



Warszawa, 2 stycznia 2023 r.

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

Zamawiający:

Gmina Miasto Szczecin

Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin

Pełnomocnik Zamawiającego:

Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o.

ul. S. Klonowica 5, 71-241 Szczecin

e-mail: przetargi@ts.szczecin.pl, elzbul@ts.szczecin.pl

Tel.: +48 91 311 41 40

Adres platformy prowadzonego postępowania:

<https://portal.smartpzp.pl/ts.szczecin.pl>

Odwołujący:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

KRS: 0000001764

reprezentowany przez:

Jarosława Lucjana Huziuka

adres do doręczeń:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

e-mail: oferty@budimex.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ul. Szafera (od al. Wojska Polskiego do ul. Sosabowskiego), Etap realizacyjny II i III” (nr postępowania 14/ZP/DZ/7/UM/2022; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2022 r. pod nr 2022/S 098-267256.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego – niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na:



- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, tj. Konsorcjum firm w składzie: TORMEL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Lider Konsorcjum) oraz STANLED I sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie (Partner Konsorcjum) (dalej jako: „Konsorcjum TORMEL-STANLED”);
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED z Postępowania w sytuacji, gdy treść złożonej przez tego wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;

ewentualnie

zaniechaniu wezwania Konsorcjum TORMEL-STANLED do wyjaśnienia treści oferty, w sytuacji, w której zaistniały wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia;

a ponadto

- 3) zaniechaniu wezwania Konsorcjum TORMEL-STANLED do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

oraz

- 4) niezasadnym przyznaniu Konsorcjum TORMEL-STANLED kompletu 20 punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia wskazanego w „Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” (Załącznik nr 2 do SWZ) dla Pana Szymona Matusiaka skierowanego do pełnienia funkcji kierownika budowy w ten sposób, że wykonawca ten otrzymał w ramach kryterium 20 punktów, mimo że powinien był uzyskać 10 punktów.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED,



art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum TORMEL-STANLED do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia w odniesieniu do zaoferowanego sposobu wykonania tymczasowych rozjazdów nakładkowych i ich utrzymania, w ramach elementu wskazanego w TER: „Czasowa organizacja ruchu”, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, art. 224 ust. 3 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum TORMEL-STANLED do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności w zakresie ramach elementu wskazanego w TER: „Czasowa organizacja ruchu”;

3. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 – ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum TORMEL-STANLED 20 (dwudziestu) punktów w kryterium odnoszącym się do doświadczenia Kierownika budowy, pomimo iż brak było ku temu podstaw, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienia odwołania;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED z uwagi na fakt, że wykonawca ten złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED,

- 4) wezwania Konsorcjum TORMEL-STANLED do wyjaśnienia treści oferty w kontekście jej zgodności z warunkami zamówienia,

a ponadto

- 5) wezwania Konsorcjum TORMEL-STANLED do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.



Ponadto na podstawie art. 534 i 535 ustawy Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Interes we wniesieniu odwołania:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w Postępowaniu. Oferta Konsorcjum TORMEL-STANLED została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez spółkę Budimex S.A. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom do wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 21 grudnia 2022 r. Wartość zamówienia, zakwalifikowanego jako zamówienie na roboty budowlane, przekracza tzw. progi unijne, w związku z czym 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Uwagi wstępne



1. Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2022 r. poinformował o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TORMEL-STANLED. Odwołujący uzyskał tym samym możliwość wglądu do protokołu Postępowania wraz z załącznikami.
2. Zgodnie z treścią Rozdziału XIII ust. 4 *in fine* Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), Zamawiający wskazał, że „Wartość elementu rozliczeniowego należy obliczyć poprzez pomnożenie ilości jednostek obmiaru podanych w TER przez cenę jednostkową netto zawierającą wszystkie koszty niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego.”
3. Ponadto, zgodnie z treścią Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Kosztorys inwestorski (dalej jako: „TER”) dla Etapu realizacyjnego 2, pozycje nr 546 i 547, Zamawiający wymagał, by w ramach elementu „Czasowa organizacja ruchu” dokonać wyceny dwóch pozycji wchodzących w jego skład, tj. „Wprowadzenie oznakowania oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na czas trwania etapu 1 (ryczałt)” oraz „Utrzymanie czasowej organizacji ruchu dla etapu 1 (ryczałt)”.

Tabela 1: Fragment Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Kosztorys inwestorski

Lp.	Numer specyfikacji technicznej	Wyszczególnienie elementów przedmiarowych	Jednostka		Cena		Pozycje objęte dofinansowaniem z programu „Polski Ład” „Roboty dofinansowane”	Pozycje nieobjęte dofinansowaniem „Pozostałe roboty”
			Nazwa	Ilość	Jedn.	Wartość PLN bez VAT		
PW/ER2/26 Czasowa organizacja ruchu								
1.1. ETAP 1								
546.	D-07.02.01	Wprowadzenie oznakowania oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na czas trwania etapu 1 (ryczałt)	Kpl	1,00				
547.	D-07.01.01 D-07.02.01	Utrzymanie czasowej organizacji ruchu dla etapu 1 (ryczałt)	kpl	1,00				



4. Co więcej, Zamawiający przygotował w ramach przeprowadzonej przez siebie „Aktualizacji dokumentacji projektowej” zmiany w stosunku do dokumentacji pierwotnej. Z Wykazu elementów zamiennych związanych z aktualizacją dokumentacji w stosunku do dokumentacji pierwotnej, konkretnie z pkt 12-14 wynika, że Zamawiający wprowadził informację o projekcie tymczasowej organizacji ruchu (zmianie projektu) tj. opis techniczny oraz lokalizację najazdów tymczasowych. W treści opisu technicznego stanowiącego jej część, w Rozdziale 5: „Organizacja ruchu”, w pkt 5.1.3: „Komunikacja miejska” (strona 2 dokumentu), Zamawiający określił, że:

„(...) Komunikacja tramwajowa w ciągu ulicy Żołnierskiej odbywać się będzie z wykorzystaniem taboru dwukierunkowego. Na potrzeby czasowego funkcjonowania komunikacji wykonać należy dwa tymczasowe połączenia międzytorowe. Jedno zlokalizowane w rejonie przystanku Żołnierska (rys. 2.1) drugie w rejonie przystanków „Wawrzyniaka” na ul. Bohaterów Warszawy. Połączenia należy wykonać z rozjazdów nakładkowych,”

natomiast w Rozdziale 7: „Wytyczne i zalecenia do realizacji prac” tego dokumentu (strona 4), wskazał, że:

„Należy przewidzieć tymczasowe rozjazdy wraz z siecią trakcyjną umożliwiające zgodnie z wytycznymi wykonanie tymczasowego przystanku, rozwiązania techniczne torów i sieci należy uzgodnić w TS Sp. z o.o. Rozjazdy nie mogą ingerować w istniejącą geometrię torów czy naruszać ciągłości istniejących szyn.”

