

**WYROK**

**z dnia 21 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA P. M. z siedzibą w Baninie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Morski w Gdańsku**, przy udziale wykonawcy **Development Design spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1 Unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Development Design spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku jako oferty najkorzystniejszej.
  - 2.1 Wykluczenie Development Design spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.3. lit a) SIWZ.
  - 3.1 Powtórne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Instytut Morski w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy zero złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od zamawiającego - Instytutu Morskiego w Gdańsku, na rzecz P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA P. M. z siedzibą w Baninie, kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 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 Gdańsku.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Instytut Morski w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zamówienia polegającego na budowie budynku laboratoryjno – biurowo – warsztatowo - magazynowego i obiektów towarzyszących" (numer sprawy: 2018/DZP/001). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 026-056932.

W dniu 4 maja 2018 r. wykonawca P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA P. M. z siedzibą w Baninie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wyborze oferty wykonawcy Development Design spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku jako najkorzystniejszej, zaniechaniu odtajnienia objętej tajemnicą przedsiębiorstwa treści tej oferty i złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień oraz zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 8 ust. 1,2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 11 ust 4 ZNKU poprzez:
  - 1) ograniczenie dostępu do informacji związanych z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w ofercie wykonawcy- Development Design Sp. z o.o oraz wyjaśnieniach dotyczących oferowanej ceny, złożonych w dniu 4 kwietnia 2018 r. przez Development Design Sp. z o.o., pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone przez niego dane, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ZNKU);
  - 2) naruszenie zasady jawności oraz przejrzystości postępowania, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści złożonych przez Development Design Sp. z o.o. wyjaśnień pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ZNKU:

ewentualnie, z ostrożności:

- 3) zaniechanie przeprowadzenia właściwej analizy danych „utajnionych" przez Development Design Sp. z o.o. zarówno w ramach oferty, jak i pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. pod kątem zakresu dokonanego przez tego Wykonawcę zastrzeżenia, w sytuacji gdyby uznać, iż zastrzeżenie w części spełnia warunki ustawowe - art. 8 ust 3 ustawy Pzp oraz art 11 ust. 4 ZNKU;

a w konsekwencji

4) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu danych - oferty i pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. w pełnym zakresie, w związku z nieskutecznym ich zastrzeżeniem, ewentualnie, z ostrożności;

5) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu elementów danych wskazanych w ofercie oraz piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. w zakresie nie kwalifikującym się do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa,

- co godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych regulowane ustawą Pzp, w tym w szczególności zasadę jawności, przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania i uczciwej konkurencji;

II. art. 90 ust 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust 4 ustawy Pzp, poprzez:

1) nierzetelne badanie wyjaśnień Wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane do tego Wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 i 1a ustawy Pzp, poprzez przyjęcie za wystarczające wyjaśnień opierających się wyłącznie na oświadczeniach tego Wykonawcy, w sytuacji gdy nie przedstawił on żadnych dowodów na ich poparcie, pomimo wyraźnego wezwania Zamawiającego do ich przedstawienia;

2) naruszenie zasady równego traktowania, przejrzystości i konkurencyjności poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. w sytuacji gdy Wykonawca ten nie udowodnił, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska;

ewentualnie, z ostrożności:

3) zaniechanie przeprowadzenia właściwej oceny wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę - Development Design Sp. z o.o. w ramach pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. i zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień szczegółowych, w tym przedstawienia dowodów na ich poparcie;

a w konsekwencji

4) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Development design Sp. z o.o. pomimo, iż nie sprostał ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska;

- co godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych regulowane ustawą Pzp, w tym w szczególności zasadę przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania i uczciwej konkurencji;

III. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 22a ust. 1 - 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez:

1) nieuzasadnione przyjęcie, w sytuacji gdy Zamawiający uznał, iż Zobowiązanie podmiotu trzeciego - Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K. - do udostępnienia wiedzy i doświadczenia Wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. zostało złożone dla pozorów, tj. nie dowodzi, iż ten podmiot trzeci będzie faktycznie

realizował usługę w zakresie w jakim udzielił Wykonawcy wiedzy i doświadczenia, iż wyjaśnienia wraz z „wzorem umowy podwykonawczej” w tym zakresie złożone przez Wykonawcę - Development Design Sp. z o.o. są wystarczające, pomimo iż Wykonawca ten nie przedstawił dla wykazania tej okoliczności żadnych przekonujących dowodów potwierdzających, iżby Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K. miało faktycznie realizować usługi w ramach zadania, w zakresie w jakim udzieliło Wykonawcy wiedzy i doświadczenia, wobec nie przedłożenia żadnego nowego oświadczenia podmiotu trzeciego;

- 2) nieuzasadnione przyjęcie, iż „wzór umowy o podwykonawstwo” przedłożony przez Wykonawcę - Development Design sp. z o.o. mający rzekomo dowieść, iż podmiot trzeci - Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K. będzie faktycznie realizował usługę, dla której udzielił wiedzy i doświadczenia w formie konsultacji i doradztwa, uzasadnia przyjęcie go jako wypełnienie wezwania do złożenia przez Wykonawcę - Development Design Sp. z o.o., odpowiednich dowodów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu;

a w konsekwencji;

- 3) nieuzasadnione przyjęcie, iż Wykonawca - Development Design Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4) zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Development Design Sp. z o.o., z postępowania; - co godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych regulowane ustawą Pzp, w tym w szczególności zasadę przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania i uczciwej konkurencji;

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez Development Design Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawionych w ofercie i piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. w całości;

bądź

- 2) nakazanie Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez Development Design Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawionych w ofercie bądź piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r, w części nie kwalifikującej się do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;

W konsekwencji

- 3) nakazanie udostępnienia Odwołującemu zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt 1 lub 2 powyżej, ujawnionych informacji,
- 4) unieważnienie decyzji z dnia 24 kwietnia 2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem;

- 5) odrzucenie oferty Wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. z postępowania wobec faktu, iż Wykonawca ten nie udowodnił, iż jego cena ofertowa nie jest rażąco niska; ewentualnie
- 6) nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Wykonawcy Development Design Sp. z o.o. do przedłożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami, w zakresie potwierdzenia iż cena oferty tego Wykonawcy nie jest rażąco niska;
- 7) wykluczenie Wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. wobec nie spełnienia przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz odrzucenie jego oferty wobec wskazanej okoliczności i z tej przyczyny odrzucenia jego oferty;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 16 marca 2018 r. miało miejsce otwarcie ofert. W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, przy czym ofertę z najkorzystniejszym bilansem ceny i innych kryteriów złożył Development Design Sp. z o.o. Oferta Odwołującego sklasyfikowana została na drugiej pozycji w rankingu. Wykonawca Development Design Sp. z o.o. w ramach swojej oferty objął utajnieniem dane dotyczące podwykonawstwa, tj.:

- i. w formularzu ofertowym strony 3 i 4 w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa (pkt 13 formularza ofertowego);
- ii. w formularzu jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) strona 11 oferty w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa;
- iii. w zakresie formularza JEDZ podwykonawców załączonych do oferty na stronach od 52-83:

Nadto w piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r., stanowiącym odpowiedź Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie czy oferowana cena nie jest rażąco niska oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie, o którym mowa w art 90 ust. 1a ustawy Pzp Wykonawca Development Design Sp. z o.o. utajnił dane wskazane na stronie 5 tychże wyjaśnień.

Zamawiający uznał rzeczony utajnienie danych za zasadne, co znalazło wyraz w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2018 r. i w konsekwencji podczas przekazania Odwołującemu tychże danych ich nie ujawnił.

Z uwagi na fakt, iż cena oferty złożonej przez Development Design Sp. z o.o. jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2018r. wezwał Development Design w oparciu o pismo z dnia 3 kwietnia 2018 r. na podstawie przepisu art. 90 ust 1a oraz 90 ust. 1-5 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana cena zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawca w odpowiedzi na w/w wezwanie Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2018 r. pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie ceny utajniając jednocześnie kalkulacje tejże ceny (strona 5 - tabela 1), nie załączając jednocześnie do rzeczonych wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie oświadczeń wynikających z pisma Wykonawcy, w szczególności dowodów potwierdzających, iż podwykonawcy zobowiązują się świadczyć usługi przez okres 36 miesięcy budowy wraz z okresem rękojmi i gwarancji na roboty za ceny przyjęte przez Wykonawcę w ramach kalkulacji ceny ofertowej. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert ocenił w oparciu o art. 22 a ust. 3 Pzp, iż dołączone do oferty Development Design Sp. z o.o. Zobowiązanie podmiotu trzeciego - Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K., na zasoby którego powołuje się Development Design Sp. z o.o. w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.3.3.3 lit a) SIWZ - budzi szereg wątpliwości, co do faktycznej jego intencji oraz zgodności z art. 22 a ust. 4 ustawy Pzp, wobec:

- a) wynikającej z treści samego Zobowiązania wyłącznie „możliwość” udostępnienia wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego poprzez funkcję konsultanta, doradcy technicznego;
- b) braku odpowiedzialności podmiotu trzeciego za niewłaściwe doradztwo lub konsultacje;
- c) wątpliwości Zamawiającego w zakresie wiedzy Development Design Sp. z o.o. co do zakresu i momentu wystąpienia o konsultacje do podmiotu trzeciego;

a w konsekwencji w ocenie Zamawiającego rzeczone Zobowiązanie złożone zostało wyłącznie dla pozoru, o czym świadczy:

- brak bezpośredniego zaangażowania Powiernictwa w proces organizacji nadzoru;
- żadna z wyszczególnionych w ofercie Development Design Sp. z o.o. osób nie jest zasobem podmiotu trzeciego;
- nie ma określonych zasad ponoszenia odpowiedzialności podmiotu trzeciego za podjęte decyzje lub doradztwo;
- zobowiązanie do konsultacji bądź doradztwa ma charakter doraźny, wręcz przypadkowy (co potwierdzają zapisy „istnieje możliwość” oraz „w ustalonej przez strony częstotliwości”).

Zamawiający w ramach pisma z dnia 3 kwietnia 2018 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Development Design Sp. z o.o. do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających iż Wykonawca, ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wskazanego w SIWZ pkt 5.3.3.3 a).

Wykonawca - Development Design Sp. z o.o. w piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedłożył „wzór

umowy powykonawczej", którą planuje zawrzeć z podmiotem trzecim - Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K. . Wykonawca jednocześnie wyjaśnił, iż:

- a) nie można sprowadzić pełnienia funkcji inżyniera Kontraktu do pełnienia kluczowych stanowisk;
- b) zamiarem WYKONAWCY był udział podmiotu trzeciego w realizacji zadania:
  - jako podwykonawcy;
  - w obszarze pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego (nie zaś inżyniera Kontraktu);
  - uczestnictwo przez cały okres realizacji zadania, w ustalonej przez strony częstotliwości;

co jednak nie wynika z treści jedyne go dostępnego Zamawiającemu oświadczenia podmiotu trzeciego, jakim pozostaje pierwotne jego Zobowiązanie. Wykonawca Development Design sp. z o.o. stwierdził również, iż odpowiedzialność podmiotu trzeciego za szkody wyrządzone osobom trzecim będzie opierała się o art. 415 kc oraz iż podmiot trzeci będzie ubezpieczony od OC w zakresie czynności mu podzleconych, przy czym Wykonawca - Development Design Sp. z o.o. zdaje się zapominać, iż żadne z zadań Inżyniera Kontraktu nie będzie zlecone podmiotowi trzeciemu wobec faktu, iż jego zakres działań obejmuje wyłącznie konsultacje i doradztwo, nie zaś faktyczne wykonywanie zadań Inżyniera Kontraktu, za co odpowiedzialność ponosić będzie osoba pełniąca tą funkcję oraz Wykonawca. Nadto Wykonawca Development Design Sp. z o.o. wykazuje w treści wyjaśnień, iż posiada gruntowne doświadczenie w realizacji podobnych usług, niemniej nie dysponuje w ramach własnych zasobów doświadczeniem wymaganym w ramach niniejszego zadania, co miałoby wykazać jego wiedzę w odniesieniu do tego w jakich momentach konieczne są konsultacje z podmiotem trzecim.

W odniesieniu zaś do wzoru umowy podwykonawczej, jakkolwiek by go nie ocenić, jednak zachodzi poważna wątpliwość co do tego czy doradca, konsultant może w ramach niniejszego zamówienia i jego specyfiki być jednocześnie utożsamiony z podwykonawcą, w świetle definicji zawartych w ustawie Pzp. Stosownie bowiem do art. 2 pkt 9b ustawy Pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez Zamawiającego Wykonawcą, a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Zasadą jest uprawnienie wykonawców do powierzenia podwykonawcom realizacji części zamówienia (art 36a ustawy Pzp). Definicja umowy o podwykonawstwo zbliżona jest do definicji samego zamówienia publicznego, z tą różnicą, że umowa o podwykonawstwo obejmuje jedynie część zamówienia publicznego i jest zawierana między

wybranych przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem, jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp z 2013 r. - do kategorii umów o podwykonawstwo kwalifikowane są wyłącznie te umowy, których rezultat będzie stanowił jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, podlegający następnie odbiorowi i ocenie, w zakresie należytego wykonania przez Zamawiającego.

Zarzut I.

