

WYROK

z dnia 5 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Monika Kawa-Ogorzałek

Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie **5 marca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **21 lutego 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ThinkIT Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Regionalny Projekt Wdrożeniowy – Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na Sieci TEN-T Etap 1 w Oddziałach GDDKiA we Wrocławiu i w Opolu – drogi A4 i A8 oraz CZR Wrocław/Widawa”* (nr postępowania O.WR.D-3.2410.123.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów zawartych w ofercie Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej i nakazuje po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty udostępnienie tych wyjaśnień wraz z załącznikami Odwołującemu.**
- 3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz Odwołującego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi (za pomocą Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału we Wrocławiu) na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Regionalny Projekt Wdrożeniowy – Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na Sieci TEN-T Etap 1 w Oddziałach GDDKiA we Wrocławiu i w Opolu – drogi A4 i A8 oraz CZR Wrocław/Widawa”* (nr postępowania O.WR.D-3.2410.123.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 czerwca 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_105 pod poz. 256039.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 lutego 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej {dalej również: „Ayesa”}.

21 lutego 2020 r. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ThinkIT Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy wspólnie również ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej również: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”} wnieśli w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Ayesa oraz zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów oferty i wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 96 ust. 3 – przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Ayesa, tj. informacje zawarte w formularzu 2.2.a pn. „Kryterium oceny ofert – doświadczenie eksperta”, w wykazie osób, o którym mowa w rozdz. 9. pkt 9.7. ppkt 9.7.1. SIWZ IDW, w formularzu 2.2. lit. d pn. „Kryterium oceny ofert – jakość (organizacja realizacji zamówienia)” oraz w wyjaśnieniach Ayesa z 17 grudnia 2019 r. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także do pozbawienia możliwości kompleksowej weryfikacji oferty Ayesa pod kątem zgodności z SIWZ oraz z ustawą pzp.

2. Art. 89 ust. 1 pkt – przez zaniechanie odrzucenia oferty Ayesa, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 91 ust. 1 – przez wybór oferty wykonawcy Ayesa, mimo że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu lub nieuznawanych za odrzucone w przypadku wykluczenia wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów przedłożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Ayesa, w tym: a) formularza 2.2 lit. a pn. „Kryterium oceny ofert – doświadczenie eksperta”, b) wykazu osób, o którym mowa w rozdz. 9. pkt 9.7. ppkt 9.7.1. SIWZ IDW, c) formularza 2.2.d pn. „Kryterium oceny ofert – jakość (organizacja realizacji zamówienia)”, d) wyjaśnień Ayesa z 17 grudnia 2019 r. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
3. Odrzucenia oferty Ayesa.
4. Powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu lub nieuznawanych za odrzucone w przypadku wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie w szczególności następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.listy zarzutów}

Odwołujący podniósł, że zasada jawności postępowania jest uznawana za jedną z naczelných zasad w prawie zamówień publicznych, która ma zagwarantować wszystkim uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prawo do kontroli decyzji podejmowanych przez zamawiającego, tym samym gwarantuje przejrzystość postępowania oraz zmierza do poszanowania reguł zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została określona w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r, poz. 1010 ze zm.) {dalej również jako: „uznk”), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość

gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co istotne, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa musi spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w cytowanym przepisie, tj.: a) informacja musi mieć charakter informacji poufnej, b) informacja musi posiadać wartość gospodarczą, c) w stosunku do informacji muszą zostać podjęte odpowiednie działania mające na celu zachowanie stanu poufności - zgodnie z brzmieniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podkreślił w ślad za uzasadnieniem wyroku Izby z 9 lipca 2018 r. sygn. akt: KIO 1234/18, KIO 1276 (w którym odwołano się również do innych orzeczeń Izby), że *Zamawiający nie bada samodzielnie – wyłącznie na podstawie treści samych informacji podawanych przez wykonawcę, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale że Zamawiający ocenie poddaje to, czy wykonawca wykazał, zastrzegając informacje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. I chociaż ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek "jedyń" wykazania (nie zaś obowiązek udowodnienia), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu „wykazać” w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący. Wykonawcy wolno więc zrobić więcej, tj. udowodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu - o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa .*

