

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2017 przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Sygn. akt KIO 2660/17**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

**Przewodniczący:.....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej 5-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek: węzeł Łomża Południe” (z węzłem) - węzeł „Łomża Zachód” (bez węzła), na długości około 7,186 km [S61] + DK 63 [GP] 8,907 km”.*

W dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k. (dalej: „Konsorcjum”).

Na powyższą czynność Zamawiającego wykonawca Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego w postaci:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, do której Zamawiający obowiązany jest na podstawie przepisów Pzp, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów Pzp,
- 3) zaniechania czynności wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp,
- 4) zaniechania ujawnienia treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Konsorcjum a Zamawiającym, pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia, w zakresie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, podczas, gdy oferta ta podlega odrzuceniu,
2. naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, podczas gdy treść oferty powinna

## Sygn. akt KIO 2660/17

budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaoferowania ceny rażąco niskiej oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

3. naruszenie art. 8 ust. 1 – ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. - o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej również zwana „uznk”), poprzez zaniechanie ujawnienia wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień Konsorcjum, pomimo faktu, iż Konsorcjum nie wykazało zasadności zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

4. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 5 Pzp,

6. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, którego oferta nie powinna zostać zakwalifikowana jako najkorzystniejsza, ponieważ podlega odrzuceniu;

z ostrożności proceduralnej Odwołujący zarzucił:

7. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i uwzględnienie go w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

3. nakazanie Zamawiającemu podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum,

4. nakazanie Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

## Sygn. akt KIO 2660/17

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

6. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum w zakresie wezwań Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz wyjaśnień Konsorcjum.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, że dnia 6 grudnia 2017 r. wystosował do Zamawiającego pismo w sprawie udostępnienia akt postępowania. W odpowiedzi Zamawiający przesłał Odwołującemu w wiadomości e-mail z dnia 7 grudnia 2017 r. dokumenty, w skład których wchodziło:

a) wezwanie Zamawiającego z dnia 18 października 2017 r. do złożenia wyjaśnień oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp i odpowiedź Konsorcjum,

b) wezwanie Zamawiającego z dnia 30 października 2017 r. do złożenia wyjaśnień oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp i odpowiedź Wykonawcy,

c) wezwanie do wyjaśnienia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) z dnia 16 listopada 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i odpowiedź Konsorcjum z dnia 22 listopada 2017 r.,

d) wezwanie do złożenia dokumentów lub oświadczeń z dnia 22 listopada 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp i odpowiedź Konsorcjum z dnia 29 listopada 2017 r.

Odwołujący wskazał, że wszystkie powyższe dokumenty - poza wezwaniem z dnia 22 listopada 2017 r. i odpowiedzią Konsorcjum z dnia 29 listopada 2017 r., zostały zastrzeżone w związku z tym, iż uznano, że zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zastrzeżenia treści przedmiotowej dokumentacji, Odwołujący powołał się na zasadę jawności, w oparciu o którą - zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy - prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że zasada transparentności obowiązuje w całym okresie trwania postępowania i przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez strony, począwszy od publicznego ogłoszenia o zamówieniu, poprzez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu aż po upublicznienie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Reguła jawności postępowania stanowi fundamentalną regułę rządzącą zamówieniami publicznymi. Stanowi ona zarówno prawo uczestników postępowania

## Sygn. akt KIO 2660/17

do uzyskiwania informacji na temat toczącego się postępowania, jednocześnie konstytuując wobec zamawiających obowiązek udostępniania oferentom tych danych. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, a także poglądy doktryny wyraźnie wskazują, że wszelkie odstępstwa od zasady transparentności postępowania powinny być ściśle ograniczone i obwarowane określonymi, surowymi przesłankami.

Definicję oraz przesłanki umożliwiające uznanie danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa określone zostały w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki:

- 1) są nieujawnione do wiadomości publicznej,
- 2) posiadają wartość gospodarczą (na przykład informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa),
- 3) przedsiębiorca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Należy przy tym pamiętać, że w myśl art. 8 ust. 3 Pzp, to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia spoczywa obowiązek wykazania, iż dane informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie KIO.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający - przychylając się do wniosku wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być poparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP (uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Zdaniem Odwołującego, oceniając treść klauzul poufności zamieszczonych w wyjaśnieniach Konsorcjum, należy uznać, że zastrzeżone jako tajemnica informacje nie wypełniają powyższych przesłanek.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa,

## Sygn. akt KIO 2660/17

tj. „nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej” oraz przesłanki podjęcia co do nich niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż wyjaśnienia Konsorcjum są w tym zakresie niezwykle lakoniczne. Konsorcjum ograniczyło się bowiem jedynie do przekazania informacji, że stosuje system obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów, a przedmiotowa dokumentacja nie została udostępniona osobom trzecim. Taka treść zastrzeżenia tajemnicy w żaden sposób nie odpowiada wymogom ustawowym. W tym zakresie wykonawca nie może bowiem ograniczyć się jedynie do prostego stwierdzenia, że wypełnił on przesłankę z art. 11 ust. 4 uznk.

