły ustalonego w Postępowaniu pozacenowego kryterium oceny ofert – podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. (...)

5.24. W swoim formularzu ZDI wskazało (w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów za omawiane kryterium) Pana A. (...) wskazując, że wymagane IDW doświadczenie nabył na stanowisku Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej w toku realizacji zadania budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku Kurów-Lublin-Piaski, Odcinek 3, węzeł „Dąbrowica” – węzeł „Lubartów” wraz z węzłem („Inwestycja S17”). (...)

5.26. Po pierwsze, z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że Pan A. (...) na Inwestycji S17 nie zajmował stanowiska Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej a był wyłącznie zastępcą osoby, która zajmowała to stanowisko. Interpretując zatem treść IDW w zakresie ustalonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert w sposób literalny należy uznać, że pozostaje rozbieżność pomiędzy informacją przekazaną



przez ZDI (Pan (...)) zatrudniony na stanowisku inspektora) a informacją rzeczywistą (Pan (...)) zatrudniony na stanowisku zastępcy inspektora).

5.27. Nawet jeżeli by przyjąć, że Pan A. (...) wprowadził był zatrudniony na stanowisku zastępcy inspektora, ale w rzeczywistości wykonywał w określonym zakresie jego obowiązki, to powyższe i tak nie potwierdza spełnienia przez ZDI przywołanego powyżej zapisu SIWZ a tym samym czyni przekazaną informację nieprawdziwą. SIWZ jednoznacznie wymagał, aby osoba dedykowana do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej posiadała określone doświadczenie na stanowisku inspektora, czyli Zamawiający upatrywał w tym przypadku doświadczenie związane z formalnie zajmowanym stanowiskiem określonym z nazwy. (...)

5.31. Po drugie i nawet jeżeli przyjąć by (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza), że ZDI nie wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie samego stanowiska zajmowanego na Inwestycji S17 przez Pana A. (...) (i wystarczające w tym zakresie było pełnienie jedynie obowiązków takiej osoby), to i tak nieprawdziwe pozostają pozostałe parametry dla Inwestycji S17 podlegające ocenie w ramach omawianego pozacenowego kryterium oceny ofert.

5.32. Jeżeli by bowiem przyjąć (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza), że wymagane IDW doświadczenie na potrzeby kryterium oceny ofert mogły nabyć także inne osoby niż (ten właściwy) inspektor nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, ale też np. jego zastępcy czy inne osoby działające w jego imieniu i wykonujące określone obowiązki, to z informacji przekazanych przez ZDI w żaden sposób nie wynika, że to właśnie zastępca (a nie osoba zastępowana, czyli inspektor) nabył doświadczenie wymagane przez SIWZ dla całej realizowanej Inwestycji S17. Oczywiście bowiem jest, że nawet jeżeli niektóre obowiązki inspektora wykonywał jego zastępca (którym pozostawał Pan A. (...)) to przecież musiał je wykonywać nie na całym kontrakcie (wówczas funkcja inspektora byłaby niepotrzebna skoro całość zadań wykonuje zastępca) a tylko na pewnym określonym (ograniczonym) jego odcinku. Nawet zatem jeżeli cała Inwestycja S17 spełnia parametry dla kryterium oceny ofert (w szczególności w zakresie wartości realizowanych robót) to faktyczne zaangażowanie Pana A. (...) na Inwestycji S17 nie odnosiło się do wszystkich realizowanych robót a tylko ich części.

5.33. W świetle powyższego, nie budzi wątpliwości, że ZDI wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczącej doświadczenia Pana A. K. przekazanej na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w przyjętym w Postępowaniu kryterium oceny ofert.

5.34. Co więcej, sam fakt, że Zamawiający uznał doświadczenie Pana A. K. i przyznał ZDI maksymalną liczbę punktów w omawianym kryterium obrazuje, że Zamawiający został wprowadzony w błąd. (...)

5.37. W świetle powyższego, ZDI powinno zostać wykluczone z Postępowania z uwagi na

ziszczenie się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Starego PZP (...)

5.40. Uprzedzając też ewentualną argumentację ze strony Zamawiającego, nie można przyjąć, że w tym konkretnym przypadku Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd wyłącznie z uwagi na fakt, że przecież inna jego jednostka organizacyjna (GDDKiA, Oddział w Lublinie) pozostawała podmiotem prowadzącym Inwestycję S17. Podkreśla to bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (...)"

W związku z powyższym odwołujący MGGP wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz:
  - a) wezwania wykonawcy DTŚ do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień, ewentualnie do uzupełnienia wykazanego doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
  - b) ujawnienia (i) nowego formularza JEDZ złożonego w toku postępowania przez wykonawcę DTŚ w dniu 13 sierpnia 2021 r., (ii) wyjaśnień dotyczących tego dokumentu, oraz (iii) załączników do tych wyjaśnień,
  - c) ujawnienia wyjaśnień z 18 lutego 2021 r. przedłożonych w toku postępowania przez wykonawcę ECM,
  - d) pominięcia w toku powtórzonej oceny i badania ofert - oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę ZDI,
  - e) odrzucenia oferty wykonawcy ZDI z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp,
  - f) wykluczenia wykonawcy ZDI z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,