5. W toku prowadzenia Postępowania wykonawcy potencjalnie zainteresowani złożeniem oferty zadali również szereg pytań do treści dokumentacji, które związane były właśnie z kwestią organizacji tymczasowych rozjazdów, czasowej organizacji ruchu oraz sposobu zapewnienia prawidłowego przeprowadzenia organizacji ruchu, z uwzględnieniem specyficznych wymagań zamawiającego w kontekście zastosowanych materiałów i rozwiązań. Pytania te wraz z odpowiedziami zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 13 lipca 2022 r.:

25. zapytanie o treści:

„Czy konieczne jest podtrzymanie ruchu tramwajowego w kierunku ul. Jagiellońska do pl. Grunwaldzkiego? Takie rozwiązanie wymaga zastosowania rozjazdu nakładkowego o bardzo niestandardowej specyfice. Wyprodukowanie takiego rozjazdu w obecnej sytuacji rynkowej może wiązać się z długim terminem realizacji, a ponadto producent rozjazdów może nie podjąć się wykonania takiego rozjazdu. Korzystniejszym rozwiązaniem byłoby wykorzystanie do ruchu liniowego istniejącej infrastruktury w obrębie pl. Szarych Szeregów, al. Piastów i ul. Jagiellońskiej.”

Odpowiedź Zamawiającego na 25. zapytanie:

Zamawiający wymaga utrzymania ruchu po obu torach w ciągu al. Bohaterów Warszawy (pomiędzy ul. Jagiellońską i ul. Mickiewicza) w miejscu wykonania rozjazdów nakładkowych. Z uwagi na posiadaną ilość taboru dwukierunkowego jest to jedyne miejsce, gdzie można wykonać manewr zawrócenia pojazdów i umożliwić przesiadkę pasażerów na inne linie tramwajowe.



Pytanie i odpowiedź 32 ppkt 49:

49. *Dotyczy Projektu Umowy - § 8 ust. 1 pkt. 41 lit. b i c.*
Wnosimy o usunięcie powyższego zapisu jako całkowicie sprzecznego z Prawem Zamówień Publicznych. Zamawiający przyznał sobie prawo korekty opracowanej przez siebie Tymczasowej Organizacji Ruchu w sytuacji stwierdzenia że nie działa ono prawidłowo a zatem skutkami braku wnikliwego rozpatrzenia kwestii tymczasowej organizacji ruchu Zamawiający tak faktycznie jaki i finansowo próbuje obciążyć Wykonawcę. Powyższy zapis stanowi wyraz zdecydowanie rażącego podejścia Wykonawcy do zasad realizacji zadań publicznych w szczególności wynikających z ostatniej istotnej aktualizacji prawa zamówień publicznych zakładające zrównanie pozycji stron projektowanego stosunku prawnego. Dodatkowo przedmiotowy zapis wyklucza możliwość określenia zakresu zamówienia i jego właściwej wyceny co skutkuje zaburzenie ustawowej zasady konkurencyjności.

Ad 49.

Brak podstaw do usunięcia zapisów. W przypadku zmiany projektu tymczasowej organizacji ruchu przez Wykonawcę, Wykonawca ponosi koszty sporządzenia projektu oraz wszelkich zmian do projektu.

Pytanie i odpowiedź 32 ppkt 61:

61. *Dotyczy Projektu Umowy - § 11 ust. 2 pkt. 9*
Prosimy Zamawiającego o wskazanie że chodzi o koszty zmiany czasowej lub stałej organizacji ruchu dokonywane na wniosek samego Wykonawcy.
Odmienny rozumienie powyższej jednostki prowadzi bowiem do wniosku, że Zamawiający dokonał wadliwego określenia zakresu zamówienia z uwagi na niemożliwą do określenia przez Wykonawcę ilość zmian tymczasowej i stałej organizacji ruchu - oznaczałoby to że faktycznie Zamawiający miałby niczym nieskrępowaną możliwość dokonywania jakichkolwiek zmiany organizacji ruchu (np. kilkakrotnie w okresie miesiąca w całym okresie osiemnastu miesięcy !!!) zaś Wykonawca ponosiłby tego tytułu koszty, których to kosztowani rozmiarów nie jest aktualnie w stanie przewidzieć - powyższe rozwiązania w sposób zdecydowany pozostaje w sprzeczności z PZP.

Ad 61.

Koszty wymienione w § 11 ust. 2 pkt 9 leżą po stronie Wykonawcy. Zmiana może wynikać także ze stanowiska zarządcy drogi lub dostawcy energii.

Pytanie i odpowiedź 32 ppkt 21:

21. *Dotyczy Czasowej Organizacji Ruchu*
Komunikacja miejska
Opis czasowej organizacji ruch pkt 5.1.3 przedstawia:
Ruch autobusów komunikacji miejskiej w tym etapie robót odbywał się będzie wg czasowej organizacji przygotowanej przez ZDiTM. W trakcie prowadzonych prac należy umożliwić przejazd autobusów na ciągu ulicy Żołnierskiej oraz wjazd w ulicę Klonowica.
Komunikacja tramwajowa w ciągu ulicy Żołnierskiej odbywać się będzie z wykorzystaniem taboru dwukierunkowego. Na potrzeby czasowego funkcjonowania komunikacji wykonać należy dwa tymczasowe połączenia międzytorowe. Jedno zlokalizowane w rejonie przystanku Żołnierska (rys. 2.1) drugie w rejonie przystanków „Wawrzyńska” na ul. Bohaterów Warszawy. Połączenia należy wykonać z rozjazdów nakładkowych.
Prosimy o określenie kto będzie ponosił koszt wprowadzenia, funkcjonowania COR przygotowanej zgodnie z opisem przez ZDiT. Prosimy o przedstawieni przedmiotowej organizacji ruchu.
Prosimy o określenie czy w związku z planowanym wykorzystaniem taboru tramwajowego dwukierunkowego, koszty funkcjonowania taboru ponosi Wykonawca, jeżeli tak prosimy o określenie szczegółowych danych i wytycznych umożliwiających wyliczenie kosztów komunikacji czasowej.
Prosimy o określenie czy wykonanie tymczasowych połączeń międzytorowych jest po stronie Wykonawcy czy Zamawiającego.



Ad 21.

Koszt funkcjonowania komunikacji tramwajowej leży po stronie Gminy Miasto Szczecin. Po stronie Wykonawcy jest koszt wykonania i utrzymania połączeń międzytorowych oraz wprowadzenia i funkcjonowania Czasowej Organizacji Ruchu zgodnie z załączoną dokumentacją. Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania przejazdu przez plac budowy dla autobusów komunikacji miejskiej zgodnie z wytycznymi ZDiTM. W przypadku zamknięcia przejazdu i konieczności wydłużenia trasy autobusów koszt ponosi Wykonawca.

6. Podsumowując tę część odwołania, należy wskazać, że:

- **Zamawiający wymagał, by wartość elementu rozliczeniowego zawierała wszystkie koszty niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego;**
 - **w ramach elementu „Czasowa organizacja ruchu” w TER należało wycenić dwie pozycje: „Wprowadzenie oznakowania oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na czas trwania etapu 1 (ryczałt)” oraz „Utrzymanie czasowej organizacji ruchu dla etapu 1 (ryczałt)”;**
 - **zamawiający wymagał, by tymczasowe połączenia międzytorowe niezbędne do zaplanowania czasowego funkcjonowania komunikacji wykonać z rozjazdów nakładkowych, co zostało potwierdzone również w ramach odpowiedzi udzielonych na pytania do treści dokumentacji – w tym pytanie nr 25 z dnia 13 lipca 2022 r.**
7. Na podstawie analizy powyższych informacji i dokumentów, a także poprzez porównanie złożonych w Postępowaniu ofert, Odwołujący doszedł do przekonania, że Zamawiający dokonał wadliwej procedury weryfikacji (badania i oceny) oferty Konsorcjum TORMEL-STANLED, a w konsekwencji – dokonał w sposób wadliwy i nieuzasadniony czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Swoje stanowisko Odwołujący argumentuje dalej, jak następuje.

