

Poznań, dnia 27 kwietnia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

GMINA GNIEZNO

Al. Reymonta 9-11 62-200 Gniezno

tel. (61) 424 57 50, fax. (61) 424 57 51

NIP 784-229-97-18

przetargi@ug.gniezno.idsl.pl

Odwołujący:

Zakład Ogólnobudowlany Grinbud Dominika Sieszczyła

ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno

NIP 6181917945; E: biuro@grinbud.pl

reprezentowany przez:

adw. Bartosza Majda

Majda Strzyżewska Kancelaria Adwokacka sp. p.

ul. Langiewicza 4/5, 61-502 Poznań

E: b.majda@majda-kancelaria.pl; T: 691 597 219

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa budynku szkolno-przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj

Znak postępowania: GR.271.34.2020

BZP Ogłoszenie nr 606156-N-2020 z dnia 2020-11-04 r.

ODWOŁANIE

od czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy PZP

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego powołując się na udzielone pełnomocnictwo, które w załączeniu przedkładam, niniejszym **wnoszę odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:**

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD sp. z o. o. sp. k. (dalej jako HENBUD), która podlegała odrzuceniu m. in. z uwagi na to, że upłynął termin związania złożoną ofertą;
- 2) uznaniu za skuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez HENBUD na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 PZP, informacji znajdujących się w złożonych dowodach, informacji znajdujących się w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach oraz zaniechaniu przekazania Odwołującemu wszystkich dokumentów wskazanych przez niego we wniosku z dnia 23.04.2021 r.;
- 3) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez HENBUD i uznaniu, że:
 - a) oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej;
 - b) HENBUD sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 4) zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty HENBUD pomimo, że jego oferta powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską ceną, a wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, albowiem złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny są lakoniczne, ogólnikowe, sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez HENBUD rażąco niskiej ceny;
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty HENBUD mimo, iż zawiera ona cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia mimo, iż HENBUD nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty HENBUD pomimo, że jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);

- 7) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez (1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest ofertą z rażąco niską ceną, HENBUD nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a także upłynął termin związania ofertą HENBUD; (2) utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 8) zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania HENBUD do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez HENBUD warunków udziału w postępowaniu;
- 9) zaniechaniu unieważnienia postępowania z uwagi na brak istnienia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

- 1) art. 8 ust. 1-3 PZP, art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako ZNK) w zw. z art. 11 ust. 4 ZNK w zw. z art. 11 ust. 1 ZNK w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez błędną ocenę i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez HENBUD jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 PZP, polegającą w szczególności przyjęcie, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż:
 - a) HENBUD nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - b) wyłącznie niektóre informacje zwarte w wyjaśnieniach ceny, uzasadnieniu, załączonych dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK oraz
 - c) informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej.

a konsekwencji zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień HENBUD w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez nieudostępnienie Odwołującemu żądanych przez niego dokumentów postępowania

- 2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP oraz art. 90 ust. 2 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez HENBUD w sytuacji, gdy:
- a) HENBUD złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
 - b) oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a HENBUD nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona,
 - c) HENBUD nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych,

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 PZP jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez HENBUD, mimo iż HENBUD nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

- 3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 lub 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP w zw. z art. 85 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty HENBUD w sytuacji, gdy w chwili dokonywania przez Zamawiającego wyboru oferty HENBUD jako najkorzystniejszej, HENBUD nie był

związany ofertą, albowiem nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach (samodzielnie i w odpowiedzi na wniosek zamawiającego) jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP, co jest tożsame z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu i sprawa, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu;

- 4) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1-3) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania HENBUD, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty złożonej przez HENBUD jako odrzuconą, w sytuacji, gdy HENBUD nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie przedstawił zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia mu niezbędnych zasobów w postaci osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie osoby posiadających uprawnienia budowlane, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji elektrycznej oraz w specjalności sanitarnej i gazowej
- 5) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1-4) art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP oraz w zw. z art. 2 pkt 5 PZP oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 7a PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez:
 - a) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest ofertą z rażąco niską ceną, HENBUD nie obaliło domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a także braku wykazania przez HENBUD, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - b) utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
 - c) zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy powinno zostać ono unieważnione, albowiem nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a ponadto wybrana oferta nie wiązała już HENBUD;