**B.** W dniu 11.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **DTŚ S.A.**, ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice (dalej: „odwołujący DTŚ”) - sygn. akt **KIO 3000/21**, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2, ust. 4 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odtajnienie: „wyjaśnień do JEDZ aktualizacja” wraz z załącznikami do tych wyjaśnień o nr 1, 2, 3 i 4 oraz opinii bankowej, przez zamawiającego, które to dokumenty odwołujący w piśmie kierowanym do zamawiającego w dniu 13.08.2021 r. – jeżeli chodzi o wyjaśnienia do JEDZ oraz w dniu 27.01.2021 r. – jeżeli chodzi o opinię bankową, wyraźnie zastrzegł w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jako tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie może być udostępniana innym podmiotom (stronom trzecim). Zamawiający dokonał odtajnienia pomimo, że odwołujący wykazał przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 uznk niezbędne do uznania informacji zawartych we wskazanych dokumentach, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyżej opisane działanie zamawiającego narusza zasady równego

traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców,

- 2) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nadużycie zasady jawności i naruszenie zakazu ujawniania informacji zawartych w „wyjaśnieniach do JEDZ aktualizacja” wraz z załącznikami nr 1-4 oraz opinii bankowej, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, gdy zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane przez odwołującego skutecznie, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. odwołujący wykazał, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 uznk, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2, ust. 4 ustawy uznk poprzez podjęcie przez zamawiającego decyzji o odtajnieniu informacji, znajdujących się w „wyjaśnieniach do JEDZ aktualizacja” oraz opinii bankowej pomimo, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a odwołujący zastrzegł je jako tajemnicę oraz wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie odtajnienia treści dokumentów zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, tym samym prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W szczególności odwołujący DTŚ podniósł, co następuje. „(...) w dniu 29 września 2021 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że z dniem 11 października 2021 r. dokonuje czynności odtajnienia dokumentów złożonych przez Odwołującego:

- formularza JEDZ aktualizacja,
- wyjaśnień do JEDZ z załącznikami 1-4 złożonych w dniu 13.08.2021 r.;
- opinii bankowej złożonej w dniu 27 stycznia 2021 r.

(...) Z opisanego powyżej stanu faktycznego wynika, że Zamawiający bez podania przyczyny uznał za nieprawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w treści pism Odwołującego z dnia 13 sierpnia 2021 r. i 21 stycznia 2021 r. W konsekwencji powyższego, Odwołujący kwestionuje w przedmiotowym odwołaniu czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu części informacji zawartej w wyjaśnieniach do JEDZ z załącznikami 1-4 oraz w opinii bankowej. Odtajnienie treści dokumentu „JEDZ aktualizacja” nie jest kwestionowane przez Odwołującego. (...)

Zamawiający w treści uzasadnienia nie odnosi się w ogóle do treści oświadczenia Odwołującego o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnie wskazanych informacji zawartych w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu. Wygląda to tak, jakby Zamawiający zupełnie pominął i zignorował fakt złożenia takiego oświadczenia. Zamawiający nawet nie podjął próby polemiki lub też wskazania na czym polega brak

skuteczności oświadczenia o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnych informacji przez Odwołującego. Odwołujący zatem nie ma możliwości zweryfikować i odnieść się do motywów Zamawiającego, które stanowiłyby uzasadnienie dla czynności odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji. Informacje zastrzeżone przez Odwołującego nie są ujawnione do wiadomości publicznej, są informacjami poufnymi Odwołującego, co do których Odwołujący podjął działania w celu zachowania poufności. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje nie powinny więc podlegać upublicznieniu. (...)

Doniosłość konsekwencji wynikających z odtajnienia i rozpowszechnienia informacji zawartych wyjaśnieniach dotyczących części III (podstawy wykluczenia) lit. C JEDZ oraz z załączników nr 1, 2, 3 i 4, ma dla Odwołującego strategiczne znaczenie marketingowe, które przekłada się na wynik finansowy jego spółki. Wszelkie te okoliczności zostały wskazane w treści oświadczenia. Odwołujący wyraźnie podał, że: „w wyniku upowszechnienia informacji zawartych w dokumentach wymienionych w tytule niniejszego uzasadnienia wykonawca jest narażony na szkodę w postaci pozyskania przez firmy konkurencyjne informacji dotyczących nieprawdziwych przyczyn złożenia przez zamawiającego nieskutecznego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy wykonawcy, co może mieć wymierny wpływ na pozyskiwanie zamówień przez wykonawcę, a co za tym idzie zmniejszenie potencjalnych szans na rynku usług nadzoru. Ewentualne rozpowszechniania przez firmy konkurencyjne zawartych w dokumentach danych zawierających nieprawdziwe informacje w zakresie rzekomego nienależytego świadczenia usługi przez wykonawcę, może bowiem spowodować utratę renomy i wiarygodności przez wykonawcę w oczach innych zamawiających oraz członków personelu wykonawcy na innych realizowanych przez wykonawcę kontraktach. Z wyżej wymienionych powodów informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają pośrednio wartość o charakterze finansowym, natomiast niewątpliwie mają one wartość gospodarczą, decydując o sferze przychodowej wykonawcy”. W tym miejscu także należy wskazać, że Odwołujący mając na uwadze maksymalnie rzetelną realizację obowiązku informacyjnego wobec Zamawiającego w tym Postępowaniu, w utajnionych dokumentach przedstawił informacje, które w sposób transparentny przedstawiają stan faktyczny. Niewątpliwie treść tych dokumentów zawiera informacje, które powinny pozostać tylko i wyłącznie w wiedzy Zamawiającego i mają na celu utwierdzenie Zamawiającego na stanowisku, że ponad wszelką wątpliwość Odwołujący spełnia wszelkie warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu. Odwołujący chroni informacje, które mogą decydować nie tylko o jego przewadze konkurencyjnej na rynku, ale nawet w ogóle o możliwości funkcjonowania na nim. (...)

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polega na tym, że Zamawiający dokonał czynności nie podając dostatecznego jej uzasadnienia. Wykonawca nie ma możliwości zatem poza bardzo ogólnymi stwierdzeniami Zamawiającego możliwości

ustalenia dlaczego konkretna informacja wg Zamawiającego nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego. (...)”