Odwołujący wywiódł, że po analizie sposobu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wszystkich trzech dokumentów objętych zarzutami odwołania uznać należy, że Ayesa nie sprostала obowiązkowi skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż podane uzasadnienia są gołosłowne, lakoniczne, w przeważającej mierze ograniczające się do przytoczenia przepisów prawa oraz orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a ponadto nie zawierają żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastrzegane informacje powinny być traktowane jako tajemnica

przedsiębiorstwa. Ayesa nie dochowała tym samym należytej staranności sporządzając przedmiotowe zastrzeżenia, choć jako profesjonalista objęta jest wymogiem dochowania szczególnej staranności w przygotowywaniu dokumentów. Przykładem niedbalstwa bądź niewiedzy jest przykładowo powoływanie definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, która obowiązywała przed 4 września 2018 r. i zawarta była w art. 11 ust. 4 uznk.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Ayesa nie podjęła próby wyceny wartości gospodarczej, co jest równoznacznie z niespełnieniem przesłanek do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdziwienie Odwołującego budzi również częściowe utajnienie uzasadnienia dotyczącego wyjaśnień w zakresie wyszczególnienia środków stanowiących zabezpieczenie przed ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, które w przypadku pozostałych dokumentów było jawne. Niemniej Odwołujący przyjął, że również w tym przypadk, poza wymienieniem środków służących zabezpieczeniu informacji poufnych przed ich ujawnieniem, Ayesa nie przedstawiła żadnych dowodów wskazujących, że rzeczywiście takie środki zostały zastosowane.

Odwołujący podniósł, że konsekwencją nieskutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być odtajnienie dokumentów przez Zamawiającego i ich udostępnienie Odwołującemu, do czego jednak nie doszło.

Odwołujący podkreślił, że uniemożliwienie wglądu do ofert powinno służyć tylko i wyłącznie ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie utrudnianiu uczciwej konkurencji. Wykonawcy powinni mieć wgląd do dokumentacji postępowania po to, aby we własnym zakresie móc ocenić zgodność czynności podejmowanych przez Zamawiającego (lub zaniechań) z ustawą pzp.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że w ofercie Aysesy ceny jednostkowe zawarte w formularzu cenowym pod pozycją nr 1.1. „Biuro Wykonawcy” oraz pod pozycją nr 1.2. „Personel Administracyjny” (składające się łącznie na pozycję nr 1 „Koszty administracyjne”) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący zrelacjonował, że w ofercie Ayesy poz. nr 1.1. została wyceniona 3500,00 zł brutto miesięcznie (co stanowi równowartość 119000,00 zł w całym okresie obowiązywania umowy).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z obowiązującymi przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy powierzchnia i wysokość pomieszczeń pracy powinny zapewniać spełnienie wymagań bezpieczeństwa i higieny pracy, z uwzględnieniem rodzaju wykonywanej pracy,

stosowanych technologii oraz czasu przebywania pracowników w tych pomieszczeniach, z tym że na każdego z pracowników jednocześnie zatrudnionych w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać co najmniej 13 m³ wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej 2 m² wolnej powierzchni podłogi (niezajętej przez urządzenia techniczne, sprzęt itp.) Za pomieszczenie stałej pracy w świetle rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1650 ze zm.) uważa się pomieszczenie pracy, w którym łączny czas przebywania tego samego pracownika w ciągu jednej doby przekracza 4 godziny. Ponieważ w realizację przedmiotowego postępowania zaangażowane będzie co najmniej 20 osób (vide formularz cenowy, rozdz. 3 Opisu przedmiotu zamówienia), co oznacza, że wykonawca będzie musiał zapewnić pomieszczenie o powierzchni co najmniej 40 m² (20 x 2 m²). Dodatkowo zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5.2. OPZ „w ciągu 21 dni od podpisania umowy, IK RPW zapewni na potrzeby Zamawiającego i IK CPW pomieszczenia biurowe o powierzchni co najmniej 20 m² zlokalizowane w tym samym budynku co biuro IK RPW lub w bezpośrednim sąsiedztwie”. Ponadto zgodnie z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia (rozdz. 5 pkt 5.1 ppkt iii lit. d): „Biuro IK RPW będzie wyposażone we wszystkie elementy wymagane dla prawidłowego wykonania usługi, w szczególności: salę konferencyjną dla minimum 25 osób (...)”. Odwołujący podsumował, że na potrzeby realizacji zamówienia wykonawca będzie musiał zapewnić pomieszczenie o powierzchni co najmniej 80 m². Przy czym zgodnie z rozdz. 5 pkt 5.1 ppkt ii Opisu przedmiotu zamówienia: „IK RPW w całym okresie trwania umowy zapewni Biuro w odległości nie większej niż 10 km od lokalizacji Oddziału GDDKiA we Wrocławiu (...)”.

