

Sygn. akt: KIO 454/21

WYROK
z dnia 11 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2021 r. przez odwołującego - **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Międzybórz, ul. Kolejowa 13, 56-513 Międzybórz**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „INKADRO” Sp. z o.o., Rąbczyn 56B, 63-440 Raszków i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o., ul. Bema 186, 63-400 Ostrów Wielkopolski** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 4 335 zł 92 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 335 zł 92 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Międzybórz (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla Miasta Międzybórz – etap III”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 grudnia 2020 r. pod numerem 766966-N-2020.

W dniu 10 lutego 2021 r. Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „INKADRO” Sp. z o.o. oraz „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum INKADRO”), podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu,
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum INKADRO ze względu na zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny realizacji zamówienia,
- zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum INKADRO jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy Konsorcjum INKADRO w ogóle nie wykazało ziszczenia się przesłanek zasadności zastrzeżenia załączników do wyjaśnień ceny z dnia 20 stycznia 2021 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa w momencie złożenia ww. dokumentów Zamawiającemu, a ponadto, przesłane w późniejszym terminie zastrzeżenie nie wykazało zasadności dokonania zastrzeżenia, co uniemożliwiło Odwołującemu pełnej weryfikacji wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum INKADRO z dnia 20 stycznia 2021 r.,
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum INKADRO z postępowania ze względu na niespełnienie przez Konsorcjum INKADRO warunków udziału w postępowaniu,

- zaniechania wykluczenia Konsorcjum INKADRO z postępowania ze względu na przedstawienie w aktualnym oraz poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej informacji wprowadzających w błąd zamawiających, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiających w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- zaniechania niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Konsorcjum INKADRO,
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „Uznk”) poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum INKADRO dnia 20 stycznia 2021 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2021 r., w zakresie utajnienia treści załączników nr 1-11 oraz nr 13-17 wyjaśnień, które to dokumenty w rzeczywistości nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk, a Konsorcjum INKADRO w ogóle nie uzasadniło wystąpienia łącznego ziszczenia się przesłanek art. 11 ust. 2 Uznk (w tym z przyczyn formalnych, ze względu na brak wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk w momencie przekazania wyjaśnień z załącznikami Zamawiającemu), przez co w ogóle nie doszło do zastrzeżenia jako tajemnicy ww. informacji,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INKADRO, mimo iż przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia oraz złożone dowody są częściowo zbyt ogólne, wewnętrznie sprzeczne oraz nie odnoszące się do wszystkich elementów wezwania z dnia 18 stycznia 2021 r., przez co nie czynią zadość obowiązkowi z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z postępowania z uwagi na niepotwierdzenie i niewykazanie przez ww. wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch robót, polegających na budowie kanalizacji sanitarnej o wartości nie niższej niż 3.000.000 PLN brutto każda, podczas gdy wartość robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej wykonanych przez członka Konsorcjum (Eko-inżynieria) w ramach inwestycji pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Zduny” nie przekroczyła wartości 3.000.000 PLN brutto (w świetle powyższego mogło dojść do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zakresie zaniechania wezwania Konsorcjum INKADRO do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu),

5. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

6. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę zamawiających w błąd przy przedstawieniu informacji w uprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiące przy tym bezprawne wpłynięcie przez Konsorcjum INKADRO na czynności zamawiających, polegające na przedstawianiu informacji, że Konsorcjum INKADRO jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia, aby następnie zaniechać wniesienia zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia, co skutkowało brakiem zawarcia umowy w postępowaniu oraz zatrzymaniem wadium ww. wykonawcy,

7. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Konsorcjum INKADRO na wniosek z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz z dnia 9 lutego 2021 r., co istotnie utrudniło pełne odniesienie się do bezpodstawności wyboru oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej w postępowaniu, jak również weryfikacji prawidłowości dokonania badania i oceny ofert

złożonych w postępowaniu oraz prawidłowości zastrzeżenia przez Konsorcjum INKADRO tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do uniemożliwienia prawidłowego skorzystania przez Odwołującego z prawa do obrony przewidzianego w art. 180 ustawy Pzp,

8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej;
2. odtajnienie treści załączników nr 1-11 oraz nr 13-17 dołączonych do wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum INKADRO z dnia 20 stycznia 2021 r.;
3. odrzucenie oferty Konsorcjum INKADRO z uwagi na rażąco niską cenę na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp;
4. wykluczenie Konsorcjum INKADRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niepotwierdzenie i niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania;
5. wykluczenie Konsorcjum INKADRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie zamawiających w błąd w uprzednio toczących się postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co miało istotny wpływ na wynik uprzednio toczących się postępowań, stanowiące przy tym bezprawne wpłynięcie przez Konsorcjum INKADRO na czynności zamawiających;
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował jak następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk

Odwołujący podał, że w dniu 13 stycznia 2021 r. oraz w dniu 9 lutego 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania, w szczególności poprzez przekazanie całej dokumentacji dotyczącej Konsorcjum INKADRO. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek przekazał Odwołującemu m.in. wyjaśnienia ceny oferty z dnia 11 stycznia 2021 r. oraz uzupełniające wyjaśnienia ceny oferty Konsorcjum INKADRO z dnia 20 stycznia 2021 r. Z treści tych ostatnich wynika, że na potwierdzenie rzetelności wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. Konsorcjum INKADRO załączyło do ww. wyjaśnień dowody nr 1-11 oraz nr 13-17, które zostały przez Konsorcjum INKADRO uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ww. dokumenty nie zostały udostępnione przez Zamawiającego w dniu 5 lutego 2021 r. w ramach odpowiedzi na wnioski z dnia 13 stycznia 2021 r.

Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2021 r. nie doszło do wykazania wystąpienia łącznego ziszczenia się przesłanek art. 11 ust. 2 Uznk, z których wynika, czy konkretna informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum INKADRO nie dołączyło do wyjaśnień ceny (w dniu ich składania) również oddzielnego dokumentu zawierającego uzasadnienie/wykazanie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, że w treści samych wyjaśnień ceny z dnia 20 stycznia 2021 r. Konsorcjum INKADRO ogranicza się wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, że określone załączniki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W zakresie załączników nr 1-4 Konsorcjum INKADRO dodało, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa ze względu na ochronę danych osobowych.