W związku z powyższym odwołujący DTŚ wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odtajnieniu informacji zawartych w dokumentach:

- a) wyjaśnienia do JEDZ aktualizacja wraz z załącznikami do tych wyjaśnień nr 1-4,
- b) opinii bankowej.

Następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do obu postępowań odwoławczych:

- 1) SAFEGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre CEDEX, Francja, działający przez SAFEGE S.A.S Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2911/21 po stronie odwołującego,
- 2) DTŚ S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2911/21 po stronie zamawiającego,
- 3) ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2911/21 oraz o sygn. akt KIO 3000/21 po stronie zamawiającego,
- 4) MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3000/21 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 25.10.2021 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie obu odwołań.

Pismem z dnia 25.10.2021 r. przystępujący DTŚ S.A. przedstawił swoją argumentację w sprawie zarzutów dotyczących jego oferty podniesionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2911/21.

W trakcie rozprawy odwołujący MGGP S.A. oświadczył, że cofa zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę DTŚ S.A. Z uwagi na powyższe postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2911/21 w zakresie ww. zarzutu podlegało umorzeniu.

W pozostałym zakresie strony i przystępujący w obu postępowaniach odwoławczych podtrzymali swoje stanowiska.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Malewice - Chlebczyn”.

W pkt 7.2.3) siwz zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto,
- b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,
- c) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

W pkt 19 siwz zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert:

Cena - 60%

Jakość - 26%

Doświadczenie personelu wykonawcy - 14%

W ramach kryterium dotyczącego doświadczenia personelu, zamawiający przewidział podkryterium: Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej - max. ilość punktów – 7, dla którego wymagane było doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczonemu wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania wykonawca otrzyma 2 punkty.

Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 5 punktów.

Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, wykonawca otrzyma 7 punktów.

Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów.

Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 28.01.2021 r. Termin związania ofertą wynosił 60 dni. Złożono 8 ofert.

Pismem z dnia 29.07.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał wykonawcę DTŚ do złożenia dokumentów podmiotowych.

W odpowiedzi z dnia 13.08.2021 r. wykonawca złożył m.in. wykaz usług, w którym wskazał inwestycję: „Odcinek III - Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków – Rabka Zdrój na odcinku Skomielna Biała – Chabówka, od km 724+220 do km 729+410 oraz budowy nowego odcinka drogi krajowej nr 47 klasy GP na odcinku Rabka Zdrój — Chabówka km 0+000 – km 0+877,22 – odcinek III”, realizowaną (na rzecz tego samego zamawiającego) w ramach konsorcjum wraz ze spółką Integral sp. z o.o. oraz Firmą Inżynierską ARCUS sp. z o.o. sp.k.

Ponadto wykonawca DTŚ do pisma z dnia 13.08.2021 r. dołączył opinię bankową, a także nowe oświadczenie JEDZ wraz z wyjaśnieniami i dowodami stanowiącymi załączniki nr 1, 2, 3 i 4. Dokumenty te wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 29.09.2021 r. zamawiający poinformował wykonawcę DTŚ o odtajnieniu następujących złożonych przez niego dokumentów:

- formularz JEDZ aktualizacja,
- wyjaśnienia do JEDZ z załącznikami 1-4,
- opinia bankowa.

Wykonawca ECM złożył ofertę z ceną 14.729.280,75 zł brutto, w tym 140.000 zł netto jako Koszt Działalności Laboratoryjnej.

Pismem z dnia 10.02.2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę ECM do złożenia wyjaśnień co do ceny jego oferty. Zamawiający wskazał, że usługi Działalności Laboratoryjnej zostały w tej ofercie wycenione bardzo nisko, bo wartość zaoferowanej przez wykonawcę ECM ceny jednostkowej dla powyższej pozycji jest o 72% niższa od wartości

ustalanej przez zamawiającego oraz o ponad 89% niższa od średniej arytmetycznej cen jednostkowych dla tej pozycji wśród wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym zamawiający wezwał m.in. do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętych cen jednostkowych dla pozycji Formularza cenowego Koszt Działalności Laboratoryjnej.

W dniu 18.02.2021 r. wykonawca ECM udzielił wyjaśnień, zastrzegając ich część wraz z załącznikiem jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca ZDI złożył ofertę, w której w podkryterium: Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, wskazał pana A. K., dla którego przedstawił jako doświadczenie 1 zadanie: „Budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku Kurów-Lublin-Piaski, Odcinek 3, węzeł „Dąbrowica” – węzeł „Lubartów” wraz z węzłem”. Wykonawca ZDI wpisał, że p. A. K. był na tym zadaniu Inspektorem Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. Za to zadanie wykonawca otrzymał 7 punktów w ww. podkryterium oceny ofert.

Pismem z dnia 22.03.2021 r. w związku z upływem w dniu 28.03.2021 r. terminu związania ofertą, zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie tego terminu o 60 dni tj. do dnia 27.05.2021 r.

W dniu 25.03.2021 r. wykonawca ZDI wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i złożył aneks do gwarancji ubezpieczeniowej przedłużający okres jej ważności do 27.05.2021 r.

Pismem z dnia 21.09.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DTŚ, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy ECM, na trzecim – oferta wykonawcy ZDI, a na czwartym – oferta odwołującego MGGP.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie



zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania - przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy nPzp.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 2911/21**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego spełniania przez przystępującego DTŚ S.A. warunku zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący nie kwestionował w odwołaniu, że przystępujący DTŚ S.A. nie brał udziału w realizacji inwestycji wskazanej w wykazie usług. Tym bardziej odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przystępujący DTŚ S.A. nie zdobył w ramach konsorcjum wymaganego w siwz doświadczenia. Odwołujący podniósł jedynie, że zamawiający nie zweryfikował doświadczenia wskazanego w wykazie usług przez przystępującego DTŚ S.A., które nabył on jako lider konsorcjum, co stanowiło wg odwołującego, naruszenie m.in. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590). W art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostały wymienione m.in. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Z powyższych przepisów wynika zatem, że jeśli zamawiający dysponuje

dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie ma obowiązku ich składać. Ustawodawca wprowadził powyższe rozwiązanie w celu ograniczenia ilości dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać, w sytuacji gdy nie ma takiej potrzeby, gdyż konieczne do oceny spełniania warunku dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego. Rozwiązanie to ma zatem na celu odbiurokratyzowanie procedur zamówień publicznych i ułatwienie wykonawcom ubiegania się o zamówienia publiczne.