Odwołujący zarzucił, że koszt najmu lokalu na terenie Wrocławia w znacznym stopniu przekracza cenę zaoferowaną przez Ayesa w pozycji nr 1.1. formularza cenowego, gdyż średnio wynosi ok. 4000 zł za lokal o powierzchni 80 m², co potwierdzają przykładowe ogłoszenia najmu lokali użytkowych na terenie Wrocławia. Co istotne, podawane ceny najmu nie uwzględniają kosztów eksploatacyjnych lokalu, zadeklarowanych kosztów szkoleń, kosztów wyposażenia biura, kosztów zapewnienia oprogramowania oraz kosztów zapewnienia telefonów komórkowych dla wszystkich inspektorów (dowód: ogłoszenia najmu lokali użytkowych)

Odwołujący zrelacjonował, że cena jednostkowa personelu administracyjnego w ofercie Ayesy została określona na 7700,00 zł brutto miesięcznie (co daje kwotę 261800,00 zł w całym okresie realizacji umowy). Co istotne, Zamawiający w formularzu cenowym w polu „Uwagi Zamawiającego” wyraźnie wskazał, jakie składniki kosztotwórcze należy uwzględnić, szacując koszty administracyjne, na które składają się koszty biura wykonawcy oraz koszty personelu administracyjnego:

1. *Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją Umowy, a w szczególności wszelkie koszty związane z realizacją wymagań opisanych w pkt. 5 OPZ.*

2. *Pozycja 1.2 „Personel administracyjny” musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura oraz wszystkich asystentów, którzy nie zostali wymienieni w innych kategoriach, a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Umowy.*

3. *Zamawiający wymaga, aby wszystkie dodatkowe działania wskazane przez Wykonawcę w kryterium pozacenowym „Jakość” były przyjęte na potrzeby realizacji Umowy, a całość kosztów z nimi związana była uwzględniona w Kosztach administracyjnych.*

Zgodnie natomiast z rozdz. 3. pkt 3.1. ppkt 3.1.1. Opisu przedmiotu zamówienia: *Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę, Podwykonawcę, dalszych Podwykonawców na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks pracy: osób wykonujących wszystkie czynności administracyjne, w szczególności obsługę sekretarsko-administracyjną przedmiotowej umowy przez cały okres obowiązywania.*

Według Odwołującego powyższe oznacza, że wykonawca musi zapewnić co najmniej dwie osoby do wykonywania pracy biurowej.

Ponadto z doświadczenia Odwołującego wynika, że wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia asystentów osób wymienionych w formularzu cenowym (co do zasady ustanawia się asystenta dla inżyniera kontraktu), co wiąże się z dodatkowymi kosztami, które zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego zawartym w cytowanych wyżej uwagach, powinny być uwzględnione w pozycji personel administracyjny.

Z wyliczeń Odwołującego wynika, że koszt pracodawcy (wykonawcy) zatrudnienia jednej osoby, której będzie przysługiwało minimalne miesięczne wynagrodzenie, które w roku 2020 wynosi 2 600,00 zł brutto, stanowi kwotę co najmniej 3 171,48 zł. Ponadto do tej kwoty należy dodać pozostałe koszty związane z zatrudnieniem pracownika takie jak koszty zastępstwa pracownika w czasie jego nieobecności, koszty szkolenia BHP, koszty odzieży roboczej, koszty uczestnictwa w ZFŚS, koszty szkoleń branżowych, koszty dofinansowania do prywatnej opieki medycznej, koszty dofinansowania do kart sportowych (dowód: szczegółowe wyliczenia kosztów zatrudnienia pracownika)

Odwołujący zrelacjonował również, że Ayesa w „Kryterium oceny ofert – jakość (szkolenia dla Zamawiającego)” zadeklarowała wykonanie wszystkich 3 szkoleń dla Zamawiającego, które również powinny zostać ujęte w pozycji personel administracyjny. Zgodnie z rozdz. 19. pkt 19.1.1.1. ppkt 2. SIWZ IDW szkolenie dotyczące wskaźników KP ma trwać 1 dzień, szkolenie dotycząca SLA ma trwać 2 dni, z kolei szkolenie w zakresie weryfikacji poprawności działania Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych ma trwać od 2 do 3 dni, a każde z trzech szkoleń ma być przeprowadzone dla 15 osób,