II. Konieczność szczegółowej weryfikacji ofert pod kątem zgodności z treścią SWZ

8. Odwołujący wskazuje, że zweryfikował, w jaki sposób wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, wycenili omawiane pozycje TER w elemencie „Czasowa organizacja ruchu”. Porównanie złożonych ofert w tym elemencie prowadzi do konkluzji, że wykonawcy składający oferty w Postępowaniu w sposób diametralnie odmienny podeszli do kwestii wyceny tego elementu, co już samo w sobie w ocenie Odwołującego powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego:

Tabela 2: Porównanie wyceny pozycji wchodzących w skład elementu „czasowa organizacja ruchu” dokonanej przez wykonawców w Postępowaniu, których oferty nie zostały odrzucone

PW/ER2/26 Czasowa organizacja ruchu



Lp.	Wyszczególnienie elementów przedmiarowych	BUDIMEX	Konsorcjum TORMEL-STANLED	STRABAG
546.	Wprowadzenie oznakowania oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na czas trwania etapu 1 (ryczałt)	2.481.627,72	19.390,37	50.559,61
547.	Utrzymanie czasowej organizacji ruchu dla etapu 1 (ryczałt)	141.987,60	702.547,86	39.729,73

9. Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę, że w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający musi dysponować porównywalnymi ofertami, czyli takimi, w których znajduje się wycena wszystkich elementów przedmiotu zamówienia opisanych przez Zamawiającego w treści dokumentacji. Aby osiągnięcie tego nadrzędnego celu było możliwe, wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą stosować się do tych samych reguł.
10. Nie ulega wątpliwości, że w ramach wyceny omawianych dwóch elementów wchodzących w skład „Czasowej organizacji ruchu”, wykonawcy byli zobowiązani wycenić wykonanie tymczasowych połączeń międzytorowych z rozjazdów nakładkowych, a taki sposób realizacji tego elementu jest najdroższym składnikiem wyceny. Odwołujący wycenił te elementy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a porównanie złożonych w Postępowaniu ofert jednoznacznie wskazuje na uchybienie w tym zakresie po stronie pozostałych wykonawców, w tym w szczególności wykonawcy Konsorcjum TORMEL-STANLED, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą i w konsekwencji zdecydował o wyborze.
11. W tym miejscu Odwołujący wskazuje w pierwszej kolejności na ofertę pozyskaną od podwykonawcy, w której otrzymał szczegółową ofertę na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego (tymczasowego) z mechanizmem nastawczym samopowrotnym oraz na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego (tymczasowego) dwustronnego z mechanizmem nastawczym samopowrotnym (pozycje nr 4 i 5 otrzymanej oferty podwykonawcy). Z treści oferty wynikają konkretne wartości (do weryfikacji przez Zamawiającego i Krajową Izbę Odwoławczą), znacznie przewyższające oferty złożone przez Konsorcjum TORMEL-STANLED, chociaż należy jednocześnie podkreślić, że przecież samo wykonanie rozjazdów tramwajowych nakładkowych stanowi tylko część elementów koniecznych do wyceny w ramach pozycji 546 i 547 TER,



wchodząc w zakres pozycji „Wprowadzenie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na czas trwania etapu 1”.

Dowód: oferta podwykonawcza na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego – UWAGA: treść oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego

12. W drugiej jednakże kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że przygotowując się do złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu, zwrócił się do firmy STANLED I sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie (Partner Konsorcjum TORMEL-STANLED, którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu) z prośbą o dokonanie wyceny omawianych elementów, tj. „Wprowadzenia oznakowania oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na czas trwania etapu 1 (ryczałt)” oraz „Utrzymania czasowej organizacji ruchu dla etapu 1 (ryczałt)” z części dotyczącej „Czasowej organizacji ruchu”. Wykonawca STANLED przedstawił Odwołującemu w dniu 2 sierpnia 2022 r. ofertę uwzględniającą w szczególności wycenę na czasową organizację ruchu zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego, tj. z jednym rozjazdem nakładkowym na ul. Żołnierskiej oraz połączeniem nakładkowym torów na ul. Bohaterów Warszawy, przy czym cena uwzględnia już projekt z uzgodnieniami oraz przebudowę trakcji tramwajowej oraz utrzymanie). Warto zwrócić uwagę, że oferta złożona przez STANLED I Odwołującemu w sposób rażący odbiega od wyceny w tym zakresie zaproponowanej przez Konsorcjum TORMEL-STANLED. Zważywszy, że w treści oferty złożonej Odwołującemu STANLED I w sposób bezpośredni, jasny i klarowny wskazał, że jego oferta złożona Odwołującemu jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, otwarte i bardzo aktualne pozostaje pytanie, jak w takim razie (i w jakiej proporcji) STANLED I wycenił te same elementy w złożonej przez Konsorcjum ofercie.

Dowód: oferta podwykonawcza firmy STANLED I na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego - UWAGA: treść oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego

13. Mając na uwadze powyższe, dokonując porównania złożonych w Postępowaniu ofert z ofertami podwykonawców, które Odwołujący otrzymał przygotowując się do złożenia swojej oferty, w tym w szczególności porównując ofertę złożoną przez Partnera Konsorcjum, które złożyło najkorzystniejszą w ocenie Zamawiającego ofertę (firmę STANLED I), uzasadniona jest konkluzja, że **jednoznacznie wymagane przez Zamawiającego wykonanie tymczasowych połączeń międzytorowych z rozjazdów nakładkowych nie zostało w ofercie Konsorcjum TORMEL-STANLED prawidłowo wycenione, a w ocenie Odwołującego, nie zostało w ogóle w ofercie tego wykonawcy przewidziane i wycenione.**



14. Tymczasem zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2383/17): „ *O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania”.*
15. **Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności uzasadniony jest wniosek, że mamy do czynienia z niezgodnością oferty z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie TER, a co najmniej – że mamy do czynienia z sytuacją z całą pewnością kwalifikującą się do wyjaśnienia w ramach procedury przewidzianej w ustawie Pzp, a polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnienia treści złożonej przez Konsorcjum TORMEL-STANLED oferty.** Okoliczności tych Zamawiający nie może zignorować o tyle, że każde oświadczenie składane przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma znaczenie w kontekście oceny prawidłowości danej oferty. Zamawiający bowiem poprzez narzucenie na wykonawców obowiązku w postaci konieczności zaoferowania konkretnych rozwiązań, zobligowany jest do weryfikacji ofert przez pryzmat postawionych przez siebie wymagań. W związku z powyższym należy wskazać, że oferta Konsorcjum TORMEL-STANLED obarczona jest wadliwością o merytorycznym charakterze. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 485/21) „(...) wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona w taki sposób, że nie odpowiada skwantyfikowanym i opisanym w treści dokumentacji wymaganiom, z zastrzeżeniem że wymagania odnoszą się do treści złożonej oferty, nie zaś jej formy”. Na analogicznym stanowisku stanęła też Izba w wyroku z dnia 24 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 475/21): „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiącą przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp przepis w tym zakresie pozostał w formie niezmienionej, a zatem orzecznictwo należy w tym zakresie interpretować analogicznie – przyp. aut.), ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z



wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy”.