W niniejszej sprawie należy zauważyć, że usługa, którą przystępujący DTŚ S.A. wskazał w wykazie usług, była wykonywana na rzecz innego oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, co oznacza, że zamawiający prowadzący niniejsze postępowanie, miał dostęp do dokumentów potwierdzających zakres i sposób jej wykonania. Na podstawie ww. dokumentów zamawiający ustalił, że inwestycja wskazana w wykazie usług została przez członków konsorcjum nieformalnie podzielona na trzy odcinki, każdy odcinek jest/był obsługiwany przez jednego z nich, a eksperci branżowi świadczyli/świadczą usługi na dwóch, trzech odcinkach. Zamawiający ustalił też, że Inżynierem Kontraktu jest osoba zatrudniona przez przystępującego DTŚ S.A. (lidera konsorcjum) i pełni ona rolę Koordynatora dla całości zadania. Jednocześnie ze złożonych przez przystępującego referencji z dnia 02.11.2020 r. wynika, że: „zespół Inżyniera realizował m.in. następujące zadania:

- zarządzanie Kontraktem na roboty (zgodnie z warunkami FIDIC),
- sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót zgodnie z Prawem Budowlanym,
- nadzór nad pracami archeologicznymi i geodezyjnymi,
- prowadzenie działań informacyjnych oraz promocyjnych związanych z realizacją projektu,
- kontrola jakości robót,
- analiza postępu robót oraz ich rozliczenie,
- analiza roszczeń Wykonawcy pod kątem formalnym i merytorycznym,
- przeprowadzenie odbiorów robót.”

Z powyższego wynika, że przystępujący DTŚ S.A. jako lider konsorcjum i przede wszystkim podmiot zatrudniający Inżyniera Kontraktu i koordynujący wykonanie całości zadania, w tym w szczególności wykonujący ww. czynności, posiada wymagane w siwz doświadczenie, w tym także w zakresie podnoszonym w odwołaniu, tj. w zakresie zarządzania, pełnienia kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

Powyższe informacje potwierdził także przystępujący DTŚ S.A., który wskazał, że

jako lider konsorcjum „odpowiadał za reprezentację konsorcjum przed zamawiającym, dokonywał rozliczeń z zamawiającym, powoływał personel, przyjmował polecenia od zamawiającego związane z realizacją zadania, sprawował nadzór na czynnościami osób wyznaczonych przez niego do realizacji zadań. Przystępujący koordynował, zarządzał, pełnił kontrolę, sprawował nadzór oraz współpracował ze służbami zamawiającego w zakresie realizacji wszystkich trzech odcinków zadania, co potwierdza sam inwestor tego zadania.” Potwierdzają to także dowody złożone na rozprawie przez przystępującego w postaci pełnomocnictw, faktury, Harmonogramu pracy personelu Konsultanta i korespondencji z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie.

W sytuacji zatem, gdy wskazana w wykazie usług inwestycja była realizowana na rzecz tego samego zamawiającego i na podstawie dostępnych mu dokumentów był on w stanie samodzielnie ustalić zakres doświadczenia przystępującego, nie było potrzebne przedstawianie zamawiającemu dodatkowych dokumentów w tym zakresie. W przedmiotowej sprawie oznacza to, że zamawiający był uprawniony do zweryfikowania doświadczenia przystępującego we własnym zakresie w oparciu o dostępne mu dokumenty i w świetle art. 26 ust. 6 ustawy Pzp nie ma podstaw do tego, aby zamawiający wzywał przystępującego na obecnym etapie do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący braku weryfikacji przez zamawiającego wykazania spełnienia warunku doświadczenia przez przystępującego DTŚ S.A., nie potwierdził się.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że w celu zachowania przejrzystości postępowania, wskazane byłoby, aby dokumenty pozyskiwane samodzielnie przez zamawiających w celu zweryfikowania informacji przedstawianych przez wykonawców, były załączane do protokołu postępowania, co pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy o czynnościach podejmowanych przez tych zamawiających.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego ECM Group Polska S.A., należy przytoczyć przepisy mające zastosowanie w sprawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”:

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

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „wykazał”, co oznacza, że nie jest wystarczające w tym zakresie jedynie „oświadczenie”, czy „deklarowanie”, ale na wykonawcy ciąży wymóg „udowodnienia” zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Izba poddała analizie pismo przystępującego ECM Group Polska S.A. z dnia 18.02.2021 r., w którym przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty i przedstawił uzasadnienie dla objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał, aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą. Przystępujący kilkakrotnie oświadczył w ww. piśmie, że informacje te mają taką wartość, jednakże w żadnym fragmencie pisma nie wyjaśnił, z czego ta wartość wynika lub co o niej świadczy. W szczególności nie można za wykazanie wartości gospodarczej uznać fragmentu, w którym przystępujący pisze, że: „Załączone do niniejszych wyjaśnień dokumenty imienne oświadczenia konkretnych osób deklarujące ich udział na określonym stanowisku i na określonych warunkach. Szczegółowe informacje personalne i finansowe zawarte w tych dokumentach jednoznacznie wskazują na ich istotną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie, szczególnie podmiotom konkurencyjnym grozi poniesieniem przez Wykonawcę realnej szkody”. Wskazane w ww. fragmencie „oświadczenia osób

deklarujące ich udział na określonym stanowisku i na określonych warunkach” oraz „informacje personalne” w żaden sposób nie wiążą się z treścią zastrzeżonych informacji, ponieważ informacje te nie dotyczą w ogóle kwestii personalnych. Również kolejny fragment ww. pisma, w którym przystępujący pisze o wpływie ujawnienia ww. informacji na „możliwość realnego i uczciwego konkutowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot” oraz na „możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny” nie uzasadnia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyżej wskazane uwagi o charakterze ogólnym, standardowo wskazywane w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wielu wykonawców, nie tylko nie uzasadniają zastrzeżenia tajemnicy, ale w istocie podważają podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności. Ich uwzględnianie prowadziłoby do sytuacji, w której jawność postępowania o udzielenie zamówienia stałaby się wyjątkiem, a nie regułą. Nie wiadomo także, jaki jest związek kolejnego fragmentu uzasadnienia: „Należy zauważyć że kompilacja przekazanych w wyjaśnieniach informacji stanowi unikatowe dedykowane tylko dla tego zamówienia opracowanie. Unikalne stosowane przez Wykonawcę procedury i procesy, organizacja pracy i wiedza zespołu stanowiące podstawę wyceny oferty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pilnie strzeżoną przez Wykonawcę na każdym etapie jego działalności” z treścią zastrzeżonych informacji. Nie zawierają one bowiem żadnej kompilacji danych i nie odnoszą się do żadnych procedur/procesów, ani do żadnych kwestii kadrowych.

W zakresie przesłanki zachowania poufności zastrzeżonych informacji, zamawiający powoływał się na posiadany przez przystępującego system chroniący przed ich dostępnością. Przystępujący ECM Group Polska S.A. rzeczywiście oświadczył, że „posiada ściśle określony obieg dokumentów, wynikający z systemu zarządzania jakością ISO 9001:2008”, ale w żaden sposób tego nie wykazał, tj. nie udowodnił, że system taki posiada i że obejmuje on informacje takie, jak zastrzeżone w niniejszym postępowaniu. Jedynie na marginesie należy dodać, że wiele podmiotów na rynku posiada systemy informatyczne, w których dostęp do określonych informacji jest ograniczony do danej grupy pracowników. Jest to standardowe rozwiązanie, które nie oznacza, że dany podmiot podjął nadzwyczajne środki w celu ochrony konkretnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto przystępujący ECM Group Polska S.A. dołączył do ww. pisma dwa zobowiązania do zachowania tajemnicy pracodawcy, które świadczą o tym, że dwie osoby zatrudnione u przystępującego są zobowiązane do zachowania w tajemnicy m.in. informacji „o składanych ofertach, negocjacjach, klientach i dostawcach”. Nie wiadomo jednak, ile osób ma w praktyce dostęp do ww. informacji i czy wszystkie zostały zobowiązane do zachowania tajemnicy, a ponadto ww. zobowiązania nie mają dat, co uniemożliwia sprawdzenie, czy zobowiązania te nie powstały wyłącznie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, ww. dowody nie stanowią wystarczającego potwierdzenia, że w stosunku do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zachowano wymogi poufności, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, a żadnych innych dowodów nie złożono.

Odnosząc się z kolei do przytoczonego w ww. piśmie orzecznictwa należy podkreślić, że żadne orzecznictwo nie stanowi uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i może być powoływane jedynie posiłkowo. Ponadto zarówno Izba jak i sądy wydają orzeczenia w konkretnych stanach faktycznych, a zatem w odniesieniu do konkretnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w danej sprawie. Przede wszystkim jednak należy zauważyć, że powołane przez przystępującego orzeczenia zostały wydane w latach 2000-2013, podczas gdy z dniem 19.10.2014 r. (ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych - Dz.U. z 2014 r. poz. 1232) zostały wprowadzone zmiany w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w wyniku których wykonawca ma obowiązek wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy. Tym samym powołane przez przystępującego orzecznictwo dotyczy stanu prawnego, który nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że przystępujący ECM Group Polska S.A. nie wykazał przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, potwierdził się.

Niemniej jednak należy zauważyć, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy 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, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Z uwagi na fakt, że Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę DTŚ S.A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, fakt uznania za zasadny zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę ECM Group Polska S.A., na obecnym etapie postępowania nie ma wpływu na jego wynik. Z tego powodu, tj. z powodu braku wpływu na wynik postępowania, odwołanie w zakresie tego zarzutu musiało zostać oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego związania ofertą wykonawcy ZDI sp. z o.o. i braku ciągłości zabezpieczenia tej oferty wadium, należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 85 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp:

2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że na gruncie przepisów ustawy Pzp, nie istnieje instytucja „wygaśnięcia oferty”, czy „pominięcia oferty w procesie badania i oceny ofert”. Jeżeli oferta nie podlega odrzuceniu i została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania, to zamawiający nie może jej „pomiąć”, a zatem zobowiązany jest dokonać czynności jej badania i oceny.

Nie jest też zasadne powoływanie się przez odwołującego w tym zakresie na treść art. 66 § 1 kc, ponieważ w myśl art. 14 ust. 1 ustawy Pzp przepisy kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego jedynie wtedy, gdy przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Tymczasem kwestia związania ofertą i braku tego związania została uregulowana w wyżej wskazanych przepisach ustawy Pzp, zatem nie ma podstaw do posilkowania się w tym zakresie treścią art. 66 § 1 kc.