Zamawiający udostępniając Odwołującemu ofertę oraz wyjaśnienia Wykonawcy Development Design Sp. z o.o. uznał, że zastrzeżenia wraz z ich uzasadnieniem dokonane przez tego Wykonawcę zarówno w ofercie - strona 89, jak i w piśmie z dnia 4 kwietnia 2018r. (strona 4) są uzasadnione i skuteczne, a tym samym, że obejmują one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie podlegają ujawnieniu pozostałym oferentom. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Stosownie do treści art. 8 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności dotyczy w szczególności ofert składanych w postępowaniu. Ich jawność może zostać ograniczona tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. Natomiast w niniejszym Postępowaniu wykonawca zastrzegł najistotniejszą część swoich merytorycznych wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2018 r. oraz informacje o podwykonawstwie, twierdząc, iż zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że skoro Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty z wyłączeniem informacji przez Development Design Sp. z o.o. zastrzeżonych, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, to zakończył procedurę badania skuteczności tego zastrzeżenia, także pod kątem konieczności wykazania przez zastrzegającego wykonawcę przesłanek tego zastrzeżenia. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Zgodnie z art 8 ust 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art 11 ust 4 ZNKU, 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. Komentowany przepis, jakkolwiek odnosi się do ofert i wniosków, znajduje zastosowanie również do innych dokumentów noszących walor tajemnicy przedsiębiorstwa\* m.in. wyjaśnień i uzupełnień (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r., KIO 338/15). W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest chwila złożenia Zamawiającemu danego dokumentu.

Literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że brak należytego wykazania przez Wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa

## **Sygn. akt: KIO 875/18**

powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie). W związku z tym Zamawiający nie ma prawa wzywać Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanego zastrzeżenia. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. w wyroku z dnia 2 marca 2015 r., sygn. KIO 279/15). Odwołujący przywołał również stanowisko Prezesa Urzędu zamówień Publicznych wyrażone w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP pn. „Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.". Kolejnym zagadnieniem istotnym w sprawie jest zakres dowodzenia przez Wykonawcę zasadności i prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, W tym obszarze KIO stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23 marca 2017r., sygn. KIO 421/17. W konsekwencji w przypadku zaniedbania przez Wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Brak dostatecznego uzasadnienia przez Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia więc Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji, w tym zakresie Dowołujący przywołał wyrok KIO z 8 czerwca 2015 r., sygn. KIO 997/15 oraz wyrok z 4 lutego 2015 r., sygn. KIO 84/16. Odwołujący zwrócił też uwagę, że uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji nie może być traktowane jako narzędzie służące uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym zapoznania się z treścią dokumentów celem oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu i przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r. sygn. akt KIO 807/15 i wyrok z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1460/17.

Zdaniem Odwołującego Development Design sp. z o.o. nie sprostала wymaganiom w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia Informacji objętych zarówno oferta, jak i pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r, jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Wykonawca ten poprzestał wyłącznie na ogólnych, niekonkretnych blankietowych sformułowaniach odnośnie przedmiotowych informacji. Development Design Sp. z o.o. nie przedstawiła żadnego konkretnego argumentu, który mógłby uzasadnić tezę o tym, że wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mówiąc o wymaganym, zgodnie z przywołanymi powyżej orzeczeniami KIO, wykazaniem tej okoliczności. Przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia nie spełnia wymogów wymaganych przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz określonych w utrwalonym orzecznictwie KIO, a tym samym nie daje Zamawiającemu podstaw do przyjęcia, że informacje objęte zastrzeżeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie powinny być udostępniane pozostałym Oferentom.

### Zarzut II.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust 1 i 1a ustawy Pzp oznacza dla Wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej, Stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Obowiązkiem Wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, Wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny, bowiem to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty.

Treść wezwania Zamawiającego z 3 kwietnia 2018 r. opierała się na art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp. Oznacza to, iż Wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym w ww. piśmie. Przedstawione przez Wykonawcę - Development Design Sp, z o.o. wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące doświadczenia, zaplecza kadrowego i technicznego, które Wykonawca posiada jako podmiot działający na rynku (bez wskazania jednak informacji szczegółowych). Dodatkowo Wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów. Odwołujący przywołał stanowisko KIO z wyroku z 9 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1049/14. Możliwość żądania przez Zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez Wykonawcę wyjaśnień znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, jak wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający nie może wzywać Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust

1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie przez zamawiającego informacji o cenotwórczych składnikach. Rolą wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem "wytłumaczyć" się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionych składników ceny. W przypadku złożenia w tym zakresie ogólnych wyjaśnień, które w żadnej mierze nie potwierdzają realności ceny oferty, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, nie zaś wzywać go o przedstawienie wyjaśnień ponownie.

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wystosowane przez Zamawiającego 3 kwietnia 2018 r. wezwanie o wyjaśnienia w dybie powyższego przepisu, należy uznać, że ww. wykonawca nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności w zakresie poddanego pod wątpliwość kosztu podwykonawstwa. W związku z powyższym, Zamawiający naruszył art 90 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy- Development Design Sp. z o.o. Odwołujący przywołał pogląd wyrażony w uchwale KIO/KU 3/17 z dnia 27 stycznia 2017 r.

### Zarzut III

Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia - w aktualnie obowiązujących przepisach przesądzono wprost o obowiązku zrealizowania robót budowlanych lub usług przez podmiot udostępniający zasoby, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wskazane poważnie wpływa na dotychczasową praktykę korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wykazywania spełniania tego warunku. Zniesiona bowiem została dotychczasowa (sprzed nowelizacji ustawy z 2016 r.) uznaniowość w zakresie oceny, czy konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji konkretnego zamówienia. Jak wskazała KIO w wyr. z 13.03.2017 r, (KIO 359/17), ustawodawca obecnie wyraźnie wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego, dotyczący doświadczenia koniecznego do uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane. W orzecznictwie wskazuje się jednoznacznie, że obowiązkowi udowodnienia dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego nie wyczerpuje stan formalnego złożenia w poczet dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne dokumentu tytułowanego zobowiązanie i powielającego w swej treści brzmienie przepisu art. 26 ust 2b (obecnie art 22a ust 2 ustawy Pzp). Wymagane jest udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego zobowiązania uzyska odpowiedni i wymagany zasób. Obowiązek ten wyraża postulat, by zobowiązanie niosło w swej treści takie informacje, że

będzie możliwe uznanie za udowodnione uzyskanie zasobu przez wykonawcę i oddanie go do dyspozycji przez podmiot trzeci. Przy czym realność udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci należy zawsze oceniać w odniesieniu do konkretnego przypadku i towarzyszących mu okoliczności udostępnienia określonych zasobów. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 22a ust 2 ustawy PZP, jest oświadczeniem woli podmiotu trzeciego. Zatem jego wykładnia powinna być dokonywana z uwzględnieniem reguł wykładni oświadczeń, zawartych w art 65 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem, mającym zastosowanie na podstawie art 14 ustawy PZP, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których złożone zostały, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Okoliczności złożenia takiego oświadczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każą uwzględniać fakt, iż to wyłącznie od woli podmiotu trzeciego zależy zakres możliwego i deklarowanego wsparcia określonego wykonawcy na etapie realizacji zamówienia, stąd też zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może być interpretowane w sposób rozszerzający. Nie może być również zastępowane w jakimkolwiek zakresie przez oświadczenie składane przez wykonawcę. Zamawiający zaś oświadczenia własne wykonawcy w tym wzór umowy podwykonawczej traktuje jako wystarczające w zakresie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r. o sygn. 890/17. Zdaniem Odwołującego uznać należy, iż jakkolwiek nie analizować Zobowiązania podmiotu trzeciego wynika z tego, iż ten zobowiązał się wyłącznie do zapewnienia Wykonawcy możliwości doraźnego prowadzenia konsultacji i doradztwa u kadry zatrudnionej przez tenże podmiot trzeci. Twierdzenie zaś, iż świadczenie doradztwa i konsultacji miałyby następować w oparciu o umowę o podwykonawstwo jest nadużyciem i w opinii Wykonawcy próbą wybrnięcia przez Wykonawcę - Development Design Sp. z o.o. z wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art 26 ust. 3 ustawy PZR Wzór umowy o podwykonawstwo nie stanowi dokumentu w jakikolwiek sposób potwierdzonego przez podmiot trzeci, zatem w dalszym ciągu jedynym przedmiotem analizy w zakresie spełnienia czy też nie warunku udziału w postępowaniu winno pozostać Zobowiązanie podmiotu trzeciego, Z treści zaś tego dokumentu, pomimo interpretacji dokonanej przez Wykonawcę - Development Design Sp. z o.o. nie wynika, iż oświadczenie podmiotu trzeciego, iż wyraża zgodę na zatrudnienie:

- \* jako podwykonawca;
  - \* w obszarze pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego;
- przez cały okres realizacji zadania, w ustalonej przez strony częstotliwości;
- wskazane wynika bowiem, z ZAMIARU WYKONAWCY, jak on sam oświadcza.

W konsekwencji w opinii Wykonawcy - Development Design Sp, z o.o., nie wykazał, iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego nie ma charakteru iluzorycznego oraz iż podmiot trzeci będzie faktycznie wykonywał usługi dla jakich realizacji udostępnił wiedzę i doświadczenie, tym bardziej iż Development Design Sp. z o.o., de facto potwierdził, iż będzie

wykonywał usługę siłami własnego przedsiębiorstwa, a z zasobów podmiotu trzeciego będzie korzystał ze zmienną częstotliwością. Z przedstawionego wzoru umowy o podwykonawstwo nie wynika jaki miałby być faktyczny zakres konsultacji i doradztwa, nie określono również zakresu odpowiedzialności konsultanta, ani osób które z ramienia konsultanta miały by wg. oświadczeń Wykonawcy świadczyć owego doradztwa i konsultacji. Z użytego w treści zobowiązania sformułowania „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi” wynika, że jest ono pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego. Może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności itp. Najdalej idącą formą zaangażowania w realizację zamówienia jest podwykonawstwo, które przed nowelizacją ustawy PZP z 2016 r. nie było przez przepisy bezwzględnie wymagane. W orzecznictwie i doktrynie wskazywano jednak, że w przypadku skomplikowanych, wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczano przy tym różne formy tego udziału, w zależności, od specyfiki konkretnego zamówienia, przyjmując jednak jako optymalną formę właśnie podwykonawstwo. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z Wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia.

Taki kierunek interpretacji przyjęty został również w orzecznictwie TSUE, jeszcze na gruncie poprzednich dyrektyw. Zwrócić uwagę należy, że art. 48 ust 3 dyrektywy 2004/18/WE dopuszczał możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów, akcentując również, że może to mieć miejsce w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13 marca 2017 r. w sprawie KIO 359/17. W konsekwencji za prawidłowy uznać należy tok rozumowania Zamawiającego przedstawiony w wezwaniu skierowanym do Wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. z dnia 3 kwietnia 2018 r., niemniej w tym kontekście za nieprawidłową należy uznać decyzję Zamawiającego o uznaniu spełnienia przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5,3.3.3 a) SIWZ, w szczególności w sytuacji gdy Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów potwierdzających spełnienia rzeczonożego warunku, pomimo stanowiska Zamawiającego stwierdzającego, iż Zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zobowiązaniem pozornym. W związku z faktem, że Zamawiający zastosował już procedurę uzupełniania dokumentów, o której mowa w art 26 ust 3 Pzp, a zgodnie z ugruntowaną w tym zakresie linią orzecniczą wezwanie takie może być tylko jednorazowe, nie ma już możliwości dalszego konwalidowania zobowiązania podmiotu trzeciego.

W dniu 15 maja 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości.

**Zarzut I**

Wykonawca tj. Development Desing sp. z o.o., składając ofertę w niniejszym postępowaniu zastrzegł w jej treści informacje będące tzw. tajemnicą przedsiębiorstwa na stronach: 3, 4, 1 1 oraz 52-83 swojej oferty (w załączeniu oferta Development Desing sp. z o.o. bez treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, którą to ofertę udostępniano pozostałym Wykonawcom). Zgodnie z treścią Odwołania, Development Desing sp. z o.o. w swojej ofercie na str. 3 i 4 zastrzegł wykaz podmiotów w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia przez podwykonawców (Pkt 13 formularza ofertowego). Tym samym wyraził swoją wolę nie ujawniania ich przez Zamawiającego. Zamawiający, na podstawie art. 1 1 ust. 4 Obwieszczenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 lutego 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419) oraz ujawnionego na str. 89 oferty uzasadnienia objęcia tych treści tajemnicą przedsiębiorstwa, dokonał badania czy określone informacje o których mowa, mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony, tj. czy Development Desing sp. z o.o., wykazał, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP, łączne spełnianie następujących przesłanek: czy przedmiotowe informacje są ujawnione do wiadomości publicznej, czy stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, czy Development Desing sp. z o.o., podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W toku badania i oceny oferty w powyższym, zakresie:

- nie stwierdzono, aby informacje o których mowa na str. 3, 4 oferty Development Desing sp. z o.o., były ujawniane do publicznej wiadomości. Oczywiście, Zamawiający nie ma na myśli faktu istnienia takich podmiotów jako podwykonawców na rynku szeroko pojętych robót i usług budowlanych, ale okoliczność powiązań biznesowych z Development Desing sp. z o.o. To właśnie znajduje się w informacjach zastrzeżonych na str. 3, 4 oferty Development Desing sp. z o.o., tj. nazwy podmiotów występujących w obrocie gospodarczym wraz z ich adresem i jednocześnie działające na zlecenie Development Desing sp. z o.o.