16. Zasadnym jest zwrócenie w tym miejscu uwagi na charakter i znaczenie dokumentu TER w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powszechnie bowiem uznaje się, że TER należy traktować jako dokument pierwotny i pierwszorzędny przy dokonywaniu rozliczeń zamawiającego z wykonawcą, dotyczący najistotniejszego elementu oferty, czyli zaofertowanej ceny. W taki sam sposób oceniła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) charakter i znaczenie TER w wyroku z dnia 1 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1769/15:

*„Sama Tabela Elementów Rozliczeniowych oraz sposób, w jaki obliczona jest cena, **niewątpliwie stanowi istotny, merytoryczny element treści oferty – musi taki być, gdyż dotyczy najistotniejszego elementu oferty, czyli zaproponowanej ceny – który objęty jest wymogiem niezmienności** (nie jest to dokument, który byłby możliwy do uzupełnienia lub korekty przez wykonawcę), nawet jeśli wymagania co do wysokości kwot w poszczególnych pozycjach nie wpływają na zakres świadczenia – zakres prac do wykonania.”*

17. W skrócie, **TER stanowi podstawę rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy**. Należy zwrócić uwagę na okoliczność, że Zamawiający w treści dokumentacji Postępowania wielokrotnie powołuje dokument TER jako podstawowy w kontekście znaczenia dla wyszczególnienia czynności koniecznych do zrealizowania w ramach każdego z etapów przedmiotu zamówienia, jak również następczo rozliczenia wynagrodzenia. Nie może być zatem wątpliwości, że Zamawiający traktuje w Postępowaniu dokument TER jako informację kluczową w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i rozliczenia wynagrodzenia. TER jest więc podstawą uregulowania wzajemnych stosunków stron i stanowi dokument o znaczeniu pierwszorzędnym. Stąd też nie może być mowy o dokonywaniu w dokumencie jakichkolwiek modyfikacji.
18. Mimo, jak mogłoby się wydawać, klarowności udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi w ramach procedury wyjaśniania treści SWZ, a także niebudzących wątpliwości postanowień SWZ, Konsorcjum TORMEL-STANLED przygotowało wycenę „Czasowej organizacji ruchu” (wyszczególnionej w TER) w sposób, który wyklucza jej prawidłowość i w sposób jasny sugeruje albo zupełny brak wyceny omawianych elementów w zakresie wykonania tymczasowych połączeń międzytorowych z rozjazdów nakładkowych (stanowiąc klasyczny przypadek niezgodności oferty z treścią SWZ i wzbudzając konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum TORMEL-STANLED), albo rażącego zaniżenia wartości tych elementów (stanowiąc z kolei przypadek kwalifikujący się do dalszego wyjaśniania przez Zamawiającego).

III. Konieczność szczegółowej weryfikacji ofert pod kątem zaofertowanej ceny



19. W ocenie Odwołującego, weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej wyjątkowo niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia **służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny.** W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia czy zastosowaniem rozwiązań niezgodnych z opisem znajdującym się w Specyfikacji Warunków Zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ust. 1 - ust. 6 ustawy Pzp. **Przepis art. 224 ustawy Pzp ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców**, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie **przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.**¹
20. Biorąc pod uwagę fakt braku jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także fakt konieczności dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej **wdrożona musi być w każdym przypadku gdy pojawiają się wątpliwości czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską.** Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp wątpliwości takie pojawiają się zwłaszcza wtedy gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych. Niemniej, każdorazowo Zamawiający obowiązany jest do indywidualnej oceny każdego z przypadków i nie jest uprawniony do ograniczenia swojej oceny realności zaoferowanej ceny ofertowej wyłącznie do formalnego jej porównania ceny całkowitej z pułapami procentowymi określonymi w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Pułapy procentowe określone w tym przepisie stanowią bowiem jedynie pewną wskazówkę co do sytuacji, w której możemy mieć do czynienia z rażąco niską ceną, nie są jednak wiążącą wytyczną. Każdorazowo dana cena ofertowa winna więc być przez Zamawiającego skrupulatnie weryfikowana, zwłaszcza jeśli przedmiot zamówienia zawiera takie elementy cenotwórcze, których optymalizacja czy zastosowanie zamienników byłaby wyłączona w realiach danego zadania inwestycyjnego, co ma miejsce w przedmiotowym przypadku.

¹ Tak *J. Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019.
www.budimex.pl



21. Co przy tym istotne, a co bezpośrednio wynika z treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp **badaniu przez Zamawiającego podlega tak zaoferowana cena całkowita oferty, jak również jej istotne części składowe**. Co więcej, a co równie znaczące, **za istotną część składową ceny uznaje się tak element wywierający znaczący wpływ na budowanie całkowitej ceny ofertowej, jak też element przedmiotowo istotny dla realizacji danego zamówienia**. W konsekwencji, „istotność” części składowej zamówienia jest okolicznością niezależną od oceny globalnej ceny ofertowej, w tym od odchylenia jej wartości od przewidzianych przez ustawodawcę pułapów procentowych. Wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w ramach następujących stanowisk:

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.07.2020 r., sygn. akt KIO 1289/20**

*Obowiązek, o którym mowa powyżej, dotyczy nie tylko ceny za całość przedmiotu zamówienia, ale - o czym wprost stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - również jej istotnych części składowych. Oznacza to, że nawet jeśli całkowita cena oferty nie budzi wątpliwości i nie odbiega rażąco od realiów rynkowych, a tylko jej niektóre elementy są istotnie zaniżone, to - o ile mają one charakter istotny - stanowi to również podstawę do żądania wyjaśnień. **Istotność części składowych ceny należy definiować przez pryzmat ich znaczenia dla wykonania przedmiotu zamówienia. Znaczenie to może mieć charakter zarówno merytoryczny (jeśli określone elementy składające się na przedmiot zamówienia są kluczowe z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego danego zamówienia) lub wartościowy (jeśli wartość tych składowych ma istotny udział w wartości całkowitej oferty).***

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.11.2021 r., sygn. akt KIO 3295/21**

Kryterium, którym należy się kierować dokonując tej kwalifikacji** (przyp. kwalifikacji części składowej jako istotnej części zamówienia), **jest w szczególności znaczenie danego elementu przedmiotu zamówienia (i w konsekwencji skalkulowanej dla niego ceny) dla realizacji całego zamówienia.