Jak podał Odwołujący, w odpowiedzi z dnia 10 lutego 2021 r. na kolejny wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania, Zamawiający udostępnił Odwołującemu wezwanie z dnia 25 stycznia 2021 r., w ramach którego zobowiązał Konsorcjum INKADRO do wykazania, że „treść przekazanych informacji spełnia wszystkie przesłanki z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Proszę o merytoryczne odniesienie się do pkt. 1, 2, 3 pisma - wyszczególnić, które dokumenty objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa i na jakiej podstawie prawnej.”. Ponadto, w treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one ujawnione.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. Konsorcjum INKADRO przekazało lakoniczne uzasadnienie wykazania

ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk wobec informacji zastrzeżonych w ramach wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. W powyższym uzasadnieniu Konsorcjum INKADRO ograniczyło się wyłącznie do powtórzenia treści przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk oraz powołania się na kilka ogólnych orzeczeń nie mających w większości związku z charakterem zastrzeganych informacji. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum INKADRO jednocześnie nie wykazało, ani nie udowodniło ziszczenia się żadnej z przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, nie przedstawiając faktów czy okoliczności wskazujących na wykazanie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek.

W ocenie Odwołującego, nieodtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień rażąco ceny oferty Konsorcjum INKADRO narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach sprawy brak jest prawnych podstaw do uznania treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk.

Odwołujący przywołał definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 2 Uznk, a także powołał orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00.

Odwołujący stwierdził, że do zastrzeżenia załączników nr 1-11 oraz 13-17 do wyjaśnień ceny z dnia 20 stycznia 2021 r. nie doszło ze względu na brak merytorycznego wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, jak również ze względu na niedopełnienie wymogów formalnych w zakresie momentu dokonania takiego zastrzeżenia.

Jak zauważył Odwołujący, w celu prawidłowego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy dokonać takiego zastrzeżenia wraz z wykazaniem jego zasadności w momencie składania przedmiotowych dokumentów lub oświadczeń. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, powyższa regulacja ma odpowiednie zastosowanie również do dokumentów zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie badania i oceny ofert, w tym wyjaśnień ceny ofert przez poszczególnych wykonawców. W tym ostatnim przypadku do wykazania zasadności zastrzeżenia również musi dojść w momencie złożeniem dokumentów i oświadczeń podlegających zastrzeżeniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt KIO 1834/19.

Odwołujący podkreślił, że obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jeżeli w chwili składania dokumentów podlegających zastrzeżeniu wykonawca jednocześnie nie wykaże, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie należy uznać za nieskuteczne, a dokumenty powinny podlegać odtajnieniu. Zamawiający jest przy tym wyłącznie uprawniony do zbadania, czy do zastrzeżenia jako tajemnicy pewnych informacji doszło w odpowiednim momencie oraz czy doszło do skutecznego wykazania ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk. Odwołujący wyraził pogląd, że Zamawiającemu nie wolno wzywać wykonawcy, który wcześniej nieskutecznie zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, do wykazania ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk wobec zastrzeżonych uprzednio informacji. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 532/19, oraz z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 274/20.

Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach sprawy, w dniu złożenia dokumentów podlegających zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, Konsorcjum INKADRO nie dokonało jednoczesnego wykazania ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk w zakresie zastrzeganych informacji. Z uwagi na powyższe, w ogóle nie doszło do skutecznego zastrzeżenia załączników nr 1-11 oraz 13-17 do wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r., przez co powinny one podlegać odtajnieniu z przyczyn formalnych. W ocenie Odwołującego, niedopuszczalne było również wezwanie Konsorcjum INKADRO o wykazanie ziszczenia się przesłanek zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów w późniejszym terminie. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, już z przyczyn formalnych działanie Zamawiającego należy uznać za naruszające art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk.

Odwołujący stwierdził, że niezależnie od powyższego, nie doszło do skutecznego wykazania przez Konsorcjum INKADRO zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji załączników nr 1-11 oraz 13-17 do wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. ze względu na lakoniczną treść uzasadnienia wykazania łącznego ziszczenia się przesłanek art. 11 ust. 2 Uznk.

Odwołujący podniósł, że co do zasady wyłącza się możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa na mocy art. 11 ust. 2 Uznk informacji, których pozyskanie jest możliwe w zwykłym toku czynności, a szczególnie, gdy obowiązek ich ujawnienia wynika z przepisów prawa (np. ustawy o dostępie do informacji publicznej). Jak ponadto zauważył Odwołujący, dopuszczalność zastrzeżenia dokumentów zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest traktowana jako wyjątek od ogólnej zasady jawności.

Odwołujący podzielił stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2862/20, w którym stwierdzono, że: „Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający dla zapewnienia realizacji nadrzędnej zasady jawności postępowania, a przy tym także realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, ma obowiązek każdorazowego weryfikowania zastrzeżenia tajności złożonych przez wykonawców dokumentów. Odwołujący podzielił również pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1234/18, KIO 1276/18: „Obowiązek wykazania, warunkujący skuteczność zastrzeżenia (Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca (...)) nie może być poczytany jako zbędny formalizm, ale jako wyraz poszanowania i ochrony zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten przesądza także o tym, że sam charakter informacji (informacja posiadająca wartość gospodarczą) nie jest wystarczający do odmowy ujawnienia takich informacji innym uczestnikom jawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten oznacza nadto, że Zamawiający, badając zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie może oceny tej dokonać w oderwaniu od argumentacji/dowodów składanych przez wykonawcę w celu wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa albo pomimo ich braku (poprzestając na ocenie jedynie charakteru informacji – posiadania wartości gospodarczej).”.

Odwołujący podniósł ponadto, że zastrzeżone przez Konsorcjum INKADRO wyjaśnienia rażąco niskiej ceny obejmowały informacje, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mają one bowiem wartości gospodarczej, co wynika to z faktu, że istotną część ceny stanowią koszty materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, na które zostały przez Konsorcjum INKADRO przedstawione oferty dostawców, z których to dostaw korzysta większość wykonawców na rynku objętym przedmiotem zamówienia. Powyższe oferty mogą różnić się jedynie proponowanym upustem/rabatem, w związku z czym utajnienie takich ofert w całości jest bezprzedmiotowe. Odwołujący stwierdził, że posiada wiedzę na temat dostawców, od których Konsorcjum INKADRO nabywa materiały niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz ceny wyjściowe tych materiałów. Kwestia rabatu w tej sytuacji jest drugorzędna i jako taka nie powinna stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum INKADRO nie korzysta z dostaw nieznanego i wyspecjalizowanego podmiotu, a zamawiane przedmioty są powszechnie zamawiane i dostępne na rynku dla każdego, kto działa w tej branży, nie wiąże się to z żadną wiedzą technologiczną, organizacyjną czy gospodarczą, do której dostępu nie mają inne podmioty. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2295/18.