- 6) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-4) art. 26 ust. 3 i 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania HENBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń przez niego przedłożonych oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione przez HENBUD dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez HENBUD warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym **wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD sp. z o. o. sp. k. jako najkorzystniejszej;
 - b) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez HENBUD na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 PZP, informacji znajdujących się w złożonych dowodach, informacji znajdujących się w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji oraz pozostałych dokumentów wskazanych we wniosku Odwołującego z dnia 23.04.2021 r.,
 - c) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej, a w tym:
 - i. wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty HENBUD,
 - ii. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
 - d) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia, któregośkolwiek z wniosków wskazanych w lit. a-c) precyzyjne wezwanie HENBUD do wyjaśnień złożonej oferty lub uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4PZP

- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

Jednocześnie wskazuję, że **interes Odwołującego** wynika z faktu, iż jego oferta może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. W informacji z otwarcia ofert wynika bowiem, że oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą, zaś w drugim z kryteriów jakim jest długość gwarancji drugi z oferentów zaoferował taką samą długość gwarancji. Uzasadnienie orzeczenie KIO 847/21, na które powołał się Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest orzeczeniem prawomocnym, a termin na jego zaskarżenie upływa dnia 04 maja 2021 r. Tym samym Odwołujący nadal jest uczestnikiem postępowania i ma szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Jednakże ze względu na bezpodstawne odrzucenie Odwołującego i wadliwy wybór oferty HENBUD jako najkorzystniejszej, utracił on prawo do uzyskania zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak możliwości uzyskania zysku z wykonania przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania na czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości dokumentów złożonych jako wyjaśnienia ceny, załączniki do nich oraz jako uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, a w konsekwencji zaniechaniu ujawnienia wskazuję, iż Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionej odmowy udostępnienia ww. dokumentów. Odwołujący dąży do sanowania, w jego ocenie niezgodnej z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, które pozbawia go wglądu do ww. dokumentów. Skutkiem nieodtajnienia wyjaśnień wraz z załącznikami oraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny bądź ceny jednostkowej w stosunku do przedmiotu zamówienia; czy oferta jest zgodna z SIWZ i czy HENBUD prawidłowo przypisał poszczególne koszty realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający swoim zaniechaniem znacząco ograniczył lub wręcz uniemożliwił postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną HENBUD. W sytuacji, gdyby Zamawiający należycie ocenił prawidłowość zastrzeżenia w stosunku do całości wyjaśnień złożonych przez HENBUD (wraz z dowodami oraz uzasadnieniem), to udostępniłby Odwołującemu co najmniej te informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, co do których nie wykazano skutecznie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy

o ZNK. W takim przypadku Odwołującemu umożliwiono by ocenę wyjaśnień HENBUD i skorzystanie w pełnym zakresie ze środków ochrony prawnej co do czynności Zamawiającego związanych z ofertą HENBUD. Konsekwencją błędnej oceny wyjaśnień HENBUD było zaniechanie odrzucenia jego oferty, mimo że ze złożonego formularza ofertowego wynika, że HENBUD zaoferował w postępowaniu cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską oraz złożył ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ.