- uzasadnienie w postaci opisu na str. 89 oferty (nie ujawnianie podmiotów trzecich za pomocą których Development Desing sp. z o.o. pozwala wykazać się spełnieniem warunków udziału w tym postępowaniu) w związku z prawem Development Desing sp. z o.o. do ograniczania konkurencji na rynku inspektorów nadzoru budowlanego oraz uniemożliwiać podzlecanie prac innym podmiotom spoza regionu Słupska. Zamawiający uznaje takie uzasadnienie jako możliwe do skutecznego zastrzeżenia takich informacji. W razie ich

ujawnienia, realne jest wykazanie się określonymi szkodami lub kosztami pozyskiwania nowych inspektorów nadzoru w przypadku tzw. podkupywania (oferowania wyższej stawki takim osobom w celu zmniejszenia lub likwidacji konkurencji na danym rynku).

- ograniczenie dostępu do tych danych w spółce z o.o. Development Desing, do dwóch osób, zgodnie z opisem na 89 str. oferty, należy uznać za działania niezbędne w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W oparciu o powyższe przesłanki należy stwierdzić, że Development Desing sp. z o.o., miała prawo do dokonania zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazała skuteczne zastrzeżenie tych informacji. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 8 ust. 3, PZP, to na danym Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania się przed terminem składania ofert, zastrzeżenia informacji które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma żadnym prawnym możliwości wezwania takiego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Oznacza to w praktyce, że tylko i wyłącznie w oparciu treść oferty możliwe jest badanie i podejmowanie decyzji czy informacje takie są lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W tych okolicznościach zawsze można by było przedstawić zarzut Zamawiającemu, że zakres przedmiotowego uzasadnienia dokonany przez Development Desing sp. z o.o., jest mało przekonujący, a w ocenie Odwołującego nawet ww. Wykonawca zaniedbał wykazanie się obszerniejszym uzasadnieniem, co powinno skutkować ujawnieniem zastrzeżonych treści. Reasumując, należy stwierdzić, że informacje o których mowa na str. 3, 4 oferty Development Desing sp. z o.o., są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą one ograniczać prawo innych wykonawców do ich własnej oceny oraz w ich mniemaniu do ograniczania konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Jeżeli Ustawodawca przewidział takie możliwości zastrzegania informacji w ofertach, to Wykonawca który wykazuje takie zastrzeżenie, ma do tego prawo, natomiast Zamawiający ma obowiązek rozstrzygać o skuteczności takiego zastrzeżenia tylko i wyłącznie w oparciu o treść oferty bez żadnej możliwości uzyskania wyjaśnień od takiego Wykonawcy. Decyzją zamawiającego było nieujawnianie ww. informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z treścią Odwołania, Development Desing sp. z o.o. w swojej ofercie na str. 11 zastrzegł wykaz proponowanych Wykonawców w sekcji D formularza JEDZ. Tym samym wyraził swoją wolę nie ujawniania ich (podwykonawców) przez Zamawiającego. Zamawiający, na podstawie art. 11 ust. 4 Obwieszczenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 lutego 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419) oraz ujawnionego na str. 89 oferty uzasadnienia objęcia tych treści tajemnicą przedsiębiorstwa, dokonał badania czy określone informacje o których mowa, mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony, tj. czy Development Desing sp. z o.o., wykazał, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP, łączne spełnianie następujących przesłanek: czy przedmiotowe informacje

są ujawnione do wiadomości publicznej, czy stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, czy Development Desing sp. z o.o., podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W toku badania i oceny oferty w powyższym zakresie:

- nie stwierdzono, aby informacje o których mowa na str. 11 oferty Development Desing sp. z o.o., były ujawniane do publicznej wiadomości. Oczywiście, zamawiający nie ma na myśli faktu istnienia takich podmiotów trzecich jako podwykonawców na rynku szeroko pojętych robót i usług budowlanych, ale okoliczność powiązań biznesowych z Development Desing sp. z o.o. To właśnie znajduje się w informacjach zastrzeżonych na str. 11 oferty Development Desing sp. z o.o., tj. nazwy podmiotów występujących w obrocie gospodarczym wraz z ich adresem i jednocześnie działające na zlecenie Development Desing sp. z o.o.
- uzasadnienie w postaci opisu na 89 oferty (nie ujawnianie podmiotów trzecich za pomocą których Development Desing sp. z o.o. pozwala wykazać się spełnieniem warunków udziału w tym postępowaniu) w związku z prawem Development Desing sp. z o.o. do ograniczania konkurencji na rynku inspektorów nadzoru budowlanego oraz uniemożliwiać podzlecanie prac innym podmiotom spoza regionu Słupska. Zamawiający uznaje takie uzasadnienie jako możliwe do skutecznego zastrzeżenia takich informacji. W przypadku ich ujawnienia, realne jest wykazanie się określonymi szkodami lub kosztami pozyskiwania nowych inspektorów nadzoru w przypadku tzw. podkupowania (oferowania wyższej stawki takim osobom w celu zmniejszenia lub likwidacji konkurencji na danym rynku).
- ograniczenie dostępu do tych danych w spółce z o.o. Development Desing, do dwóch osób, zgodnie z opisem na 89 str. oferty należy uznać za działania niezbędne w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W oparciu o powyższe przesłanki należy stwierdzić, że Development Desing sp. z o.o., miała prawo do dokonania zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazała skuteczne zastrzeżenie tych informacji.

Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 8 ust. 3, PZP, to na danym wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania się przed terminem składania ofert, zastrzeżenia informacji które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma żadnym prawnym możliwości wezwania takiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Oznacza to w praktyce, że w oparciu tylko i wyłącznie treść oferty możliwe jest badanie i podejmowanie decyzji czy informacje takie są lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W tych okolicznościach zawsze można by było przedstawić zarzut Zamawiającemu, że zakres przedmiotowego uzasadnienia dokonany przez Development Desing sp. z o.o., jest mało

przekonywujący, a w ocenie Odwołującego nawet ww. wykonawca zaniedbał wykazanie się obszerniejszym uzasadnieniem co powinno skutkować ujawnieniem zastrzeżonych treści. Reasumując, należy stwierdzić, że informacje o których mowa na str. 11 oferty Development Desing sp. z o.o., są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą one ograniczać prawo innych wykonawców do ich własnej oceny oraz w ich mniemaniu do ograniczania konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli ustawodawca przewidział takie możliwości zastrzegania informacji w ofertach, to wykonawca który wykazuje takie zastrzeżenie, ma do tego prawo, natomiast zamawiający ma obowiązek rozstrzygać o skuteczności takiego zastrzeżenia tylko i wyłącznie w oparciu o treść oferty bez żadnej możliwości uzyskania wyjaśnień od takiego wykonawcy. Decyzją zamawiającego było nieujawnianie ww. informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzuca, bezpodstawne ograniczenie dostępu do informacji związanych z przedmiotowym postępowaniem, zawartych w ofercie Development Desing sp. z o.o. w zakresie formularza JEDZ podwykonawców załączonych do oferty na str. od 52-83. Zamawiający pragnie sprostować, że strony 52-83 oferty Development Desing sp. z o.o. dotyczą wykazu osób. Mowa jest o tym na str. 6 oferty Development Desing sp. z o.o. Nie mniej Zamawiający ustosunkuje się również do tego zarzutu. Development Desing sp. z o.o. w swojej ofercie na str. 52-83 zastrzegł wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (wypełniony zał. nr 3 do SIWZ) wraz z pisemnymi zobowiązaniami tych osób i jednocześnie podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się Development Desing sp. z o.o. w celu spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Tym samym wyraził swoją wolę nie ujawniania ich (podwykonawców) przez Zamawiającego. Zamawiający, na podstawie art. 11 ust. 4 Obwieszczenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 lutego 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419) oraz ujawnionego na str. 89 oferty uzasadnienia objęcia tych treści tajemnicą przedsiębiorstwa, dokonał badania czy określone informacje o których mowa, mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony, tj. czy Development Desing sp. z o.o., wykazał, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP, łączne spełnianie następujących przesłanek:

- czy przedmiotowe informacje są ujawnione do wiadomości publicznej, czy stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, czy Development Desing sp. z o.o., podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W toku badania i oceny oferty w powyższym zakresie:

- nie stwierdzono, aby informacje o których mowa na str. 52-83 oferty Development Desing sp. z o.o., były ujawniane do publicznej wiadomości. Oczywiście, zamawiający

nie ma na myśli faktu istnienia takich podmiotów trzecich jako podwykonawców na rynku szeroko pojętych robót i usług budowlanych, ale okoliczność powiązań biznesowych z Development Desing sp. z o.o. oraz szczególnych kwalifikacji, zawodowych, odpowiedniego wieloletniego doświadczenia i pełnionych funkcji w procesach budowlanych, nie wspominając już o odpowiednich zobowiązaniach dedykowanych dla potrzeb niniejszego postępowania przetargowego, a następnie realizacji ewentualnych usług. To właśnie znajduje się w informacjach zastrzeżonych na str. 52-83 oferty Development Desing sp. z o.o., tj. nazwy podmiotów występujących w obrocie gospodarczym wraz z ich kwalifikacjami zawodowymi, nabytym doświadczeniem, zobowiązaniem i jednocześnie działające na zlecenie Development Desing sp. z o.o.

- uzasadnienie w postaci opisu na 89 oferty (nie ujawnianie podmiotów trzecich za pomocą których Development Desing sp. z o.o. pozwala wykazać się spełnieniem warunków udziału w tym postępowaniu) w związku z prawem Development Desing sp. z o.o. do ograniczania konkurencji na rynku inspektorów nadzoru budowlanego oraz uniemożliwiać podzlecanie prac innym podmiotom spoza regionu Słupska. Zamawiający uznaje takie uzasadnienie jako możliwe do skutecznego zastrzeżenia takich informacji. W przypadku ich ujawnienia, realne jest wykazanie się określonymi szkodami lub kosztami pozyskiwania nowych inspektorów nadzoru w przypadku tzw. podkupowania (oferowania wyższej stawki takim osobom w celu zmniejszenia lub likwidacji konkurencji na danym rynku).
- ograniczenie dostępu do tych danych w spółce z o.o. Development Desing, do dwóch osób, zgodnie z opisem na 89 str. oferty należy uznać za działania niezbędne w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W oparciu o powyższe przesłanki należy stwierdzić, że Development Desing sp. z o.o., miała prawo do dokonania zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazała skuteczne zastrzeżenie tych informacji.

Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 8 ust. 3, PZP, to na danym wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania się przed terminem składania ofert, zastrzeżenia informacji które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma żadnym prawnym możliwości wezwania takiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Oznacza to w praktyce, że w oparciu tylko i wyłącznie treść oferty możliwe jest badanie i podejmowanie decyzji czy informacje takie są lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W tych okolicznościach zawsze można by było przedstawić zarzut Zamawiającemu, że zakres przedmiotowego uzasadnienia dokonany przez Development Desing sp. z o.o., jest mało

przekonywujący, a w ocenie Odwołującego nawet ww. wykonawca zaniedbał wykazanie się obszerniejszym uzasadnieniem co powinno skutkować ujawnieniem zastrzeżonych treści.

Reasumując, należy stwierdzić, że informacje o których mowa na str. 52-83 oferty Development Desing sp. z o.o., są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą one ograniczać prawo innych wykonawców do ich własnej oceny oraz w ich mniemaniu do ograniczania konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli ustawodawca przewidział takie możliwości zastrzegania informacji w ofertach, to wykonawca który wykazuje takie zastrzeżenie, ma do tego prawo, natomiast zamawiający ma obowiązek rozstrzygać o skuteczności takiego zastrzeżenia tylko i wyłącznie w oparciu o treść oferty bez żadnej możliwości uzyskania wyjaśnień od takiego Wykonawcy. Zamawiający zbadał prawidłowość wykazania się zastrzeżenia tych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zarówno w doniesieniu do art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 8 ust. 3 ustawy PZP i decyzją zamawiającego było nieujawnianie ww. informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca tj. Development Desing sp. z o.o., składając ofertę w niniejszym postępowaniu zastrzegł także informacje będące tzw. tajemnicą przedsiębiorstwa na stronie nr 5 swoich wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie czy oferowana cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z treścią Odwołania, Development Desing sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach z dnia 04.04.2018 r. str. 5 tych wyjaśnień zastrzegł kalkulację cenową swojej oferty (załącznik nr 4 do Odwołania wniesionego do Prezesa KIO w dniu 04.05.2018 r.). Tym samym wyraził swoją wolę nie ujawniania tej kalkulacji przez zamawiającego.

Zamawiający, na podstawie art. 11 ust. 4 Obwieszczenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 lutego 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419) oraz ujawnionego na str. 4 ww. wyjaśnienia uzasadnienia objęcia treści tej kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa i odwołania się do uzasadnienia w postaci opisu na 89 oferty, dokonał badania czy określone informacje o których mowa, mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony, tj. czy Development Desing sp. z o.o., wykazał, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP łączne spełnianie następujących przesłanek:

- czy przedmiotowe informacje są ujawnione do wiadomości publicznej, czy stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, czy Development Desing sp. z o.o., podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W toku badania i oceny oferty w powyższym zakresie:

## Sygn. akt: KIO 875/18

- nie stwierdzono, aby informacje o których mowa na str. 5 oferty Development Desing sp. z o.o., były ujawniane do publicznej wiadomości. Przedstawione kalkulacje dotyczą wyliczonych i określonych kosztów:

- zaangażowania osób (łącznie 10 osób) w realizacji przedmiotu zamówienia,
- zaangażowania podmiotu trzeciego (Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K.),
- nabycia odpowiedniej polisy OC Wykonawcy
- innych (administracyjne, transportowe, gwarancje, przeglądy, techniczne)
- podany zysk.