Za najistotniejszą Odwołujący uznał okoliczność, że Konsorcjum INKADRO nie udowodniło, aby zastrzegane informacje nie były znane innym podmiotom - Konsorcjum INKADRO nie wskazało, jakie działania podjęło, aby zachować informacje w poufności. Odwołujący przytoczył argumentację powołaną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2295/18: „nie sprostął także obowiązkowi udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania, skoro na dokumentach, które pochodzą od innych podmiotów nie wynika, aby uważały one przekazywane informacje (w tym udzielane rabaty) za stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa lub podmioty te zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności. Tym bardziej nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w celu ochrony tych informacji przed ujawnieniem. Nie jest wystraszające samo zapewnienie o tym, że umowy z pracownikami czy kontrahentami zawierają stosowane klauzule poufności, skoro wykazywanie takiego twierdzenia nie następuje żadnych trudności, a żadne umowy lub wyciągi z nich nie zostały przedstawione Zamawiającemu.”.

Odwołujący stwierdził również, że wieloletni udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotowym rynku pozwala na stwierdzenie, iż żadna z ofert wskazanych przez Konsorcjum INKADRO dostawców materiałów nie zawiera klauzuli

poufności. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, Konsorcjum INKADRO nie przedstawiło dowodów potwierdzających, że dostawcy zobowiązali ww. wykonawcę do utrzymania w tajemnicy treści przekazanych ofert. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2020 r., sygn. akt KIO 2123/20.

W ocenie Odwołującego, w aktualnym stanie faktycznym, Zamawiający zbyt pochopnie i bezkrytycznie przyjął zasadność utrzymania tajności złożonych przez Konsorcjum INKADRO wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie wykazując przy tym należytej staranności w procesie weryfikacji poszczególnych zastrzeżeń.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nawet w razie spełnienia przesłanek uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zawsze jest to równoznaczne z koniecznością zastrzegania całych dokumentów, i jak wyjaśnia KIO w wymienionym wyżej wyroku, to nie całe dokumenty powinny zostać utajnione, a poszczególne zawarte w nich informacje i to przy łącznym spełnieniu przesłanek kwalifikujących je jako informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważył, iż częstą praktyką jest zastrzeganie znacznych części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie dlatego, że istnieje faktyczna konieczność ochrony zastrzeżonych informacji, lecz w celu uniemożliwienia konkurentom weryfikacji ww. ofert pod kątem rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący podzielił pogląd zawarty w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2519/18.

Zdaniem Odwołującego, za niezasadne należy uznać zastrzeżenie całych dokumentów (w tym umów o pracę) dotyczących pracowników i współpracowników delegowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, z uwagi na ochronę danych osobowych. Przepisy dotyczące ochrony danych osobowych umożliwiają co najwyżej animizację imion i nazwisk osób delegowanych do realizacji zamówienia, nie zaś całych dokumentów dotyczących pracowników i współpracowników. Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 26 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2319/18: „ochrona danych osobowych określonego personelu i informacji o kwalifikacjach zawodowych pracowników przez wyłączenie jawności postępowania to ostateczność, po którą by można sięgać wyłącznie w przypadkach, w których inne środki byłyby nieskuteczne, bądź niewystarczające. Wykonawca nie powinien swobodnie, niejako poza pracownikiem i często bez wiedzy i świadomości, decydować, że utajni informacje o wykształceniu i doświadczeniu zawodowym, wszak to nie są *stricte* dobra wykonawcy, a pracownicy często się nimi chwalą, np. na portalach społecznościowych. Wspomniane inne

środki to przede wszystkim umowy o zakazie konkurencji, odpowiednie ukształtowanie wynagrodzenia czy przekazywania innych profitów wynikających z zatrudnienia.”.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, na poparcie spełnienia przesłanek umożliwiających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w obecnym stanie prawnym oraz zgodnie z linią orzeczniczą KIO, konieczne jest przedstawienie dowodów, że wykonawca dochował należytej staranności, aby dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dostępne osobom trzecim. Dowodami takimi mogą być klauzule o zachowaniu poufności, w umowach z kontrahentami oraz pracownikami, klauzula zawarta we wstępnej ofercie dystrybutora o zachowaniu cen i warunków w poufności. Nie wystarczą natomiast same twierdzenia Konsorcjum INKADRO, jeżeli na ich potwierdzenie Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowód. W ocenie Odwołującego, w takiej sytuacji wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum INKADRO powinny zostać odtajnione i udostępnione Odwołującemu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, zasadne będzie stwierdzenie, że Konsorcjum INKADRO nie wykazało oraz nie udowodniło ziszczenia się wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 Uznk, przez co nie doszło do skutecznego zastrzeżenia załączników nr 1-11 oraz 13-17 do wyjaśnień ceny z dnia 20 stycznia 2021 r., a w konsekwencji Zamawiający zaniechawszy udostępnienia/odtajnienia ww. załączników dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podał, że w dniu 30 grudnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert. Z powyższej informacji wynikało, że Zamawiający na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 7.700.000,00 zł brutto. Ponadto, zgodnie z powyższą informacją, w postępowaniu zostało złożone 5 ofert, w tym oferta Konsorcjum INKADRO na kwotę 3.864.563,37 zł brutto oraz oferta Odwołującego 5.669.602,43 zł brutto. Obu ww. wykonawców zaoferowało taki sam okres gwarancji.