Wykazanie nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej czy też zastrzeżenie jej poufności wymaga przedstawienia skonkretyzowanych działań, jakie podjął wykonawca w tym celu. Ponadto wykonawca powinien wykazać w jaki sposób te działania czy posiadane narzędzia ochrony informacji, stosowane są do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Przykładowo wykonawca winien więc wykazać osoby, które posiadają dostęp do utajnionych informacji jak również wskazać na konkretne systemy informatyczne i ich powiązanie z ochroną utajnionych danych. Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawarło żadnych konkretnych informacji, w szczególności nie wskazało systemów zabezpieczeń jakie stosuje do ochrony i utajnienia zastrzeżonych danych ani też nie określiło kręgu osób, które upoważnione są do posiadania takich danych, ograniczając się jedynie do zdawkowych zapewnień, należy uznać, że przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk nie zostały spełnione.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że w tym zakresie tajemnica przedsiębiorstwa nie została należycie zastrzeżona, a Zamawiający winien był odtajnić zarówno treść wezwań jak i wyjaśnień udzielanych przez Wykonawcę.

Odwołujący odnosząc się kolejno do przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone informacje, stwierdził, że również w tym zakresie Konsorcjum nie spełniło ustawowych wymagań.

Konsorcjum, w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa podkreśliło, iż informacje zastrzeżone stanowią założenia przyjęte jako podstawa kalkulacji ceny oferty, przez co posiadają szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną czy handlową.

W opinii Odwołującego, argumentacja Konsorcjum w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż sam charakter informacji

## Sygn. akt KIO 2660/17

- handlowy czy organizacyjny - nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Kolejno, wartość gospodarcza danej informacji nie może dotyczyć wyłącznie danego, konkretnego postępowania. Aby uznać informację za posiadającą wartość gospodarczą musi ona funkcjonować w stałym obrocie i być względnie uniwersalna. Za informacje posiadające wartość gospodarczą można uznać więc wyłącznie takie informacje, które stanowią dla wykonawcy stały walor, pozwalający na wykorzystanie go więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Biorąc pod uwagę fakt, że Konsorcjum nie wykazało w uzasadnieniu spełnienia przesłanki „wartości gospodarczej” już samo to jest podstawą do uznania bezzasadności skuteczności zastrzeżenia treści przedmiotowych dokumentów. Konsorcjum nie wykazało ponadto jak konkretnie zastrzeżone informacje oddziałują na wartość przedsiębiorstwa. Informacje posiadają bowiem wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej.

Dokonując analizy zastrzeżonej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że część z utajnionych informacji stanowił wykaz osób przeznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdził, że w wyroku z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17 Izba orzekła, że „wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Przystępujący nie wykazał również, aby wymagane w SIWZ osoby i ich doświadczenie miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób.” W wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14 Izba wskazała, że: „Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.”



## Sygn. akt KIO 2660/17

Odwołujący podkreślił ponadto, że zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa - zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 uznk - nie podlegają dokumenty, lecz informacje. Za sprzeczne z ustawą należy więc uznać zastrzeżenie całości przedłożonych dokumentów, gdyż niektóre z nich mogą nie stanowić informacji w ścisłym rozumieniu. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, iż w przypadku korespondencji pomiędzy Konsorcjum a Zamawiającym w ramach niniejszego postępowania, tajemnica przedsiębiorstwa została zastrzeżona niewłaściwie. W związku z tym utajnienie tych treści przez Zamawiającego pozbawiona była podstaw prawnych i sprzeczna z przepisami Pzp.

Ponadto, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, mimo, iż był on do tego zobligowany przepisami prawa zamówień publicznych, czym naruszył treść art. 90 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Odwołującego wynika z faktu, iż w następujących pozycjach formularza cenowego Konsorcjum zawarło ceny znacznie odbiegające od rynkowych realiów, nierzeczywiste, które należy uznać jednoznacznie za rażąco niskie:

- poz. 1.1 oraz 4.1 Biuro Konsultanta,
- poz. 1.2 oraz 4.2 Biuro Zamawiającego,
- poz. 1.3 oraz 4.3 Personel biurowy,
- poz. 1.4. oraz 4.4 Personel pomocniczy,
- poz. 2.1 i 2.3 Usługi nadzoru i zarządzania w okresie projektowania oraz w okresie gwarancyjnym

Po pierwsze, Odwołujący - w zakresie kosztów Biura Konsultanta oraz Biura Zamawiającego (poz. 1.1,1.2,4.1,4.2 Formularza cenowego), wskazuje, że podane w Formularzu przez Konsorcjum kwoty tj.:

- poz. 1.1 (Biuro Konsultanta) - 2000 zł,
- poz. 4.1 (Biuro Zamawiającego) 1000 zł,
- poz. 1.2 (Biuro Zamawiającego) - 1000 zł,
- poz. 4.2 (Biuro Zamawiającego) - 500 zł,

uniemożliwiają spełnienie przez Konsorcjum wymogów SIWZ w zakresie Biura Konsultanta oraz Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż badając sytuację na rynku wynajmu lokali przeanalizował oferty najmu lokali w okolicach realizacji przedmiotowego zamówienia (okolice Łomży), w wyniku czego ustalił, że średnia cena samego czynszu najmu biura wynosi ok 2000

## Sygn. akt KIO 2660/17

zł miesięcznie (20zł/m<sup>2</sup>). Na powyższą okoliczność przedstawił dowód w postaci ofert najmu lokali użytkowych.

