

Sygn. akt: KIO 1237/21

WYROK
z dnia 22 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę: **B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich z siedzibą w Bydgoszczy**

przy udziale

A. wykonawcy: **Dom Inżynierski PROMIS S.A. z siedzibą w Szczecinie**

B. wykonawcy: **Stowarzyszenie Kujawsko-Pomorskie Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej PUBLICORUM z siedzibą w Bydgoszczy**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności z dnia 16 kwietnia 2021 r. polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: Dom Inżynierski PROMIS S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 1 do wyjaśnień rażąco

niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Dom Inżynierski PROMIS S.A. z siedzibą w Szczecinie pismem z 17 marca 2021 r., a także odrzucenie ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców: Dom Inżynierski PROMIS S.A. z siedzibą w Szczecinie; Stowarzyszenie Kujawsko-Pomorskie Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej PUBLICORUM z siedzibą w Bydgoszczy; Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z tego powodu, że pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie podołali oni obowiązkowi wykazania, że cena za wykonanie zamówienia nie jest rażąco niska;

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego w części 2/3 a odwołującego w części 1/3, i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 733 zł 33 gr (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzydzieści trzy złote trzydzieści trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 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

Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa Akademickiego Centrum Sportu dla potrzeb Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy, nr postępowania: AZZP.243.104.2020 (zwane dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), część II: Świadczenie usług doradztwa i wsparcia dla zamawiającego w trakcie wykonywania umowy pn: „Zaprojektowanie i wybudowanie ACS” - usługa Inwestora Zastępczego.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od progów unijnych, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 255-639361.

W dniu 16 kwietnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w części II zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę: Dom Inżynierski PROMIS S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „PROMIS” lub „przystępujący”).

W dniu 26 kwietnia 2021 r. wykonawca: **B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w części II zamówienia, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PROMIS, pomimo niewykazania przez niego spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, jako oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROMIS, mimo że ten przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie dotyczącym spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznych lub zawodowych, tj. w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy wymaganego przez zamawiającego;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: PROMIS; Stowarzyszenie Kujawsko-Pomorskie Centrum Edukacji Prawno-Obywatelskiej PUBLICORUM z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „PUBLICORUM”); Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej „IZR”), które zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy, pomimo wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów, nie podotali obowiązkowi wykazania, że ich oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej;
4. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) poprzez uznanie, iż wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a w szczególności załącznik nr 1 do wyjaśnień wykonawcy PROMIS z dnia 17 marca 2021 r., stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa;
5. art. 96 ust. 3 w związku art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku art. 11 ust. 2 UZNK poprzez nieudostępnienie odwołującemu na wniosek załącznika nr 1 do wyjaśnień wykonawcy PROMIS z dnia 17 marca 2021 r. wskutek błędnego uznania, że wykonawca PROMIS skutecznie zastrzegł ów dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; wykluczenie wykonawcy PROMIS z postępowania; odrzucenie oferty wykonawcy PROMIS, wykonawcy PUBLICORUM oraz wykonawcy IZR; wybór oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej; odtajnienie wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a w szczególności Załącznika nr 1 do wyjaśnień wykonawcy PROMIS z dnia 17 marca 2021 r. i udostępnienie go odwołującemu.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: PROMIS (w dniu 29 kwietnia 2021 r.) i PUBLICORUM (w dniu 30 kwietnia 2021 r.).

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp z 2019 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 14 czerwca 2021 r.), wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący PROMIS w dniu 18 czerwca 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, załączając dowody na jego potwierdzenie.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo procesowe z 18 czerwca 2021 r., w którym wniósł o przeprowadzenie dowodów na okoliczności zawarte w jego treści, potwierdzające zasadność zarzutów opisanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, w tym wykazem usług złożonym przez wykonawcę PROMIS wraz z załączonym do niego poświadczeniem należytego wykonania usługi, treścią pism składanych przez wykonawców na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie a także pismem procesowym złożonym przez odwołującego i przystępującego PROMIS, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, 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 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 10 maja 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który w ocenie odwołującego, winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. Jednocześnie odwołujący zakwestionował ocenę ofert w zakresie, w jakim zamawiający przyjął wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez wykonawców, którzy uplasowali się na drugiej i trzeciej pozycji w rankingu ofert. Gdyby zatem zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołujący uzyskałby zamówienie, wykonałby je i osiągnął zysk ekonomiczny z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła dowody złożone przez odwołującego i przystępującego, załączone do złożonych przez nich pism procesowych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie zasługiwało w części na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PROMIS pomimo niewykazania przez niego spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROMIS mimo, że przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie dotyczącym spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznych lub zawodowych, tj. w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy wymaganego przez zamawiającego i stwierdziła, że zarzuty te są niezasadne.