Ponadto Odwołujący ma interes w ewentualnym unieważnieniu postępowania, albowiem w takiej sytuacji w ponownym przetargu będzie mógł złożyć ofertę, a co za tym idzie uzyskać możliwość realizacji przedmiotu zamówienia, który objęty jest niniejszym postępowaniem. Pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, odnosi się nie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale **do możliwości uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia publicznego.** W tej sytuacji wykonawca, którego oferta nie podlegała ostatecznemu wykluczeniu, czy ostatecznemu odrzuceniu może mieć interes w uzyskaniu tego samego świadczenia od zamawiającego w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także w przypadku unieważnienia wcześniejszego postępowania, oczywiście pod warunkiem, że świadczenia z obu postępowań nie będą istotnie się od siebie różnić, w taki sposób, iż nie będzie można już mówić o tożsamości świadczeń¹. Wykonawca może legitymować się interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, wyrażającego się w dążeniu do utrzymania dotychczasowego rozstrzygnięcia (np. unieważnienia postępowania). Skoro bowiem w orzecznictwie TSUE przesądzono istnienie po stronie wykonawców uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej, którego skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość ewentualnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w kolejnej procedurze, to nie można również odmówić wykonawcy upatrującego możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w przyszłości prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym i popierania decyzji zamawiającego o unieważnieniu aktualnie prowadzonego postępowania².

Mając powyższe zasadnym jest uznanie, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania i błędnego wyboru oferty HENBUD może on ponieść szkodę w postaci nieuzyskania możliwości realizacji zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania, a co za tym idzie uzyskania zysku

¹ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2018 r., KIO 2144/18

² Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2018 r., KIO 2028/18

wkalkulowanego w złożoną ofertę. Odwołujący wykazał zatem, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie³.

O czynnościach Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu **22 i 23 kwietnia 2021 r.**, w związku z czym termin na wniesienie odwołania upływa w dniu **27 i 28 kwietnia 2021 r.** i został on przez Odwołującego dochowany.

UZASADNIENIE

I

[elementy stanu faktycznego]

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanym Odwołującemu w dniu 22 kwietnia 2021 r. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP.

Po otrzymaniu tej decyzji Odwołujący w dniu 23 kwietnia 2021 r. złożył wniosek o przekazanie korespondencji pomiędzy Zamawiającym a HENBUD jaka miała miejsce w toku postępowania, a w szczególności w zakresie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i otrzymanej przez Zamawiającego odpowiedzi.

W odpowiedzi w dniu 23 kwietnia 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu plik dokumentów, z których wynika, że HENBUD zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone przez siebie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Uzasadnienie jakie zostało pokazane Odwołującemu zostało sformułowane w następujący sposób:

„Z uwagi, iż poniższe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy - Prawo Zamówień Publicznych – zastrzegamy teść niniejszego pisma.”

³ (Por.: P. Janda [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarczyk Stefan, Czarnik Zbigniew, Warszawa 2010, LexPolonica)

Zamawiający w żaden inny sposób nie ustosunkował się do wniosku złożonego przez Odwołującego. Pomimo tak sformułowanego zastrzeżenia Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu treści złożonych wyjaśnień.

Z odpowiedzi Zamawiającego wynika, że wyjaśnienia HENBUD w zakresie rażąco niskiej ceny są bardzo krótkie (mieszczą się na dwóch stronach) i nie zawierają żadnych dowodów. Ponadto z odpowiedzi Zamawiającego wynika, że HENBUD tylko raz w toku postępowania złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Miało to miejsce w dniu 22 grudnia 2020 r. i przesłuzenie nastąpiło na 30 dni tj. do dnia 21 stycznia 2021 r.

II

[błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa]

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że HENBUD zastrzegł całą treść wyjaśnień wraz z uzasadnieniem i dowodami tj. całe dokumenty. Tymczasem nawet gdyby uznać, że HENBUD prawidłowo uzasadnił utajnienie, co w niniejszej sprawie jest kwestionowane przez Odwołującego, to dopuszczalne byłoby zastrzeżenie jedynie konkretnych informacji wypełniających przesłani uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK. Ewentualnie dopuszczalne jest utajnienie rabatów i cen z ofert dostawców, z którymi HENBUD łączy stosunki gospodarcze, względnie imion i nazwisk osób wykonujących zamówienie, które to imiona i nazwiska znalazły się w wyjaśnieniach. Możliwość skutecznego zastrzeżenia powyższy informacji jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy dostawca, oferent przekazując informację HENBUD zastrzegł, iż robi to z jedoczesnym obowiązkiem zachowania tych informacji w tajemnicy jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku braku takiego zastrzeżenia brak jest podstaw do uznania, iż kontrahent HENBUD traktował przekazywane informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji informacje te nie mogą być skutecznie zastrzeżone.