Odwołujący zauważył, że do kosztów związanych z Biurem Konsultanta oraz Zamawiającego - poza czynszem najmu należy doliczyć także inne koszty określone w SIWZ związane z normlanym funkcjonowaniem biura. Posiadając długoletnie doświadczenie na rynku świadczenia usług nadzoru inwestycyjnego, realizując dziesiątki zamówień podobnego rodzaju, Odwołujący jest w stanie bardzo precyzyjnie określić jak kształtują się koszty związane z Biurem Konsultanta oraz Zamawiającego w okręgu funkcjonowania Zamawiającego - GDDKiA o. Białystok.

Zdaniem Odwołującego kwota zaoferowana przez Wykonawcę w poz. 1.1 i 4.1 Formularza cenowego tj. 2000 zł jest ledwie wystarczająca do pokrycia kosztów zorganizowania i likwidacji biura, opłacenia mediów (prąd, gaz, klimatyzacja), opłacenia ochrony i ubezpieczenia, opłacenia kosztów łączy telekomunikacyjnych dla biura, oraz wyposażenia biura Zamawiającego, nie mówiąc o kosztach czynszu najmu.

Odwołujący wyjaśnił, iż dokonał zestawienia minimalnych kosztów związanych z funkcjonowaniem Biura Konsultanta w konsekwencji czego ustalił, że suma kosztów obsługi biura wynosi 1750 zł. Uwzględniając powyższe stwierdził, że koszty biura kształtują się na poziomie ok. 3750 zł. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum w celu wypełnienia wymogów SIWZ w zakresie Biura Konsultanta winno wskazać w Formularzu cenowym - w poz. 1.1 - kwotę nie mniejszą niż ok. 3750 zł, a w poz. 4.1 nie więcej niż 50% tej kwoty, czyli ok 1800 zł, bowiem w jego ocenie powyższy koszt stanowi absolutne minimum pozwalające na realizację wymagań Zamawiającego określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Biorąc zatem pod uwagę, że Konsorcjum wskazało w poz. 1.1 kwotę zaledwie 2000 zł, a w poz. 4.1 kwotę 1000 zł, według Odwołującego jednoznacznym jest, że w zakresie pozycji Biuro Konsultanta cena Konsorcjum ma przymiot rażąco niskiej, uniemożliwiając tym samym realizację przedmiotowego zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że analogicznie do przedstawionych powyżej kosztów Biura Konsultanta - z zachowaniem odpowiednich proporcji - przedstawiają się koszty związane z funkcjonowaniem Biura Zamawiającego. Mimo tego, że są one niższe niż w zakresie Biura Konsultanta, to na kanwie powyższych wyliczeń oczywistym jest, że w cenie zaoferowanej przez Konsorcjum w poz. 1.2 Formularza (1000 zł) oraz poz. 4.2 (500 zł) nie jest możliwa realizacja wymagań SIWZ, a ceny te należy uznać za nierynkowe oraz nierzeczywiste, a w konsekwencji rażąco niskie.

## Sygn. akt KIO 2660/17

Ponadto stwierdził, iż porównując ofertę Konsorcjum do drugiej w kolejności oferty zawierającej najniższą cenę tj. oferty Odwołującego, należy stwierdzić, że również na podstawie aspektu porównawczego, Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej przez Konsorcjum ceny.

Wyjaśnił, że jego oferta została skalkulowana na poziomie 6.911.468,40 zł, a więc jest wyższa od oferty Konsorcjum jedynie o ok. 1,7%. Mimo tak małej różnicy pomiędzy ofertami, cena przedstawiona przez Odwołującego w poz. 1.1, 1.2 oraz 4.1 i 4.2 Formularza znacznie odbiega od ceny zaoferowanej przez Konsorcjum i wynosi odpowiednio 4210 zł oraz 1560 zł przy zaledwie 2000 zł (poz. 1.1) i 1000 zł (poz. 1.2) zaoferowanych przez Konsorcjum. Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołującego, że realna, nawet minimalna cena rynkowa w zakresie kosztów Biura Konsultanta oraz Zamawiającego, znacznie odbiega od ceny zaoferowanej przez Konsorcjum, czyniąc ją jednocześnie rażąco niską.

W związku z powyższym, w opinii Odwołującego, Zamawiający, oceniając ofertę Konsorcjum, winien był powziąć wątpliwości co do elementów jej ceny, wskutek czego ciążył na nim obowiązek wezwania Konsorcjum do wyjaśnień, czyli zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp.

Według Odwołującego kolejnym elementem ceny oferty Konsorcjum, który winien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie jego rażąco niskiej wysokości, a w konsekwencji doprowadzić do wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jest cena pozycji 1.3 i 4.1 (Personel biurowy) oraz 1.4 i 4.4 (personel pomocniczy) formularza cenowego.