- **Wyrok KIO z dnia 02.07.2021 r., sygn. akt KIO 1284/21**

*Po pierwsze Izba wskazuje, iż podzieliła stanowisko Odwołującego, że ceny jednostkowe za utrzymanie urządzeń elektrycznych zawarte w pkt. 3 ppkt 2 - 9 formularza ofertowego stanowiły istotną część składową ceny. Zauważyć należy, iż w formularzu ofertowym (pkt 3) **Zamawiający oczekiwał od wykonawców wyceny poszczególnych usług**, w tym pkt 1 - utrzymanie*



urządzeń oświetlenia ulic oraz pkt 2 - 9 - utrzymanie urządzeń elektrycznych, zróżnicowanych pod względem ilości oraz przedmiotu. Jak wynika z postanowień rozdziału XI SIWZ, **Zamawiający żądał od wykonawców realnej wyceny każdej z ww. pozycji**, w której należało ująć realne koszty zatrudnienia, użycia materiałów i sprzętu oraz inne koszty wg wiedzy wykonawcy niezbędne do kompleksowego wykonania usługi. Z powyższego w ocenie Izby wynika, że Zamawiający oczekiwał, aby ceny oferowane przez wykonawców za wykonanie poszczególnych usług objętych formularzem ofertowym pozwalały na pokrycie pełnego kosztu wykonania danej usługi.

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.08.2020 r., sygn. akt KIO 1799/20**

Izba zgadza się ze stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa, że samo odwołanie się do wartości procentowej, w kontekście ustalenia istotnych części składowych ceny oferty bez odniesienia się do innych kryteriów czy okoliczności jest błędne. Należy interpretować istotność części składowej ceny poprzez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu.

22. Przekładając powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy zdaniem Odwołującego zaistniały w nim okoliczności, które generować powinny u Zamawiającego wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę Konsorcjum TORMEL-STANLED. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w ramach przygotowanej przez siebie dokumentacji Postępowania (ze wszystkimi jej modyfikacjami i aktualizacjami), wymagał od wykonawców dokonania wyceny elementów „Czasowej organizacji ruchu” z uwzględnieniem wykonania tymczasowych połączeń międzytorowych z rozjazdów nakładkowych. Tymczasem wycena elementów wchodzących w zakres „Czasowej organizacji ruchu” została przez Konsorcjum TORMEL-STANLED dokonana w sposób absolutnie nierealistyczny i mający jednocześnie istotny wpływ na globalne obniżenie ceny ofertowej tego wykonawcy. Wobec wzmożonej konkurencji na rynku budowlanym i aktualnych uwarunkowań geopolitycznych stanowi to znaczącą różnicę, generującą już sama w sobie realne wątpliwości co do kalkulacji zastosowanych przez tego wykonawcę.

23. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 17.04.2013 r. (sygn. akt KIO 719/13) *ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji, które mówią o oferowanym przedmiocie. Podstawę oceny w przedmiocie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinno stanowić nie tylko jednostkowe, ujęte w formularzu oświadczenie wykonawcy dotyczące niewłaściwie oznaczonego urządzenia, ale całokształt dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot.* Przekładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy więc podkreślić, że **informacja o zastosowanej wycenie danego elementu – w tym przypadku „Czasowej**



organizacji ruchu” stanowi jednocześnie nośnik danych dotyczących tego, czy wykonawca istotnie uwzględnił w wycenie to, czego wymaga Zamawiający. Jeśli wycena ta jest nierynkowa i abstrahuje od funkcjonującego na rynku pułapu, to jest to istotna informacja poddająca w wątpliwość respektowanie przez wykonawcę wymagań Zamawiającego co do koniecznych do dotrzymania elementów oferty.

24. Prowadzi to co najmniej do wniosku o zasadności wdrożenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano, że: „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Co istotne, pomimo, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na uprawnienie przysługujące Zamawiającemu to **uprawnienie to przeradza się w obowiązek w sytuacji, w której istnieją realne podstawy do stwierdzenia, że cel postępowania może być zagrożony** na skutek nieprawidłowego zakresu oferowanego zobowiązania wykonawcy.
25. Potwierdzają to także komentatorzy ustawy Pzp wskazując, że *wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi uprawnienie zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu. Należy jednak mieć na względzie, że zamawiający, dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tym samym zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych* (tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Legalis). W konsekwencji, w sytuacji istnienia tak poważnych wątpliwości co do zakresu oferty jednego z wykonawców, jakie zostaną przedstawione w dalszej części odwołania, Zamawiający winien przedsięwziąć wszelkie kroki weryfikacyjne, zabezpieczające tak prawidłowość wydatkowania środków publicznych, jak i konkurencyjność w ramach Postępowania.
26. W tym miejscu Odwołujący ponownie przypomina część argumentacji opisanej powyżej w odniesieniu do kwestii braku zgodności oferty, a zasadzającej się na **zestawieniu cen zaoferowanych przez konkurencyjnych wykonawców za ten element**, co winno być asumptem do wdrożenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.
27. W kontekście omawianego elementu zamówienia należy przy tym podkreślić jego **przedmiotowo istotne znaczenie dla realizacji niniejszego zamówienia**, które wynika już z samej treści przygotowanych przez Zamawiającego zastrzeżeń, udzielonych odpowiedzi i aktualizacji dokumentacji.



28. Biorąc pod uwagę powyższe, ww. okoliczności winny stać się dla Zamawiającego asumptem do wdrożenia procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Opisane okoliczności wprost determinują konieczność eliminacji wszelkich wątpliwości co do prawidłowości założeń i wyceny poczynionej przez Konsorcjum TORMEL-STANLED.

29. **Podsumowując dotychczasowe rozważania tej części odwołania, należy wskazać, że:**

- **w ocenie Odwołującego, Konsorcjum TORMEL-STANLED w ramach wyceny dwóch elementów wchodzących w skład „Czasowej organizacji ruchu” nie wyceniło wykonania tymczasowych połączeń międzytorowych z rozjazdów nakładkowych, względnie dokonało błędnej wyceny tych elementów;**
- **uzyskana przez Odwołującego od Partnera Konsorcjum, firmy STANLED I oferta na omawiane elementy wskazuje, że zarówno wysokość wynagrodzenia za wskazane elementy (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego), jak i propozycja (w odniesieniu do obu elementów) jest diametralnie różna, czego nie da się racjonalnie uzasadnić nawet samodzielnym składaniem oferty w ramach konsorcjum z inną firmą;**
- **na tej podstawie uzasadniony jest wniosek, że mamy do czynienia z niezgodnością oferty z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie TER, a co najmniej – że mamy do czynienia z sytuacją z całą pewnością kwalifikującą się do wyjaśnienia w ramach procedury przewidzianej w ustawie Pzp, a polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnienia treści złożonej przez Konsorcjum TORMEL-STANLED oferty;**
- **co więcej, zaoferowana przez Konsorcjum TORMEL-STANLED w ramach elementu „Czasowa organizacja ruchu” cena wyłącza prawidłowość, realność i racjonalność jej dokonania, generując po stronie Zamawiającego uprawnienie (a w okolicznościach sprawy – wręcz obowiązek) wezwania tego wykonawcy do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie ceny, czego Zamawiający dotychczas zaniechał.**

IV. Zarzut dotyczący przyznania zbyt wysokiej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”

30. Odwołujący wskazuje, że w Rozdziale XIV ust. 1 pkt 3) SWZ Zamawiający wskazał, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany z uwzględnieniem kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” z uwzględnieniem następujących parametrów:



Przy realizacji (wykonaniu) jednej (1) roboty w pasie drogowym polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości minimum 500 mtp. wraz z jednym (1) węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym minimum 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym	0 pkt
Przy realizacji (wykonaniu) dwóch (2) robót w pasie drogowym polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości minimum 500 mtp. wraz z jednym (1) węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym minimum 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym – dla każdej wykonanej roboty (przy czym każda robota powinna być wykonana w ramach odrębnej umowy)	10 pkt
Przy realizacji (wykonaniu) trzech (3) i więcej robót w pasie drogowym polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości minimum 500 mtp. wraz z jednym (1) węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym minimum 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym – dla każdej wykonanej roboty (przy czym każda robota powinna być wykonana w ramach odrębnej umowy)	20 pkt

Uwaga:

Minimalna ilość łącznie realizowanych robót (budów), w których uczestniczył kierownik budowy wynosi - 1. Zamawiający za wykonanie jednej roboty przyzna 0 pkt. W przypadku, gdy wykonawca nie wykaże, iż dysponuje co najmniej jedną osobą przeznaczoną do realizacji przedmiotu zamówienia, która wykazała się udziałem w realizacji minimum 1 roboty o cechach zawartych w opisie kryterium – oferta będzie sprzeczna z SWZ i zostanie odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Wykonawca w tym kryterium może uzyskać maksymalnie 20 punktów.