Izba ustaliła, że zamawiający, zgodnie z informacją zawartą w Rozdziale IV SIWZ podzielił zamówienie na dwie części: część I - Zaprojektowanie i wybudowanie Akademickiego Centrum Sportu (ACS); część II - Świadczenie usług doradztwa i wsparcia dla zamawiającego w trakcie wykonywania umowy pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie ACS” usługa Inwestora zastępczego. Zamawiający dodatkowo zastrzegł, że dopuszcza złożenie oferty tylko na jedną z ww. części. Ponadto Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia dla części drugiej opisano w Rozdziale V SIWZ. Zamawiający przewidział, że w zakresie usługi doradztwa i wsparcia dla zamawiającego, w trakcie wykonywania umowy na „Zaprojektowanie i wybudowanie ACS” wraz z usługą wielobranżowego nadzoru inspektorskiego, będzie: (i) analiza i weryfikacja rozwiązań projektowych proponowanych przez wykonawcę wybranego do realizacji Części I oraz przygotowanie rekomendacji przyjęcia, odrzucenia lub zmiany zaproponowanych rozwiązań wraz z ich uzasadnieniem; (ii) wsparcie zamawiającego w trakcie prac projektowych wykonywanych przez wykonawcę w zakresie: oceny spójności i kompletności przygotowanych rozwiązań projektowych, identyfikacji oraz zdefiniowaniu braków i wad dokumentacji projektowej, oceny zgodności

rozwiązań projektowych z wymaganiami zamawiającego i przepisami prawa; (iii) weryfikacja proponowanych przez wykonawcę rozwiązań projektowych pod kątem ich równoważności technologicznej; (iv) udział w spotkaniach projektowych (zarządczych i technicznych) z głosem opiniodawczo-doradczym zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego; (v) pełnienie wielobranżowego nadzoru inspektorskiego; (vi) rozliczanie inwestycji; (vii) przygotowanie dla zamawiającego kompletnej dokumentacji przetargowej koniecznej do wszczęcia postępowania przetargowego na wyłonienie dostawcy wyposażenia ruchomego ACS wraz z przeprowadzeniem tego postępowania, zakończonego wyborem dostawcy wyposażenia; (viii) zapewnienie obsługi prawnej inwestycji, w tym min: spraw związanych z realizacją umowy z wykonawcą części I, w tym jej aneksowaniem i egzekwowaniem należytego wykonania umowy na etapie przedsądowym, spraw związanych z wprowadzaniem do realizacji umowy podwykonawców i dalszych podwykonawców, w tym opiniowanie umów o podwykonawstwo i dalsze podwykonawstwo, obsługi spraw i wsparcia zamawiającego we wszelkich sprawach spornych występujących na linii zamawiający - wykonawca, zamawiający - podwykonawca lub dalszy podwykonawca oraz wykonawca - podwykonawca lub dalszy podwykonawca. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Części II znalazł się w Załączniku 2 do SIWZ - OPZ Część II.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, dotyczące części II zamówienia, w tym odnoszące się do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. W tym zakresie zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi polegające na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego lub nadzoru inwestorskiego (zarządzanie i nadzorowanie inwestycji budowlanych kubaturowych) przy budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych min. 10.000.000,00 zł. (dziesięć milionów złotych zero groszy) brutto każda. Zamawiający uzna warunek za spełniony także w sytuacji, jeżeli wykonawca wykonał jedną ww. usługę o wartości robót budowlanych min. 20.000.000,00 zł. (dwadzieścia milionów złotych zero groszy) brutto. Dalej zamawiający zaznaczył, że jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru, jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub na dzień zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru.

Dalej Izba ustaliła, że wykonawca PROMIS w złożonym na wezwanie zamawiającego wykazie wskazał jedną usługę o wartości robót budowlanych 333 666 202,99 zł. brutto, zrealizowaną na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach. Przedmiotem usługi, co wynika z treści dokumentu było: „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego - zarządzanie i nadzorowanie inwestycji budowlanych (kubaturowych) przy realizacji wymienionego zadania. Jako daty wykonania zamówienia PROMIS wpisał 1 lipca 2016 r. - 30 listopada 2018 r. Do wykazu został załączony dokument pn. „Poświadczenie należytego wykonania” z treści którego wynikało, że przestępujący „w okresie od 01.07.2016 roku do 30.11.2018 roku realizował umowę nr IR272.20.2016 CRU:1797/16 z dnia 10.06.2016 roku na pełnienie funkcji Inżyniera dla potrzeb realizacji projektu Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej PODIUM przy ul. Akademickiej i Kujawskiej w Gliwicach”. Inwestor oświadczył, że przedmiotem tej umowy było wykonywanie w imieniu i na rzecz zamawiającego kompleksowych usług inżyniera kontraktu, w tym funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla ośmiu zadań, które w treści poświadczenia zostały wymienione. Ponadto wystawca poświadczenia potwierdził, że prace wykonane przez PROMIS zostały wykonane należyście.

Odwołujący zauważył, że usługa wskazana przez przystępującego dotyczyła ośmiu zadań inwestycyjnych, zaś dla zadania o wartości wskazanej przez przystępującego w wykazie Świadectwo Przejęcia wystawiono 20 grudnia 2017 r. Z kolei termin składania ofert w postępowaniu upłynął 26 lutego 2021 r. a okres, w którym musiały zostać wykonane usługi, które można było wykazać na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający ustalił na 3 lata przed terminem składania ofert. Wykonawcy mogli zatem wskazywać na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu usługi nadzoru nad robotami, dla których Świadectwo Przejęcia (dla robót realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) wystawiono nie później niż 26 lutego 2018 r. Wskazane przez wykonawcę PROMIS w wykazie usług roboty budowlane o wartości brutto 333 666 202,99 zł. zostały zakończone przed tym dniem, tym samym w ocenie odwołującego, nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że odwołujący błędnie interpretuje warunki udziału w postępowaniu, utożsamiając datę wystawienia Świadectwa

Przejęcia z datą zakończenia realizacji usługi. Intencją zamawiającego było jedynie, aby w przypadku gdy zamiarem wykonawcy jest wylegitymowanie się danym typem usługi w postaci zastępstwa inwestorskiego dla inwestycji realizowanych w ramach warunków FIDIC - musi w to być zadanie w ramach którego, w toku obsługi inwestycji, doprowadzono co najmniej do wystawienia Świadczenia Przejęcia.

Istota sporu sprowadzała się zatem do sposobu rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia wykonawcy w realizacji zamówienia.

Izba w tym zakresie stwierdziła, że rację ma zamawiający twierdząc, iż z literalnego brzmienia SIWZ w zakresie, w jakim ta precyzuje w jaki sposób należy wykazać spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia nie wynika, że dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC jako datę wykonania usługi należy uznać datę wystawienia Świadczenia Przejęcia. SIWZ precyzuje jedynie, że w przypadku jeśli wykonawca wykazuje się takim doświadczeniem tzn. jeśli realizował zamówienie na warunkach FIDIC to może wykazać się jedynie takim, które jest na takim etapie jego realizacji, że wystawiono dla niego co najmniej Świadczenie Przejęcia.

Tym samym jeżeli dzień, w którym wystawiono takie świadectwo nie oznaczał jednocześnie daty, kiedy zakończono realizację przedmiotowego zadania, wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem w realizacji zadania, w którym doszło wprawdzie do wystawienia Świadczenia Przejęcia, ale prace na tym zadaniu były kontynuowane. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku zamówienia wskazanego przez PROMIS.

Izba zgadza się również z zamawiającym, że skoro posłużył się w treści warunku sformułowaniem, że jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie „co najmniej” do wystawienia Świadczenia Przejęcia to dopuścił tym samym sytuacje, w których realizacja zamówienia przedłuży się i po wystawieniu Świadczenia Przejęcia w ramach zamówienia dalej realizowane będą prace, przez jakiś okres czasu po tej dacie.

Jak wynika z ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie, przystępujący złożył wykaz usług, w którym wskazał jako datę zakończenia prac polegających na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego - 30 listopada 2018 r. Datę tą potwierdził Inwestor w poświadczeniu należytego wykonania, które zostało załączone do złożonego wykazu.

Dodatkowo PROMIS w piśmie procesowym wyjaśnił, że umowa na wykonanie zadania, które zostało wymienione w wykazie usług, zawarta 10 czerwca 2016 r. obejmowała pełnienie funkcji Inżyniera, w tym sprawowanie nadzoru inwestorskiego. Przyznał, że pierwotnie termin świadczenia usług ustalono na 28 lutego 2017 r., jednakże na podstawie zawartych do umowy 13 aneksów i porozumień, termin realizacji umowy został wydłużony do 30 listopada 2018 r. Niesporna jest zatem okoliczność, że zakres usług objętych umową

został rozszerzony oraz, że przedłużono termin obowiązywania kontraktu. Nie sposób jednak zgodzić się z odwołującym, że zarówno zakres tych prac, a w konsekwencji czas kiedy były wykonywane nie może zostać zaliczony do okresu wykonywania przedmiotowej usługi.

PROMIS, jako dowody potwierdzające, że przedmiotem aneksów było rozszerzenie zakresu umowy o pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu, z uwzględnieniem funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz, że termin świadczenia usług przedłużono do 30 listopada 2018 r. przedłożył: kopie aneksów do umowy nr 138/2016 z 10 czerwca 2016 r., poświadczenie Inwestora z 9 stycznia 2019 r., oświadczenie z 4 maja 2021 r. a także Protokół Konieczności nt 01/2018 z 8 marca 2018 r., protokół z negocjacji nr 01/2018 z 8 marca 2018 r. i Końcowe Świadczenie Płatności - Rewizja 1 z 25 kwietnia 2018 r. Z powyższych wynikało, że pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, w tym funkcji nadzoru inwestorskiego (zarządzanie i nadzorowanie inwestycji budowlanej kubaturowej) nad realizacją umowy nie zakończyło się wraz z wystawieniem Świadczenia Przejęcia ale, że po tej dacie, PROMIS nadal pełnił powierzoną mu funkcję i dokonywał czynności z tym związanych.

Z powyższych powodów nie można uznać, że zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W konsekwencji, w ocenie Izby nie znajduje również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie sposób uznać, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje nieprawdziwe czy też niekompletne, których celem było wywołanie u zamawiającego przekonania co do okoliczności, że PROMIS spełnia przedmiotowy warunek. Przystępujący w wykazie usług podał informacje zgodne z rzeczywistością. Nawet jeśli wskazał w wykazie kwotę, która nie obejmowała wartości wszystkich aneksów, to i tak informacje przedstawione w treści wykazu pozwalały zamawiającemu na ocenę, że warunek w zakresie minimalnej wartości zrealizowanych usług - został spełniony. Z kolei data zakończenia zadania odpowiada treści warunku i jest spójna z tym, co w swoim poświadczeniu zawarł zlecający usługę.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: PROMIS; PUBLICORUM oraz IZR, które zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy, pomimo wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów, nie podotali obowiązkowi wykazania, że ich oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej.

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut ustaliła, że wartość zamówienia wskazana przez zamawiającego w Protokole postępowania o udzielenie zamówienia wynosi dla części II - 896 000,00 zł., co po powiększeniu o należny podatek od towarów i usług daje kwotę 1

102 080,00 zł. W postępowaniu dla części II złożono 7 ofert, z czego oferta z najniższą ceną 478.470,00 zł została złożona przez wykonawcę PUBLICORUM, druga w kolejności była oferta złożona przez PROMIS - 537.510,00 zł., na trzecim miejscu pod względem ceny uplasował się wykonawca IZR, który zaproponował za realizację zamówienia 538.740,00 zł.

Ponadto skład orzekający ustalił, że wyżej wymienieni wykonawcy zostali wezwani przez zamawiającego pismem z 12 marca 2021 r. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zaproponowanej w ofercie. Jak wynikało z treści wezwania, zamawiający zrealizował w ten sposób obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, zawierającego przesłanki obligatoryjnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Zamawiający nie opisał w treści wezwania jakie elementy powinien wskazać wykonawca w swojej kalkulacji, przywołując jednak treść przepisu, z którego wynika jakie elementy wykonawca winien wskazać w szczególności, aby sprostać ciążącemu na nim obowiązkowi.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że zarzuty sformułowane przez odwołującego nie zasługują na uwzględnienie między innymi z tego powodu, że zostały oparte na zarzutach zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, a w konsekwencji ciężar udowodnienia powyższych twierdzeń spoczywa na odwołującym. W ocenie zamawiającego odwołujący pozostał w tym obszarze całkowicie bierny, nie wykazując żadnej inicjatywy celem wykazania, czy choćby uprawdopodobnienia, że złożone w postępowaniu oferty nie odpowiadają realiom rynkowym.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który został przez zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień. Z kolei w myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy składającym taką ofertę. Tym samym stwierdzić należy, że to wykonawca wezwany, ma obowiązek wyjaśnić i udowodnić, za pomocą dostępnych mu środków dowodowych, w zależności od okoliczności danej sprawy, że oferowana przez niego cena jest rynkowa i umożliwia realizację powierzonych mu zadań.

Tym samym jeśli zamawiający, stosując się do treści przepisów ustawy Pzp, wezwał wykonawców, którzy jak sam przyznał, znajdują się w grupie „tańszych” wykonawców, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny całkowitej oferty, to w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na nich ciążył obowiązek wykazania, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Innymi słowy zobowiązani byli oni do tego, aby wskazać w szczególności jakie

elementy decydują o tym, że cena skalkulowana na określonym poziomie jest ceną rynkową i w jaki sposób cena ta została przez nich obliczona, biorąc pod uwagę poszczególne elementy składające się na tą cenę. Tymczasem, w ocenie Izby, w wyjaśnieniach przesłanych zamawiającemu trudno doszukać się takich elementów, które miałyby potwierdzać realność i rynkowy charakter ceny.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca PUBLICORUM przedłożył wyjaśnienia datowane na 18 marca 2021 r. w których wskazano następujące okoliczności, które miały mieć wpływ na oferowaną cenę. Po pierwsze zwrócono uwagę na okoliczność, że wszyscy inspektorzy nadzoru wskazani do realizacji zadania prowadzą jednoosobową działalność gospodarczą i wystawiają faktury VAT, co powoduje, że do rozliczeń przyjmowane są kwoty brutto z faktury. Dalej wykonawca argumentował, że jego marża skalkulowana jest na poziomie minimalnym. W końcu, że realizuje dla zamawiającego usługi Inwestora Zastępczego dla trwającej obecnie inwestycji, stąd posiada na miejscu biuro budowy a inspektorzy nadzoru są tam stale obecni (powoduje to, że np. rady budowy mogą odbywać się w tym samym dniu, bez konieczności ponoszenia kosztów dojazdu koordynatora oraz inspektora nadzoru). Do wyjaśnień nie dołączono żadnych dowodów, potwierdzających powyższe okoliczności.

Izba podzieliła w tym zakresie ocenę odwołującego, który stwierdził, że odpowiadając na wezwanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca PUBLICORUM, odniósł się do treści zapytania w sposób ogólnikowy, nie składając przy tym żadnych dowodów na poparcie swoich wyjaśnień.

Argumentacja, którą przywołuje wykonawca w treści złożonych wyjaśnień ma charakter niczym niepopartych zapewnień, które są na tyle lakoniczne i ogólne, że nie sposób odnieść je do tego konkretnego zamówienia, realizowanego dla tego zamawiającego. Zapewnienia o tym, że kalkuluje marżę na minimalnym poziomie (przy czym nawet nie wiadomo na jakim), fakt współpracy z inspektorami na podstawie umów cywilno - prawnych (bez określenia nawet jakie wynagrodzenie oni otrzymają za realizację prac wykonywanych na rzecz zamawiającego) czy powoływanie się na szczególne okoliczności w postaci realizowania innej usługi dla zamawiającego (nie opisując przy tym jakie wymierne korzyści mogą zostać osiągnięte z tego tytułu, odnosząc to do możliwości obniżenia wynagrodzenia na tym kontrakcie) - bez konkretnych kalkulacji i dowodów mają charakter niczym nie popartych twierdzeń. Wyjaśnienia te są wątpliwe również z tego powodu, że jak zauważył odwołujący, takie okoliczności jak fakt zatrudniania inspektorów na podstawie umów cywilno-prawnych dotyczyć mogą praktycznie wszystkich usług tego rodzaju oraz być wykorzystane przez większość wykonawców działających na rynku. Ponadto, jak wykazał odwołujący za pomocą dowodu w postaci umowy nr AZPP.244.61.2019, zawartej w dniu 2

grudnia 2019 r. pomiędzy Konsorcjum PROMIS i PUBLICORUM a zamawiającym w wyniku postępowania pn. „Usługa pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego dla realizacji budowy budynku dydaktycznego dla potrzeb Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy”, planowany szacunkowy termin zakończenia okresu rozliczenia tej inwestycji to 30 września 2022 r. Ponadto, co potwierdził sam zamawiający odpowiadając na pytanie odwołującego, na dzień 20 maja 2021 r. nie zaistniały żadne okoliczności, które powodowałyby w przyszłości możliwość przedłużenia tego terminu (dowód odwołującego, załączony do pisma procesowego). Z kolei jako termin zakończenia przedmiotowego zadania, dla części II zamawiający w SIWZ przewidział jako dzień zakończenia budowy i usunięcia wszystkich wad i usterek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego, rozliczenia kosztów oraz zaakceptowania przez zamawiającego protokołu końcowego wykonania inwestycji i uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, nie dłużej jednak niż 760 dni od dnia podpisania umowy. Ponadto zamawiający zaznaczył, że wymaga realizacji obowiązków w zakresie rozliczenia inwestycji z Instytucją dofinansowującą, jednak nie dłużej niż 800 dni od dnia podpisania umowy, dopuszczając jednocześnie zmianę terminów, o których mowa powyżej w przypadku wydłużenia okresu realizacji umowy dla Części I. W konsekwencji okres realizacji umowy, która zostanie zawarta w przedmiotowym postępowaniu, znacznie wykracza poza termin określony w kontrakcie wskazanym przez PUBLICORUM. W konsekwencji owe szczególnie sprzyjające okoliczności, w postaci posiadania już na miejscu biura budowy oraz inspektorów nadzoru - pozostaną aktualne jedynie przez część okresu świadczenia usług.

Tym samym, biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty PUBLICORUM. Przedstawione przez niego lakoniczne wyjaśnienia, nie poparte żadną kalkulacją w zakresie zaoferowanej ceny, a dodatkowo okoliczność, że wykonawca nie złożył żadnych dowodów potwierdzających przedstawione argumenty powoduje, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUBLICORUM, należało uznać za zasadne.

Do podobnych wniosków należało dojść po analizie treści wyjaśnień złożonych przez IZR w piśmie z 19 marca 2021 r. W przypadku tego wykonawcy argumentację dotyczącą rynkowego charakteru ceny oparto również na ogólnych twierdzeniach, dodatkowo wbrew żądaniu zamawiającego, nie poparto ich żadnymi dowodami. IZR wymienił w swoim piśmie kilka elementów, które w jego ocenie miały pozwolić mu na skalkulowanie ceny ofertowej

na niskim poziomie. Podnosił między innymi, że koszty wynagrodzenia z inspektorami nadzoru zostały uzgodnione, co jest zjawiskiem powszechnym, nie precyzując nawet jaka jest wysokość otrzymywanego przez te osoby wynagrodzenia. Powołuje się także na fakt, że roboty będą prowadzone na terenie miasta Bydgoszcz, a firma realizuje jeszcze inne podobne zamówienia w tym mieście i okolicach. Nie wskazał jednak jakie inne zadania ma na myśli, nie wymienił imion i nazwisk osób pełniących funkcje inspektorów nadzoru, którzy są zatrudnieni na tych inwestycjach i czy będą to te same osoby. W końcu nie przedstawił też wyliczeń z których wynikałoby czy połączenie kilku kontraktów ma wpływ i jaki wpływ na możliwość obniżenia ceny w tym przypadku. Stwierdza również, że inspektorzy pracują na preferencyjnych warunkach finansowych w oparciu o stałe umowy, przy czym nie wiadomo z treści pisma jakie są to umowy. Brak jest również dowodów na tą okoliczność. Dalej w piśmie IZR powołuje się na stosowanie metody EV, która jak sam przyznaje jest standardem przy dużych inwestycjach i która wpływa na jakość realizacji projektów. Nie wskazuje jednak przy tym w jaki sposób zastosowanie tej metody, która jako powszechnie stosowana na rynku, miałoby wpłynąć na kwestie możliwości obniżenia ceny za świadczone usługi. Z kolei we fragmencie pisma, w którym IZR opisuje standardy i procedury przywołuje okoliczności, które odnosić się mogą do wielu podmiotów działających w tej branży, w szczególności wskazując na wieloletnie doświadczenie czy posiadanie zabezpieczenia w postaci OC dla prowadzonej przez niego działalności. Dodatkowo należy zaznaczyć, że w swoich wyjaśnieniach wykonawca nie wskazał, w odniesieniu do żadnego z tych elementów w jaki sposób przekładają się one na możliwość obniżenia ceny ofertowej.

Również przedstawiona kalkulacja, w ujęciu tabelarycznym, oprócz podziału ceny za realizację kontraktu na poszczególne elementy (wynagrodzenie otrzymywane przez poszczególne osoby, kwotę zysku i rezerwy), bez przedstawienia wyliczeń jaki czas pracy przewidziano dla poszczególnych osób, nie odpowiada na pytanie czy cena oferty została przewidziana na poziomie, który pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zadania. Jak zauważył odwołujący w tabeli nie zawarto wszystkich kosztów składających się na to zamówienie, takich np. jak koszty obsługi finansowo-księgowej, transportu, obsługi biurowej, finansowych - zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jeśli wykonawca ujął je w kosztach zatrudnienia to powinien zawrzeć w piśmie informację na ten temat, a jeśli nie zostały one skalkulowane to potwierdza to tezę, że cena zaoferowana przez IZR jest rażąco niska.

W konsekwencji uznać należy, że IZR nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska co powoduje, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IZR, należało uznać za zasadne.

Odnosząc się z kolei do wyjaśnień, złożonych przez PROMIS w piśmie z 17 marca 2021 r., Izba uznała, że jakkolwiek w swojej treści bardziej rozbudowane niż te, które zostały złożone przez poprzednich dwóch wykonawców, są równie lakoniczne i ogólne. Nie sposób jest bowiem wywieść na ich podstawie w jaki sposób wykonawca ten skalkulował wynagrodzenie za wykonanie zamówienia.

PROMIS powołuje się na szereg okoliczności takich jak: wieloletnie doświadczenie, wykorzystanie do realizacji zamówienia osób na umowę o pracę czy fakt zawierania z wymienionymi osobami umów cywilno-prawnych, nie precyzując jednak jaki ma to wpływ na możliwość obniżenia ceny w tym postępowaniu. Deklaruje również, że część personelu wskazanego przez niego do realizacji zamówienia jest zaangażowana w równym stopniu na innych inwestycjach, w tym inwestycji, którą realizuje dla zamawiającego. PROMIS powołuje się w tym zakresie, podobnie jak PUBLICORUM na umowę nr AZZP.244.61.2019, zawartą w dniu 2 grudnia 2019 r. pomiędzy Konsorcjum PROMIS i PUBLICORUM a zamawiającym w wyniku postępowania pn. „Usługa pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego dla realizacji budowy budynku dydaktycznego dla potrzeb Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy”. Tym samym również w tym przypadku wymienione przez przystępującego szczególne okoliczności, które przywołuje i możliwość uzyskania oszczędności z tego tytułu - nie wystąpią przez cały czas realizacji zadania (jak już była mowa okres realizacji tej umowy upływa kilkanaście miesięcy wcześniej niż termin realizacji w przedmiotowym postępowaniu).

W treści pisma PROMIS przywołuje również okoliczność, że wymienieni przez niego inspektorzy nadzoru mają miejsce zamieszkania w Bydgoszczy lub jej okolicach, stąd koszt ich zatrudnienia nie musi zawierać zwiększonych kosztów dojazdu na teren realizacji sprawowanego nadzoru, nie przedstawiając jednak na tą okoliczność żadnych dowodów. Ponadto, jak słusznie zauważył odwołujący oświadczenie to może budzić wątpliwości z tego powodu, że analiza wykazu osób, w którym umieszczone są numery wpisów na listę okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa prowadzi do wniosku, że osoby te przynależą do innych Izb (te są właściwe dla miejsca zamieszkania tych osób). Jednocześnie, co wykazał odwołujący za pomocą dowodu załączonego do pisma procesowego, jedna z osób wymienionych w wykazie - pan L. S. ma stałe miejsce wykonywania działalności w Nowym Sączu, a nie w Bydgoszczy.

Na koniec dostrzec należy, że PROMIS do przedmiotowych wyjaśnień załączył, jako dowody, oświadczenia części osób dedykowanych do realizacji zamówienia dotyczące ich udziału w realizacji zamówienia. Powyższe miały na celu potwierdzenie, iż wynagrodzenie które otrzymują jest wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Trudno je jednak nazwać dowodami, jako że nie potwierdzają w żaden sposób okoliczności, które

mogłyby wpłynąć na ocenę wyjaśnień wykonawcy. Załącznikami są bowiem oświadczenia i kopie umów o pracę trzech spośród dziewięciu osób, które PROMIS zamierza skierować do realizacji zamówienia. W umowach zamazano kwoty wynagrodzenia, a zatem nie wiadomo w jaki sposób wysokość wynagrodzenia wpływa na sposób kształtowania ceny w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie, jeśli osoby te zaangażowane są też w innych projektach nie sposób ustalić w jakim wymiarze czasowym będą wykonywały swoje obowiązki na tym konkretnym zadaniu. Należy zatem dojść do wniosku, że PROMIS nie przedłożył żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać prawidłowość kalkulacji ceny, co za tym idzie nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, iż cena nie jest ceną rażąco niską.

Tym samym również w odniesieniu do tego wykonawcy zaistniały przesłanki obligujące zamawiającego do odrzucenia jego oferty, w konsekwencji uznać należało, iż zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględnieniu podlegały również zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku art. 11 ust. 2 UZNK z tego powodu, że zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu, na wniosek, załącznika nr 1 do wyjaśnień wykonawcy PROMIS z dnia 17 marca 2021 r. wskutek błędnego uznania, że wykonawca ten skutecznie zastrzegł ów dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że odwołujący, pismem z 20 kwietnia 2021 r. zwrócił się do zamawiającego o odtajnienie załącznika nr 1 do wyjaśnień złożonych przez PROMIS za pismem z 17 marca 2021 r. Zamawiający odmówił odtajnienia treści załącznika.

Ponadto Izba ustaliła, że PROMIS zastrzegając ww. załącznik wskazał: „informacje zawarte w Wykazie planowanych kosztów sporządzone przez Dom Inżynierski PROMIS Spółka Akcyjna S.A. zawierają informacje sporządzone na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość handlową i gospodarczą, stanowią know - how, wykonawca obrazuje rozwiązania dotyczące kalkulacji ceny, która może pozwolić na wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Wykonawca oświadcza, iż ww. informacje nie zostały ujawnione przez wykonawcę do wiadomości publicznej oraz że wykonawca podjął w stosunku do rzeczonych informacji działania niezbędne w celu zachowania ich w poufności”.

Na wstępie zauważenia wymaga, na co Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba uznała, że zarzut potwierdził się, albowiem obowiązek „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza obowiązek leżący po stronie wykonawcy, który należy rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej tym przepisem ochrony. W takiej sytuacji prawem, a wręcz obowiązkiem po stronie zamawiającego, jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, na co wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia.

Należy zauważyć, że pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 UZNK, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami i w takich wypadkach zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia. W odniesieniu jednak do niektórych twierdzeń wykonawca może z łatwością takie dowody przedstawić, jeśli powołuje się na okoliczności, których wykazanie jest za ich pomocą możliwe. W przeciwnym wypadku twierdzenia wykonawcy o szczególnym charakterze zastrzeganych przez niego danych jest gołosłowne.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której złożone przez PROMIS oświadczenie o zamiarze objęcia określonych informacji tajemnicą, sprowadzało się w istocie do deklaracji, że zaistniały przesłanki określone w przepisach. Brak jest jakiegokolwiek szczegółowego uzasadnienia, nie mówiąc o dowodach na poparcie twierdzeń zawartych w oświadczeniu.

Dalej należy zwrócić uwagę, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Co także istotne w niniejszej sprawie, albowiem zamawiający twierdził, że zasadność zastrzeżenia informacji oceniał biorąc pod uwagę charakter przedmiotu umowy oraz wpływ opisanych czynników na ostateczną cenę oferty wykonawcy - stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddana analizie i oceniona przez zamawiającego wyłącznie na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenie, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 lipca 2016 r., sygn. III Ca 548/16).

Izba, po analizie treści zastrzeżeń złożonych w postępowaniu przez PROMIS doszła do przekonania, że zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, w konsekwencji nakazała odtajnienie załącznika nr 1 do wyjaśnień PROMIS z 17 marca 2021 r.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp z 2019 r., zgodnie z którym Izba w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze zawiera rozstrzygnięcie o kosztach. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp z 2019 r. strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążyła odwołującego w części 1/3 oraz zamawiającego w części 2/3. Izba wskazuje, że na koszty postępowania odwoławczego w kwocie 15 733,33 zł., na którą składał się: wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 20 000,00 zł., wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł. W tym odwołujący poniósł koszty na kwotę 23 600,00 zł, podczas, gdy obciążała go jedynie kwota stanowiąca 1/3 kosztów postępowania odwoławczego, która wyniosła 7 866,67 zł. Z tych względów Izba w sentencji wyroku zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 733,33 zł. Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę, z uwagi na brak podstawy prawnej do zasądzenia powyższych na jego rzecz w przypadku, gdy przystępujący nie występował w rozpoznawanej sprawie w roli

uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw względem uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przewodniczący :