To właśnie znajduje się w informacjach zastrzeżonych na str. 5 wyjaśnień z dnia 04.04.2018 r. złożonych przez Development Desing sp. z o.o.

- w uzasadnieniu na str. 4 wyjaśnień z dnia 04.04.2018 r. odnoszące się do szczegółowej kalkulacji ceny oferty tj. „elementy składowe budowanej strategii cenowej jako know-how”, wykazano jako informacje posiadające wartość gospodarczą (załącznik nr 4 do Odwołania wniesionego do Prezesa KIO w dniu 04.05.2018 r.). Nie ujawnianie wynagrodzeń oraz innych kosztów negocjowanych indywidualnie przez Development Desing sp. z o.o., ma związek z prawem Development Desing sp. z o.o. do ograniczania konkurencji na rynku inspektorów nadzoru budowlanego oraz uniemożliwianie podzlecanie prac innym podmiotom spoza regionu Słupska. Zamawiający uznaje takie uzasadnienie jako możliwe do skutecznego zastrzeżenia takich informacji. W przypadku ich ujawnienia, realne jest wykazanie się określonymi szkodami lub kosztami pozyskiwania nowych inspektorów nadzoru w przypadku tzw. podkupowania (oferowania wyższej stawki takim osobom w celu zmniejszenia lub likwidacji konkurencji na danym rynku).

- ograniczenie dostępu do tych danych w spółce z o.o. Development Desing, do dwóch osób, zgodnie z opisem na 89 str. oferty, należy uznać za działania niezbędne w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

W oparciu o powyższe przesłanki należy stwierdzić, że Development Desing sp. z o.o., miała prawo do dokonania zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wykazała skuteczne zastrzeżenie tych informacji.

Zamawiający zbadał natomiast prawidłowość wykazania się zastrzeżeniem tych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zarówno w doniesieniu do art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 8 ust. 3 ustawy PZP.

Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 8 ust. 3, PZP, to na danym Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania się przed terminem składania ofert, zastrzeżenia informacji które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma żadnym prawnym możliwości wezwania takiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Oznacza to w praktyce, że w tylko i wyłącznie w oparciu o treść oferty, możliwe jest badanie i

podejmowanie decyzji czy informacje takie są lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W tych okolicznościach zawsze można by było przedstawić zarzut Zamawiającemu, że zakres przedmiotowego uzasadnienia dokonany przez Development Desing sp. z o.o., jest mało przekonujący, a w ocenie Odwołującego nawet ww. Wykonawca zaniedbał wykazanie się obszerniejszym uzasadnieniem co powinno skutkować ujawnieniem zastrzeżonych treści. Reasumując, należy stwierdzić, że informacje o których mowa na str. 5 wyjaśnień z dnia 04.04.2018 r. odnoszące się do szczegółowej kalkulacji ceny oferty Development Desing sp. z o.o., są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą one ograniczać prawo innych Wykonawców do ich własnej oceny oraz w ich mniemaniu do ograniczania konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Jeżeli ustawodawca przewidział takie możliwości zastrzegania informacji w ofertach, to Wykonawca który wykazuje takie zastrzeżenie, ma do tego prawo, natomiast zamawiający ma obowiązek rozstrzygać o skuteczności takiego zastrzeżenia tylko i wyłącznie w oparciu o treść oferty bez żadnej możliwości uzyskania wyjaśnień od takiego Wykonawcy. Decyzją zamawiającego było nieujawnianie ww. informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Skoro Zamawiający analizując i badając treść oferty Development Desing sp. z o.o. uznał, że informacje w formularzu ofertowym na str. 3 i 4 w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa, w formularzu JEDZ str. 1 1 oferty w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa, w zakresie wykazu osób i ich zobowiązań na str. 52-83 oraz kalkulacji cenowej zawartej w wyjaśnieniu z dnia 04.04.2018 r. na str. nr 5 w zakresie złożenia wyjaśnień i dowodów i w zakresie czy oferowana cena nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 1 1 ust. 4 ZNKU, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zamawiający, jako Instytut Morski w Gdańsku i jednocześnie instytut badawczy, wielokrotnie w ciągu ostatnich 10 lat uczestniczył w przetargach publicznych organizowanych przez Spółki Skarbu Państwa jako Wykonawca. W tych postępowaniach dosyć często jest zastrzeganie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. w zakresie osób (podmiotów trzecich) realizujących usługi badawcze, ich doświadczenie oraz na czyją rzecz były realizowane takie usługi. Wartości takich usług w odniesieniu do danych osób nie są znane nawet Wykonawcy, który posługuje się takimi osobami do wykazania potencjału kadrowego. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji klauzulą Tajemnica przedsiębiorstwa zarówno w doniesieniu do art. 1 1 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 8 ust. 3 ustawy PZP, nie jest zbyt obszerne. Ma być ono zwięzłe, zrozumiałe i odnosić się do przedmiotu zamówienia. Nierzadko, samo uzasadnienie jest również tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy zaznaczyć, że kary z tytułu ujawnienia takich informacji mogą rozpoczynać się od kwoty 100.000 zł.

Skoro Zamawiający analizując i badając treść oferty Development Desing sp. z o.o. uznał, że informacje w formularzu ofertowym na str. 3 i 4 w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa, w formularzu JEDZ str. 1 1 oferty w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa, w zakresie wykazu osób i ich zobowiązań na str. 52-83 oraz kalkulacji cenowej zawartej w wyjaśnieniu z dnia 04.04.2018 r. na str. nr 5 w zakresie złożenia wyjaśnień i dowodów i w zakresie czy oferowana cena nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 1 1 ust. 4 ZNKU, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Skoro Zamawiający analizując i badając treść oferty Development Desing sp. z o.o. uznał, że informacje w formularzu ofertowym na str. 3 i 4 w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa, w formularzu JEDZ str. 1 1 oferty w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa, w zakresie wykazu osób i ich zobowiązań na str. 52-83 oraz kalkulacji cenowej zawartej w wyjaśnieniu z dnia 04.04.2018 r. na str. nr 5 w zakresie złożenia wyjaśnień i dowodów i w zakresie czy oferowana cena nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 1 1 ust. 4 ZNKU, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Powyższe odpowiedzi Zamawiającego świadczą, że została wykonana analiza oraz niezbędne badanie oferty, mające na celu stwierdzenie zasadności zastrzeżenia dokonanego przez Development Desing sp. z o.o., zarówno w ramach oferty oraz treści pisma (wyjaśnienia od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r.). Zamawiający analizując i badając treści oferty Development Desing sp. z o.o. uznał, że informacje zawarte w ofercie na str. 89 w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia:

- informacji dotyczących podwykonawstwa, w formularzu ofertowym na str. 3 w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa,
- informacji w formularzu JEDZ str. 1 1 oferty w zakresie danych dotyczących podwykonawstwa,
- informacji w zakresie wykazu osób i ich zobowiązań na str. 52-83 oferty - kalkulacji cenowej zawartej w wyjaśnieniu z dnia 04.04.2018 r. na str. nr 5 wraz z uzasadnieniem zawartym na str. str. 89 oferty w zakresie złożenia wyjaśnień i dowodów, czy oferowana cena nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 1 1 ust. 4 ZNKU, nie znajduje żadnego uzasadnienia.

#### Zarzut II

Przed otwarciem ofert, Zamawiający odczytał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia tj. 1.168.500 zł Brutto. Szacunkowa wartość netto przedmiotowego zamówienia wynosi: 950.000,00 zł (bez podatku od towarów i usług oraz usług o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 6).

Ww. szacunkowa wartość zamówienia została opisana i podana w Ogłoszeniu (treść Ogłoszenia w zał.):

II. 1.5) Szacunkowa całkowita wartość: Wartość bez VAT: 253 380,00 EUR

11.2.4) Opis zamówienia:

Zamawiający przewiduje udzielanie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, do 15 % zamówienia podstawowego.

W stosunku do ceny oferty (badanie tzw. rażąco niskiej ceny) w niniejszym postępowaniu przyjmuje się wartość 1.168.500 zł brutto, wynikająca z:

1253.380 euro netto / 115 (w odniesieniu do 15% wartości usług o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 6)) x 100 = 220.330,43 euro. 220.330,43 euro x 4,3117 zł (kurs euro do przeliczania wartości zamówień zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem) = 949.998,72 zł + należny podatek od towarów i usług (stawka 23 0/0) = 1.168.498,42 zł Brutto. Odczytano kwotę: 1.168.500,00 zł. Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, Zamawiający ma obowiązek, zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień czy oferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Po wykonaniu obliczeń o których mowa w ww. art. 90 ust. 1a pkt. 1, cena oferty jest 0 39,49 % niższa od oszacowanej wartości zamówienia.

Obawy Zamawiającego w kontekście przedmiotowej oferty z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, miały związek z okolicznością uwzględnienia, że Wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich tj. na 9 osób, 5 z nich to tzw. podmioty trzecie, prowadzące własną działalność gospodarczą. W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się do Development Desing Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień czy oferowana cena oferty nie jest rażąco niska, oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie o który mowa w art. 90 ust. 1 pkt. 1-5 Pzp.

Aby uściślić i jednocześnie sprostować zarzut Odwołującego, to Zamawiający nie wzywał Development Desing sp. z o.o. w swoim piśmie z dnia 30.03.2018 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a ustawy PZP. Wezwanie dotyczyło złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 a ustawy PZP. Oznacza to, że Zamawiający nie miał tak wyolbrzymionych wątpliwości jakie sugeruje Odwołujący, przypisując wezwanie również na podstawie art. 90 ust. 1.

W ocenie Zamawiającego to dość istotne różnice. Tym bardziej, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 a ustawy PZP, jest obligatoryjne, natomiast wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 PZP, dotyczy innych okoliczności które mają związek z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. (w załączeniu wezwanie dla Development Desing Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień)

Otrzymane obszernie wyjaśnienia oraz dowody zawarto na str. 1-8 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r. Nie wynika z nich że oferta zawiera rażąco

niską cenę. A już na pewno nie może to być podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 4 ustawy PZP. Trzeba naprawdę wykazać dużego niezrozumienia, aby wyjaśnienia Development Desing sp. z o.o., uznać za nieistotne, lub wręcz je ignorować. W ocenie Zamawiającego, Development Desing sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach z dnia 04.04.2018 r. przedstawił realne wykonanie usługi za kwotę przedstawioną w jego ofercie. Na 6-ciu wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu tylko Development Desing sp. z o.o., złożył ofertę której cena była 0 39% niższa niż kwota odczytana przez Zamawiającego na otwarciu ofert. Pozostałe oferty oscylowały nieznacznie poniżej kwoty odczytanej przez Zamawiającego na otwarciu ofert lub powyżej. W szczególności nabiera to znaczenie, gdy Zamawiający ujawnił w Ogłoszeniu szacunkową całkowitą wartość zamówienia (Wartość bez VAT: 253 380,00 EUR). W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że to właśnie oferta Development Desing sp. z o.o., jest skalkulowana na poziomie realnego wykonania usługi z wykazanym zyskiem, gdzie Development Desing sp. z o.o., mógł przy ustalaniu ceny oferty nie kierować się informacją o podanej przez Zamawiającego kwocie w Ogłoszeniu o zamówieniu, lecz faktycznymi kosztami realizacji tej usługi. Natomiast pozostali Wykonawcy składając oferty, mogli kalkulować swoje ceny ofert, tak by uzyskać zamówienie przy maksymalnym możliwym zysku. Reasumując, zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust 1, 2 oraz 3 ustawy PZP, a w konsekwencji art. 89 ust. 4 ustawy PZP, nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Otrzymane obszernie wyjaśnienia oraz dowody zawarte na str. 1-8 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r., nie pozwalają na odrzucenie oferty w trybie art. 90 ust. 3 ustawy PZP. Nie wynika z nich także, że oferta zawiera rażąco niską cenę. A już na pewno nie może to być podstawą do odrzucenia oferty na zarówno na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP jak podstawie art. 89 ust. 4 ustawy PZP. Z uwagi na tożsamy zarzut o którym mowa w pkt. 5 niniejszego pisma, Zamawiający podtrzymuje w tym zakresie swoje ww. odpowiedzi. Reasumując zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy PZP a w konsekwencji art. 89 ust. 4 ustawy PZP, nie znajduje żadnego uzasadnienia.