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień (art. 8 ust. 1 Pzp) i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 Pzp).

Zastrzeżenie każdej informacji musi być precyzyjnie uzasadnione. **Zamawiający natomiast mają obowiązek wnikliwego badania zasadności każdego zastrzeżenia informacji jako**

tajemnicy przedsiębiorstwa, tak aby zasada jawności postępowania doznawała ograniczeń tylko w sytuacjach uzasadnionych. Na skutek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zasada jawności doznaje bowiem znacznego ograniczenia, uniemożliwiając często innym uczestnikom postępowania skuteczne dochodzenie praw np. poprzez wniesienie odwołania. Dlatego też zarówno w doktrynie prawa, jak i orzecznictwie, spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane jest bardzo rygorystycznie.

W chwili zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa przez HENBUD podstawę prawną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiły przepisy art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ZNK w zw. z art. 11 ust. 4 ZNK w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o ZNK. Zgodnie z tymi przepisami przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze treść ustawy o ZNK określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą,
2. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
3. podjęto w stosunku do nich uzasadnione w danych okolicznościach działania w celu zachowania jej w poufności.

Reasumując wykonawca zastrzegający jakiej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności **musi precyzyjnie w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji wykazać wszystkie trzy ww. przesłanki**. W szczególności opisać

jakie to walor gospodarczy posiadają zastrzegane informacje. Mając powyższe na uwadze trudno wyobrazić sobie jaki walor gospodarczy może mieć lista załączników dołączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy też wyjaśnień ceny jak również samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na uwagę zasługuje również fakt, iż same wyjaśnienia ceny nie w każdym przypadku będą mogły liczyć na walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet jeśli dane informacje spełniają element omówionej wyżej tajemnicy przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę.

Zamawiający w pierwszej kolejności powinien zweryfikować czy HENBUD dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego treści precyzyjnie wskazał powody, dla których poszczególne informacje zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa jak również czy załączył dowody potwierdzające podjęcie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności. Za takie dowody uznaje się między innymi umowy z dostawcami zawierające klauzulę o poufności, polityki cenowe, umowy z pracownikami zawierające klauzule o zachowaniu poufności jak również zarządzenia wewnętrzne odnoszące się do sposobu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. **Niezałączenie żadnych dowodów powoduje, iż nie została wykazana przesłanka 2 i 3 z art. 11 ZNK, a w konsekwencji informacje nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.**

Powyższe stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO, w którym wskazuje się, że:

- 1) Zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. **Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”.** Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę

informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczy się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴.

- 2) Wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą zostać rzeczowo uzasadnione i udowodnione. Jak każdy wyjątek, zastrzeżenie danych, nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być bowiem oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli przedsiębiorcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co arbitralnie wykonawca uzna on za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. **Gołosłowne oświadczenie uznane może być za niewystarczające**⁵.
- 3) Tajemnicy przedsiębiorstwa **nie może stanowić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy**. Wykonawca powinien uzasadnienie sporządzić w taki sposób, by nie zawierać w nim informacji stanowiących tajemnicę⁶.
- 4) Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy PZP, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej

⁴ Zob.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2020 r., KIO 2358/20

⁵ Zob.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2020 r., KIO 2781/20

⁶ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2021 r., KIO 3324/20

zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.)⁷.