Jak wskazał Odwołujący, wezwaniem z dnia 4 stycznia 2021 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (przy czym ze względu na różnicę wartości oferty Konsorcjum INKADRO w porównaniu kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, zastosowanie powinien mieć również art. 91 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp) Zamawiający zobowiązał Konsorcjum INKADRO do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty ww. wykonawcy oraz złożenia dowodów dotyczących ceny i kosztów realizacji

przedmiotu zamówienia. Z okoliczności sprawy wynika bowiem, że cena realizacji zamówienia, podana w ofercie Konsorcjum INKADRO jest ceną o 49,81% niższą od środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum INKADRO przedstawiło bardzo ogólne wyjaśnienia z dnia 11 stycznia 2021 r. Następnie, wezwaniem z dnia 18 stycznia 2021 r. Zamawiający zobowiązał Konsorcjum INKADRO do przedstawienia dalszych, szczegółowych wyjaśnień, w tym obowiązkowego wyjaśnienia następujących elementów ceny:

- 1) ofert, wycen, faktur od dostawców materiałów lub innych dowodów od ww. podmiotów, potwierdzających korzystne warunki współpracy,
- 2) w zakresie rzetelności kalkulacji - dowodów na potwierdzenie ceny rynkowej materiałów wyszczególnionych w ofercie,
- 3) dowodów przedstawiających przyjętą technologię i organizację robót pozwalających na minimalizację kosztów realizacji zamówienia,
- 4) koszty wynagrodzeń zasobów ludzkich z wyszczególnieniem wynagrodzenia jednego pracownika na stanowisku roboczym, kadry kierowniczej (umowy o pracę),
- 5) kosztów wytworzenia masy bitumicznej,
- 6) kosztów zakupu paliwa za jeden litr,
- 7) kosztów pozyskania kruszcu,
- 8) jaki wpływ na cenę ma posiadany przez Konsorcjum sprzęt i maszyny,
- 9) opis zastosowania nowatorskiego sprzętu (jeśli taki będzie używany),
- 10) jaki wpływ na cenę ma uzyskana pomoc publiczna.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższe wezwanie, w połączeniu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym miał obowiązek wykazania, co składa się na zaoferowaną przez niego cenę. Odwołujący podkreślił, że zastosowanie procedury z art. 90 ustawy Pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że na skutek powyższego domniemania Konsorcjum INKADRO wezwane do złożenia wyjaśnień, zobowiązane było udowodnić, iż zaoferowana przez nie

cena nie jest ceną rażąco niską. W tym celu wykonawca powinien złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Jak zauważył Odwołujący, w orzecznictwie utrwalił się jednolity pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Odwołujący zaznaczył, że pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony znowelizowanym brzmieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 992/19 i z dnia 12 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1415/09.

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 stycznia 2021 r. Konsorcjum INKADRO złożyło częściowo ogólne oraz częściowo w ogóle nie odpowiadające na treść wezwania wyjaśnienia z dnia 20 stycznia 2021 r. (które wpłynęły do Zamawiającego dnia 21 stycznia 2021 r.). W ocenie Odwołującego, ww. wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum INKADRO są niewystarczające, jak również nie czynią zadość wezwaniu z dnia 18 stycznia 2021 r.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum INKADRO, mimo dwukrotnego wezwania, nie udzieliło szczegółowych wyjaśnień co do wysokości pomocy publicznej, jaką uzyskał każdy z członków Konsorcjum INKADRO w ciągu 5 ostatnich lat oraz jej wpływu na realizację zamówienia. Pomimo ponownego zobowiązania Konsorcjum INKADRO w wezwaniu z dnia 18 stycznia 2021 r. do przedstawienia wysokości i wpływu uzyskanej pomocy publicznej na realizację zamówienia („Proszę również o poinformowanie w jaki sposób, jakie czynniki mają wpływ na cenę oferty, a wynikające z uzyskanej pomocy publicznej.”), Konsorcjum INKADRO ograniczyło się do powtórzenia informacji zawartych w pierwszych wyjaśnieniach ceny z dnia 11 stycznia 2021 r. (ogólne informacje o pomocy uzyskanej z Samorządowego Funduszu Poręczeń Kredytowych, Powiatowego Urzędu Pracy, Polskiego Funduszu Rozwoju oraz Banku Gospodarstwa Krajowego). Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum INKADRO nie uczyniło zadość wezwaniu z dnia 18 stycznia 2021 r.

Jak wskazał Odwołujący, w dalszej treści wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. Konsorcjum INKADRO wskazało, że: „Do sporządzenia kosztorysu ofertowego będącego załącznikiem do złożonej oferty a obejmującego 89 pozycji zastosowaliśmy parametry gwarantujące wynagrodzenie pracowników zgodne z art. 2 ust. 3 - 5 Ustawy z 10 października 2002 roku. Średniomiesięczne wynagrodzenie członków brygad roboczych kształtuje się na poziomie 17-21 zł/h w zależności od zaszeregowania (zał. nr 1, 2 i 3 - stanowi tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, ochrona danych osobowych). Również

wynagrodzenie nadzoru technicznego (zał. nr 4 - stanowi tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, ochrona danych osobowych) zachowuje wszystkie rygory ustawy j.w.”.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum INKADRO, jak również Zamawiający, uniemożliwili Odwołującemu pełną weryfikację wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. ze względu na niezasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników nr 1-4 do wyjaśnień. Odwołujący mimo to stwierdził, że treść złożonych wyjaśnień i tak wskazuje na sprzeczności, które nie pozwalają na uznanie wyjaśnień ceny w powyższej kwestii.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) minimalne wynagrodzenie miesięczne w 2021 r. wynosi 2800 zł brutto. Z uwagi na powyższe, przy średniej 160 godzin roboczych przyjmowanej w przypadku prac objętych przedmiotem zamówienia, stawka za jedną godzinę wynosi 17,5 zł. Tymczasem z wyjaśnień wynika, że niektórzy pracownicy Konsorcjum INKADRO są zatrudnieni za stawkę nie przekraczającą powyższej kwoty, co wskazywałoby na niezgodność z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Odwołujący wskazał również, że powyższe wyliczenia nie uczyniły zadość wezwaniu, ponieważ samo odniesienie się do stawek netto i brutto wynagrodzenia, bez wskazania ostatecznej ich wartości (po doliczeniu kosztów pracowniczych) nie daje pełnego i prawidłowego obrazu przedstawionych wyliczeń. Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, Konsorcjum INKADRO nie uwzględniło w swoich wyliczeniach kosztów urlopów i zwolnień chorobowych członków brygady i faktu konieczności zapewnienia ich zastępstwa.