W ocenie Zamawiającego, nie ma żadnych przesłanek, aby ponownie wzywać Development Desing Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a ustawy PZP do przedłożenia wyjaśnień szczegółowych wraz z dowodami na ich poparcie w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Otrzymane obszernie wyjaśnienia oraz dowody zawarte na str. 1-8 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r., w tym objęta tajemnica przedsiębiorstwa na str. 5 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r. szczegółowa kalkulacja ceny obejmująca zaangażowania 10 osób w realizacji przedmiotu zamówienia, zaangażowania podmiotu trzeciego (Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K.), wykup odpowiedniej polisy OC wykonawcy oraz inne koszty (administracyjne, transportowe,

gwarancje, przeglądy, techniczne) i zysk, w zupełności wyczerpuje posiadanie koniecznych informacji do stwierdzenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub ewentualnych wezwań do dalszych wyjaśnień w tym zakresie. Przedstawione dowody przez Development Desing sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 04.04.2018 r., są nie tylko wystarczające, ale jednoznacznie potwierdzają możliwość wykonania tego zamówienia zgodnie z ceną oferty. Za to dość trudno wywnioskować z treści Odwołania, czy w ocenie Odwołującego się, Zamawiający ma możliwość ponownego wezwania Wykonawcy do złożenia następnych wyjaśnień czy też czynność ta jest jednorazowa? Na str. 16 Odwołania ostatnie zdanie w Pkt nr 2 „Nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie sprostał wymaganiom postawionym w pierwszym wezwaniu, nie odniósł się do wszystkich pytań Zamawiającego, bądź złożył wyjaśnienia lakoniczne, nie poparte odpowiednimi dowodami”. Natomiast w pkt. 7 niniejszej odpowiedzi, zarzuca się Zamawiającemu zaniechanie takiej czynności. Jeszcze więcej wątpliwości wnosi sentencja zawarta w przytoczonym przez Odwołującego na str. 15 Odwołania, Wyroku KIO 2025/14, gdzie stwierdzono "W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć Wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy". Skoro przedstawione wyjaśnienia są rzetelne, to w jakim celu stosować ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień? W ocenie Zamawiającego, przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami, nie pozostawiają żadnej wątpliwości, co do właściwego sposobu i wyczerpującego opisu, oraz potwierdzają wykonanie zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie Wykonawcy. W tych okolicznościach, nie ma żadnych podstaw do ponownego wezwania Development Desing sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień szczegółowych na podstawie zarówno art. 90 ust. 1 jak i 90 ust. 1 a PZP

### Zarzut III

Z treści Odwołania, Zamawiający domyśla się, że Odwołujący ma na myśli Zobowiązanie podmiotu trzeciego (Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa S. K., ul. Gdańska 47/31 84-230 Rumia), na zasoby którego powołuje się Wykonawca w celu potwierdzenia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, tj. posiadania wiedzy w zakresie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy o którym to warunku mowa w pkt. 5.3.3. lit. „a” SIWZ. Przedstawione Zobowiązanie mogło budzić wątpliwości Zamawiającego co do intencji, w szczególności jego pozorności na potrzeby tego postępowania przetargowego. Dlatego wezwano Development Desing Sp. z o.o., aby zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, wykazał, że w przypadku polegania na doświadczeniu innych podmiotów, przedstawił realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w zakresie w którym powołuje się na spełnianie warunku tj. doświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku o którym mowa w pkt. 5.3.3. lit. „a” SIWZ. W złożonych wyjaśnieniach załączono Projekt Umowy

o Podwykonawstwo. Po zapoznaniu się z treścią tego projektu oraz wyjaśnieniami na stronie 10-14 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r., Zamawiający uznał za wystarczające do wykazania się odpowiednim doświadczeniem w postaci realizacji usługi jako konsultant, doradca techniczny. Zamawiający zwraca uwagę, że w tym projekcie umowy zawarto doprecyzowanie zakresu realizacji, odpłatność i odpowiedzialność. Z uwagi na okoliczność iż jest to projekt umowy, podpisany przez strony po wyborze oferty (zob. str. 14 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r.), nie jest wymagane zawieranie takich umów w trakcie trwania procedury przetargowej i jednocześnie wyboru Wykonawcy do realizacji tej usługi. Zamawiający zwraca uwagę, że działa „w zaufaniu do przedstawionych dokumentów” i nie ma powodu, aby poddawać w wątpliwość zamiar zawarcia takiej umowy oraz jej sprawdzanie i egzekwowanie. Analogicznie Zamawiający postąpił w przypadku braku jakichkolwiek poświadczeń wykonania usług Odwołującego w niniejszym postępowaniu, które to usługi w ramach wykazania się odpowiednim doświadczeniem przedstawił w swojej ofercie na str. nr 22. Brak załączonych poświadczeń dla tej usługi, pomimo próśb Odwołującego skierowanych do tego Zamawiającego tj. Spółka Wodno-Ściekowa w Swarzewie (SWS), wzbudził nasze wątpliwości (w załączeniu oferta Odwołującego). Dlatego Instytut Morski w Gdańsku oficjalnie wystąpił do tego Zamawiającego o potwierdzenie wykonania takiej usługi (w załączeniu pismo do SWS o potwierdzenie wykonania zamówienia). Wcześniejsze informacje (przed wyborem oferty najkorzystniejszej) otrzymane telefonicznie od ww. SWS, świadczyły o nienależytym wykonaniu tego zamówienia przez Odwołującego się. Niestety, do dnia dzisiejszego, nie zostało to potwierdzone w formie pisemnej przez SWS. Ponadto, w drugiej usłudze opisanej w ofercie Odwołującego na str. nr 22, wykazano realizację usługi (Zamawiającym były Miejskie Wodociągi w Chojnicach), która to usługa posiada potwierdzenie wskazujące, że Partnerem Konsorcjum wykonującego te usługi jest Odwołujący. Natomiast czytając ostatnie zdania tego poświadczenia (str. 25 oferty Odwołującego), wynika że wszystkie kluczowe funkcje w tej usłudze tj. Inżyniera Rezydenta, Asystenta Inżyniera Rezydenta oraz Koordynatora Inspektora Nadzoru i Inspektora Nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, pełniły osoby które nie były zasobami Odwołującego, a już na pewno nie są te osoby wyszczególnione w wykazie osób Odwołującego (Inżynier Rezydent oraz Inspektorzy Nadzoru) do realizacji usługi „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania polegającego na budowie budynku laboratoryjnobiurowo-warsztatowo-magazynowego i obiektów towarzyszących”. Pomimo tych okoliczności, Instytut Morski w Gdańsku przyjął wykazane doświadczenie Odwołującego w jego ofercie na str. nr 22, jako spełnienie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia (w załączeniu SIWZ wraz z zał. opisującymi wymagane doświadczenie osób/potencjału kadrowego). Przytoczony przez Odwołującego wyrok KIO 890/17 z dnia 19 maja 2017 r. (str. 17 Odwołania), jakoby Izba wyraziła w podobnych okolicznościach pogląd „że zakres deklarowanego podwykonawstwa w

sposób nieodpowiadający doświadczeniu niezbędnemu do realizacji przedmiotu zamówienia”, jest nieadekwatny do przedmiotowych okoliczności. Można by rzec, że jest to próba manipulacji tym wyrokiem KIO. Sprawa KIO 890/17 dotyczyła warunku „doświadczenia” i „zdolności zawodowej” osób o określonych uprawnieniach zawodowych. W obecnym postępowaniu mowa jest o uzupełnieniu doświadczenia Wykonawcy jako podmiotu, a nie jego osób i ich kwalifikacji zawodowych. W obecnym postępowaniu Development Desing sp. z o.o. wykazał się posiadaniem wszystkich osób o odpowiednich kwalifikacjach i tym samym zdolności zawodowej. Natomiast doświadczenie jako podmiotu spełnia wraz z innym podmiotem.

Otrzymane wyjaśnienia oraz projekt umowy o podwykonawstwo zawarty na str. 10-14 oraz str. 110-113 wyjaśnień od Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r., nie pozwalają na wykluczenie Development Desing sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, oraz art. 24 ust. 4. Przesłane uzupełnienia Development Desing sp. z o.o. z dnia 04.04.2018 r. potwierdzają zrealizowanie usługi na zasadach o których mowa art. 22a ust. 4. Tym samym nie jest możliwe odrzucenie oferty Development Desing sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

W dniu 8 maja 2018 r. wykonawca Design Development spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

W piśmie złożonym w dniu 15 maja 2018 r. Przystępujący odniósł się do zarzutów odwołania.

#### Zarzut I

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn. zm.) Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacje organizacyjne, które mogą być tajemnicą danego przedsiębiorstwa, to np. wiadomości związane ze sposobem: zarządzania, wynagradzania pracowników.

Przystępujący wskazał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa uznane są wyjaśnienia wykonawcy składane w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO 908/13 uznano, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę mogą być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż (...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w K. z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know - how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W wyroku KIO 960/13 uznano natomiast, że dane zawarte w kalkulacji cenowej z uwagi przede wszystkim na wskazany tam zysk (wynik ze sprzedaży) na danym kontrakcie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli wyjaśnienia zawierają szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, kosztów, jakie planuje ponieść wykonawca w związku z realizacją zamówienia, informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja przystępującego będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować na ile przystępujący wycenił swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. W wyroku KIO 995/12 uznano, że „(...) szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem min, kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. w ocenie Izby zawierają informacje handlowe niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy pozostające w związku z informacjami, które zostały złożone w ofercie i zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa”. W wyroku KIO 1432/12 stwierdzono, że „(...) zawarcie w treści wyjaśnień

informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.”. Zgodnie z sygnatura akt: KIO 149/16 Krajowa Izba Odwoławcza uznała tę decyzję za właściwą. Podkreśliła, że niewątpliwie informacje w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą dla konsorcjum. Zdaniem Izby także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór sprawdzonych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej wpływający na sposób budowania ceny oferty.

„Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży” — podkreśliła Izba.

Dodała, że gdyby konkurenci mieli świadomość, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen. To mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność konsorcjum.

Izba podkreśliła, że w tym postępowaniu zamawiający nie żądał szczegółowych kalkulacji cenowych w dokumentach oferty, np. kosztorysu ofertowego według podanego wzoru, nie ma zatem zastosowania wyłączenie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 86 ust. 4 prawa zamówień publicznych. Przepis ten mówi, że podczas otwarcia ofert podaje się informacje dotyczące ceny. Informacje zawarte w formularzu kosztowym zostały podane wszystkim wykonawcom. Zamawiający w związku z wnioskami wykonawców o odtajnienie dokumentów konkurencji zweryfikował zawarte w nich dane i zasadnie zdecydował, że spełniają przesłanki ich utajnienia.

Zgodnie natomiast z wyrokiem o sygn. akt: KIO 385/17 „Odnosząc się do przytoczonego uzasadnienia należało stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy pewną wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Development Design określił:  
„Informujemy, iż powodem zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest uniemożliwienie konkurencyjnym firmom pozyskania kadry wykazanej w naszej ofercie do realizacji danego kontraktu. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wymaga od Oferenta wykazania dysponowania kadrą posiadającą bardzo duże doświadczenie zawodowe. Niewielka ilość inspektorów posiada wymagane kwalifikacje. W związku z pozyskaniem przez Naszą firmę takich osób zastrzegamy informacje, tj. wykaz osób uniemożliwiający innym firmom pozyskania informacji na temat kwalifikacji Naszej kadry. Co w

przyszłości skutkować będzie ograniczeniem konkurencji w związku z brakiem kadry spełniającej wymagania Inwestorów oraz uniemożliwi firmą spoza naszego rejonu podzlecenie prac na przedmiotowym kontrakcie. ” Niewątpliwie, dane podwykonawców — zawarte w formularzu ofertowym (łącznie z nr telefonów oraz adresów email) — stanowią dla firmy wartość gospodarczą. Jak wskazano powyżej, nad znalezieniem kadry posiadającej wymagane SIWZ doświadczenie pracował zespół dwóch ludzi poświęcając na to wielotygodniowy czas pracy, oraz zobowiązując się do zachowania w poufności pozyskanych danych.

W wyroku KIO 1032/14 Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że dokument może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zawiera informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko, co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż Przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. To dobór osób wschodzących w skład przedsiębiorstwa Przystępującego lub osób, którymi Przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu, co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia. Nie bez znaczenia jest także podniesiona przez Przystępującego okoliczność obawy przed podkupywaniem pracowników. W ocenie Izby, utrzymanie danych osobowych wskazanych osób może chronić tak przedsiębiorcę jak i wskazane osoby przed próbą ich pozyskania przez konkurencję. W odniesieniu do przedsiębiorcy zachowanie poufności może oszczędzić mu kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu w sytuacji podkupienia pracowników. W ocenie Izby ma to znaczenie w przypadku przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający wymagał, aby w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, osoby wskazane w wykazie osób do realizacji zamówienia nie mogą się powtarzać w poszczególnych częściach.”.

Zgodnie z przesłankami legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jak wskazano w uzasadnieniu:

„Jednocześnie informujemy, że dostęp do danych zastrzeżonych zawartych w ofercie posiada tylko dwoje pracowników Naszej firmy, którzy zobowiązani są zachować tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym podjęto wszelkie działania mające na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji.

Jednocześnie podkreślamy, iż wynagrodzenie w umowie podwykonawcy Powiernictwo K. S. K., również zostało zanimizowane, w celu zachowania poufności (również na prośbę samego podwykonawcy).”

### Zarzut III

Podmiot trzeci POWIERNICTWO na etapie wykonywania przedmiotu zamówienia - zadeklarował wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie, do którego wykonania niezbędne były zdolności jakie zostały wykazane w ofercie w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu — tj. obejmujące czynności Inżyniera Kontraktu/ Inspektora nadzoru — określone we wzorze umowy na przedmiotowe zamówienia — co potwierdza — udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia

Z treści złożonego zobowiązania jednoznacznie wynika zobowiązanie podmiotu trzecich do udostępnienia potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Co więcej, przedstawiono jednoznaczną deklarację co do faktycznego uczestnictwa podmiotów trzecich w realizacji zamówienia. Już ten fakt wskazuje na okoliczność, że wykluczenie Wykonawcy z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia było bezpodstawne.