- 5) Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy PZP przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uZNK i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uZNK. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. **W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności⁸.**

⁷ Zob.: uchwała KIO z dnia 12 lutego 2020 r., KIO/KU 5/20

⁸ Zob.: wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 9/20, KIO 11/20

- 6) Zgodnie z zasadą jawności obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. **Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające⁹.**
- 7) Badanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. **W każdej sytuacji, gdy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieprawidłowo, zamawiający zobowiązany jest do odtajnienia tych informacji, bez wzywania wykonawcy do dalszych wyjaśnień¹⁰.**

Reasumując powyższe Odwołujący podnosi, iż HENBUD nie wykazał, iż informacje zawarte w treści zastrzeżonych w całości dokumentów, w całości lub choćby w części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie przedstawił dowodów potwierdzających podjęcie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności. W szczególności umowy z dostawcami muszą zawierać stosowną klauzulę, podobnie oferty muszą zawierać klauzule, iż są przekazywane w poufności i oczekują zachowania w tajemnicy informacji objętych ich treścią. Jeżeli w przedstawionych umowach brak jest stosownych klauzul bądź umowy w ogóle nie zostały przedstawione zastrzeżenie nie może się ostać.

Odwołujący wskazuje, iż z uwagi na specyfikę zamówienia i szczegółowo określone wymogi w zakresie czynności nim objętych co do realizacji zamówienia przez personel HENBUD ewentualne kalkulacje osobowe jak i kalkulacje innych elementów oferty mają charakter unikatowy jednorazowy i związane są z tym tylko postępowaniem. W konsekwencji nie mogą być wykorzystane na potrzeby innego postępowania, a z uwagi na obecny etap niniejszego postępowania nie mogą narazić HENBUD na szkodę, gdyż informacje te pozbawione są obecnie wartości gospodarczej. Wykonawcy złożyli już oferty, a wobec zakazu modyfikacji ofert po ich złożeniu nie mogą zmieniać ofert.

⁹ Zob.: wyrok KIO z 13 lutego 2019 r., KIO 185/19

¹⁰ Zob.: wyrok KIO z 21 listopada 2019 r., KIO 2263/19

Na zakończenie należy podkreślić, że KIO rygorystycznie podchodzi do zastrzegania informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa nakazując ograniczenie tych przypadków do wąskiego kręgu stanów faktycznych.

III

[zarzut rażąco niskiej ceny]

W zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący stawia zarzuty na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących nieprawidłowo zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na brak znajomości treści wyjaśnień postawione zarzuty są w pewnym stopniu ogólne i opierają się na wcześniejszych doświadczeniach Odwołującego związanych z udziałem Odwołującego i HENBUD w postępowaniach przetargowych.

Potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez HENBUD jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie, w toku postępowania odwoławczego, nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym, po zapoznaniu się z ofertą konkurenta, mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny jego oferty, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej¹¹.

W odpowiedzi na wezwanie HENBUD złożył dwustronicowe pismo z dnia 08.12.2021 r., do którego **nie zostały załączone jakiegokolwiek dowody**. Nie została również podjęta jakakolwiek próba wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny. Pismo z dnia 08.12.2021 r. sprowadza się jedynie do wskazania ogólnych założeń jakie brane były pod uwagę przez HENBUD przy kształtowaniu swojej ofert.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że tak złożone wyjaśnienia w zasadzie nie wyjaśniają niczego. Są ogólnikowe i lakoniczne i nie pozwalają na jakąkolwiek weryfikację poprawności kalkulacji dokonanej przez HENBUD.

¹¹ Zob.: wyrok KIO z dnia 15.01.2021, KIO 3383/20

Wyjaśnienia złożone przez HENBUD nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 03.12.2020 r., **w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych wyliczeń oraz złożenia dowodów**, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Złożone przez HENBUD wyjaśnienia cechują się dużym stopniem ogólności, zawierają lakoniczne stwierdzenia, często formułowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, których jednak nie można uznać za sprostanie obowiązku wynikającemu z art. 90 ust. 2 PZP.

Co ważne – HENBUD poza ogólnikowymi twierdzeniami nie zawierającymi jakichkolwiek obliczeń czy też danych liczbowych **nie przedstawił Zamawiającemu jakichkolwiek dowodów.**

Jednocześnie należy wskazać, że z uwagi na zakres złożonych wyjaśnień **Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby wzywać HENBUD do dalszych uzupełnień lub wyjaśnień, gdyż stopień ogólnikowości wyjaśnień był tak daleko idący, że dalsze wezwania stanowiłyby naruszenie zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.**

Powyższe stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO, w którym podkreśla się, że:

- 1) Ciężar wykazania zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wykazać, jakie obiektywne czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym złożenie przez wykonawcę wyjaśnień ogólnikowych, niewiarygodnych, nierozpraszających wątpliwości zamawiającego jest równoznaczne w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. **Nie chodzi, bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny**¹².

¹² Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2016 r., KIO 66/16

- 2) Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu¹³.
- 3) Podkreślić należy, iż **wyjaśnienia składane przez wykonawców w ramach procedury badania ofert nie mogą opierać się wyłącznie na zapewnieniach wykonawcy co do prawidłowej kalkulacji ceny oferty**, bogatego doświadczenia danego podmiotu oraz doświadczenia jego kadry stanowiących gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego¹⁴.

Reasumując zasadne jest uznanie, że Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 PZP jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez HENBUD, mimo iż HENBUD nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

IV

[brak związania ofertą]

Jak wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 23 kwietnia 2021 r. HENBUD tylko raz w toku postępowania złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Miało to miejsce w dniu 22 grudnia 2020 r. i przesłuzenie nastąpiło na 30 dni tj. do dnia 21 stycznia 2021 r.

Zgodnie z orzecznictwem KIO **nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach (samodzielnie i w odpowiedzi na wniosek zamawiającego) jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP, co jest tożsame z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu i sprawia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu¹⁵.**

¹³ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r., KIO 722/16

¹⁴ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2021 r., KIO 445/21

¹⁵ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2019 r., KIO 1507/19

Na gruncie zamówień publicznych nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam, gdzie jest to przewidziane) a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców a w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP. Artykuł 85 ust. 2 ustawy PZP przewiduje ograniczenie do jednokrotnego przedłużenia terminu związania ofertą do 60 dni wyłącznie dla zamawiającego. W związku z tym wykonawca może złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą więcej niż jednokrotnie, nadto również o większą liczbę dni. **Oznacza to, iż wykonawcy, gdy są zainteresowani pozyskaniem zamówienia, mają instrument, z którego mogą i z którego powinni korzystać w celu utrzymywania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania¹⁶.**

Z powyższego wynika, że oferta HENBUD winna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą, albowiem pomimo istniejących instrumentów prawnych wykonawca ten nie był zainteresowany utrzymaniem ważności oferty przez cały czas trwania postępowania. Tym samym swoim działaniem i zaniechaniem dał wyraz Zamawiającemu, że odmawia przedłużenia terminu związania ofertą, czym doprowadził do sytuacji, w której jego oferta wygasła, a co za tym idzie nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

V

[brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu]

a) błędne posłużenie się zasobami podmiotów trzecich

W celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej określonego w Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit. b SIWZ HENBUD zobowiązany był do wykazania, że:

dysponuje lub będzie dysponował osobą posiadającą uprawnienia budowlane która będzie pełniła funkcję kierownika budowy posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności: konstr.-budowlanej, w spec. instal. elektrycznej

¹⁶ Ibidem

oraz w specjalności sanitarnej i gazowej posiadającym aktualne zaświadczenie o wpisie na listę członków Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

W wykazie osób złożonym przez HENBUD wskazane zostały następujące osoby, z którymi HENBUD zawarte ma umowy cywilno-prawne:

- 1) Maciej Kanoniczak - instalacja sanitarna i ciepła,
- 2) Andrzej Poradka – instalacja elektryczna.

Obie te osoby prowadzą jednoosobowe działalności gospodarcze, a co za tym idzie dysponowanie nimi powinno być wykazane przez HENBUD poprzez przedłożenie zobowiązań tych osób do udostępnienia HENBUD niezbędnych zasobów. Zgodnie z Rozdz. V pkt 3 SIWZ

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, **w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.** Wzór zobowiązania stanowi załącznik nr 6 do SIWZ. Zobowiązanie podmiotu trzeciego o którym mowa w ust. 2 winno być złożone **w formie oryginału.**

Do oferty nie zostało złożone żadne zobowiązanie tych podmiotów trzecich. Nadto HENBUD w złożonej ofercie nie wskazał tych podmiotów jako udostępniających mu zasoby oraz nie przedłożył jakichkolwiek dokumentów ich dotyczących (np. zaświadczenia z KRK, ZUS, US).

Co ważne – w złożonej ofercie HENBUD wskazał, że w zakresie dotyczącym realizacji instalacji elektrycznych i instalacji sanitarnych (str. 4 numeracji ręcznej oferty) będzie korzystał z podwykonawców. Zakres tych robót odpowiada zakresowi działalności ww. podmiotów, co do których HENBUD nie wskazał jednak, że powołuje się na ich zasoby, co czyni ofertę HENBUD wewnętrznym sprzeczną. Sprzeczność tę jednak należy uznać za zamierzoną, gdyż dzięki takiemu działaniu wykonawca ten podjął próbę uniknięcia konieczności przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, o których mowa w akapicie poprzednim.

Dodatkowo należy wskazać, że dokumenty dotyczące tych osób zostały poświadczane za zgodność wyłącznie przez HENBUD a nie przez te osoby, co zgodnie z twierdzeniami HENBUD kierowanymi względem oferty Odwołującego jest działaniem nieprawidłowym. W ocenie Odwołującego w tym zakresie osoby te powinny być co najmniej wezwane do złożenia wyjaśnień i uzupełnień złożonych dokumentów, czego jednak Zamawiający również nie uczynił.

Tym samym zasadne jest uznanie, że HENBUD nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z uwagi na to, że zobowiązania podmiotów trzecich są elementami oferty nie podlegają uzupełnieniu, za wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 22a ust. 6 PZP. Wyjątek ten jednak nie będzie miał zastosowania w odniesieniu do oferty HENBUD, albowiem w złożonej ofercie nie powołał się na zasoby podmiotów trzecich i zadeklarował samodzielną realizację zamówienia.

Dowód:

Zaświadczenia z CEiDG

b) brak wykazania uprawnień kierownika

Ponadto należy wskazać, że w stosunku kierownika w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wskazanego przez HENBUD jako mającego wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit. b, Zamawiający uznał, że posiada on wymagane uprawnienia, pomimo że **zaświadczenie wydane przez PIIB, które zostało przedstawione przez HENBUD na potwierdzenie tej okoliczności wygasło przed dniem wyboru oferty HENBUD jako najkorzystniejszej. Zgodnie z zaświadczeniem dotyczącym Czesława Chmielewskiego jego zaświadczenie było ważne do dnia 31.01.2021 r.**

W takim przypadku Zamawiający winien co najmniej wezwać HENBUD do przedstawienia nowych, aktualnych na dzień składania dokumentów, czego jednak zaniechał. Doprowadziło to do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

VI

[zaniechanie unieważnienia postępowania]

Jak wynika z powyższego oferta HENBUD winna zostać odrzucona. W takim przypadku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na chwilę obecną nie ma żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, a co za tym idzie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP postępowania powinno zostać unieważnione. Zamawiający jednak dążąc do zakończenia postępowania poprzez wybór oferty HENBUD zaniechał jego unieważnienia, do czego był zobowiązany.

Ponadto dokonując wyboru oferty HENBUD jako najkorzystniejszej Zamawiający wybrał ofertę, co do której upłynął już termin związania ofertą. Oznacza to, że HENBUD nie dokonując przedłużenia terminu związania ofertą nie był zainteresowany dalszym uczestniczeniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tym samym Zamawiający naruszył podstawowe zasady związane z wyborem oferty najkorzystniejszej.

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Bartosz Majda
Data: 2021.04.27 09:27:05 CEST

adw. Bartosz Majda

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
- 2) potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania
- 3) potwierdzenie nadania odwołania do Zamawiającego