Odnosząc się do argumentu podniesionego przez Konsorcjum INKADRO: „Wpływ na oferowaną cenę miała również mała odległość inwestycji od siedziby firmy, przez co unikamy płacenia delegacji lub ewentualnych noclegów dla pracowników.” Odwołujący podał, że z jego ustaleń wynika, że miejsce realizacji zamówienia jest oddalone od siedzib poszczególnych członków konsorcjum odpowiednio o ok. 40 oraz ok 50 km. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum INKADRO nie przedstawiło kosztów wynikających z konieczności codziennego dowozu/dojazdu osób delegowanych do realizacji zamówienia na miejsce realizacji zamówienia. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia w ww. zakresie należy uznać za nieczyniące zadość wezwaniu z dnia 18 stycznia 2021 r. oraz niepotwierdzające, że cena oferty Konsorcjum INKADRO nie jest rażąco niska. Podobnie, jak wskazał Odwołujący, podając argument o posiadaniu rabatów na zakup paliw płynnych ON Konsorcjum INKADRO nie wskazało jaka średnia ilość litrów paliwa zostanie zużyta przy

realizacji zamówienia, przez co, w opinii Odwołującego, nawet wobec podania ceny zakupu jednego litra, nie można zweryfikować rzeczywistej oszczędności z powyższego tytułu.

Odnosząc się do przedstawionej przez Konsorcjum INKADRO w pkt 4 wyjaśnień z 20 stycznia 2021 r. argumentacji: „W przyjętej przez konsorcjum technologii wykonania robót założyliśmy, że przy tak małych głębokościach oraz rodzaju gruntu (co wynika z odwiertów geologicznych) można zastosować wykopy węższe. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający przyjął w KST szerokość średnią ca 1,23 m przy średniej głębokości 2,44 założyliśmy, iż będąc w zgodzie z wytycznymi (zał. nr 9) dla robót ziemnych dla rur DN 200 stosujemy wykop o szer. 0,90 m. Przy łącznej długości 4758 mb (rur przewodowych - wykopów) daje oszczędność $4758 \times 2,44 \times 0,33 = 3.831,1 \text{ m}^3$ ” Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum INKADRO w obliczeniach objętości robót ziemnych całkowicie pomija szerokość wykopu koniecznego do wykonania studni betonowych $\varnothing 1000 \text{ mm}$ (średnica wewnętrzna studni). Średnica zewnętrzna takiej studni wynosi 1300 mm. Dokumentacja zakłada wykonie 210 szt.

W obliczeń Odwołującego:

- ilość studni: 210 szt.
 - średnica wewnętrzna studni: 1000 mm = 1,0 m
 - średnica zewnętrzna studni: 1300 mm = 1,3 m
 - wolna przestrzeń robocza* pomiędzy studnią i szalunkiem: min. 0,4 m (wokół studni)
- * wolna przestrzeń robocza jest konieczna z uwagi na tzw. przestrzeń montażową oraz wykonanie prawidłowego zagęszczenia gruntu - miejsce dla zagęszczarki.
- długość szalunku np. KRINGS lub ORZEŁ: 3,0 m *
- * (wolna przestrzeń pomiędzy rozporami wynosi znacznie mniej - ok. 2,4 m)
- średnia głębokość: 2,44 m
 - grubość ścianki szalunku: 0,1 m (po obu stronach wykopu)

Szerokość wykopu dla wykonania studni $\varnothing 1000 \text{ mm}$:

$$1,3\text{m} + 0,4\text{m} + 0,4\text{m} + 0,1 \text{ m} + 0,1 \text{ m} = 2,3 \text{ m}$$

Objętość wykopu dla jednej studni:

$$2,3\text{m} \times 2,44\text{m} \times 3 \text{ m} = 16,84 \text{ m}^3$$

Od tej objętości (16,84 m³) należy odjąć objętość, którą założyło Konsorcjum INKAFRO obliczając objętość mas ziemnych dla wykonania rur przewodowych:

$$0,9\text{m} \times 2,44\text{m} \times 3\text{m} = 6,59 \text{ m}^3$$

$$16,84 \text{ m}^3 - 6,59 \text{ m}^3 = 10,25 \text{ m}^3 \text{ na każdą studnię}$$

$$10,25 \text{ m}^3 \times 210 \text{ szt.} = 2152,5 \text{ m}^3 \text{ dla całości zadania}$$

Odwołujący podał, że dla uproszczenia w powyższej kalkulacji pominięto takie szczegóły jak: grubości dna studni (15 cm) oraz konieczność wykonania wzmocnionego podłoża pod betonową studnią (o grubości min. 15 cm - w zależności od warunków gruntowo-wodnych). Uwzględnienie tych elementów zwiększyłoby średnią głębokość wykopu, a co za tym idzie, objętość wykopów o 2 m³ dla każdej studni - objętość wykopów dla 210 szt. wyniosłaby nie 2152,5 m³ lecz 2586,4 m³.

Opierając się na ww. wyliczeniach Odwołujący zwrócił uwagę, że założenia Konsorcjum INKADRO dotyczące oszczędności wynikających ze zmniejszenia ilości robót ziemnych są błędne i nie wyniosą 3.831,1 m³ lecz tylko:

$$3.831,1 \text{ m}^3 - 2.152,5 \text{ m}^3 = 1.678,6 \text{ m}^3,$$

a nawet mniej: $3.831,1 \text{ m}^3 - 2.586,4 \text{ m}^3 = 1.244,7 \text{ m}^3$ (jeśli uwzględnić ww. szczegóły: grubość studni i wzmocnienie podłoża pod studnią).

Odwołujący podniósł, że większa objętość wykopów (niż założyło Konsorcjum) pociąga za sobą kolejne koszty:

- transport gruntu w obrębie budowy,
- wymianę gruntu na grunt spełniający wymagania norm,
- utylizacja gruntu nie nadającego się do wbudowania,
- transport gruntu do miejsca utylizacji.

W opinii Odwołującego, Konsorcjum INKADRO dokonało zbyt dużych uproszczeń przygotowując kalkulację cenową, co podważa prawidłowość jej przeprowadzenia, a w konsekwencji, podważa rzetelność całych wyjaśnień przedstawionych przez ww. wykonawcę.

W nawiązaniu do argumentu Konsorcjum INKADRO z pkt 5 wyjaśnień z dnia 18 stycznia 2021 r., że „Wykonawca jest w posiadaniu własnego, wydajnego i taniego w eksploatacji sprzętu i urządzeń (sprzęt i urządzenia całkowicie zamortyzowane i nie obciążone kosztami leasingów i kredytów)” i podania listy posiadanego sprzętu i urządzeń oraz przedstawienia kosztów ich eksploatacji Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum INKADRO nie załączyło żadnych dowodów potwierdzających własność wymienionych w zestawieniu sprzętów i urządzeń, co, w ocenie odwołującego, podaje w wątpliwość rzetelność informacji w powyższym zakresie. Odwołujący powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2018 r., sygn. akt. KIO 2703/17, z dnia 11 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1020/16, oraz z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KI0121/16.