Odwołujący bezpodstawnie stwierdził, iż:

„W konsekwencji w opinii Wykonawcy - Development Design Sp. z o.o. nie wykazał, iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego nie ma charakteru iluzorycznego oraz iż podmiot trzeci będzie faktycznie wykonywał usługi dla jakich realizacji udostępnił wiedzę i doświadczenie, tym bardziej iż Development Design Sp. z o.o. de facto potwierdził, iż będzie wykonywał usługę siłami własnego przedsiębiorstwa, a z zasobów podmiotu trzeciego będzie korzystał ze zmienną częstotliwością.”

Powyższe potwierdza, iż odwołujący niedokładnie zanalizował wyjaśnienia Wykonawcy Development Design Sp. z o.o. — w zakresie rażąco niskiej ceny oraz sam przedmiot zamówienia - gdyż zmienna częstotliwość wynika z faktu wskazanego w piśmie N/DEV/68/2018, a mianowicie:

„Zamawiającego terminu wykonania zamówienia do 36 miesięcy (w tym m.in.: Opis działań na podstawie OPZ pkt 2.1.3.2. pkt 1-6) Zapoznanie się z dokumentami, dokumentacją projektową, analiza dokumentów dot. budowy budynku, uczestnictwo w procedurze wyboru

oferenta na roboty budowlane itd.) — określić można jednolity termin zaangażowania całego zespołu na około 30 miesięcy. Pozostały czas będzie trudny do sklasyfikowania - gdyż w jego zakres będą wchodziły głównie w/w czynności - przed wyborem Wykonawcy na roboty budowlane jak i czynności odbiorowe inwestycji po robotach budowlanych). Nie bez znaczenia są również czasy intensywnych mrozów, przerw świątecznych, inne warunki atmosferyczne w 3 letnim okresie wykonania zamówienia. Wynagrodzenie Zespołu w tym okresie (6 miesięcy) będzie wypłacane w zależności od intensywności zaangażowania — z puli kosztów pozostałych. ” W mniemaniu Development Design Sp. z o.o. nie można umniejszać roli wykonania usługi w przedmiotowym zamówieniu jedynie do pełnienia kluczowych stanowisk wymienionych w pkt 5.3. 3. Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia na przedmiotowe zadanie. Opis wykonania usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania polegającego na budowie budynku laboratoryjno-biurowo-warsztatowo-magazynowego i obiektów towarzyszących” — mieści się ściśle w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ- a w szczególności pkt 2.1.3.

Obowiązki Inżyniera Kontraktu — zawarte na stronach 6-21 niniejszego opisu, które stanowią o całkowitej pracy Zespołu Inżyniera Kontraktu a nie jedynie jego kluczowych specjalistów Dodatkowo warto zwrócić uwagę, iż zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej prezentowanym w Wyroku z dnia 2017-02-09, KIO 189/1 7.: "Ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa jako wyłącznej formy współpracy pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim, przepis art. 22a ust. 1 ustawy wyraźnie wskazuje bowiem na to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca ta może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego. Aktualnie przy tym, w związku z dyspozycją przepisu art. 22a ust. 4 ustawy, pozostaje stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 01.016.2015 r. sygn. akt KIO 1007/15, zgodnie z którym dopuszczalne są także inne formy udostępniania zasobów, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobów, jak i rzeczywistego czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza wszak treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do rzeczywistego przekazania przez podmiot trzeci swojej zdolności zawodowej na rzecz innego podmiotu. Teza taka nie może być stawiana również w sytuacji, gdy podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia tych samych zasobów także innym wykonawcom. W konsekwencji przyjęć należy, że Zamawiający nie był i nie jest uprawniony do tego, aby reglamentować rodzaj więzi prawnej między wykonawcą, a innym podmiotem i wymagać np. łączącej ich umowy o podwykonawstwo. Przepis art. 22a ust.

4 ustawy nakazujący konieczność wykonania zamówienia (robót budowlanych lub usług) przez podmiot trzeci, w takim zakresie w jakim udostępnione zdolności są wymagane do ich realizacji, nie może łamać ogólnej zasady stwarzającej możliwość wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę bez względu na charakter stosunków łączących strony — byleby wykorzystanie to było realne — co należy obecnie rozumieć jako aktywny udział w realizacji zamówienia lecz w zakresie jaki udostępnione zdolności są wymagane przez Zamawiającego.

W nawiązaniu do powyższego, oraz powtarzając zapisy wyżej wspomnianego Zobowiązania POWIERNICTWA” — tj. Pan S. K. „Jako podwykonawca, pełniący funkcję konsultanta, doradcy technicznego w zakresie w jakim potwierdziliśmy spełnianie warunków (związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera ntr kt wr eni ł n z r inw t kie W szczególności damy Wykonawcy możliwość konsultowania i uzgadniania z naszą kadrą techniczną mającą doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień w szczególności obejmujących roboty obejmujące budowę budynków, procesu organizacji inwestycji oraz sposobów rozwiązywania pojawiających się w jej trakcie problemów, będzie uczestniczył przy realizacji zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia jako podwykonawca. Cały faktyczny okres realizowania umowy obejmuje również wsparcie w okresie gwarancji. Zasoby będą wykorzystywane poprzez doradztwo i konsultacje przy realizowaniu zamówienia w obszarze pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego. Przewiduje się obecność Konsultanta Podwykonawcy w ustalonej przez strony częstotliwości w trakcie realizacji inwestycji. —

Powyższe zapisy, natomiast zgodnie z zamiarem Wykonawcy świadczą o:

- udziale podmiotu trzeciego jako podwykonawcy,
- udział w zakresie w jakim potwierdziliśmy spełnianie warunków - czyli związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego),- tj. pełnienie obowiązków zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem umowy o podwykonawstwo (wyszczególnione obowiązki),
- Zasoby będą wykorzystywane poprzez doradztwo i konsultacje przy realizowaniu zamówienia w obszarze pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego,
- przez cały okres realizacji zamówienia — co nie jest zamierzeniem doraźnym, a stałym, ciągłym.
- Przewiduje się obecność Konsultanta Podwykonawcy w ustalonej przez strony częstotliwości w trakcie realizacji inwestycji. — z uwagi na fakt, iż termin wykonania w pierwotnym założeniu ma obejmować 36 miesięcy, jednak nie jest znana dokładna data rozpoczęcia robót budowlanych, częstotliwość ta będzie zmienna w okresie przed wyborem Wykonawcy/ po wyborze Wykonawcy- jednak sprawozdanie/ raport Podwykonawcy z oceny realizacji Kontraktu będzie sporządzane nie rzadziej niż raz na miesiąc.

Dodatkowo pragniemy poinformować iż firma Powiernictwo K. Biuro Obsługi Budownictwa z siedzibą w Rumii jest naszym wieloletnim Partnerem, z którym wspólnie braliśmy udział w licznych kontraktach na przestrzeni ostatnich lat, z których warto wymienić:

- ZZDW Koszalin — Zarządzanie Projektem pt. Przebudowa drogi Wojewódzkiej nr 203 na odcinku Iwięcino- Darłowo I etap Iwięcino — Dąbki — rozbiórka i budowa mostów w m. Bukowo Morskie”, 2013/2014).
- lub Inwestycje w trakcie realizacji:
- Gmina Główczyce -Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia robót dla zadania inwestycyjnego pn: Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Główczyce Etap Ciemino, Skórzyno, Izbica, Zgierz.” (2017 — do dnia dzisiejszego).

#### Zarzut II

Spółka Development Design — w piśmie z dnia 04. 04. 2018 r. — odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.04. 2018 r. — tj.:

„W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień czy oferowana cena oferty nie jest rażąco niska, oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie o którym mowa w art. 90 ust. 1 pkt. 1-5 Pzp.”.

Na stronach od 1-5 wyczerpująco odpowiedziała na wątpliwości Zamawiającego w w/w zakresie. Zgodnie z: wyrokiem KIO z 7 kwietnia 2014 r.(KIO 572/14) „Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10). Zdaniem Izby dopuszczalne jest również dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień”. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje zatem na kryterium rzetelności w udzielaniu wyjaśnień, jako decydujące o dopuszczalności kolejnego wezwania. Oczywiście w sposób nierozłączny związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień. Oceniając bowiem, czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. To wezwanie powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień. Trudno uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii, o jakie zamawiający nie pytał, i które nie miały wpływu na wycenę oferty.

Niemniej jednak, Wykonawca Development Design Sp. z o.o. — przedstawiła dowody w postaci np. zawartych kontraktów w pobliżu miejsca Wykonywania zamówienia oraz miejsca zamieszkania Kadry(podane w wykazie osób) -warunkujące mniejszy koszt dojazdu, oraz analizę cen rynkowych na dowód czego przedstawienie wyników poszczególnych postępowań. KIO w uchwale z 7 maja 2014 roku (KIO/KU 40/14) stwierdza, że pojęcie dowodu należy rozumieć szeroko — dowodem może być również oświadczenie samego wykonawcy.

Zaś w wyroku z 5 lutego 2015 roku (KIO 132/15), Izba popiera tezę o wystarczającym dowodzie w postaci wyjaśnień wykonawcy. Ponadto wskazuje, na jakich zasadach winny być przytaczane dodatkowe dowody w sprawie ceny oferty. To okoliczności uzasadniające cenę, wskazane przez wykonawcę, determinują czy i jaki dowód może być przedstawiony, jeśli jest możliwy do uzyskania.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r. (KIO 547/15)

W świetle brzmienia ustawy nie ma kategorycznego obowiązku przedstawiania dowodów na okoliczność poprawności kalkulacji ceny przez wykonawcę. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy mówi o tym, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Każdorazowo zakres i potrzeba udowodnienia sposobu kalkulacji ceny zależy od przedmiotu zamówienia, charakteru świadczenia czy tego, czego dotyczą wątpliwości (np. kosztów pracy, nakładów rzeczowych, materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, kosztów ogólnego zarządu, niezbędnych do wykonania zamówienia wartości niematerialnych i prawnych). (...)

Reasumując, istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być stosownie do potrzeby danego postępowania - dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów. Zatem powinien być w tej mierze rozstrzygający nie tyle fakt nie złożenia dowodów, co to, co wynika z wyjaśnień - czy można z nich wyczytać takie informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r. (KIO 132/15): Wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Służyć temu mają same wyjaśnienia, a także dowody, jeżeli takowe istnieją. W ocenie Izby, z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, iż cena jest rażąco niska, a przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. O tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny (tak jak w niniejszej sprawie), to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Design Development spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (dalej: Przystępujący) przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Przystępujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną brutto 706 999 zł 08 gr.

Zgodnie z treścią pkt 5.3.3.a SIWZ wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże, że wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie), co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji nadzoru inwestorskiego lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Zespołu lub Inwestora Zastępczego, obejmujących wykonanie robót budowlanych przy budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku lub budynków o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 20 000 000 zł. brutto i wartości ww. usług nadzoru inwestorskiego / Inżyniera Kontraktu / Inżyniera Rezydenta / Kierownika Zespołu / Inwestora Zastępczego o łącznej wartości co najmniej 500 000,00 zł. brutto. Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku wykonania usług, jeżeli data rozpoczęcia danej usługi będzie wcześniejsza niż trzy lata przed upływem terminu składania ofert i data zakończenia tej usługi nie będzie wcześniejsza niż trzy lata przed upływem terminu składania ofert.

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Przystępujący załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, z treści którego wynikało, że udostępnieniu podlegają wiedza i doświadczenie wynikające z pełnienia funkcji Inżyniera

Kontraktu w postępowaniu, którego nazwa została podana w treści zobowiązania. Następnie podmiot trzeci wskazał w sposobie wykorzystania zasobów: „jako podwykonawca, pełniący funkcję konsultanta, doradcy technicznego w zakresie w jakim potwierdziliśmy spełnianie warunków (związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego). W szczególności damy wykonawcy możliwość konsultowania i uzgadniania z naszą kadrą techniczną mającą doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień w szczególności obejmujących roboty obejmujące budowę budynków, procesu organizacji inwestycji oraz sposobów rozwiązywania pojawiających się w jej trakcie problemów”. Następnie wskazano, że podmiot trzeci będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia przez cały okres realizacji jako podwykonawca. Cały faktyczny okres obejmuje również wsparcie w okresie gwarancji. Zasoby będą wykorzystywane przez doradztwo i konsultacje w obszarze pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego. Obecność konsultanta miała następować w częstotliwości ustalonej przez strony w trakcie realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5.3.3.a SIWZ. Zamawiający w treści wezwania wskazał, że po wykonaniu obliczeń o których mowa w ww. art. 90 ust. 1a pkt. 1, cena oferty jest 0 39,49 % niższa od oszacowanej wartości zamówienia.

Obawy Zamawiającego w kontekście przedmiotowej oferty z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, mają związek z okolicznością uwzględnienia, że Wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich tj. na 9 osób, 5 z nich to tzw. podmioty trzecie, prowadzące własną działalność gospodarczą. Co prawda kwestie rozliczeń (między Wykonawcą a tymi podmiotami wskazanymi w ofercie jako podwykonawcy) nie mogły być przedmiotem analizy Zamawiającego, nie mniej zaistnieją takie zobowiązania finansowe Wykonawcy, które mogą wpływać w przyszłości zarówno na sytuację finansowo-ekonomiczną w tym zdolność do realizacji usługi przez Wykonawcę jak i jakość nadzorowanych i odbieranych robót budowlanych. W szczególności, gdy przewiduje się realizację przedmiotowego zamówienia do 36 miesięcy. W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień czy oferowana cena oferty nie jest rażąco niska, oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie o który mowa w art. 90 ust. 1 pkt. 1-5 Pzp.