Według Odwołującego koszty szkoleń zadeklarowanych przez Ayesę na rynku szacuje się na ok. 1290 zł brutto za szkolenie dla jednej osoby, zatem łączny koszt szkoleń wynosi (1290,00 zł brutto x 15 osób x 3 rodzaje szkoleń) 58050,00 zł brutto (dowód: oferta przeprowadzenia szkolenia).

Odwołujący podsumował, że minimalne koszty dla poz. nr 1 w formularzu cenowym pn. „Koszty administracyjne” kształtują się na poziomie 517.540,96 zł brutto w całym okresie realizacji umowy. Odwołujący dodał, że nie doliczył tej kwoty pozostałych kosztów związanych z utrzymaniem powierzchni biurowej oraz związanych z zapewnieniem urządzeń i innych materiałów wymaganych przez Zamawiającego. Według Odwołującego, mając na uwadze chociażby wyliczone przez niego składniki cenotwórcze, uznać należy, że wskazana przez Ayesa cena w przypadku pozycji koszty administracyjne jest nierealna i nieadekwatna do wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ, zatem istnieje poważna obawa, że Ayesa nie jest w stanie zapewnić prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z 4 marca 2012 r. Zamawiający {abstrahując od zgłoszenia wniosku o częściowe odrzucenie odwołania} wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego Ayesa z następujących względów wykazała istnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób zgodny z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na wstępie wyjaśnień podała, że zawierają one elementy kosztowe wskazujące na sposób kalkulacji cenowej dokonanej przez Wykonawcę, obrazują politykę wewnętrzną wynagrodzeń stosowaną u Wykonawcy, jak również przedstawiają wysokość naliczonej marży. Przedstawiają również wynegocjowane stawki pozostałych elementów cenotwórczych. Wykonawca podkreślił, że informację te niewątpliwie mają dla niego wartość handlową, gospodarczą, jak i organizacyjną, a ich ujawnienie stanowiłoby cenne źródło informacji dla firm konkurencyjnych oraz w znaczący sposób wpłynęłoby na obniżenie jego konkurencyjności na rynku.

Według Zamawiającego brak podania konkretnej wartości gospodarczej jest irrelevantny, gdyż taka wycena jest trudna i zazwyczaj dokonuje się jej na etapie formułowania roszczeń w przypadku nieuprawnionego ujawnienia takich informacji. Nie jest też ona Zamawiającemu potrzebna na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca wskazał też, że informacje te nie są powszechnie znane oraz wykazał

konkretne działania, które podjął w celu zachowania ich w poufności. W szczególności wyraźnie wskazał, które dokładnie osoby lub grupy osób mają do nich dostęp, jak również wyjaśnił, że w zakresie stosowanej polityki wynagrodzeń oraz zastosowanej marży uprawnione do dostępu do tych informacji są jedynie wskazane w wyjaśnieniach osoby. Wskazano też na zabezpieczenia mające chronić informacje. A powyższe znajduje potwierdzenie w załączonym do wyjaśnień dowodzie.

Zamawiający uznaje podane uzasadnienie za wystarczające, zwłaszcza w kontekście szczegółowych informacji, które wyjaśnienia zawierają, w tym faktur, umów, deklaracji kontrahentów i szczegółowych wyjaśnień innych elementów cenotwórczych, w tym ponoszonych kosztów i sposobu ich optymalizacji, wynagrodzeń, okoliczności wskazujących na oszczędności metody wykonania zamówienia, które stanowią bez wątpienia ścisły know-how Ayesa, gdyż wyjaśniają czynniki wpływające na możliwość zaproponowania konkurencyjnej ceny. Nie są to przy tym ogólne stwierdzenia, lecz konkretne dane. Zamawiający wyjaśnił, że ponieważ uznaje te informacje na zasługujące na ochronę, nie będzie ich w odpowiedzi na odwołanie przytaczał, pozostawiając ocenę Izbie, która ma wgląd do pełniej dokumentacji.