Zdaniem Odwołującego, pominięcie przez Konsorcjum INKADRO obowiązków w zakresie szczegółowości, rzetelności oraz wewnętrznej spójności opisanego okoliczności pozwalających obniżyć cenę realizacji zamówienia i wykazania ich konkretnego wpływu na możliwość obniżenia ceny, poprzez wykazanie szczegółowych, niewątpliwych kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych, prowadzi do wniosku, że Konsorcjum INKADRO nie obaliło domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający, mimo wezwania Konsorcjum INKADRO do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie sposobu wyliczenia ceny całkowitej jego oferty, powinien odrzucić ofertę Konsorcjum jako zawierającą rażąco niską cenę. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechawszy czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp

Mając na uwadze treść zarzutu nr 2 odwołania, Odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum INKADRO był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy Pzp oraz w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w odwołaniu argumenty przesądzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym, skutkują koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum INKADRO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Odwołujący podał, że Konsorcjum INKADRO na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ powołało się na zamówienie zrealizowane przez członka Konsorcjum – Eko- Inżyniera na rzecz generalnego wykonawcy STANISŁAWSKI J. S. w ramach inwestycji pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Zduny”. Jak zauważył Odwołujący, w wykazie robót z dnia 20 stycznia 2021 r. Konsorcjum INKADRO wskazało, że wartość zrealizowanej przez Eko-Inżynierię części robót miała wartość 3.151.227,42 zł brutto. Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, z referencji z dnia 19 marca 2019 r. wynika, że podana w wykazie robót kwota 3.151.227,42 zł brutto obejmuje całość robót wykonanych w ramach inwestycji przez Eko-Inżynierię, tj. nie tylko wykonania kanalizacji sanitarnej, ale również prac związanych z odtworzeniem nawierzchni, których, w ocenie Odwołującego, nie można zaliczyć do wykonania kanalizacji sanitarnej. Odwołujący wskazał, że z treści referencji z dnia wynika, że wartość robót dotyczących wykonania kanalizacji sanitarnej oraz przepompowni ścieków wynosiła łącznie 2.360.145,97 zł brutto (1.802.713,28 zł netto + 116.104,58 zł netto + podatek VAT 23%).

Odwołujący stwierdził, że roboty dotyczące odtworzenia nawierzchni nie zaliczają się do robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej. W konsekwencji, uznać należy, że Konsorcjum INKADRO w ramach inwestycji w Zdunach wykonało roboty polegające na budowie kanalizacji sanitarnej o wartości 2.360.145,97 zł brutto. Doświadczenie przy realizacji powyższej inwestycji, zdaniem Odwołującego, nie pozwala na wykazanie oraz potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ. To z kolei powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum INKADRO z postępowania i odrzuceniem złożonej przez nie oferty. Odwołujący stwierdził, że w okolicznościach sprawy, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum INKADRO, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp - warunek udziału

W ocenie Odwołującego, w pozycji nr 2 wykazu robót z 20 stycznia 2021 r. doszło do złożenia informacji niezgodnych z rzeczywistością poprzez wskazanie, że wartość zrealizowanych przez Eko-Inżynierię robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej w ramach inwestycji pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Zduny” przekraczała wartość 3.151.227,42 zł brutto. Tymczasem z treści referencji z dnia 19 marca 2019 r. wynika wniosek odmienny, wskazujący, że wartość robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej wykonanych przez Eko-Inżynierię nie przekracza wartości 3.000.000,00

zł brutto, co w konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wskazuje na niespełnienie przez Konsorcjum INKADRO warunku udziału określonego w Rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwszy SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum INKADRO powinno podlegać wykluczeniu także z tego powodu, że podało w wykazie robót informacje niezgodne z rzeczywistością, a tym samym, próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazał, że działanie Konsorcjum INKADRO odniosło pożądany skutek ze względu na niezasadny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2018 r., sygn. akt KIO 491/18.

Jak zauważył Odwołujący, w doktrynie prezentowany jest pogląd, że złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu i w każdym przypadku skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Odwołujący podał, że dla uznania, że wykonawca jest winny wprowadzenia zamawiającego w błąd wystarczająca jest wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Nie jest zatem wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki z art. 24 ust. 1 pkt 16.

Odwołujący stwierdził, że wstrzymując się od wykluczenia Konsorcjum INKADRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał podstawowych działań mających na celu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

6. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - zaniechanie wniesienia zabezpieczenia

Odwołujący wskazał, że w okolicznościach sprawy doszło również do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę zamawiających w błąd przy przedstawieniu informacji w uprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiące przy tym bezprawne wpłynięcie przez Konsorcjum na czynności zamawiających, polegające na przedstawieniu informacji, że Konsorcjum jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia, aby następnie zaniechać wniesienia zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia, co skutkowało brakiem zawarcia umowy w postępowaniu oraz zatrzymaniem wadium ww. wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum INKADRO przynajmniej dwukrotnie wprowadziło zamawiających w błąd w powyższym zakresie. W roku 2017 r. Konsorcjum złożyło ofertę w postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Chobanin, Górka Wieruszowska, Pieczyska - II Etap” prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Komunalne w Wieruszowie (ul. b-pa St. Bareły 130, 98-400 Wieruszów). W ramach złożonej oferty Konsorcjum złożyło oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia. Odwołujący podał, że mimo powyższej deklaracji oraz złożenia dokumentów rzekomo potwierdzających spełnienie powyższych warunków, Konsorcjum nie złożyło zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia, przez co nie doszło do zawarcia umowy z zamawiającym, jak również zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotową inwestycję ostatecznie zrealizował Odwołujący.