Z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że podstawą odrzucenia oferty jest wyłącznie sytuacja, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, przy czym ustawodawca doprecyzował, że chodzi o zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że sformułowanie „nie wyraził zgody” oznacza, że odrzucenie oferty nie może nastąpić w przypadku braku samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, a jedynie w przypadku gdy wykonawca był proszony przez zamawiającego o zgodę i w odpowiedzi na tę prośbę zgody takiej nie wyraził. Zgoda lub jej brak stanowi bowiem ustosunkowanie się do jakiejś prośby/propozycji, która nastąpiła wcześniej. W kontekście art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp oznacza to, że najpierw zamawiający musi wystąpić o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, aby następnie wykonawca mógł zgodę taką wyrazić albo odmówić jej wyrażenia. Brak wystąpienia zamawiającego o zgodę wyklucza możliwość jej wyrażenia lub niewyrażenia, gdyż brakuje okoliczności, do której wykonawca miałby się ustosunkować.

Po drugie, niezależnie nawet od powyższego znaczenia sformułowania „nie wyraził

zgody”, należy ponownie zauważyć, że ustawodawca wyraźnie wskazał, że chodzi o zgodę w rozumieniu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W przepisie tym mowa jest o zgodzie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający zwraca się tylko raz o jej wyrażenie na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy zamawiający zwrócił się do wykonawcy o zgodę na przedłużenie związania ofertą. Doprecyzowanie przez ustawodawcę, że chodzi o zgodę „o której mowa w art. 85 ust. 2”, powoduje zatem, że nie sposób dopatrzeć się możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania ofertą nie będąc uprzednio proszonym o wyrażenie zgody na takie przedłużenie.

Reasumując, zamawiający ma prawo i obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp wyłącznie w sytuacji, gdy najpierw zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a dopiero w odpowiedzi na taką prośbę wykonawca zgody nie wyraził. Nie stanowi natomiast podstawy odrzucenia oferty sytuacja, w której wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, tj. sytuacja, w której wykonawca ten nie był w ogóle proszony przez zamawiającego o wyrażenie takiej zgody. Przy czym podkreślić należy, że z żadnego przepisu nie wynika, aby oferta takiego wykonawcy miała tracić ważność. Oferta taka podlega zatem ocenie na zasadach ogólnych, zaś w razie uznania jej za najkorzystniejszą wykonawca może zawrzeć umowę z zamawiającym.

Dodatkowa argumentacja w tym zakresie wynika z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17, w którym wskazano, że wykluczenie wykonawcy z powodu niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie był wyraźnie wskazany w dokumentacji przetargowej ani w przepisach prawa, a jedynie wynikał z orzecznictwa, zwłaszcza gdy nie było ono jednolite, narusza zasadę równego traktowania i przejrzystości. W ocenie Izby, w świetle wyżej przytoczonych przepisów nie może budzić wątpliwości, że bez uprzedniego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp (a także do „pominięcia jej w ocenie”, bo taka instytucja nie została przewidziana przez ustawodawcę). Niemniej jednak z ww. wyroku TSUE jednoznacznie wynika, że nawet w przypadku hipotetycznego istnienia wątpliwości interpretacyjnych w tym zakresie i ewentualnych rozbieżności w orzecznictwie, oferta wykonawcy tym bardziej nie mogłaby zostać odrzucona, gdyż prowadziłoby to do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień.

W przedmiotowej sprawie wykonawca ZDI sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłużył termin związania ofertą do dnia 27.05.2021 r. Następnie wykonawca nie był już wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą, a co za tym idzie – nie miał możliwości „wyrazić zgody” na takie przedłużenie. Tym samym nie została



spełniona przesłanka braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy ZDI sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Tym bardziej, jak wskazano już wyżej, zamawiający nie był uprawniony do „pominięcia” badania i oceny ww. oferty. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku zabezpieczenia oferty wadium, należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W niniejszej sprawie wykonawca ZDI sp. z o.o. wniósł wadium i wniósł je prawidłowo w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czego odwołujący zresztą nie kwestionuje. Skoro zatem wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy ZDI sp. z o.o. na podstawie ww. przepisu.

Zarzut, który podnosi odwołujący w istocie wiąże się z pierwszym zarzutem dotyczącym oferty wykonawcy ZDI sp. z o.o., tj. zarzutem jego braku związania ofertą. Należy jednak zauważyć, że oferta wykonawcy ZDI sp. z o.o. była prawidłowo zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Natomiast kwestia braku związania ofertą od dnia 28.05.2021 r. została już omówiona powyżej i w tym zakresie Izba stwierdziła, że wobec braku wezwania przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty ww. wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. W konsekwencji, brak związania ofertą w okolicznościach niniejszej sprawy, skutkuje też brakiem podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, z powodu braku zabezpieczenia oferty wadium w okresie niezwiązania ofertą.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez wskazanie niewłaściwego, zdaniem odwołującego, doświadczenia pana A. K. w ofercie wykonawcy ZDI sp. z o.o., należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

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

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący nie wykazał, że w przypadku pełnienia przez pana A. K. funkcji zastępcy Inspektora Nadzoru, zakres wykonywanych przez niego czynności nie obejmował zadania o parametrach wymaganych w siwz (zakres, wartość, okres). Z kolei z dowodu złożonego przez odwołującego na rozprawie w