31. Wykonawca Konsorcjum TORMEL-STANLED w treści przedłożonego Zamawiającemu w „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” (Załącznik nr 2 do SWZ) wskazał do pełnienia funkcji Kierownika budowy Pana Szymona Matusiaka, legitymującego się doświadczeniem m.in. na inwestycji polegającej na „Przebudowie drogi powiatowej w Gorzowie Wlkp. wraz z przebudową torowiska...”:

3. Nazwa zadania: „Przebudowa drogi powiatowej w Gorzowie Wlkp. wraz z przebudową torowiska - nr 2533F ul. Warszawska: na odcinku od ul. Cichońskiego do ul. Herberta, nr 2533F ul. Sikorskiego: na odcinku od ul. Herberta do ul. Chrobrego, nr 2548F ul. Sikorskiego: na odcinku od ul. Chrobrego do pierwszej zwrotnicy za ul. Dworcową”

Stanowisko: Kierownik budowy

Zakres robót: wykonanie robót w pasie drogowym polegających na przebudowie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej o długości 2913,96 mtp. wraz z węzłem rozjazdowym tramwajowym zawierającym 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym

32. Z wiedzy posiadanej przez Odwołującego i pozyskanych przez niego informacji wynika, że w ramach zadania wskazanego jako punktowane doświadczenie Pana Szymona Matusiaka realizowany węzeł rozjazdowy tramwajowy nie zawierał trzech zwrotnic najazdowych. W



związku z powyższym należy stwierdzić, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum TORMEL-STANLED co do doświadczenia Pana Szymona Matusiaka wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym w zakresie przedmiotu zamówienia.

33. Z informacji posiadanych przez Odwołującego, Zamawiający nie zdecydował się na dodatkową weryfikację oświadczeń złożonych przez wykonawców w treści wykazu, polegając w tym zakresie w całości na wykonawcach i kierując się zasadą zaufania do składanych oświadczeń. W związku z tym i w wyniku tak złożonych oświadczeń, Konsorcjum TORMEL-STANLED uzyskało 20 dodatkowych punkty w ramach kryterium, chociaż powinno uzyskać jedynie 10 punktów.
34. Należy wskazać, że opis kryterium oceny ofert w tym zakresie był czytelny i jednoznaczny - Zamawiający wprost zdefiniował własne oczekiwania co do przedmiotu zamówienia inwestycji wchodzących w skład doświadczenia Kierownika budowy w celu uzyskania dodatkowych punktów – przedmiot zamówienia powinien uwzględniać węzeł rozjazdowy tramwajowy z trzema zwrotnicami najazdowymi. Elementy te nie wchodziły jednak w zakres doświadczenia Pana Szymona Matusiaka, a zatem Zamawiający w sposób bezpodstawny przyznał Konsorcjum TORMEL-STANLED dodatkowe punkty.
35. **Reasumując, oświadczenie złożone przez Konsorcjum TORMEL-STANLED w ramach części wykazu „Doświadczenie kierownika budowy” w zakresie „kryteriów pozacenowych” jakoby inwestycja, na której Pan Szymon Matusiak pełnił funkcję kierownika budowy, obejmowała wykonanie węzła rozjazdowego tramwajowego z trzema zwrotnicami najazdowymi, w sposób jednoznaczny nie odpowiadają rzeczywistości.**

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. Oferta podwykonawcza na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego – **UWAGA: treść oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego**
6. Oferta podwykonawcza na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego – **UWAGA: treść oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego**



Uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa

Uwagi ogólne

Zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle przepisów UZNK, do których odsyła przywołany powyżej przepis (a mówiąc precyzyjniej: art. 11 ust. 2 UZNK) 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.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK stanowi implementację definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem. W świetle założeń dyrektywy, ma ona służyć ustanowieniu minimalnego standardu w zakresie zasad ochrony informacji poufnych przedsiębiorstwa jako narzędzia zarządzania m.in. konkurencyjnością oraz innowacyjnością.

Zarówno zatem w świetle regulacji polskiej, jak i unijnej, można stwierdzić, że aby dana informacja podlegała ochronie musi spełniać następujące warunki:

- a) powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży,
- b) musi posiadać wartość gospodarczą oraz
- c) być poddana odpowiednim działaniom w celu zachowania poufności.

Bliższa analiza wskazanych powyżej elementów uprawnia do twierdzenia, że wszystkie powyższe przesłanki są ze sobą powiązane. Jeżeli bowiem dana informacja posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy to podejmuje on działania w celu zabezpieczenia jej poufności, co z kolei skutkuje tym, że staje się ona niedostępna dla nieuprawnionych osób.

Podkreślić należy, iż prawo polskie przeszło w tym zakresie swoistą ewolucję od zamkniętego katalogu chronionych informacji po wprowadzenie otwartego katalogu informacji podlegających ochronie. W tym sensie, katalog informacji wymienionych w art. 11 ust. 2 UZNK ma jedynie znaczenie przykładowe, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę w przytoczonym przepisie zwrotu „lub inne”.



Zamknięty charakter ma jedynie katalog informacji, które na gruncie przepisów PZP nie mogą podlegać utajnieniu zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP. Zawarty on został w art. 222 ust. 5 PZP i obejmuje wyłącznie takie informacje jak nazwa przedsiębiorcy, jego siedziba, miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, cena lub koszt zawarty w ofercie.

W świetle powyższego, jednym z kluczowych kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest natomiast posiadana przez nią wartość gospodarcza. **Należy jednak przy tym podkreślić, iż ustawodawca, posługując się w art. 11 ust. 2 UZNK sformułowaniem „inne informacje posiadające wartość gospodarczą” automatycznie przesądził, iż informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa zawsze taką wartość posiadają.**

Warto zauważyć, że zgodnie z prawem polskim i europejskim ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa przypisuje się wagę większą niż zasadzie jawności. Wynika to z postanowień dyrektyw dotyczących zamówień publicznych i wydanego na ich podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”).