Odwołujący podniósł, że analogiczna sytuacja miała miejsce w postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami i przepompowniami w m. Szklarka Mielęcka i Borek Mielęcki gm. Kępno” prowadzonym przez Wodociągi Kępińskie Sp. z o.o. (63-600 Kępno, ul. Wrocławska 28) w 2019 r. Konsorcjum ponownie oświadczyło o spełnieniu warunków udziału w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia, aby po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej zaniechano złożenia zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, wobec Konsorcjum INKADRO ziszczy się przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że w przypadku wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp wykonawca podlega wykluczeniu z dalszych postępowań, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 lub 18 ustawy Pzp, w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, powinien złożyć dowody potwierdzające podjęcie odpowiednich środków oraz działań na wykazanie rzetelności wobec ubiegania się w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jak zauważył Odwołujący, Konsorcjum INKADRO w przedmiotowym postępowaniu nie złożyło dowodów ani wyjaśnień w celu uczynienia zadość procedurze samooczyszczenia, w związku z czym, w opinii Odwołującego, powinno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp.

7. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu doszło również do naruszenia polegającego na zaniechaniu niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Konsorcjum INKADRO, na wniosek z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz z dnia 9 lutego 2021 r.

Odwołujący podał, że w dniu 13 stycznia 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania z załącznikami, tj. wszystkich dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Konsorcjum INKADRO w celu weryfikacji prawidłowości dokonania czynności badania i oceny oferty Konsorcjum. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. 5 lutego 2021 r. przekazał Odwołującemu dokumenty oraz oświadczenia, jednakże niekompletne. W związku z powyższym, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z ponownym wnioskiem z dnia 9 lutego 2021 r. o udostępnienie dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Konsorcjum INKADRO. Kompletne dokumenty zostały przesłane Odwołującemu dopiero dnia 10 lutego 2021 r. ok. godz. 11. Odwołujący zaznaczył, że dnia 10 lutego 2021 r. upływał termin wniesienia odwołania wobec czynności związanych z wyborem oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na krótki termin na złożenie odwołania w postępowaniu (5 dni) od powyższych czynności Zamawiającego, Zamawiający był zobowiązany do niezwłocznego udostępnienia protokołu postępowania ze wszystkimi załącznikami, w celu prawidłowej obrony swoich praw przez Odwołującego. Jak wskazał Odwołujący, opieszałość (brak niezwłoczności) w przekazaniu przez Zamawiającego pełnego protokołu postępowania ze wszystkimi załącznikami, istotnie utrudniło pełne odniesienie się do bezpodstawności wyboru oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do uniemożliwienia prawidłowego skorzystania przez Odwołującego z prawa do obrony przewidzianego w art. 180 ustawy Pzp,

W ocenie Odwołującego, w okolicznościach sprawy doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum INKADRO.

Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał dokonanie czynności i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów rozprawy o pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym 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, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum INKADRO dnia 20 stycznia 2021 r. w zakresie utajnienia treści załączników nr 1-11 oraz nr 13-17 do wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że Konsorcjum INKADRO zastrzegając ww. część wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2021 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie umotywowowało zastrzeżenia, nie wykazało jego zasadności. Tego rodzaju zaniechanie powinno skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Wskazać należy, że w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że zawarty w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymóg wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza, że nie składając wyjaśnień, a także w niezbędnym zakresie stosownych dowodów, wykonawca rezygnuje z ochrony informacji (wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15, orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia KIO z dnia 8 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1006/18, z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 545/15, KIO 563/16, z dnia 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15, z dnia 28 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1730/15). Zamawiający w takiej sytuacji nie jest uprawniony do zastępowania wykonawcy w owym wykazaniu, a w szczególności nie jest uprawniony przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że również stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy.

Zasadność przedmiotowego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udostępnił Odwołującemu zastrzeżone dokumenty, Izba zaś rozpoznając przedmiotową sprawę wzięła pod uwagę argumentację Odwołującego opartą na pozyskanych informacjach (w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu). Wskazać należy, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględniła 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.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak też zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INKADRO, mimo iż przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia oraz złożone dowody są częściowo zbyt ogólne, wewnątrznie sprzeczne oraz nie odnoszące się do wszystkich elementów wezwania z dnia 18 stycznia 2021 r., przez co nie czynią zadość obowiązkowi z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po analizie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INKADRO w dniach 12 stycznia 2021 r. (pismem z dnia 11 stycznia 2021 r.) oraz 21 stycznia 2021 r. (pismem z dnia 20 stycznia 2021 r.) Izba uznała złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia za wystarczające, poparte dowodami i wykazujące realność zaoferowanej ceny.

Izba miała przede wszystkim na względzie, że wraz z wyjaśnieniami Konsorcjum INKADRO złożyło Zamawiającemu szczegółowy kosztorys obejmujący pełen zakres zamówienia. Za okoliczności istotne, uzasadniające zaoferowaną cenę, Izba uznała m.in. posiadanie przez Konsorcjum INKADRO własnej wytwórni mas bitumicznych i pozostałego sprzętu do robót drogowych, posiadanie własnego sprzętu i urządzeń wymienionych w treści wyjaśnień, posiadanie rabatów na zakup paliw płynnych ON, przyjęcie do kalkulacji ceny wynagrodzeń zgodnych z przepisami prawa, a także otrzymanie przez członków Konsorcjum INKADRO pomocy publicznej. Konsorcjum INKADRO określiło ponadto, w jaki sposób poszczególne okoliczności wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. Ww. wyjaśnienia zostały poparte dowodami w postaci m.in. ofert dostawców oraz umów o pracę. W ocenie Izby, treść złożonych wyjaśnień, szczegółowy kosztorys, a także załączone do wyjaśnień dowody w sposób wystarczający uwiarygadniają zaoferowaną cenę. Izba nie dopatrzyła się uchybień w wycenie kosztów pracy przez Konsorcjum INKADRO. Przyjęte do kalkulacji koszty pracy zostały wskazane w kosztorysie szczegółowym oraz w załączonych do wyjaśnień umowach o pracę. Należy wziąć przy tym pod uwagę, że obliczenie stawki za jedną godzinę jest zależne od liczby godzin pracy w danym miesiącu. Argumentu potwierdzającego przedmiotowy zarzut nie może także stanowić odległość siedzib członków Konsorcjum INKADRO od miejsca realizacji zamówienia. Brak jest podstaw do twierdzenia, że pracownicy będą dojeżdżali do pracy z tych lokalizacji. Ponadto, Konsorcjum INKADRO podało, że posiada rabaty na zakup paliw i określiło rząd oszczędności z tego tytułu. Podobnie, dokonane przez Odwołującego obliczenia mające świadczyć o mniejszych oszczędnościach z tytułu przyjętej technologii robót, niż wykazało to Konsorcjum INKADRO, także nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum INKADRO. Jak wskazano powyżej, wykonawca ten w sposób szczegółowy przedstawił kalkulację kosztów, która nie została zakwestionowana przez Odwołującego, poparł ją dowodami, co Izba uznała za wystarczające. Podstawy do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum INKADRO nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny nie może stanowić także okoliczność, że do wyjaśnień nie załączono dowodów potwierdzających własność sprzętów i urządzeń. Izba stwierdziła, że Konsorcjum INKADRO wymieniło w wyjaśnieniach posiadany sprzęt i urządzenia, a także pokazało różnicę w kosztach pomiędzy wynajmem sprzętu, a kosztami eksploatacji własnego sprzętu. W ocenie Izby, wyjaśnienia w tym zakresie są pełne i nie budzą wątpliwości. Uznanie wyjaśnień za niewystarczające z tego względu, że nie dołączono do nich dowodów potwierdzających własność byłoby nadmiernym formalizmem. Dokonując oceny złożonych przez Konsorcjum INKADRO wyjaśnień Izba oparła się przede wszystkim na ich treści oraz na załączonych do nich dowodach. Opinię biegłego złożoną wraz z odpowiedzią na odwołanie Izba przyjęła jako stanowisko zamawiającego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z postępowania z uwagi na niepotwierdzenie i niewykazanie przez ww. wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ.