Ponadto Zamawiający wskazał w wezwaniu, że w trakcie badania i oceny oferty Przystępującego oceniano na podstawie art. 22a ust. 3 Pzp, dołączenie Zobowiązania podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołuje się Wykonawca w celu potwierdzenia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, tj. posiadania wiedzy w zakresie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy o którym to warunku mowa w pkt. 5.3.3. lit. „a” SIWZ. Po dokonanej ocenie tego zobowiązania w odniesieniu do

przedmiotu zamówienia, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wzywa wykonawcę do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunku o którym mowa w pkt. 5.3.3. lit. „a” SIWZ.

Przedstawione zobowiązanie na stronie 77 oferty wykonawcy dotyczy udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Z treści zobowiązania wynika, że podmiot ten jako podwykonawca będzie pełnił funkcję konsultanta, doradcy technicznego w zakresie związanym z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego. W szczególności ww. podmiot daje możliwość konsultowania i uzgadniania z jego kadrą techniczną mającą doświadczenie w budowie budynków, procesu organizacji inwestycji oraz sposobów rozwiązywania pojawiających się problemów. Podmiot ten będzie uczestniczył przy realizacji zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia jako podwykonawca, również w okresie gwarancji. Przewiduje się obecność konsultanta w ustalonej przez strony częstotliwości w trakcie realizacji inwestycji. W ocenie Zamawiającego, przedmiotowe zobowiązanie budzi szereg wątpliwości, co do faktycznej jego intencji oraz zgodności z art. 22a ust. 4 Pzp.

Na podstawie art. 22a ust. 4 Pzp, wykonawca który polega na doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany jest przedstawić w swojej ofercie realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w zakresie w którym powołuje się na spełnianie warunku tj. doświadczenia. W ofercie wykonawcy przedstawiono możliwość udostępnienia wiedzy i doświadczenia poprzez funkcję konsultanta, doradcy technicznego. W niniejszym postępowaniu nie przewidziano ze strony wykonawcy uczestniczenia tzw. konsultanta lub doradcy technicznego. Zamawiający nie wyklucza korzystania z odpowiedniego doradztwa lub konsultacji przy realizacji nadzoru inwestorskiego i kierowania całością inwestycji, ale zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami w procesach budowlanych oraz w przypadku realizacji tego zamówienia, osoby uczestniczące powinny posiadać stosowne doświadczenie, kwalifikacje zawodowe oraz ponosić odpowiedzialność za podjęte decyzje. Osoby które wykonawca wskazał do przyszłego uczestnictwa w realizacji tego zamówienia posiadają już odpowiednie kwalifikacje zawodowe do świadczenia usług nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach budowlanych (ujęte w na str. 52-76 oferty wykonawcy). Jak wynika z analizy oferty w tym przedmiotowego zobowiązania, żadna z osób którymi dysponuje podmiot trzeci udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie nie jest wyszczególniona jako osoba posiadająca stosowne kwalifikacje, uprawnienia i doświadczenie. Można odnieść wrażenie, że skoro wymagane osoby do realizacji niniejszego zamówienia są już wcześniej ustalone przez wykonawcę, to mało istotne jest opisywanie lub doprecyzowanie faktycznego i realnego udostępniania innych zasobów, które zapewnią zamawiającemu na podstawie deklarowanego udostępnienia doświadczenia, odpowiednią realizację przedmiotu zamówienia.

W zobowiązaniu tym nie mam mowy o jakiegokolwiek odpowiedzialności ww. Powiernictwa za niewłaściwe doradztwo lub konsultacje. Można odnieść wrażenie dość swobodnego podejścia podmiotu zobowiązującego się i wręcz asekuracyjnego charakteru tego zobowiązującego.

Z treści tego Oświadczenia wynika, że Wykonawca będzie miał możliwość konsultowania i uzgadniania z kadrą techniczną Powiernictwa. Wątpliwość Zamawiającego pojawia się w kontekście następującego pytania. Czy wykonawca bez odpowiedniego doświadczenia będzie wiedział kiedy wystąpić o takie konsultacje? Jak postąpić w sytuacji, gdy takie konsultacje będą wymagane np. na bieżąco? W ocenie Zamawiającego nie można dopuszczać w tym przypadku tzw. „możliwości”, czyli doraźnego działania, ale należy przede wszystkim uwzględnić okoliczności zachowania ciągłości takich konsultacji lub doradztwa. W szczególności przy procesach budowlanych na skomplikowanych warunkach gruntowych i terenach zagrożonych powodzią, w bezpośrednim sąsiedztwie i oddziaływania innej większej inwestycji oraz rozbudowy układów drogowych.

W ocenie Zamawiającego zobowiązanie Powiernictwa jest zobowiązaniem pozornym, nie zapewniającym realnego udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym: brak bezpośredniego zaangażowania Powiernictwa w proces organizacji nadzoru i nadzoru, żadna z wyszczególnionych osób w ofercie Wykonawcy, nie jest zasobem Powiernictwa, nie ma określonych zasad ponoszenia jakiegokolwiek odpowiedzialności Powiernictwa za podjęte decyzje lub doradztwo, zobowiązanie do konsultacji oraz doradztwa ma charakter doraźny, wręcz przypadkowy (potwierdzają to zapisy „istnieje możliwość” oraz „w ustalonej przez strony częstotliwości”).

Zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, wykonawca który polega na doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany jest przedstawić w swojej ofercie realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w zakresie w którym powołuje się na spełnianie warunku tj. doświadczenia. W związku z powyższym Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunku o którym mowa w pkt. 5.3.3. lit. „a” SIWZ.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia. W zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazał, że na zaoferowaną cenę miały wpływ takie czynniki jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy: Przystępujący pełni nadzór inwestorski nad licznymi inwestycjami zlokalizowanymi na terenie Województwa pomorskiego (Łęczycze, Gdynia, Sopot, Cedry Wielkie, Wejherowo itp.). Okoliczność ta daje Przystępującemu możliwość na częściowe podzielenie kosztów dojazdu pomiędzy punkt nadzoru. Ponadto Przystępujący dysponuje kadrą zamieszkałą lokalnie na stałe na terenie Trójmiasta, którą dysponuje bezpośrednio na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia (głównie w Mieście Gdańsk). W związku z

powyższym dyspozycyjnosc kadry wskazanej w zamówieniu jest bardzo duża, dlatego Przystępujący zaoferował 2 godzinny czas przybycia na teren Inwestycji (Osobiste stawiennictwo Kierownika Zespołu — Inżyniera Rezydenta) z uwagi na fakt, iż m.in. Inżynier Rezydent (oraz pozostali Specjaliści) przebywa na stałe w bliskiej lokalizacji zamówienia — co potwierdza powyższe. Na korzystną cenę przekłada się przede wszystkim bliska lokalizacja miejsca wykonywania zamówienia, znajdująca się w miejscu zamieszkania Kadry - 5 osób z kluczowej kadry przewidzianej do realizacji zamówienia mieszkają w Gdańsku, a czas ich pracy zostanie zminimalizowany do faktycznego jej wykonywania, gdyż czas dojazdu miejsca budowy jest znikomy.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż Przystępujący dysponuje na własność 4-roma kontenerami biurowymi spełniającymi wymogi SIWZ (zawarte e pkt 15.6. SIWZ przedmiotowe zamówienie — tj. Zasady oceny kryterium „Organizacja kontenera biurowego„) - co samym sprowadza koszty zorganizowania biura jedynie do jego eksploatacji oraz utrzymania.

Przed złożeniem oferty Przystępujący dokonał szczegółowej analizy rynku oraz przeprowadzeniem ustaleń z osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia (Kadrą którą dysponuje bezpośrednio oraz z wykazanymi w ofercie Podwykonawcami. Osoby przewidziane do wykonania czynności Inspektorów nadzoru zapoznały dokumentacją przetargową oraz specyfiką przedmiotowego zadania, deklarując skuteczne sprawowanie nadzoru inwestorskiego i wykonywanie czynności w odstępach czasu, zapewniają prawidłowe pełnienie obowiązków zgodnie z art. 25 i 26 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, za ustalone wynagrodzenie. Osoby, które realizowałyby przedmiotowe zamówienie, są osobami, z którymi Przystępujący prowadzi wieloletnia i owocną współpracę. Doskonale zna ich wymagania oraz w pełni polega na ich rzetelności dlatego też podejmuje się dalszej współpracy przy kluczowych kontraktach.

Przystępujący dysponuje 4-roma pojazdami służbowymi, które są w dyspozycji Inspektorów nadzoru oraz pozostałego zespołu branżystów, zatrudnionych w Spółce. W związku z tym, koszty dojazdów: biorąc pod uwagę zakładaną średnią częstotliwość pobytów poszczególnych inspektorów na terenie budowy i naradach koordynacyjnych są relatywnie niskie i nie są kalkulowana na zasadzie stawki delegacyjnej a jedynie opierają się na faktycznie poniesionych kosztach.

Czas pracy Inspektorów nadzoru powinien być dostosowany do czasu pracy wykonawcy robót. Przy zakładanej obecności: Zgodnie z OPZ załącznik nr 8 do SIWZ 2. I .3.5. „Inżynier jest zobowiązany ponadto do: pkt 3) Obecności na budowie w godzinach pracy w dni robocze w godz. 08.00-16.00, poprzez pobyt na palcu budowy Inżyniera Rezydenta lub odpowiedniego Inspektora Nadzoru — należy przyjąć codzienną obecność na budowie „Inżyniera Rezydenta

luz odpowiedniego Inspektora nadzoru". Z uwagi na fakt, iż przetarg na Roboty budowlane nie został jeszcze rozpisany — należy przyjąć na potrzeby niniejszej kalkulacji niejednolity czas pracy Zespołu Inżyniera Kontraktu. Przy założeniu Zamawiającego terminu wykonania zamówienia do 36 miesięcy (w tym m.in.: Opis działań podstawie OPZ pkt 2.1.3.2. pkt 1-6) Zapoznanie się z dokumentami, dokumentacją projektową, analiza dokumentów dot. budowy budynku, uczestnictwo w procedurze wyboru oferenta na roboty budowlane itd.) — określić można jednolity termin zaangażowania całego zespołu na około 30 miesięcy. Pozostały czas będzie trudny do sklasyfikowania — gdyż w jego zakres będą wchodziły głównie w czynności — przed wyborem Wykonawcy na roboty budowlane jak i czynności odbiorowe inwestycji robotach budowlanych). Nie bez znaczenia są również czasy intensywnych mrozów, prze świątecznych, inne warunki atmosferyczne w 3 letnim okresie wykonania zamówienia. Wynagrodzenie Zespołu w tym okresie (6 miesięcy) będzie wypłacane w zależności od intensywności zaangażowania z puli kosztów pozostałych.

Załączono kalkulację z której wynika, iż firma wygeneruje zysk w oraz przeznaczenie 12% wartości kontraktu na koszty pozostałe. Koszty osobowe zawarte w naszej ofercie stanowią główny składnik ceny oferty. Pracownicy osiągają zadowalające ich wynagrodzenie i chętnie podejmują się dalszej współpracy.

Jednocześnie Przystępujący dysponuje osobami z doświadczeniem w kierowaniu, pracach analitycznych i pomocniczych przy realizacji projektów i wypracował optymalne procedury postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów wykonywaniu zamówienia. Bogate doświadczenie zawodowe kadry zaangażowanej do realizacji objętej przedmiotem zamówienia umożliwi nam trafne oszacowanie ceny ofertowej, co przedkłada się na możliwość prawidłowego wykonania umowy w atrakcyjnej cenie. Osoby zatrudnione na stałe w Spółce realizują czynności wspomagające, pomocnicze na rzecz branżowych specjalistów Inżynierów.

Ponadto Przystępujący załączył tabelaryczne zestawienie i analizę siedmiu wyników zróżnicowanych przetargów w zakresie świadczenia usług Inżyniera Kontraktu (Nadzoru Inwestorskiego/ Inwestora Zastępczego. Wyniki stanowią przekrój rzeczywistych - rynkowych cen świadczenia w/w usług na rynku zamówień publicznych. Celem analizy jest zobrazowanie faktycznych i rzeczywistych cen rynkowych oraz kalkulacja wskaźnika procentowego.

Natomiast w zakresie warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący uzupełnił dokument potwierdzający spełnianie warunku o którym mowa w pkt. 5.3.3. lit. „a” SIWZ (tj. Wzór umowy o podwykonawstwo z podmiotem trzecim) oraz następujące wyjaśnienia w zakresie Zobowiązania podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołuje się Wykonawca w celu potwierdzenia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, tj. posiadania wiedzy w zakresie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Zdaniem

Przystępującego nie można umniejszać roli wykonania us w przedmiotowym zamówieniu jedynie do pełnienia kluczowych stanowisk wymienionych w pkt 5.3. Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia na przedmiotowe zadanie. Opis wykonania polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania polegającego na budowie budynku laboratoryjno-biurowo-warsztatowo-magazynowego i obiektów towarzyszących” — mieści się ściśle w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ- a w szczególności pkt 2.1 Obowiązki Inżyniera Kontraktu — zawarte na stronach 6-21 opisu, które stanowią o całkowitej pracy Zespołu Inżyniera Kontraktu a nie jedynie jego kluczowych specjalistów.

Natomiast postanowienia zawarte w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zgodnie z zamiarem Wykonawcy - świadczą o:

- udziale podmiotu trzeciego jako podwykonawcy,
- udział w zakresie w jakim potwierdziliśmy spełnianie warunków - czyli związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego),- tj. pełnienie obowiązku zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem umowy o podwykonawstwo (wyszczególnione obowiązki),
- Zasoby będą wykorzystywane poprzez doradztwo i konsultacje przy realizowaniu zamówienia obszarze pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego, będzie uczestniczył w realizacji zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia — co nie zamierzeniem doraźnym, a stałym, ciągłym.
- Przewiduje i obecność Konsultanta w ustalonej przez strony częstotliwości w trakcie realizacji inwestycji. — z uwagi na fakt, iż termin wykonania w pierwotnym założeniu ma obejmować miesiące, jednak nie jest znana dokładna data rozpoczęcia robót budowlanych, częstotliwość będzie zmienna w okresie przed wyborem Wykonawcy/ po wyborze Wykonawcy- j sprawozdanie/ raport Podwykonawcy z oceny realizacji Kontraktu będzie sporządzane nie rzadziej niż raz na miesiąc,

Przystępujący wyjaśnił, że podmiot trzeci jest jego wieloletnim Partnerem, z którym wspólnie brał udział w licznych kontraktach na przestrzeni ostatnich lat.

Ponadto Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa część treści złożonej przez siebie oferty oraz złożonych pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. wyjaśnień, argumentując, że kalkulacja na stronie 5 wyjaśnień z dnia 4 kwietnia 2018 r. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art 17 ust. 4 ustawy z dnia kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz U. z 2003 Nr 153 poz. 1503, ze zm.) i Przystępujący przekazał ją wyłącznie do użytku Zamawiającego. Informacje dotyczące kalkulacji ceny oferty mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym, wartość gospodarczą, dlatego też podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje przedmiotowe nie były uprzednio ujawnione do public wiadomości. Informacje dotyczące wynagrodzenia poszczególnych osób podlegają też

ochronie i nie ujawni w świetle przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Ponadto przytoczono stanowisko wyrażone w wykonach KIO i Sądów Okręgowych w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzegając natomiast wybraną treść oferty Przystępujący wskazał, że powodem zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest uniemożliwienie konkurencyjnym firmom pozyskania kadry wykazanej w ofercie Przystępującego do realizacji danego kontraktu. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wymaga od Oferenta wykazania dysponowania kadrą posiadającą bardzo duże doświadczenie zawodowe. Niewielka ilość inspektorów posiada wymagane kwalifikacje. W związku z pozyskaniem przez Naszą firmę takich osób zastrzegamy informacje, tj. wykaz osób uniemożliwiając innym firmom pozyskania informacji na temat kwalifikacji Naszej kadry. Co w przyszłości skutkować będzie ograniczeniem konkurencji w związku z brakiem kadry spełniającej wymagania Inwestorów oraz uniemożliwi firmom spoza naszego rejonu podzlecenie prac na przedmiotowym kontrakcie. Ponadto dostęp do danych zastrzeżonych zawartych w ofercie posiada tylko dwoje pracowników firmy, którzy zobowiązani są zachować tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym podjęto wszelkie działania mające na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji.

**Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie podlega uwzględnieniu z następujących powodów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że potwierdził się zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec tego Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do oferty, wobec budzących wątpliwości nie mogła zostać uznana za potwierdzającą realność dysponowania udostępnionym potencjałem. Złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego słusznie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, ponieważ choć podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia to oświadczył, że owo udostępnienie nastąpi w drodze konsultacji i doradztwa, a także (jednocześnie) że będzie występować podczas realizacji zamówienia jako podwykonawca. Nie zostały natomiast wskazane obowiązki jakie będą przez ten podmiot realizowane, z treści zobowiązania nie wynikała rola jaką będzie pełnić ten podmiot trzeci w czasie realizacji zamówienia. Wobec powyższego ocena dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie była trafna i zasadnie Przystępujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku.

Okolicznością przesądzającą o uwzględnieniu odwołania był fakt, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 kwietnia 2018 r. Przystępujący uzupełnił projekt umowy o podwykonawstwo, z którego treści ani formy, w jakiej został Zamawiającemu złożony, nie

wynikało aby pochodził od podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się Przystępujący w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.3. lit. a) SIWZ.

Udzielone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia oraz załączony wzór umowy o podwykonawstwo niezasadnie zostały uznane przez Zamawiającego jako potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze zwrócić uwagę należy na okoliczność, że Przystępujący został wezwany przede wszystkim do uzupełnienia dokumentu, stąd złożone wyjaśnienia będące jego oświadczeniem własnym nie mogą przesądzać o wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w omawianym zakresie. Po drugie, rację ma Odwołujący, że nie można uznać aby załączony wzór umowy o podwykonawstwo był dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie pochodzi on od podmiotu trzeciego, który udostępnia swój potencjał. Przedstawiony Zamawiającemu wzór umowy nie jest dokumentem pochodzącym od tego podmiotu trzeciego. Nic nie wskazuje, aby tak było. Przede wszystkim wskazać należy, że projekt ten został złożony w kontekście udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, następnie wskazać należy, że projekt ten został opatrzony podpisem tylko przedstawiciela Przystępującego, nikt ze strony podmiotu trzeciego nie opatrzył go swoim podpisem (czy chociaż parafą) co mogłoby dawać podstawę do domniemania, że przynajmniej w ten sposób podmiot trzeci zaznajomił się z jego treścią i ją zaakceptował, a tym samym jest to jego oświadczenie. W toku rozprawy Przystępujący w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego wyjaśnił, że projekt umowy był uzgadniany z podmiotem trzecim mailowo, ale nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów, wobec czego samo oświadczenie w tym zakresie uznać należy za gołosłowne.

Z przedstawionego wzoru umowy o podwykonawstwo wynika natomiast zakres obowiązków podmiotu trzeciego, który jednocześnie pełnić ma rolę podwykonawcy, w zakresie w jakim zostały one wskazane w treści SIWZ (wzór umowy odwołuje się do konkretnych postanowień SIWZ). Zgodzić należy się z Przystępującym, że nie miał on obowiązku przedstawiania Zamawiającemu tego wzoru umowy, miał on obowiązek uzupełnić dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w rozpoznawanym zakresie, stąd jeśli Przystępujący nadal zamierzał polegać na potencjale tego samego co pierwotnie wskazany w treści oferty podmiotu trzeciego, mógł załączyć chociażby jego nowe, uzupełnione o informacje wskazane we wzorze umowy, oświadczenie z którego wynikałby zakres jego obowiązków zgodnie z SIWZ. Jeśli jednak Przystępujący zdecydował się na załączenie wzoru umowy powinien był zadbać o taką jego formę aby nie było wątpliwości co do tego, że treść tego wzoru pochodzi również od tego podmiotu trzeciego, a nie tylko od Przystępującego.

Należy mieć na uwadze, że zgodnie z treścią art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w

szczegółności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z przywołanego przepisu wynika m.in. że wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Przepis w tym zakresie zawiera katalog otwarty, na co wskazuje zwrot „w szczególności”. Jako przykład takiego udowodnienia wskazano zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie składu orzekającego wykonawca ma możliwość obok zobowiązania posługiwać się również innymi środkami dowodowymi, istotne przy tym jednak jest to, aby pochodziły one od podmiotu, który udostępnia swoje zasoby, a nie od wykonawcy. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia nie z oświadczeniem podmiotu trzeciego lecz z oświadczeniem wykonawcy, że inny podmiot udostępni mu swoje zasoby, co nie czyniłoby takiego zobowiązania wiarygodnym.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wykonawca uzupełnił wzór umowy, będący de facto (wobec braku wykazania, że podmiot trzeci zaakceptował jego treść) jego oświadczeniem własnym, co nie może zostać uznane za wystarczające wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w przypadku polegania na potencjale podmiotu trzeciego.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny również zasługiwał na uwzględnienie, jednak Izba doszła do przekonania, mając na uwadze treść udzielonych wyjaśnień pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r., że zasadnym byłoby kontynuowanie procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, jednak wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp skutkującego wykluczeniem Przystępującego, nakazanie kontynuowania procedury jest oczywiście bezcelowe.

Oceniając jednak czynność Zamawiającego należy zwrócić uwagę, że przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja na stronie 5 wyjaśnień powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego z następujących powodów. Po pierwsze jest to kalkulacja cenowa zawierająca główne/podstawowe elementy cenotwórcze, które sumują się na kwotę inną (mniejszą) niż wartość oferty brutto (zauważyć należy, że nie sumują się one nawet na wartość oferty netto). Przystępujący wskazał w treści tej kalkulacji wynagrodzenie poszczególnych inspektorów, jednak wynagrodzenie dwóch specjalistów zostało wycenione na 0 zł, co w ocenie składu orzekającego wymagałoby wyjaśnienia, gdyż jak sam Przystępujący przyznał, koszty osobowe stanowią główny składnik ceny jego oferty. Natomiast w treści złożonych wyjaśnień Przystępujący nie odniósł się do tego w żaden sposób podobnie jak podczas rozprawy również okoliczność ta nie została przez niego wyjaśniona.

Odnosząc się natomiast do podnoszonej przez Odwołującego kwestii dowodowej wskazać należy, że w zależności od specyfiki danego zamówienia wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia, również mogą stanowić środek dowodowy. Nie zawsze zatem będzie tak, że dowodami o których mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp będą tylko odrębne dokumenty, załączane do wyjaśnień. Oczywiście, gdy daną okoliczność można wykazać załączając na jej potwierdzenie stosowne dowody w postaci dokumentów, jest to obowiązkiem wykonawcy i warunkuje właściwe wykazanie zamawiającemu, że cena oferty nie jest rażąco niska. Sytuacja taka będzie mieć miejsce przykładowo w razie powoływania się przez wykonawcę na wszelkiego rodzaju rabaty, upusty, ceny nabycia materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, słowem wszystko to, co można potwierdzić stosownym dowodem. Jednak w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi, na dodatek nie wymagające zaangażowania sprzętu, czy narzędzi, a takie gdzie czynnikiem najbardziej cenotwórczym jest koszt pracy, tak jak w przedmiotowym przypadku, wykonawca może mieć trudności w przedstawieniu dowodów rozumianych jako odrębne dokumenty. Stąd też oceniając wyjaśnienia, w sytuacji gdy są one wyczerpujące, rzetelne i wykonawca rzeczowo wyjaśnił jak przedstawia się kalkulacja ceny, będzie można uznać je za wystarczające. Z tych względów, w ocenie składu orzekającego, wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego nie mogą dyskwalifikować jego oferty tylko z tego powodu, że nie zostały do nich załączone żadne dowody.

Potwierdził się również zarzut dotyczący niezasadnego objęcia części treści oferty i złożonych pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak wobec braku wpływu na wynik Izba nie nakazała Zamawiającemu ich ujawnienia. Ocena przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie była trafna, wobec czego stwierdzić należy, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten, jakkolwiek umożliwia wykonawcy ochronę informacji wrażliwych, stanowiąc wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej warunkuje skorzystanie z tego przywileju wykazaniem, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Celem obecnej treści przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest przeciwdziałanie patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, „którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego” (vide: uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji).

Wobec powyższego uznać należy, że aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w zakresie

wykazania zasadności zastrzeżenia należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Rolą zamawiającego nie jest natomiast prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustalając znaczenie użytego w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp pojęcia „wykazania” skład orzekający przyjął, za poglądem wyrażonym w wyroku o sygn. KIO 2028/18, za zasadne odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (vide: przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 283), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.

Z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnieniu w określonej formie (vide: art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp), a nadto - jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) - również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126).

Zdaniem Izby z powyższej analizy, wynika, 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, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ZNKU. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie w powyższy sposób technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj.

nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy wskazać należy, że lakoniczna treść poczynionych przez Przystępującego zastrzeżeń informacji zawartych tak w ofercie jak i w złożonych wyjaśnieniach nie pozwala na uznanie, że nastąpiło wykazanie zasadności objęcia informacji w nich zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa. Opisano w nich jedynie charakter zastrzeżonych informacji i zawarto stwierdzenie o ich istotnej dla Przystępującego wartości gospodarczej. Ponadto zamiast skoncentrować się na opisanu własnej sytuacji i okoliczności, które motywowały Przystępującego do zastrzeżenia treści oferty i udzielonych wyjaśnień, Przystępujący położył nacisk na przytoczenie rzecznictwa Izby i Sądów Okręgowych w przedmiocie zastrzegania informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo nie sposób nie zauważyć, że Przystępujący - odwołując się do podjętych działań w celu zachowania poufności informacji, a polegających na ograniczeniu dostępu do tych informacji tylko dla dwóch pracowników, również zobowiązanych do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do „podjęcia wszelkich działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji” - nie przedstawił, mimo obiektywnej możliwości złożenia stosownych dokumentów, dowodów potwierdzających tą okoliczność. W tym zakresie, wykazanie nie może polegać tylko na złożeniu oświadczenia o określonej treści.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....