Jak podkreślił Trybunał jednoznacznie w sprawie C-450/06: *[p]odstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (...). Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te przekazą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody.*

Nie sposób też nie odnieść się w ramach niniejszej części uzasadnienia do możliwości objęcia klauzulą tajności całych dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Każda bowiem informacja, najmniejszy parametr czy użyte sformułowanie („wyrwane” z zastrzeżonych dokumentów), a nawet znak interpunkcyjny, odczytywane osobno, na ogół nie będą samoistnie spełniały przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK, ale właśnie odpowiednie ich zestawienie i nadanie im formy dokumentu (kompletne dokumenty) powoduje, że cała treść danego dokumentu - odczytywana łącznie - może być uznana za tajemnicę i na tej podstawie korzysta z ochrony przed ujawnieniem.



W tym kontekście warto w szczególności zwrócić uwagę na obecne brzmienie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK, która wyraźnie potwierdza, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które jakkolwiek samodzielnie są powszechnie znane osobom z danej branży, to jednak zebranie ich w określonym zestawieniu może tworzyć nową, wymierną wartość gospodarczą. Taki zbiór informacji w razie podjęcia przez właściciela stosownych działań w celu zachowania go w tajemnicy uzasadnia objęcie go ochroną.

Nadto Wykonawca podkreśla, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1757/19 stwierdzono, że *„Natomiast również w zakresie podmiotów publicznych fakt, że jest do posiadanych przez nich informacji dostęp w ramach informacji publicznych nie oznacza równorzędnego braku ochrony informacji tajemnicy przedsiębiorstwa. Podmioty publiczne ale również pozostałe dysponujące informacjami określonymi w art. 11 ust. 2 uznk w każdym indywidualnym przypadku muszą rozważyć czy udostępnią informacje, ponieważ **charakter dostępu do informacji publicznej nie jest bezwzględny czy też nadrzędny do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa**. Pogląd przeciwny powodował by martwość przepisów o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa w zderzeniu z dostępem do informacji publicznej.”*

W świetle powyżej zawartych uwag wstępnych, warto zaznaczyć, że dokonując oceny informacji i dokumentów przedkładanych w postępowaniu, to Zamawiający podejmuje decyzję o tym, co jest, a co nie jest tajemnicą danego przedsiębiorcy, a zatem oceny daleko wykraczającej poza samo prowadzenie postępowania i jego cel.

Decyzje w tym zakresie mogą mieć zatem istotne skutki dla Wykonawcy i dla całej prowadzonej przez niego działalności. Z tego względu konieczna jest daleko posunięta ostrożność i dbałość o przestrzeganie uzasadnionych interesów Spółki. Czynności Zamawiającego nie powinny bowiem wykraczać poza prowadzenie Postępowania, powodując zaistnienie negatywnych dla Wykonawcy konsekwencji także w innych sferach jego działalności, w tym tych, które nie wiążą się bezpośrednio z danym postępowaniem przetargowym.

Na marginesie, warto podkreślić, że nawet jeżeli Zamawiający w toku badania skuteczności zastrzeżenia wskazanych w niniejszym piśmie informacji uzna, że nadal występują wątpliwości co do skuteczności zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa (z czym Wykonawca się oczywiście nie zgadza), to i tak będzie uprawniony korzystając z dyspozycji art. 128 ust. 4 PZP (wezwanie wykonawcy do wyjaśnień innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu) lub art. 187 PZP (wezwanie wykonawcy do wyjaśnień treści oferty), aby zwrócić się do Wykonawcy w celu dalszego wyjaśnienia tej kwestii. Powyższe pozwoli Zamawiającemu uniknąć narażenia się na sankcję przewidzianą w art. 23 UZNK – za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa².

² M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz Lex, Warszawa 2014, s. 142.
www.budimex.pl



II. WYKAZANIE PRZESŁANEK, O KTÓRYCH MOWA W ART. 11 UST. 2 USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

1) Charakter informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wartość gospodarcza informacji

Jak zostało wskazane powyżej, z definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że informacje techniczne, technologiczne, a także inne posiadające wartość gospodarczą, odnoszą się w gruncie rzeczy do sposobu funkcjonowania Spółki i pewnej strategii postępowania w ramach organizacji, co bez wątpienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacje zawarte w treści dowodów - ofert podwykonawczych na wykonanie rozjazdu tramwajowego nakładkowego odnoszą się do szczegółowych kwestii związanych z istotną częścią składową ceny zaoferowaną przez Wykonawcę, w zakresie wyceny „Czasowej organizacji ruchu”, i dotyczą bardzo specyficznych relacji handlowych między Budimex a podwykonawcami. Informacje te **powstają na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej są wynikiem doświadczenia Wykonawcy w związku z długotrwałą obecnością Wykonawcy na rynku i częstokroć stanowią wynik czasochłonnej negocjacji, których efektem jest zacieśniona, wypracowywana na przestrzeni lat, współpraca między Wykonawcą, a podwykonawcami, czy dostawcami.** Z treści złożonej oferty można wywnioskować, jakie konkretnie warunki uzyskał Wykonawca, ale też jakie utrzymuje relacje biznesowe i kontraktowe, wskazując jednocześnie na krąg podmiotów współpracujących z Wykonawcą (w tym przypadku – jednego, konkretnego). Co istotne, na podstawie tych danych łatwo jest też ustalić, jakie elementy zostały już z kontrahentami uzgodnione, a jakie będą dopiero negocjowane po zawarciu umowy z zamawiającym, w tym sensie informacje te można określić również mianem informacji o charakterze organizacyjnym. Wejście w posiadanie ww. informacji mogłoby w szczególności ujawnić know-how Wykonawcy oraz ułatwiać konkurentom Wykonawcy przewidywanie, jakie poziomy cen Wykonawca będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i kalkulowanie na tej podstawie cen na poziomach odpowiednio niższych (co może zapewnić im przewagę w postaci uzyskania znacznie wyższych szans na uzyskanie danego zamówienia). Innymi słowy ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach i dowodach załączonych do nich mogłoby zatem narazić Wykonawcę na poniesienie realnej i znacznej straty.

Jednocześnie Wykonawca pragnie wskazać (na podstawie wnikliwej analizy najbardziej aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej), że w doktrynie i orzecznictwie nie obowiązuje konsensus jeśli chodzi o sposób i metody, na podstawie których można wykazywać wartość gospodarczą w sposób, który byłby jednomyślnie zaakceptowany zarówno przez zamawiających, jak i różne składy Krajowej Izby Odwoławczej. Jeśli porównać ze sobą (liczne) uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie wartości gospodarczej właśnie, uzasadniona wydaje się konkluzja (dość



absurdalna w swojej wymowie), że Izba w sposób bardzo ogólnikowy (sic!) określa, jak wykonawcy powinni opisywać kwestię występowania wartości gospodarczej w przypadkach uzasadniania zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie dając klarownej odpowiedzi, Izba kontestuje niemal w każdym przypadku – prawidłowość wykazania wartości gospodarczej, stawiając przed wykonawcami trudne w istocie zadanie odgadnięcia, co taką wartością rzeczywiście będzie. W ocenie Wykonawcy Izbie, podobnie jak innym wykonawcom, trudno jest w sposób jednoznaczny określić, jak powinno się wykazywać tę mityczną „wartość gospodarczą”, tj. za pomocą jakich środków i metod, by tego typu działanie spotkało się z aprobatą. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 6 października 2020 r. (sygn. akt KIO 2331/20) Izba uznała, że *„pojęcie wartości gospodarczej informacji ma charakter nieostry, informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej.”* Z kolei w wyroku z dnia 6 października 2022 r. (KIO 2492/22), którego Wykonawca był stroną, Izba stwierdziła, że *„przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.”* W tym wyroku Izba stwierdziła, że wykonawca (konkurencyjny do BUDIMEX) prawidłowo zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc dodatkowo pod uwagę, że pisma z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione przez Wykonawcę i wykonawcę konkurencyjnego były przygotowane w sposób analogiczny. Zawierały m.in. informację o tym, że zastrzegane informacje stanowią know-how wykonawcy, mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjno-handlowy, przedstawiają wymierną wartość gospodarczą (choć nie została ona ujęta w sposób konkretny, w przeciwieństwie do tego, jak Wykonawca opisuje ten aspekt w niniejszym piśmie), są efektem wiedzy i doświadczenia [wykonawcy] wypracowanych w toku wieloletniej działalności, a ich ujawnienie może skutkować powstaniem szkody po stronie wykonawcy.

Dla większości firm w branży, w tym dla Wykonawcy, informacje objęte zastrzeżeniem posiadają więc nie tylko charakter organizacyjny i określoną wartość gospodarczą, ale również stanowią z powyżej opisanych powodów jeden z najcenniejszych składników know-how, o czym również była już mowa. Wykonawca pragnie uniknąć sytuacji, w której będzie zmuszony ponieść ogromne koszty koncepcyjnego wymyślenia nowej strategii działania, w przypadku ujawnienia aktualnej innym wykonawcom w postępowaniu. Ryzyko to jest bardzo duże, jednak ponieważ do ujawnienia jeszcze nie doszło, trudno jest ocenić, jaki realny koszt dla Wykonawcy może przedstawiać. Wykonawca szacuje go jednak na kilkaset tysięcy złotych, w czym znajdują się zarówno koszty organizacyjne, jak i osobowe, administracyjne i te związane z obsługą prawną.



Na podstawie omawianego wcześniej stanowiska Izby, jak również biorąc pod uwagę swoje liczne (negatywne) doświadczenia, BUDIMEX wykazuje występowanie wartości gospodarczej w sposób maksymalnie skonkretyzowany i dostosowany do specyficznej sytuacji wynikającej z aktualnego postępowania i aktualnego zestawu złożonych dokumentów. W związku z powyższym, w ocenie Wykonawcy, sposób dokonywania wyceny poszczególnych ofert, szczególnie w dość specyficznym przedmiocie zamówienia lub jego elementach, bez wątplenia stanowi wartość gospodarczą. Wykonawca pragnie równolegle wskazać też na charakter zastrzeganych informacji, stanowiących w istocie ważny element organizacyjny i handlowy (o czym była już mowa na wstępie), co z kolei stanowi wypracowane przez lata know-how Wykonawcy i odzwierciedla strategię biznesową przyjętą przez Spółkę. Te informacje mają przymiot informacji organizacyjnej i stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Zgodnie z powszechnie akceptowanym poglądem, wyrażonym np. w wyroku Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2014 r. o sygn. II SA/Wa 2411/13, informacje na temat struktury organizacyjnej i szczegóły handlowe, stanowiące emanację wewnętrznych zasad działania spółki, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2) Działania podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności

Wykonawca wyjaśnia, iż w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, podjął, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania polegające na utrzymaniu ich w poufności.

Po pierwsze, Wykonawca wyraża stanowczą wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności, czego przejawem jest ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po drugie, informacje te nie były ujawniane do wiadomości publicznej.

Tajemnica przedsiębiorstwa nie traci zaś swego „poufnego” charakteru: *„przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację”* (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00). Treść zatem dokumentów jest znana pracownikom Spółki będących osobami, które są zobowiązane do przestrzegania zasad z nich wynikających.

Co więcej, w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji Wykonawca podejmuje szereg dodatkowych działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych, do których należy między innymi:

1. wdrożenie wewnętrznych procedur ochrony informacji w tym: wprowadzenie stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze. Procedury wdrożone przez Wykonawcę, dotyczące bezpieczeństwa informacji, co w



szczegółowy sposób zostało opisane w przyjętej u Wykonawcy Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji, Polityce Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Zintegrowanego Systemu Zarządzania (kopie powyższych dokumentów stanowią załączniki do niniejszego pisma – **te dokumenty są jawne**);

2. posiadanie przez Wykonawcę Certyfikatów ISO/IEC 27001:2013, ISO/IEC 20000:2018 (kopie certyfikatów stanowią załączniki do niniejszego pisma – **te dokumenty są jawne**).

Poza fizycznymi środkami ochrony (w stosunku do których Wykonawca musiał ponieść określone, niemałe koszty) Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji (m.in. kontrola dostępu do informacji, zabezpieczony system informatyczny, w tym baza danych obejmująca szczegóły poszczególnych ofert i kontraktów, zabezpieczanie na serwerze Wykonawcy informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa hasłem dostępu), stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury czy klauzule do umów o pracę. Dość wspomnieć, że wszyscy pracownicy, którzy posiadają dostęp do zastrzeganych informacji podlegają postanowieniom Regulaminu pracy Budimex S.A., który zawiera postanowienia dot. ochrony tajemnicy służbowej.

Prawidłowość interpretacji powyższych działań do celów uznania, iż Wykonawca podejmuje stosowne kroki w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r. (KIO 1195/11), w którym wskazano, że do działań podejmowanych w celu zachowania poufności informacji można zaliczyć przykładowo: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy.

Podsumowanie

W związku z przedstawionymi powyżej wyjaśnieniami, Wykonawca wskazuje, iż zastrzeżone przez niego informacje zastrzeżone w niniejszych wyjaśnieniach i oznaczonych załącznikach jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 UZNK, tj.:

1. stanowią informacje o charakterze organizacyjnym i handlowym, jak również posiadającym wymierną wartość gospodarczą dla Wykonawcy i stanowią *know-how* Wykonawcy w kontekście zarządzenia przedsiębiorstwem, co zostało wykazane powyżej,
2. informacje wskazane powyżej są nieujawnione do wiadomości publicznej – w szczególności nie są znane szerszemu gronu odbiorców, a Wykonawca nie udostępnia powyższych informacji publicznie. Dodatkowo, Wykonawca wyraża wolę zachowania ich w poufności, czego przejawem jest chociażby zastrzeżenie tych informacji w niniejszym piśmie,



3. co do powyższych informacji Wykonawca podjął (i cały czas podejmuje) niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (np. technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę etc.).

Ponadto, w ocenie Wykonawcy, skorzystanie przez niego w niniejszym przypadku z uprawnienia do ochrony przewidzianej art. 11 ust. 2 UZNK w pełni wpisuje się w zasadę proporcjonalności (z art. 16 pkt 3 PZP) i w żaden sposób nie narusza interesów innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie.

Załączniki:

1. Załącznik nr 1 – Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji;
2. Załącznik nr 2 – Polityka Bezpieczeństwa Informacji;
3. Załącznik nr 3 – Polityka Zintegrowanego Systemu Zarządzania;
4. Załącznik nr 4 – Certyfikat ISO/IEC 27001:2013;
5. Załącznik nr 5 – Certyfikat ISO/IEC 20000-1:2018.