Zgodnie z treścią pkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (III TOM SIWZ-OPZ) Konsultant ma obowiązek zapewnić dla personelu biurowego oraz personelu pomocniczego na okres projektowania oraz wykonania robot budowlanych po minimum 2 osoby. Natomiast zgodnie z SIWZ TOM II - Istotne dla stron postanowienia umowy (WU), w §13 pkt. 6 „Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na umowy o pracę były również osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne o organizacyjne wskazane w pkt. 2.1 OPZ“. Zatrudnienie czterech osób na umowy o pracę nakłada na wykonawcę określone ustawowe wymagania, stanowiące zobowiązania kosztotwórcze. Analizując informacje dotyczące treści oferty Konsorcjum, Odwołujący stwierdził, że takie koszty nie zostały uwzględnione w cenie oferty, a Konsorcjum nie odniosło się do tego faktu w późniejszych wyjaśnieniach.

## Sygn. akt KIO 2660/17

Ponadto, zgodnie z zapisami §11 pkt. 18 WU „Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo w przypadkach: I. Śmierci, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób personelu Konsultanta”. Należy przy tym podkreślić, że w przypadku zgłoszenia jako zastępstwo na czas urlopu osób będących już członkiem personelu Konsultanta, Konsultant nie otrzyma wynagrodzenia, o czym stanowi §11 pkt. 20 SIWZ TOM II, zgodnie z którym: *„Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywanych obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej.”* Powyższe wyraźnie wskazuje, iż wykonawca, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu powinien ująć w cenie oferty koszt zapewnienia zastępstwa w postaci osoby zatrudnionej na umowie o pracę albo też wskazać, iż nie będzie uzyskiwać wynagrodzenia z danego stanowiska. W obu przypadkach jednak, jest zobowiązany jest ponieść koszty urlopu. W pozycji 1.3 Formularza Cenowego - Personel Biurowy oraz 1.4 - Personel pomocniczy, Konsorcjum przyjęło każdorazowo kwotę 5000 zł. Koszty, jakie na dzień dzisiejszy, zgodnie z obowiązującymi przepisami pracodawca ponosi zatrudniając pracownika na podstawie umowy o pracę, z wynagrodzeniem równym wysokości minimalnej - obecnie 2.000,00 zł brutto (przy podstawowych kosztach uzyskania - 111,25 zł) - wynoszą kolejno 412,20 zł. Wobec powyższego realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na umowę o pracę to 2412,20 zł na osobę. Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że realizując jednocześnie obowiązki określone w SIWZ w tym zakresie tj. zapewniając po 2 osoby na każdą z pozycji (personel biurowy i pomocniczy) wykonawcy muszą ponieść minimalne koszty w wysokości 4 824,40 zł. Biorąc pod uwagę cenę zaproponowaną w tym zakresie przez Konsorcjum tj. 5 000 zł, na zapewnienie wszystkich innych wymogów, o których mowa powyżej, łącznie z urlopami, miesięcznie pozostaje kwota 175,60 zł netto, a więc 87,80 zł na osobę.

Odnosząc powyższą kwotę do całego okresu trwania kontraktu - 43 miesiące (tj. 87,80 złotych x 43 miesiące), otrzymujemy rezerwę w wysokości 3 775,40 zł netto na jedną osobę na cały okres 43 miesięcy. Rezerwa ta nie pokryje nawet kosztów nawet jednorocznego urlopu wymaganego kodeksem pracy, a w przeciągu realizacji inwestycji każda z tych 4 osób ma prawo 4-krotnego urlopu po 20 dni każdy. 20 dni urlopu to jeden miesiąc pracy, zatem rezerwa powinna wynosić co najmniej 2.412,20 złotych na 1 osobę na 1 rok, a na 43 miesiące - ok 10 372,46 zł netto. Powyższe wyliczenie wskazuje jednoznacznie, że cena zaoferowana w tym zakresie przez

## Sygn. akt KIO 2660/17

Konsorcjum jest ceną rażąco niską i nie zapewnia wypełnienia wszystkich wymogów, jakie przewiduje w tym zakresie SIWZ.

Biorąc pod uwagę, iż Odwołujący - konstruuując przedmiotowe wyliczenia jedynie w oparciu o przepisy prawa oraz ogólnodostępne dane - był w stanie zweryfikować, iż cena wskazana przez Wykonawcę wydaje się być rażąco niska, tym bardziej należy wymagać od Zamawiającego, aby dokonywał właściwej i skrupulatnej weryfikacji ofert, zwłaszcza poprzez korzystanie z uprawnień przysługujących mu w Pzp. W konsekwencji powyższego Odwołujący wskazał, że również w tym zakresie Zamawiający naruszył przepisy ustawy i bezzasadnie nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Kolejnym elementem budzącym wątpliwości Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum, są kwoty wykazane w poz. 2.1 (Usługi nadzoru i projektowanie - okres projektowania) oraz w poz. 2.3 (Usługi nadzoru i projektowanie - okres przeglądów i rozliczenia kontraktu). Zgodnie z zapisami SIWZ, TOM II, §3, Wykonawca zobowiązany jest pełnić usługę nadzoru w okresie projektowania oraz gwarancji przez 15 miesięcy.