postaci pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie z dnia 03.08.2021 r. wynika, że pan A. K. pełnił na wskazanym zadaniu funkcję Zastępcy Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, jednak w dalszej części tego pisma GDDKiA opisuje podział ww. zadania na dwa odcinki, z których każdy był nadzorowany przez Inspektora Nadzoru albo jego Zastępcę i w związku z tym w końcowej części pisma GDDKiA konkluduje, że pan A. K. „pełnił samodzielną funkcję Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej i dokonywał wpisów w Dzienniku Budowy”. Tym samym z ww. pisma złożonego przez odwołującego jako dowód nie wynika jednoznacznie, że pan A. K. pełnił wyłącznie funkcję Zastępcy Inspektora Nadzoru.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Stanowisko: Zastępca Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, wg umowy z Konsultantem, jest równoważne ze stanowiskiem Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej. Powyższe wynika z wymagań Formularza Cenowego będącego załącznikiem do Ogłoszenia o zamówieniu, który wskazuje, że na Zadanie wg umowy przypadają jeden Inspektor Nadzoru branży drogowej i jeden Zastępca Inspektora Nadzoru branży drogowej. Wykonywanie każdej z tych funkcji polegało na wykonywaniu takich samych czynności i obejmowało równoważne zakresy robót, co wynikało z podziału odcinka robót. Budowany odcinek został podzielony na części (pomiędzy węzłami) i na każdej z nich nadzór pełniła jedna ze wskazanych osób, w tym p. A. (...) na Odcinku 3, co zostało potwierdzone wpisami do Dziennika Budowy”. Z dołączonego fragmentu dziennika budowy wynika także, że w dniu 15.04.2012 r. pan A. K. został wpisany jako inspektor nadzoru.

W świetle powyższego, skoro w przypadku wskazanej przez wykonawcę ZDI sp. z o.o. inwestycji stanowisko zastępcy Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, wg umowy z Konsultantem, było równoważne ze stanowiskiem Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, nie można uznać, że wykonawca ZDI sp. z o.o. przedstawił w ofercie informację nieprawdziwą mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W takiej bowiem sytuacji, tj. sytuacji równoważności ww. stanowisk, zamawiający nie mógłby przyjąć, że ww. wykonawca nie spełnił wymogu opisanego w podkryterium i że jego ofercie nie powinny być przyznane punkty. Tym samym nie ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i zarzut nie potwierdził się.

## **Odwołanie o sygn. akt KIO 3000/21**

Odwołanie dotyczy kwestii prawidłowości odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przepisy znajdujące zastosowanie w tej sprawie zostały przytoczone wyżej w ramach rozpoznania zarzutu zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 2911/21 dotyczącego informacji zastrzeżonych przez ECM Group Polska S.A.

Odwołujący DTŚ S.A. kwestionuje w odwołaniu czynność odtajnienia przez zamawiającego złożonych przez niego dokumentów: wyjaśnień do zaktualizowanego oświadczenia JEDZ, załączników do tych wyjaśnień oraz opinii bankowej. Odwołujący nie zastrzegł jawności samego zaktualizowanego oświadczenia JEDZ, więc nie kwestionuje jego jawności.

Izba dostrzegła podniesioną przez odwołującego DTŚ S.A. na rozprawie kwestię zbyt ogólnego uzasadnienia odtajnienia przez zamawiającego ww. dokumentów w piśmie z dnia 29.09.2021 r. Niemniej jednak w odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu nieuprawnione odtajnienie zastrzeżonych informacji, dlatego też tak sformułowane zarzuty zostały przez Izbę rozpoznane.

Co do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień do zaktualizowanego oświadczenia JEDZ i załączników do tych wyjaśnień, należy zauważyć, że poza wskazaniem orzecznictwa i ogólnych rozważań na temat tego orzecznictwa, odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazał jedynie:

„Informacje te mają istotną wartość gospodarczą, bowiem dotyczą sposobu świadczenia usługi, ujawniają, w jaki sposób Wykonawca zaplanował świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry.

Z ww. powodów informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają pośrednio wartość o charakterze finansowym, natomiast niewątpliwie mają one wartość gospodarczą, decydując o sferze przychodowej Wykonawcy.

W wyniku upowszechnienia informacji zawartych w dokumentach wymienionych w tytule niniejszego uzasadnienia Wykonawca jest narażony na szkodę w postaci pozyskania przez firmy konkurencyjne informacji dotyczących nieprawdziwych przyczyn złożenia przez Zamawiającego nieskutecznego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy Wykonawcy, co może mieć wymierny wpływ na pozyskiwanie zamówień przez Wykonawcę, a co za tym idzie zmniejszenie potencjalnych szans na rynku usług nadzoru. Ewentualne rozpowszechnianie przez firmy konkurencyjne zawartych w dokumentach danych zawierających nieprawdziwe informacje w zakresie rzekomego nienależytego świadczenia usługi przez Wykonawcę, może bowiem spowodować utratę renomy i wiarygodności przez Wykonawcę w oczach innych zamawiających oraz członków personelu Wykonawcy na innych realizowanych przez

Wykonawcę kontraktach.”

Po pierwsze, należy zatem zauważyć, że w ww. fragmencie (jak i w całym uzasadnieniu) w ogóle nie została poruszona kwestia braku powszechnej znajomości czy dostępności do tych informacji i utrzymywania ich w poufności przez odwołującego. Odwołujący zatem w ogóle nie wskazał, czy i w jaki sposób zapewnia poufność zastrzeżonych przez siebie informacji. Już sam ten fakt przesądza o tym, że zastrzeżenie tajemnicy było nieskuteczne.

Po drugie, to że zastrzeżone informacje „dotyczą sposobu świadczenia usługi, ujawniają, w jaki sposób Wykonawca zaplanował świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry” w żadnym razie nie dowodzi, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podobnie ich „pośrednia wartość o charakterze finansowym” nie jest tożsama z wartością gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Nie można także uznać, że ujawnienie informacji o wypowiedzeniu umowy przez zamawiającego wskazanego w zastrzeżonych załącznikach, automatycznie wiąże się z utratą renomy i wiarygodności przez odwołującego. Należy zauważyć, że wypowiedzenie umowy przez jedną ze stron nie jest sytuacją niezwykłą na rynku budowlanym i z pewnością nie spotkało wyłącznie odwołującego. Poza tym odwołujący nie wykazał w uzasadnieniu, aby ewentualna utrata renomy i wiarygodności przełożyła się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. W szczególności nie ma to znaczenia „w oczach innych zamawiających”, którzy są zobowiązani badać rzetelność wykonawcy w świetle konkretnych przesłanek konkretnych przepisów ustawy Pzp (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nPzp), a nie ogólnie rozumianej „renomy i wiarygodności”. Ponadto niezrozumiałe jest, jakie znaczenie dla wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji ma utrata renomy i wiarygodności w oczach „członków personelu Wykonawcy na innych realizowanych przez Wykonawcę kontraktach”. Wobec powyższego przesłanka dotycząca wartości gospodarczej również nie została przez odwołującego wykazana.

Niezależnie od powyższego, należy zgodzić się z zamawiającym, że zastrzeżone informacje dotyczą inwestycji realizowanej jako zamówienie publiczne, co oznacza, że związane z nią informacje są dostępne w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2176 ze zm.). Dotyczy to nie tylko umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale także dotyczących jej informacji, w tym jej wypowiedzenia. W związku z powyższym zastrzeżenie wyjaśnień do zaktualizowanego oświadczenia JEDZ i załączników do tych wyjaśnień, było niedopuszczalne.

Co do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opinii banku, należy zauważyć, że poza wskazaniem orzecznictwa i ogólnych rozważań na ten temat, odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy oświadczył, że „podjął z należyłą starannością

stosowne działania w celu zachowania ich poufności, nie zostały one także ujawnione podmiotom zewnętrznym”. Ponadto odwołujący wskazał, że spółka „ustanowiła także bezwzględny zakaz kopiowania (powielania) oraz ujawniania treści powyższego dokumentu bez zgody Zarządu oraz ustanowiła nakaz przechowywania tego dokumentu w jednym wskazanym miejscu – ZARZĄDZENIE Prezesa DTŚ S.A. w Katowicach z dnia 3 lutego 2016 r. w sprawie wprowadzenia Zasad postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa DTŚ S.A. w Katowicach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których uczestniczy DTŚ S.A. w Katowicach, ze zmianami wprowadzonymi Zarządzeniem Prezesa DTŚ S.A. w Katowicach z dnia 1 lutego 2018 r. w sprawie j.w.” Jak już wyżej wskazano na str. 20 uzasadnienia niniejszego wyroku, dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające jedynie „oświadczenie”, czy „deklarowanie”, ale na wykonawcy ciąży wymóg „udowodnienia” zasadności zastrzeżenia objęcia określonych informacji. Deklaracje odwołującego o utrzymywaniu opinii banku w poufności nie są zatem wystarczające, a wskazanego wyżej zarządzenia odwołujący nie załączył do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym nie wykazał, że dokument taki rzeczywiście istnieje i że przewiduje w swej treści ochronę informacji zawartych w opinii banku. W związku z powyższym odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk dotyczącej zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Jednocześnie należy zauważyć, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ocenia się w świetle przesłanek ww. art. 11 ust. 2 uznk, a nie w świetle ustawy Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.).

Ponadto odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że: „Dokument ten zawiera informacje handlowe, tj. posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawcy, a dane w nim zamieszczone stanowią istotną wartość dla Wykonawcy. Treść dokumentu podlega poufnym ustaleniom pomiędzy Wykonawcą i bankiem, nie jest to więc dokument, który jest standardowy, posiadającym jednolity wzór. Dokument ten zawiera m.in. informacje o saldach, kredytach, udzielonych gwarancjach bankowych, które stanowią o kondycji finansowej przedsiębiorstwa i mogą zmienić pozycję Wykonawcy w rankingu przedsiębiorców. Ponadto Opinia bankowa jest dokumentem ważnym przez 1 miesiąc, w związku z tym jego utajnienie jest istotne dla Wykonawcy, gdyż konkurencja na podstawie kolejnych opinii załączanych w kolejnych postępowaniach może także wnioskować o sytuacji finansowej podmiotu oraz o możliwościach angażowania się Wykonawcy w kolejne postępowania”. Powyższe uzasadnienie nie może zostać uznane za właściwe choćby z tego względu, że odwołujący z pewnością ma obowiązek składać coroczne sprawozdania finansowe, zatem informacje o jego kondycji finansowej są na rynku dostępne. Ponadto zakres informacji zawartej w opinii banku składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać danych o udzielonych kredytach i gwarancjach

bankowych, sam zresztą odwołujący pisze, że treść tego dokumentu podlega poufnym ustaleniom pomiędzy wykonawcą i bankiem. Tym samym metodą nieujawniania informacji o kredytach i gwarancjach jest ustalenie z bankiem, żeby treści takich nie wskazywał w opinii przedkładanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest bowiem jawne i każdy wykonawca biorący w nim udział powinien się z tym faktem liczyć. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał zatem także wartości gospodarczej zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa opinii banku.

Reasumując, ani w stosunku do wyjaśnień dotyczących zaktualizowanego oświadczenia JEDZ i załączników do nich, ani w stosunku do opinii banku, odwołujący nie wykazał ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Objęcie ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa było zatem niezasadne i zamawiający słusznie je odtajnił. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów i dlatego odwołanie zostało oddalone.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępujących przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Rozpoznając odwołanie Izba oparła się na dowodach złożonych przez odwołującego MGGP S.A. w postaci pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie z dnia 03.08.2021 r. oraz przez przystępującego DTŚ S.A. w postaci pełnomocnictw, faktury, Harmonogramu pracy personelu Konsultanta i korespondencji z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez przystępującego DTŚ S.A. w postaci wyciągu z siwz, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykazu usług i wyciągu z umowy z dnia 22 marca 2021 r., ponieważ dotyczą one innego postępowania niezwiązanego z zarzutami rozpoznawanymi w niniejszej sprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....