W treści przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał od wykonawców udokumentowania wykonania w sposób należyty, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego, i prawidłowego ukończenia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót polegających na budowie kanalizacji sanitarnej o wartości nie niższej niż 3.000.000 PLN brutto każda.

Na potwierdzenie ww. warunku Konsorcjum INKADRO złożyło wraz z pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. wykaz robót wskazując w pozycji 2 zamówienie wykonane na rzecz STANISŁAWSKI J. S. pod nazwą: „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miasta Zduny”, wartość robót: 3.151.227,42 zł brutto. Konsorcjum opisało w wykazie zakres rzeczowy robót jako: „budowa kanalizacji sanitarnej (kanały grawitacyjne – ok. 3,0 km, rurociągi tłoczne ok. 0,2 km, przykanaliki ok. 1,3 km, przepompownia ścieków – 1 kpl), wykonanie robót nawierzchniowych odtworzeniowych”. Na potwierdzenie należytej realizacji przedmiotowego zamówienia Konsorcjum INKADRO złożyło referencje z dnia 19 marca 2019 r., w których roboty zostały podzielone na kanalizację sanitarną (wartość: 1.802.713,28 zł netto), przepompownię ścieków (wartość: 116.104,58 zł netto), oraz roboty nawierzchniowe (wartość: 643.155,65 zł netto). W referencji potwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a wykonawca wykazał się terminowością i wysokim standardem zakończonych robót.

Izba stwierdziła, że badanie spełniania przez Konsorcjum INKADRO przedmiotowego warunku z wyłączeniem robót nawierzchniowych byłoby działaniem nieuprawnionym. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, że każde standardowe zamówienie polegające na budowie kanalizacji sanitarnej obejmuje m.in. roboty odkrywkowe lub przeciskowe gruntu, położenie rur i przewodów kanalizacyjnych wraz z izolacją, a także roboty polegające na zakryciu przewodów kanalizacyjnych i odtworzeniu nawierzchni. Podobny zakres robót jest objęty przedmiotowym zamówieniem. Izba zważyła, że zamawiający planując budowę kanalizacji sanitarnej nie prowadzą odrębnych postępowań na roboty *stricto* kanalizacyjne oraz na roboty nawierzchniowe.

Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że podstawą zarzutu jest treść referencji, za którą wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności. To samo zamówienie mogłoby w treści referencji zostać ujęte jako budowa kanalizacji sanitarnej i obejmować pełną kwotę zamówienia.

W tym stanie rzeczy, nie zaistniały również podstawy do wezwania Konsorcjum INKADRO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKADRO z uwagi na wprowadzenie zamawiających w błąd przy przedstawieniu informacji w uprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiące przy tym bezprawne wpłynięcie przez Konsorcjum INKADRO na czynności zamawiających, polegające na przedstawianiu informacji, że Konsorcjum INKADRO jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia, aby następnie zaniechać wniesienia zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia, co skutkowało brakiem zawarcia umowy w postępowaniu oraz zatrzymaniem wadium ww. wykonawcy.

Izba stwierdziła, że opisane przez Odwołującego okoliczności nie są objęte normą art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba nie dopatrzyła się w tych okolicznościach także naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy, 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.

Sankcją, jaką przewiduje ustawa Pzp z tytułu niewniesienia zabezpieczenia należytej realizacji umowy jest zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Innych sankcji z tego tytułu ustawodawca nie przewidział, zatem czynność wykluczenia

Konsorcjum INKADRO z kolejnych postępowań, w których wykonawca ten bierze udział, byłoby działaniem nieuprawnionym.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Konsorcjum INKADRO.

Jak stanowi art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu pełną treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INKADRO niezwłocznie pod dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględnienie przedmiotowego zarzutu w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie może jednak skutkować nakazaniem powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Izba miała na uwadze, że Zamawiający ostatecznie przekazał Odwołującemu wnioskowaną dokumentację, zaś Odwołującemu udało się złożyć odwołanie wobec czynności Zamawiającego. Ponadto, dokonując oceny postawionych przez Odwołującego zarzutów Izba wzięła pod uwagę argumentację Odwołującego opartą na treści dokumentów pozyskanych przez Odwołującego w dniu 25 lutego 2021 r. W tym stanie rzeczy, mając na względzie dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp, Izba uznała, że zasadność przedmiotowego zarzutu nie miała wpływu i nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła również, że nie postawione w odwołaniu zarzuty, mające swoje źródło w treści dokumentów przekazanych Odwołującemu w dniu 25 lutego 2021 r., mogły stać się podstawą kolejnego odwołania. Takim zarzutem podniesionym na rozprawie, nie objętym rozpoznawanym odwołaniem, jest zarzut dotyczący niezgodności oferty Konsorcjum INKADRO z treścią SIWZ. Zgodnie z art. 555 ustawy nPzp, zarzut ten nie mógł być rozpoznany przez Izbę.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła podstaw do uznania za błędną czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum INKADRO jako najkorzystniejszej. Co za tym idzie, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (pkt 2 lit. a) oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 4 335,92 zł.

Przewodniczący: