

Sygn. akt: KIO 2421/14

KIO 2453/14

WYROK

z dnia 10 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2421/14),

B. w dniu 21 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2453/14),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań**

przy udziale:

A. wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2421/14 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2453/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołania,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (sygn. akt KIO 2421/14) i **Skanska S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2453/14) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i **Skanska S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz **Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań** kwotę **3 863 zł 28 gr** (trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt trzy złote dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby,
- 2.3. zasądza od wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań** kwotę **3 863 zł 28 gr** (trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt trzy złote dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2421/14

KIO 2453/14

Uzasadnienie

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę obwodnicy Miasta Czarnków w ciągu drogi wojewódzkiej nr 178 Wałcz - Trzcianka - Czarnków - Oborniki - dokończenie budowy. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 sierpnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2014/S 165-294326.

Sprawa o sygn. akt KIO 2421/14:

W dniu 17 listopada 2014 r. wykonawca Budimex S.A. (dalej: „odwołujący BUDIMEX”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKANSKA S.A., wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący BUDIMEX zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 7 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wytwórnią mieszanki mineralno - asfaltowej, w szczególności wykazał, że pozostająca w jego dyspozycji wytwórnia jest wytwórnią, z której - przy zastosowaniu odpowiednich warunków transportu - będzie możliwe dostarczenie na teren budowy mieszanki o odpowiednich parametrach, jak również, że dysponuje wytwórniami w sposób gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie - na etapie oceny i badania ofert - modyfikacji brzmienia warunku udziału w postępowania odnoszącego się do dysponowania wytwórnią mieszanki mineralno - asfaltowej poprzez wprowadzenie wymogu „dysponowania wytwórnią mieszanek mineralno - asfaltowych na cały okres realizacji zamówienia”,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wskazał w Tabeli Elementów Rozliczeniowych niektórych cen jednostkowych w sytuacji, gdy odwołujący w Tabeli wskazał wszystkie ceny jednostkowe, a postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) nie opisywały w sposób szczegółowy sposobu skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych,
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 i z art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania pełnego i jednoznacznego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący BUDIMEX przedstawił następującą argumentację:

I. Wykluczenie odwołującego BUDIMEX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący BUDIMEX zwrócił uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez zamawiającego w pkt 6.2.2. SIWZ, oraz na odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 29, w której zamawiający doprecyzował, iż oceniając spełnienie wymogu polegającego na zlokalizowaniu wytwórni „w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania gwarantując spełnienie warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej” będzie brał pod uwagę „warunki i czas transportu mieszanki, od produkcji do wbudowania, powinny zapewnić utrzymanie temperatury w wymaganym przedziale zgodnym z wymogami Szczegółowej Specyfikacji Technicznej.”. Odwołujący przytoczył też postanowienie Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST), gdzie w pkt 4.2. np. SST Nawierzchnia z betonu asfaltowego warstwa ścieralna, wskazano: „Mieszankę mineralno-asfaltową należy dowozić na budowę pojazdami samowyładowczymi w zależności od postępu robot. Podczas transportu i postoju przed wbudowaniem mieszanka powinna być zabezpieczona przed ostygnięciem i dopływem powietrza (przez przykrycie, pojemniki termoizolacyjne lub ogrzewane itp.). Warunki i czas transportu mieszanki, od produkcji do wbudowania, powinna zapewniać utrzymanie temperatury w wymaganym przedziale. Powierzchnie pojemników używanych do transportu mieszanki powinny być czyste, a do zwilżania tych powierzchni można używać tylko środki antyadhezyjne niewpływające szkodliwie na mieszankę.”.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie określił w SIWZ ani w jakiej odległości od placu budowy winna znajdować się wytwórnia MMA, ani w jakim czasie z wytwórni na plac budowy powinna zostać dostarczona mieszanka mineralno - asfaltowa. Tym samym wykonawcy, składając oferty w niniejszym postępowaniu, mieli wykazać się tylko taką

wytwórnią, z której - przy zastosowaniu odpowiednich warunków transportu - będzie możliwe dostarczenie na teren budowy mieszanki o odpowiednich parametrach, w tym o odpowiedniej temperaturze.

Odwołujący BUDIMEX zastrzegając część treści odwołania jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazał na okoliczności mające potwierdzać spełnianie przez odwołującego ww. warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, jak zaznaczył odwołujący BUDIMEX, w piśmie z dnia 6 listopada 2014 r. za uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania posłużyło jedno stwierdzenie, a mianowicie, że zamawiający „(...) otrzymał informacje, że Budimex S.A. nie dysponuje wytwórnią mieszanek mineralno - asfaltowych na cały okres realizacji zamówienia”. W ocenie odwołującego BUDIMEX, trudno przyjąć, by było to jednoznaczne, pełne i niebudzące wątpliwości uzasadnienie decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania, co powoduje, iż już tylko z tej racji, zdaniem odwołującego, rozstrzygnięcie zamawiającego winno zostać uznane za wadliwe. Odwołujący BUDIMEX przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 908/14 oraz z dnia 23 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 946/14.

Odwołujący zauważył, iż skoro zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie wskazuje, by podstawą tej decyzji było stwierdzenie, że żadna z przedstawionych przez odwołującego wytwórni MMA nie spełnia wymogu odnoszącego się do tego, by wytwórnia MMA była „zlokalizowana w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania gwarantując spełnienie warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej”, to na obecnym etapie postępowania nie może przedstawiać stanowiska przeciwnego. Stwierdzenie przez zamawiającego, że zaistniała rzekoma „nieodpowiedniość” wytwórni i także ona była przyczyną wykluczenia odwołującego z postępowania nie mogłoby się ostać. Odwołujący BUDIMEX zaznaczył, że w tej sytuacji przedmiotem oceny Izby może być tylko okoliczność, czy odwołujący wykazał, że „dysponuje wytwórnią mieszanek mineralno - asfaltowych na cały okres realizacji zamówienia”.

Jednocześnie, odwołujący BUDIMEX podtrzymał stanowisko, że obie wskazane przez niego w ofercie wytwórnie spełniają wymóg odnoszący się do „odpowiedniego” miejsca lokalizacji i w całości podtrzymał argumentacją podniesioną w wyjaśnieniach z dnia 20 października 2014 r. oraz w odwołaniu.

Odnosząc się natomiast do zagadnienia dysponowania przez odwołującego wytwórnią mieszanek mineralno - asfaltowych na cały okres realizacji zamówienia odwołujący BUDIMEX wskazał, że postanowienia SIWZ nie zawierały wprost wymogu, by

wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli dysponować wytwórnią MMA wskazaną w ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu „przez cały okres realizacji zamówienia”. Zamawiający wymagał jedynie, by w Formularzu 3.4 wykonawcy wskazali „miejsce lokalizacji (adres) wytwórni, z której będzie dostarczona mm-a na budowę”. Jednocześnie zamawiający innymi postanowieniami SIWZ, w tym przede wszystkim postanowieniami wzoru umowy, nie przesądził, by wykonawca, który otrzymał zamówienie, nie mógł zmienić wytwórni dostarczającej na budowę mieszankę mineralno - asfaltową, czy też w szczególności jej lokalizacji. Zmiana tego typu nie została więc uznana przez zamawiającego za zmianę istotną. Nie istnieje także możliwość uznania jej za istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, skoro miejsce lokalizacji wytwórni nie było jako takie elementem opisu warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, dopuszczenie na etapie realizacji umowy zlokalizowania wytwórni w innym miejscu niż wskazano w ofercie - oczywiście przy zachowaniu wszystkich wymogów „technicznych” opisanych w warunku, w tym wymogu by wytwórnia była „zlokalizowana w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania” — nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący BUDIMEX zwrócił też uwagę, iż zamawiający opisując przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie odwołał się do art. 22 ust. 5 ustawy Pzp dającego zamawiającemu możliwość weryfikacji zdolności wykonawców do należytego wykonania udzielonego zamówienia właśnie poprzez postawienie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący BUDIMEX przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2014 r. o sygn. akt KIO 2239/13, KIO 2240/13. Odwołujący wywiódł, iż na obecnym etapie postępowania zamawiający nie może wskazywać, że warunek, o którym mowa, został postawiony celem zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania udzielonego zamówienia, a co za tym idzie - mimo braku jednoznacznych zapisów SIWZ - zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy wykonawca „dysponuje wytwórnią mieszanki mineralno - asfaltowych na cały okres realizacji zamówienia”. Takie stanowisko byłoby bowiem sprzeczne z treścią art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i nie miałyby żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ, stanowiąc ich faktyczną modyfikację zakazaną art. 7 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej odwołujący BUDIMEX wskazał jednak, że poprzez oświadczenia i dokumenty zawarte w ofercie i przedstawione w jej uzupełnieniu wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wytwórnią MMA w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, w tym wykazał, że posiada potencjał techniczny niezbędny do należytego wykonania udzielonego mu zamówienia. Odwołujący BUDIMEX stwierdził, że pozostaje właścicielem wytwórni obecnie zlokalizowanej

w Szczecinie, a co za tym idzie, nie sposób stwierdzić, dlaczego wytwórnią tą miałby nie dysponować w całym okresie realizacji zamówienia. Nadto, Odwołujący zawarł umowy najmu innych, zlokalizowanych w pobliżu placu budowy wytwórni, co gwarantuje, iż w całym okresie realizacji zamówienia odwołujący będzie w stanie dowozić na plac budowy odpowiednie ilości mieszanki mineralno - asfaltowej spełniającej wymagania SST. Odwołujący BUDIMEX uznał, że wykazał - mimo braku odwołania się w treści SIWZ wprost do art. 22 ust. 5 ustawy Pzp - że spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący BUDIMEX zaznaczył, że zamawiający nie żądał celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu innego dokumentu niż oświadczenia wykonawcy - informacji o dostępnym sprzęcie („Potencjał techniczny”) złożonej na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.4. wraz z pisemną informacją o podstawie dysponowania tym sprzętem oraz o lokalizacji wytwórni mas bitumicznych. Odwołujący BUDIMEX stwierdził, że składając ww. oświadczenie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, to zamawiającego obciąża ciężar wykazania okoliczności przeciwnej. W ocenie odwołującego BUDIMEX, w niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by okoliczność, o której mowa, została przez zamawiającego wykazana - zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy stwierdził jedynie lakonicznie, iż „uzyskał informacje”, niemniej odwołujący nie ma wiedzy, o jakich informacjach mowa, jakie okoliczności faktyczne przemawiają za stwierdzeniem, że „nie dysponuje wytwórnią mieszanek mineralno - asfaltowych na cały okres realizacji zamówienia”, wreszcie, czy stwierdzenie to odnieść należy do obu, czy tylko do jednej ze wskazanych przez niego wytwórni. W tej sytuacji, jak zaznaczył odwołujący BUDIMEX, odwołujący nie ma obiektywnie możliwości w sposób bardziej szczegółowy odnieść się w ramach niniejszego odwołania do stanowiska zamawiającego.

II. Odrzucenie oferty odwołującego BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp

Odwołujący BUDIMEX zwrócił uwagę, iż wymogi związane ze sposobem obliczania ceny oferty zamawiający zawarł w pkt 13 SIWZ. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że zamawiający nie zawarł żadnych szczegółowych wytycznych odnośnie tego, jakie koszty wykonawcy powinni uwzględnić w poszczególnych pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W tej sytuacji przyjąć należy, zdaniem odwołującego BUDIMEX, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli pełną swobodę na etapie kalkulowania ceny ofertowej, w tym mieli swobodę w ustaleniu, jakie koszty będą ujęte w poszczególnych cenach ofertowych, byleby cena ofertowa jako taka pokrywała wszelkie koszty związane z należytyym wykonaniem zamówienia.

Jak zauważył dowołujący BUDIMEX, zamawiający odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp nie doprecyzował ani na czym ma polegać rzekomy błąd w obliczaniu ceny popełniony przez odwołującego, ani z jakim postanowieniem SIWZ jest niezgodna złożona przez niego oferta. Zamawiający przywołał bowiem jedynie treść pkt 11.3.3. SIWZ wskazujący na konieczność załączenia do oferty tabeli elementów rozliczeniowych (TER) i zbiorczego zestawienia kosztów oraz pkt 13 SIWZ, który zdaniem zamawiającego wskazuje na konieczność określenia cen jednostkowych za wykonanie poszczególnych pozycji wskazanych w TER, z uwzględnieniem wymogów wynikających z dokumentów technicznych składających się na SIWZ. Odwołujący BUDIMEX zaznaczył, że załączył do swojej oferty tabelę elementów rozliczeniowych (TER) i zbiorcze zestawienie kosztów, a wskazana tabela zawierała ceny jednostkowe za wykonanie wszystkich poszczególnych pozycji. W ocenie odwołującego BUDIMEX, w świetle stanowiska zamawiającego nie sposób przyjąć, by odwołujący obliczając cenę ofertową nie uwzględnił dokumentów technicznych składających się na SIWZ, czy wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

W dalszej części odwołania odwołujący przedstawił argumentację, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący BUDIMEX wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego BUDIMEX.

Sprawa o sygn. akt KIO 2453/14:

W dniu 21 listopada 2014 r. wykonawca Skanska S.A. (dalej: „odwołujący SKANSKA”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odtajnienia przez zamawiającego:

1. załączników do protokołu prac komisji przetargowej w postaci pisma wykonawcy Budimex S.A. - wyjaśnień udzielonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 15 października 2014 r.,
2. załączników do protokołu prac komisji przetargowej w postaci pisma wykonawcy Budimex S.A. - wyjaśnień udzielonych na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 24 października 2014 r.,
3. kopii części odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożonego przez Budimex S.A., w szczególności odnoszącej się do udzielonych wyjaśnień tego wykonawcy, o których mowa w ww. pkt 1) i 2),

a dotyczących m.in. potwierdzenia i uzasadnienia (w odwołaniu) spełnienia przez Budimex S.A. warunków udziału w postępowaniu oraz zgodności treści oferty Budimex S.A. z treścią SIWZ.

Odwołujący SKANSKA zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez uniemożliwienie zapoznania się przez odwołującego SKANSKA z częścią oferty i odwołania Budimex S.A., w tym z dokumentami przedłożonymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i Ogłoszeniu oraz o zgodności treści oferty Budimex S.A. z treścią SIWZ,
- 2) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem wskazanego artykułu ustawy Pzp stanowiącego o jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz ograniczenie dostępu do udzielonych przez Budimex S.A. wyjaśnień na dwa wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz zgodność treści oferty Budimex S.A. z treścią SIWZ, a także części wniesionego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, oraz poprzez zaniechanie odtajnienia wskazanych wyżej dokumentów, w konsekwencji uniemożliwienie dostępu do tych dokumentów odwołującemu SKANSKA, pomimo iż zastrzeżenia te nie były zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy Pzp złożone najpóźniej do dnia złożenia oferty;
- 3) naruszenie art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty (wyjaśnienia i część odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) zastrzeżone przez Budimex S.A. w przedmiotowym postępowaniu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdy *de facto* nie zostały spełnione przesłanki ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanej ustawy.

Odwołujący SKANSKA podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a przewidziane od tej zasady ustawowe wyjątki (ust. 2), wskazane w ust. 3 tego przepisu stanowią, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko i wyłącznie 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. Odwołujący SKANSKA wskazał, że Budimex S.A. nie dokonał w swojej ofercie jakichkolwiek zastrzeżeń – zrobił to dopiero w toku prowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego. W tym konkretnym przypadku nie można, w ocenie odwołującego SKANSKA, stosować rozszerzającej wykładni celowości owej dyspozycji normy zawartej art. 8 ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp. Uzupełnione przez BUDIMEX S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokumenty mające potwierdzać warunek udziału w niniejszym postępowaniu i zastrzeżone przez Budimex S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być zweryfikowane przez konkurencję co stanowi rażące naruszenie przez zamawiającego normy zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W opinii odwołującego SKANSKA, takie zastrzeżenia nie powinny korzystać z ochrony prawnej, gdyż stanowią czyn nieuczciwej konkurencji i są sprzeczne z dobrymi obyczajami, co potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego (Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05) oraz Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1240/13), a także bieżące piśmiennictwo: „Zastrzeganie tajemnicy „na zapas” - Grzegorz Kukowka i Hubert Wiśniewski, „Przetargi Publiczne”, Listopad 2014, str. 20-24).

Odwołujący SKANSKA zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się informacje:

- 1) mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub mające wartość gospodarczą,
- 2) nie ujawnione do publicznej wiadomości,
- 3) wobec których podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Interpretacji powyższej „definicji” dokonał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r. - zgodnie z tą interpretacją, wszystkie wyżej wymienione przesłanki spełnione muszą być łącznie (sygn. Akt I CKN 304/00).

W ocenie odwołującego SKANSKA, żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona. Brak jest więc jakiegokolwiek podstawy dla uznania, że informacje te nie mogą być ujawnione. W zakresie ust. 1) interpretacji definicji tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący SKANSKA stwierdził, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż fakt dysponowania wytwórniami mas bitumicznych ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub mający wartość gospodarczą. Zdaniem odwołującego SKANSKA, nie spełnione zostały również przesłanki z pkt 2) oraz 3). Odwołujący SKANSKA przywołał adres macierzystej

strony internetowej Budimex S.A., gdzie wykonawca prezentuje swój potencjał techniczny poprzez informacje, iż dysponuje siecią wytwórni obejmujących teren całej Polski, w szczególności, że dysponuje jedenastoma wytwórniami mas bitumicznych o wydajności do 320 ton na godzinę. Z uwagi na powyższe, jak zauważył odwołujący SKANSKA, ustawowa przesłanka dotycząca nie podawania tychże informacji do publicznej wiadomości nie została spełniona, nie została również spełniona ustawowa przesłanka dotycząca podjęcia działań mających na celu zachowania tychże informacji w poufności.

Odwołujący SKANSKA zauważył, iż wiedza na temat wytwórni, z jakiej mieszanka będzie wbudowywana na terenie konkretnej budowy z samej istoty nie będzie informacją poufną. Wytwórnia taka musi być chociażby zatwierdzana na etapie realizacji przez personel zamawiającego lub/i działającego na jego zlecenie inspektora nadzoru. Dodatkowo, nie da się w praktyce zastrzec jako poufnej informacji o miejscu wytworzenia masy bitumicznej i faktu jego dowozu na teren budowy korzystając jednocześnie z publicznych dróg transportu i wynajętych do tego usług firm transportowych.

Odwołujący SKANSKA stwierdził, iż jako bardzo aktywny wykonawca na rynku budownictwa infrastrukturalnego w Wielkopolsce, świadomy jest faktycznego potencjału technicznego swojej konkurencji, z którą praktycznie co kilka dni konkuruje w ramach licznych postępowań o udzielenie zamówień publicznych w regionie. W związku z tym odwołujący przypuszczał, że Budimex S.A. po tym, jak został wezwany do wyjaśnień przez zamawiającego skorzystał z potencjału technicznego poprzedniego wykonawcy niniejszego zadania - firmy POL-Dróg Piła Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej, której wytwórnie mieszanek mineralno-bitumicznych znajdują się w dogodnie lokalizacyjnie (w celu dowozu masy bitumicznej) miejscowościach m.in. Rogoźnie i w Pile. Stąd odwołujący SKANSKA przypuszcza, że podpisane przez Syndyka masy upadłości ww. firmy zobowiązanie do udostępnienia zasobu nie spełniło w ocenie zamawiającego wymogu realności dysponowania potencjałem technicznym, w szczególności w zakresie całego okresu realizacji zamówienia. W celu potwierdzenia faktu samego podpisania przez Syndyka zobowiązania pracownik odwołującego E. M. zadzwonił w dniu 21 listopada 2014 r. o godzinie 12.21 do ww. Syndyka i uzyskał od niego ustną informację, że podpisał on pisemne zobowiązanie o udostępnieniu zasobu w postaci ww. dwóch wytwórni mas bitumicznych, oraz że nie został zobowiązany przez Budimex S.A. do zachowania tego faktu w tajemnicy. Odwołujący SKANSKA uznał, że jeżeli Budimex S.A. zgodnie z przypuszczeniami odwołującego skorzystał z tego potencjału w ramach niniejszego zamówienia, to jest to dowód na to, że Budimex S.A. nie spełnił dwóch z trzech wymaganych (łącznie do spełnienia) przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż informacje te są ujawnione do publicznej wiadomości i nie podjęto

niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Dodatkowo odwołujący SKANSKA podniósł, że zgodnie z art. 228 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112) akta sądowe spraw upadłościowych (w tym przypadku firmy POL-Dróg Piła Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej) są dostępne w sekretariacie sądu dla uczestników postępowania oraz dla każdego, kto potrzebę ich przejrzenia dostatecznie usprawiedliwi. Osoby te mogą sporządzać i otrzymywać z akt odpisy i wyciągi. W przypadku, gdyby doszło do zrealizowania zobowiązania Syndyka w.w firmy, fakt ten znalazłby zapewne odzwierciedlenie w stosownym sprawozdaniu do akt upadłościowych dotyczących tej firmy w konsekwencji informacja ta nie stanowiłaby jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa Budimex S.A.

Niezależnie od powyższego odwołujący SKANSKA zwrócił uwagę, że Budimex S.A. wykazuje się spełnianiem warunków udziału w niniejszym postępowaniu za pomocą podmiotu w upadłości, zgodnie natomiast z ostatnim orzecznictwem, art. 22 ust. 5 stawy Pzp umożliwiający zamawiającemu weryfikację rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia odnosi się zarówno do wykonawcy, jak i do podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3618/13).

Odwołujący SKANSKA przytoczył również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji „nie ujawnionej do wiadomości publicznej”, zgodnie z którym jest to: „informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa; kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana; ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną.”.

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego SKANSKA, zastrzeżenie tychże informacji jako informacje niepodlegające ujawnieniu, stanowi jedynie uniemożliwienie zapoznania się przez podmioty konkurencyjne z dokumentami złożonymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Działanie takie jest bez wątpienia działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję.

Odwołujący SKANSKA podkreślił, że tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać,

w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym, bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione (wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1368/11).

Z tych samych względów nie mogą, w ocenie odwołującego SKANSKA, ostać się także zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących określenia cen jednostkowych za wykonanie poszczególnych pozycji wskazanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych mając na uwadze przede wszystkim dokumenty techniczne składające się na SIWZ, w tym Szczegółowe Specyfikacje Techniczne. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 100/2012 oraz z dnia 6 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10.

Odwołujący SKANSKA wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia dokumentów w części oferty Budimex S.A., tj.:

- 1) załączników do protokołu prac komisji przetargowej w postaci pisma Budimex S.A. - wyjaśnień udzielonych na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2014 r.,
- 2) załączników do protokołu prac komisji przetargowej w postaci pisma Budimex S.A. - wyjaśnień udzielonych na wezwanie z dnia 24 października 2014 r.,
- 3) kopii części odwołania do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej złożonego przez Budimex S.A., a w szczególności odnoszącej się do udzielonych wyjaśnień tego wykonawcy, o których mowa w ww. pkt 1) i 2),

a mających potwierdzić i uzasadnić spełnienie warunków udziału w postępowaniu wynikających z SIWZ i Ogłoszenia, w szczególności w zakresie potencjału technicznego w celu wykonania zamówienia z uwzględnieniem wskazania podstawy dysponowania takimi zasobami, a także zgodność treści oferty Budimex S.A. z treścią SIWZ.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść SIWZ wraz z załącznikami, odpowiedź na pytanie nr 29 do treści SIWZ, ofertę złożoną przez

odwołującego BUDIMEX, wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz do wyjaśnień treści oferty skierowane do odwołującego BUDIMEX w dniu 15 października 2014 r. i 24 października 2014 r., pisma odwołującego BUDIMEX skierowane do zamawiającego w dniu 20 i 30 października 2014 r., a także stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego BUDIMEX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego dysponowania wytwórnią mieszanek mineralno-asfaltowych.

Izba ustaliła, iż w pkt 6.2.2. SIWZ zamawiający postawił wymóg wykazania się przez wykonawców m.in. wytwórnią mieszanek mineralno-asfaltowych odpowiednio wyposażonych, zlokalizowanych w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania gwarantując spełnienie warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej. Wykonawca zobowiązany był podać miejsce lokalizacji (adres) wytwórni, z której będzie dostarczona mm-a na budowę. Zgodnie z postanowieniami pkt 7.2.4. SIWZ na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć informację o dostępnym sprzęcie na formularzu 3.4 oraz pisemną informację o podstawie dysponowania tym sprzętem oraz o lokalizacji wytwórni mas bitumicznych. Odwołujący BUDIMEX złożył wymagany formularz na stronie 48 oferty wskazując w nim wytwórnię LINTEC CSD2500, ul. Gdańska 12b, 70-660 Szczecin i składając oświadczenie, iż wytwórnia zlokalizowana jest w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania gwarantująca spełnienie warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej szczególnie przy transporcie ogólnodostępnymi na rynku termosami do przewozu MMA.

Pismem z dnia 15 października 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego BUDIMEX do uzupełnienia dokumentów stwierdzając, iż dowóz masy ze wskazanej przez odwołującego BUDIMEX wytwórni do miejsca wbudowania nie zapewnia spełnienia warunku opisanego w pkt 6.2.2. SIWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący BUDIMEX podtrzymał swoje stanowisko

o zgodności lokalizacji wskazanej wytwórni z warunkiem postawionym przez zamawiającego, dodatkowo wskazując inną wytwórnię mieszanek mineralno-asfaltowych, dla której dołączył też zmieniony Formularz 3.4. Treść ww. pisma odwołujący BUDIMEX zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż w postawionym warunku dotyczącym potencjału technicznego zamawiający nie sformułował wymagania co do maksymalnej odległości, w jakiej powinna znajdować się wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych od miejsca wykonania zamówienia, co prowadzi do pewnej uznaniowości w ocenie spełniania tego warunku. Dokonując wykluczenia odwołującego BUDIMEX zamawiający powinien był wykazać, że dowieszenie mieszanki z wytwórni zlokalizowanej w Szczecinie przy zachowaniu jej właściwości nie jest możliwe. Tymczasem okoliczności tej, w ocenie Izby, zamawiający nie dowiódł. Okoliczności, iż wytwórnia w Szczecinie nie gwarantuje spełniania warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej nie potwierdzają złożone przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie opinie, bowiem nie stwierdzają one w sposób jednoznaczny braku możliwości zachowania parametrów mieszanki określonych przez zamawiającego przy jej transporcie z wytwórni zlokalizowanej w Szczecinie. Odniesienie się przez Izbę w sposób szczegółowy do treści tych opinii jest niemożliwe z uwagi ich zastrzeżenie jako niejawnego przez zamawiającego.

Izba nie przychyliła się do argumentacji, iż wobec nie wniesienia przez odwołującego BUDIMEX odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, na obecnym etapie postępowania wytwórnia w Szczecinie nie może być brana pod uwagę. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie stanowi czynności, która ma wpływ na status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W jej wyniku wykonawca może nie tylko uzupełnić dokumenty, ale również złożyć wyjaśnienia, które mogą zmodyfikować ocenę przez zamawiającego wcześniej przedłożonych dokumentów. W przedmiotowej sprawie odwołujący BUDIMEX odpowiadając na wezwanie zamawiającego utrzymywał, że wytwórnia zlokalizowana w Szczecinie spełnia warunek zamawiającego, a dodatkowo wykonawca ten złożył dokument wskazując inną wytwórnię na potwierdzenie spełniania warunku.

Izba stwierdziła, że również wytwórnia wskazana przez odwołującego BUDIMEX w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2014 r. spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jedynym zastrzeżeniem zamawiającego w zakresie drugiej wytwórni wskazanej przez odwołującego BUDIMEX było to, że wykonawca nie dysponuje nią na cały okres realizacji zamówienia. Wskazać jednak należy, iż stawiane

w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu mają na celu badanie potencjału wykonawcy, jego weryfikację pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie postawił wymiana, aby wykonawca korzystał z wykazywanej na etapie oceny spełniania warunku wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych przy realizacji zamówienia tak, jak uczynił to w przypadku personelu (§ 11 ust. 2 Istotnych dla stron postanowień umowy).

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż obie wytwórnie wykazywane przez odwołującego BUDIMEX spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego, jakim dysponuje wykonawca. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają złożone przez odwołującego BUDIMEX na rozprawie dokumenty dotyczące kolejnej wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych – wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunku na dzień składania ofert za pomocą dokumentów złożonych wraz z ofertą lub w wyniku uzupełnienia na wezwanie zamawiającego.

Jednocześnie nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Izba zważyła, iż zamawiający przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia, co jednoznacznie wynika m.in. z § 4 ust. 2 Istotnych dla stron postanowień umowy, który już sam w sobie zobowiązuje wykonawcę do realnej wyceny każdej z pozycji kosztorysu. Cechą takiego wynagrodzenia jest jego zmienność w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia – cena podana w ofercie jest jedynie umówionym wynagrodzeniem, a nie ceną ostateczną. Wynagrodzenie kosztorysowe umożliwia zatem dostosowanie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Z tego względu wykonawca składający ofertę zobowiązany jest do ujęcia w każdej z pozycji kosztorysu ceny odpowiadającej wartości danej części robót. W przedmiotowym postępowaniu sposób wyceny poszczególnych pozycji wynikał nie tylko z przyjętego charakteru wynagrodzenia, ale również z postanowień specyfikacji, w tym m.in. pkt 9.1 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych D-M-00.00.00, pkt 9 specyfikacji technicznych dotyczących poszczególnych etapów robót. Swoboda w kształtowaniu cen, na którą wskazywał odwołujący BUDIMEX, była zatem dopuszczalna w zakresie wysokości ceny, nie zaś zakresu prac, które miały być w danej pozycji wycenione. Dokonana przez odwołującego BUDIMEX kalkulacja, jak też treść złożonych w tym zakresie wyjaśnień wskazuje, iż wycena pozycji była dokonana niezgodnie z ww. wytycznymi. Szersze uzasadnienie nie jest możliwe z uwagi na zastrzeżenie jako niejawnych zarówno wyjaśnień odwołującego BUDIMEX, jak i części informacji o wynikach postępowania w ww. zakresie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa przy

konstruowaniu uzasadnienia wykluczenia odwołującego BUDIMEX i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty. Informacja o wynikach postępowania zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne, a jego treść nie pozostawia wątpliwości co do powodów wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Stwierdzona powyżej zasadność zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego BUDIMEX z postępowania pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na nie potwierdzenie się zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty tego wykonawcy. Tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez odwołującego BUDIMEX nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na powyższe, nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Izba za zasadne w części uznała zarzuty odwołującego SKANSKA dotyczące zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez odwołującego BUDIMEX w postaci odpowiedzi na wezwania zamawiającego z dnia 15 i 24 października 2014 r. oraz części wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania z dnia 17 listopada 2014 r.

Na wstępie należy wskazać, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, 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 one być udostępniane. Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na zamawiającym, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji” (III CZP 74/05).

Izba dokonała oceny treści wyjaśnień odwołującego BUDIMEX z dnia 20 i 30 października 2014 r., a także treści odwołania złożonego przez odwołującego BUDIMEX i stwierdziła, iż w przeważającej mierze zastrzeżone informacje nie wypełniają przesłanek, o których stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Walurowi tajemnicy przedsiębiorstwa nie posiadają, w ocenie Izby, wyjaśnienia odwołującego BUDIMEX z dnia 20 października 2014 r. Oprócz zacytowania treści postawionego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu stanowią one argumentację naceLOWaną na przekonanie zamawiającego o spełnianiu warunku przez wskazaną w ofercie wytwórnię mieszanki mineralno-asfaltowej. Izba zważyła, że zarówno lokalizacja wytwórni, jak i sposób transportu mieszanki, z jakiego zamierza korzystać odwołujący BUDIMEX były ujawnione w treści oferty na stronie 48. Złożone wyjaśnienia nie przedstawiają zatem wartości gospodarczej, która mogłaby zaważyć na sytuacji wykonawcy na rynku.

Jednocześnie za skutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa należy uznać treść załącznika do wyjaśnień odwołującego BUDIMEX z dnia 20 października 2014 r. Treść ww. załącznika stanowi informacje organizacyjne posiadające dla odwołującego BUDIMEX wartość gospodarczą. Zasadność nieujawniania ww. treści potwierdza złożona przez odwołującego BUDIMEX na rozprawie umowa najmu wytwórni mas bitumicznych.

Izba stwierdziła, że przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą posiadać wyjaśnienia odwołującego BUDIMEX z dnia 30 października 2014 r. Izba zważyła, że złożona przez odwołującego BUDIMEX Tabela Elementów Rozliczeniowych była jawna w treści oferty, stąd przytoczenie w wyjaśnieniach jej fragmentów nie może być objęte ochroną. Pozostałe informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa, nie posiadają też wartości gospodarczej.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, iż nie zaistniały przesłanki skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa fragmentów odwołania wniesionego przez odwołującego BUDIMEX w zakresie wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych zlokalizowanej w Szczecinie oraz wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. Na ochronę, w ocenie Izby, zasługują informacje dotyczące wytwórni mieszanek wskazanej przez odwołującego BUDIMEX w załączniku do pisma z dnia 20 października 2014 r.

Pomimo uwzględnienia znacznej części zarzutów podniesionych w odwołaniu odwołującego SKANSKA Izba nie nakazała zamawiającemu uznania zastrzeżenia ww. informacji za bezskuteczne, gdyż stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów przejazdu koleją na trasie Poznań-Warszawa, Warszawa-Poznań oraz kosztów przejazdu Autostradą A2 z uwagi na nie złożenie przez zamawiającego rachunków. Izba za zasadne uznała również koszty związane z jednokrotną podróżą zamawiającego na ww. trasie z uwagi na rozpoznanie spraw o sygn. akt KIO 2421/14 i KIO 2453/14 łącznie.

Przewodniczący:

.....