Zgodnie z ofertą Wykonawcy w poz. 2.1 (okres projektowania) Formularza Cenowego przedmiotowe usługi wyceniono na kwotę 755.690,00 zł netto, natomiast koszty w poz. 2.3 (okres przeglądów i rozliczenia kontraktu) oszacowano na 718.000,00 zł. Uwzględniając natomiast, że minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2017 wynosi 2.000 (dwa tysiące) zł brutto, koszty jakie ponosi pracodawca z tytułu zatrudnienia pracownika wynoszą 2.412,20 zł miesięcznie. Odwołujący dokonał analizy, w wyniku której ustalił, że tylko i wyłącznie personel główny, zatrudniony na umowach o pracę z minimalnym dopuszczonym przez prawo wynagrodzeniem konsumuje ok. 40% kwoty przeznaczonej przez Konsorcjum do realizacji etapu projektowania oraz etapu gwarancyjnego. Odwołujący podkreślił jednak, że powyższe wyliczenie przedstawiono jedynie poglądowo. Nie ma bowiem możliwości, aby tak wysoko wyspecjalizowani eksperci pracowali za wynagrodzeniem stanowiącym absolutnie minimum na rynku. Biorąc pod uwagę, iż są to ludzie wykształceni, z dużym doświadczeniem, nie sposób uznać, że zgodzą się oni na stawkę w wysokości 1 459, 48 zł netto/miesięcznie. Relatywnie realnym oddaniem sytuacji rynkowej byłoby przyjęcie wynagrodzenia dla przedmiotowych specjalistów na poziomie co najmniej średniej krajowej. Odwołujący przedstawia w poniższej tabeli analogiczne do powyższego zestawienie, uwzględniające jednak stawki średniej krajowej tj. 4 6436 zł

## Sygn. akt KIO 2660/17

brutto (koszt pracodawcy 5 590 zł). W takiej sytuacji Odwołujący dokonał obliczeń, w wyniku których ustalił, że w przypadku zatrudnienia specjalistów w zamian za wynagrodzenie w wysokości średniej krajowej, kwota przewidziana przez Konsorcjum na realizację etapu projektowania oraz gwarancji jest wyraźnie niewystarczająca. Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum przewidziało na realizację tych dwóch etapów kwoty rzędu 755 690,00 zł oraz 718 000,00 złotych, wynagrodzenie personelu kluczowego wynoszące - przy powyższych założeniach - 670 800 zł, konsumowałoby odpowiednio 88% i 93% cen wskazanych przez Wykonawcę w pozycji 2.1 i 2.3 Formularza.

Mając na uwadze powyższe, na realizację pozostałych wymagań SIWZ oraz zapewnienia ekspertów niekluczowych, Konsorcjum nie pozostawiło praktycznie żadnych środków, co świadczy wyraźnie o rażąco niskiej cenie oferty Wykonawcy. Odwołujący wskazał, że poza personelem kluczowym, zgodnie z treści pkt 2.1.2 OPZ, wykonawca obowiązany jest do zapewnienia na etapie realizacji usługi niemal 40 ekspertów, na co cena oferty przyjęta przez Konsorcjum w żadnym stopniu nie pozwala.

Biorąc pod uwagę charakter przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń w zakresie poszczególnych elementów ceny, które opierały się na ogólnodostępnych informacjach, zachodzi uzasadnione podejrzenie, iż cena oferty Konsorcjum jest rażąco niska. Tym samym Odwołujący stwierdził, że Zamawiający - organizujący przedmiotowe postępowanie - w sposób jednoznaczny naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

Powyższe może więc świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego reguły równego traktowania wykonawców, która „wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia składane w odpowiedziach na wezwania Zamawiającego oraz sama treść wezwań zawierały informacje, które zawierają i dotyczą materii objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w związku z czym nie mogą i nie powinny być w jakikolwiek sposób ujawniane osobom trzecim. Zgodnie z treścią przepisu art. 8 ust 3 ustawy zastrzeżenie

## Sygn. akt KIO 2660/17

przedstawianych informacji jest skuteczne w przypadku gdy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo pojęcie użyte w powyższym przepisie tj. wykazanie, w ocenie Zamawiającego nie stanowi obowiązku udowodnienia, a jedynie uprawdopodobnienia, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego takiemu obowiązkowi wykazania Wykonawca sprostał. Wobec powyższego Zamawiający zachował należyłą staranność przy weryfikowaniu zasadności utajnienia treści zapisów zawartych w ofercie Konsorcjum i uznał je za skuteczne.

Ponadto, Zamawiający stwierdził, iż rodzaj zastrzeganych informacji jest rzeczą indywidualną każdego wykonawcy powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnił także, że treść wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Konsorcjum odnosiła się wprost do treści zawartych w ofercie, czy wyjaśnieniach Wykonawcy (bądź też je cytuje) dlatego też zasadnym było zastrzeżenie poufności także treści pism Zamawiającego.

Następnie Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu złożonych zostało 7 ofert, które poddał wstępnemu badaniu w zakresie zaproponowanych cen w wyniku czego ustalił, że cena żadnej z ofert nie wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani nie budzi wątpliwości Zamawiającego. Cena całkowita żadnej z ofert nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto. W badaniu Zamawiający stwierdził, że: cena oferty Konsorcjum (6 830 632,80 zł) jest o 26,8% niższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Cena oferty Odwołującego (6 911 468,40 zł) jest o 26% niższą od wartości szacunkowej zamówienia, a także: cena oferty Konsorcjum jest o 25,7% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, a cena oferty Odwołującego jest o 24,7% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp dodatkowo poddał analizie istotne części składowe ofert w wyniku czego ustalił, iż nie ma konieczności wzywania żadnego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Kwestionowanie przez Odwołującego cen zawartych w nw. pozycjach Formularza cenowego:

- a) Poz. 1.1 oraz 4.1 Biuro Konsultanta,
- b) Poz. 1.2 oraz 4.2 Biuro Zamawiającego,

## Sygn. akt KIO 2660/17

- c) Poz. 1.3 oraz 4.3 personel Biurowy,
- d) Poz. 1.4 oraz 4.4 personel pomocniczy,
- e) Poz. 2.1 i 2.3 Usługi nadzoru i zarządzania w okresie projektowania oraz

w okresie gwarancyjnym

- jest bezzasadne, ponieważ ceny zawarte w ww. pozycjach są cenami wiarygodnymi. Ponadto Zamawiający porównał ceny z ww. pozycji z cenami innych ofert w innych, podobnych postępowaniach przetargowych prowadzonych w tym samym czasie, w takich samych uwarunkowaniach gospodarczych dla danego rynku i stwierdził, że w przypadku:

- a) Poz. 1.1 oraz 4.1 Biuro Konsultanta

Konsorcjum przyjęło w poz. 1.1 cenę jednostkową 2 000 zł. Oferta Konsorcjum zawierająca niższą cenę jednostkową w tej pozycji w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, bowiem jej składników jest wiele. Cena pozycji 1.1 wg oceny Zamawiającego może być ceną realną, ponieważ to wykonawca we własnym zakresie organizuje swoje biuro. W jego opinii przedstawiony przez Odwołującego średni koszt najmu lokalu jest mocno zawyżony, ponieważ na terenie objętym niniejszym zamówieniem istnieje możliwość najmu lokalu spełniającego warunki Zamawiającego, za dużo niższą cenę, niż przedstawia Odwołujący w swoim odwołaniu. Ponadto w opinii Zamawiającego pozycja 1.1 nie stanowi istotnej części składowej oferty, dlatego też nie można stawiać zarzutu, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku i nie wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie ceny tej niewielkiej pozycji z Formularza cenowego.

- b) Poz. 1.2 oraz 4.2 Biuro Zamawiającego

Konsorcjum przyjęło w poz. 1.2 cenę 1 000 zł. Cena ta jest realna i porównywalna do cen w niniejszym postępowaniu, tj. 1 200 zł - ZBM, 1 500 zł - Odwołujący oraz jest porównywalna do cen w innych prowadzonych równolegle postępowaniach przetargowych, np.:

- w postępowaniu przetargowym na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka — Obwodnica Augustowa, odcinek: obw, Szczuczyna, II jezdnia" wartość tej pozycji była wyceniana na:

- 856 zł - TPF GETINSA EUROESTUDIOS s.L.
- 900 zł - EGIS Poland sp. z o.o.
- 1000 zł ECM Group Polska S.A.



## Sygn. akt KIO 2660/17

1000 zł - SGS Polska sp. z o.o.

- w postępowaniu przetargowym na „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka — Szczuczyn, odcinek: węzeł Kolno (z węzłem) - węzeł Stawiski (bez węzła), na długości około 16,432 km [S61] + DK 63 [GP] 2,250 km wartość tej pozycji była wyceniana na:

- 756 zł - TPF GETINSA EUROESTUDIOS s.L.
- 1000 zł - SGS Polska sp. z o.o.

- w postępowaniu przetargowym na „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka Szczuczyn, odcinek: węzeł Stawiski (bez węzła) początek obwodnicy Szczuczyna, na długości około 18,002 km [S61]” wartość tej pozycji była wyceniona na:

- 756 zł - TPF GETINSA EUROESTUDIOS S.L.
- 1000 zł - SGS Polska sp. z o.o.
- 1600zł Egis Poland Sp. z o.o.

c) poz. 1,3 oraz 4.3 personel Biurowy

Konsorcjum przyjęło w poz. 1.3 cenę 5 000 zł, a w poz. 4.3 - 2 500 zł. Ceny te są realne i porównywalne do cen w innych prowadzonych równolegle postępowaniach przetargowych. Natomiast Odwołujący, pomimo, iż kwestionuje realność cen w ww. pozycjach to sam przedstawia w ofercie ceny jeszcze niższe: 4 900 zł i 2 420 zł.

d) poz. 1.4 oraz 4.4 personel pomocniczy,

Konsorcjum przyjęło w poz. 1.4 cenę 5 000 zł, a w poz. 4.4 - 2 500 zł. Ceny te są realne i porównywalne do cen w innych prowadzonych równolegle postępowaniach przetargowych. Natomiast Odwołujący, pomimo, iż kwestionuje realność cen w ww. pozycjach to sam przedstawia w ofercie ceny jeszcze niższe: 4 900 i 2 420 zł.

e) poz. 2.1 i 2.3 Usługi nadzoru i zarządzania w okresie projektowania oraz w okresie gwarancyjnym

Konsorcjum przyjęło w poz. 2.1 cenę 755 690 zł, a w poz. 2.3 718 000 zł. Ceny te są cenami realnymi i porównywalnymi do cen w innych prowadzonych równolegle postępowaniach przetargowych. Natomiast Odwołujący, pomimo, iż kwestionuje realność cen w ww. pozycjach to sam przedstawia w ofercie cenę porównywalną oraz cenę jeszcze niższą: 900 000 zł i 679 000 zł.

Wskazując na powyższe Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania, uznając iż zarzuty są bezzasadne.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu Konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k., zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego.

Izba za zasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 – ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień Konsorcjum udzielonych w dniu 26 października 2017 r., 6 listopada 2017r. oraz w dniu 22 listopada 2017 r. dotyczących złożonej oferty w tym m. in. wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia Konsorcjum, pomimo nie wykazania przez Przystępującego zasadności zastrzeżenia zawartych tam informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Przystępujący w udzielonych na wezwania Zamawiającego wyjaśnieniach zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. wykaz osób, w odniesieniu do którego przedstawił następujące uzasadnienie: „*Zastrzegamy, że wyjaśnienia oraz wszelkie informacje zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z*

## Sygn. akt KIO 2660/17

*dnia 16 kwietnia 1993 r. – o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. – o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. W ocenie Wykonawcy zastrzeżone w niniejszym piśmie informacje odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji ceny i stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową. Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nie uprawnionym do powzięcia tych informacji. Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów”.*

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *"Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu*

*uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych".*

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Przedmiotem oceny Izby w rozpoznawanej sprawie było stwierdzenie, czy Zamawiający na podstawie złożonych mu w ustawowym terminie informacji prawidłowo ustalił, że Konsorcjum zdołało wykazać zasadność utajnienia złożonych wyjaśnień.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby, Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania żadnej z tych przesłanek. Lektura kilkuzdaniowego uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez Konsorcjum wraz z wyjaśnieniami na wezwania Zamawiającego, prowadzi do wniosku,

## Sygn. akt KIO 2660/17

że obejmowało ono ogólnikowe, gołosłowne deklaracje co do spełniania poszczególnych elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorca. Natomiast nie zawierały one jakiegokolwiek „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią obiektywnie tajemnicę przedsiębiorstwa, mającą istotne znaczenie dla bytu wykonawcy.

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, 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 przewagi konkurencyjnej. Jednakże przesłanki tej nie można utożsamiać z korzyści płynącej z braku uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości kwestionowania prawidłowości złożonej oferty.

Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie składanych wyjaśnień, Przystępujący w żaden sposób nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną niejawne. Przystępujący ograniczył się do generalnego stwierdzenia, że wiedza dotycząca doboru personelu posiada niewątpliwie wartość gospodarczą nie wykazując na czym realnie ta wartość miałyby polegać. Nie wskazał nawet na ryzyko "podkupienia" personelu przez konkurencję. Okoliczność ta została podniesiona dopiero w piśmie procesowym Przystępującego oraz powołana na rozprawie przez Zamawiającego jako uzasadniająca utrzymanie niejawności informacji.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że argumentacja nieprzedstawiona w terminie złożenia wyjaśnień nie może być wzięta pod uwagę, jako spóźniona. Ponadto powoływanie się na rozprawie przez Przystępującego na okoliczność, iż wraz z ofertą Konsorcjum dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, w ocenie Izby jest bezzasadne i nieuprawnione. Podkreślić bowiem należy, że z art. 8 ust. 3 Pzp wynika termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że

## Sygn. akt KIO 2660/17

wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia Zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. Natomiast istotne w niniejszej sprawie jest to, że w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu, bowiem wcześniejsze zastrzeżenie tajemnicy nie powoduje automatycznego rozciągnięcia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na późniejszy etap postępowania. Zauważyć ponadto należy, że Izba nie oceniała czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą było skuteczne, bowiem powyższe nie było objęte zakresem odwołania.

Podkreślenia wymaga również, że nie jest zadaniem zarówno Izby jak i Zamawiającego poszukiwanie okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie informacji, gdyż to wykonawca ma te okoliczności Zamawiającemu wykazać. Dlatego też złożenie przez Zamawiającego na rozprawie dowodów na okoliczność słuszności zastrzeżenia przez Przystępującego wykazu osób jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba oceniła jako nieprawidłowe. Takie bowiem dowody winny zostać złożone przez Przystępującego wraz z wnioskiem o objęcie tajemnicą składanych wyjaśnień, bowiem inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, że obawa przed „podkupieniem” podmiotów, z którymi nawiązał współpracę, jest uzasadniona. Nie wykazał przede wszystkim, że zabezpieczył się przed możliwością wystąpienia takiej sytuacji. Skoro bowiem współpraca z określonymi podmiotami i wyłączność tej współpracy ma dla Przystępującego wartość gospodarczą, to ta wartość powinna być chroniona, np. odpowiednimi postanowieniami umów, zawartych przez Przystępującego, z podmiotami, z którymi nawiązał współpracę. Tymczasem z twierdzeń Przystępującego taka okoliczność nie wynika.

Należało zatem stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy jakąś wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak Przystępujący nie wykazał, że taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku, a to jest warunkiem koniecznym skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznaje, że biorąc pod uwagę obowiązek konkurowania wykonawców brak jest co do zasady,

podstawy prawnej do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób, gdyż jak wyżej wskazano wykonawcy mają możliwość podjęcia innych form zabezpieczających.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z udzielanymi wyjaśnieniami, w żadnej mierze nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 4 uznk wynika, że niewystraczące jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych. Działania niezbędne to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, że gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie przygotowywania oferty, poczynający od osób, których danych i doświadczenia dotyczyły zastrzeżone informacje zastrzegane w wykazach osoby, przez osoby po stronie zlecniodawców, na rzecz których osoby te wykonywały zlecenia wymienione w wykazie doświadczenia, aż do zespołu ofertowania u wykonawcy. Tym przesłankom zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący poświęcił dwa zdanie uzasadnienia, w których poinformował, że: *„Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzeciej, nie uprawnionym do powzięcia tych informacji. Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów”*. Metody i sposoby ochrony informacji nie zostały przez Przystępującego ani szerzej opisane, ani wykazane. Nie sposób na ich podstawie stwierdzić, czy zastosowany system gwarantował, że działanie te mogły być uznane za skuteczne. Nie ujawniono także Zamawiającemu choćby przykładów zastosowanych zabezpieczeń. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw aby stwierdzić, czy podjęte przez Przystępującego środki zapewniały skuteczną ochronę i były wystarczające.

Ponadto Izba popiera pogląd prezentowany w orzecznictwie Izby, iż wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wykazu osób jako

## Sygn. akt KIO 2660/17

tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia treści tego dokumentu.

Wobec powyższego należało przyjąć, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego powołanego wyżej przepisu prawa.

Podkreślić jednak należy, że samo naruszenie przez Zamawiającego przepisu ustawy w postępowaniu nie decyduje o możliwości uwzględnienia odwołania. Stosownie do przepisu art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W ocenie Izby powyższe naruszenie prawa nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego przetargu, bowiem Izba oceniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp uznała, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, a więc uwzględnienie odwołania nie spowoduje, iż Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia, bowiem jego oferta nadal pozostanie drugą w rankingu ofert.

Tym samym Izba mimo uznania zarzutu za uzasadniony, odwołanie oddaliła.

W konsekwencji nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Izba rozpatrując kolejno zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stwierdziła, iż jest on bezzasadny.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez



## Sygn. akt KIO 2660/17

zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Warunkiem wystosowania wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest to, czy Zamawiający w toku badania i oceny oferty wykonawcy powziął wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, kosztu lub istotnej części składowej. Wystosowanie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy stanowi uprawnienie Zamawiającego polegające na tym, że dopiero w przypadku powzięcia przez niego wątpliwości co do zaoferowanej ceny, zwraca się do wykonawcy do przedłożenie stosownych wyjaśnień.

Jak wyjaśnił natomiast Zamawiający, w niniejszym postępowaniu cena całkowita żadnej z ofert nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto. W badaniu Zamawiający stwierdził, że cena oferty Konsorcjum (6 830 632,80 zł) jest o 26,8% niższa od wartości szacunkowej zamówienia i o 25,7% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp dodatkowo poddał analizie istotne części składowe ofert w wyniku czego ustalił, iż nie ma konieczności wzywania żadnego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba uznała tym samym, że prawidłowe było stanowisko Zamawiającego, a mianowicie, że skoro oferta Konsorcjum nie wykraczała poza ustaloną przez ustawodawcę granicę 30 % w obu kryteriach, to Zamawiający nie miał obowiązku wzywania tego wykonawcy do wyjaśniania ceny oferty w zakresie czy jest ona rażąco niska. Ponadto Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że dyspozycja przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, skierowana jest do Zamawiającego i to Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem.

Niemniej jednak, Izba przeanalizowała dokumenty i wyjaśnienia złożone przez Przystępującego na rozprawie (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) i uznała, że cena oferty w zakwestionowanych przez Odwołującego pozycjach jest ceną realną, umożliwiającą prawidłowe wykonanie zamówienia.

W związku z powyższym Izba odwołanie oddaliła.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

**Sygn. akt KIO 2660/17**

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**.....