Zdaniem Zamawiającego przepis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiujący tajemnicę przedsiębiorstwa przed i po zmianie nie różni się znacząco. Aktualnie obowiązująca definicja została uszczegółowiona, jednakże kluczowe elementy pozostały niezmienione. Stąd odwołanie się do nieaktualnego ustępu w przepisie nie ma znaczenia dla sporu.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w dokumentach złożonych w postępowaniu (pn. „Dotyczy Szczegółowej Kalkulacji Wynagrodzenia” oraz „Dotyczy wykazu osób”) dokładnie te same informacje (wyjaśnienia ceny raz wykaz osób) uznaje za własną tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadniając to z powołaniem się na orzecznictwo sądów i Izby i popełniając ten sam błąd co do wskazania na art. 11 ust. 4 zamiast art. 11 ust. 2 uznk. Według Zamawiającego w tych okolicznościach za naganne i sprzeczne z dobrymi obyczajami jest zarzucanie podmiotom konkurencyjnym lub jemu naruszenia przepisów.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający zestawiał kwoty określone przez Przystępującego i Odwołującego (poz. 1.1. Ayesa 3500 zł brutto, MGGP 11500 zł brutto; poz. 1.2. Ayesa 7700 zł brutto, MGGP: 10000 zł brutto) i oceniał, że nie różnią się one aż tak drastycznie, aby różnica pomiędzy nimi sama w sobie uzasadniała tezę o nierealności cen Ayesy. Według Zamawiającego zestawienie to równie dobrze może wskazywać na rażąco wysokie koszty Odwołującego

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zapomniał, że istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem pozyskania

zamówienia. Analizowana sprawa jest tego typowym przykładem, gdzie złożono trzy oferty różniące się w niektórych elementach. Jest to całkowicie naturalna sytuacja i nie oznacza zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Każdy z wykonawców ma inny know-how, inną strategię realizacji zamówień i inaczej szacuje koszty operacyjne.

Zamawiający podkreślił, że Ayesa złożyła obszernie wyjaśnienia w zakresie elementów kształtujących cenę (datowane na 17 grudnia 2019 r.). Ponieważ są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający zastrzegł, że odniesie się do nich jedynie ogólnie, a Izba ma dostęp do pełniej ich treści, stąd może je w pełni ocenić.

Według Zamawiającego odnośnie biura wykonawcy Ayesa przedstawiła dane świadczące o wzięciu pod uwagę wszystkich wymogów SIWZ w tym zakresie i udowodniła realność założonych kosztów. W szczególności załączyła do wyjaśnień ofertę wynajmu lokalu znajdującego się we Wrocławiu o powierzchni przekraczającej 100 m² z pomieszczeniem na salę konferencyjną na minimum 25 osób, w odległości od siedziby Zamawiającego zgodnej z wymaganiami SIWZ (załączono dowód w postaci mapy), za kwotę znacznie niższą niż wskazana w odwołaniu. Wykazano koszty eksploatacyjne, w tym opłaty za media zgodnie z załączoną ofertą, koszty ubezpieczenia, zakupu materiałów eksploatacyjnych i biurowych, uwzględniono oprogramowanie, koszt szkoleń. Przedstawiono w formie tabeli zestawienie kosztów zgodnych z ceną ofertową. Zdaniem Zamawiającego Ayesa wykazała w tym zakresie spełnienie wszystkich wymagań SIWZ i realność zaoferowanej ceny.

W ocenie Zamawiającego odnośnie personelu administracyjnego Ayesa również przedstawiła wiarygodne dane potwierdzające realność zaoferowanej ceny. W szczególności potwierdziła: zatrudnienie odpowiedniej (wskazanej konkretnie) liczby osób, spełnianie wymogów przepisów w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, w tym kosztów składek zabezpieczenia społecznego, urlopów, zwolnień lekarskich, kosztów wyposażenia stanowiska pracy oraz badań lekarskich i szkoleń.

Zamawiający podkreślił, że Ayesa załączyła do wyjaśnień szereg dowodów, z których niektóre zostały wyżej wskazane. Zatem całość wyjaśnień łącznie z załączonymi dowodami potwierdza realność zaoferowanej ceny.

Natomiast Odwołujący według Zamawiającego udowodnił jedynie to, że on sam nie byłby zdolny do realizacji zamówienia przy cenach ustalonych na poziomie z oferty Aysa, co nie ma jednak żadnego przełożenia na ofertę Ayesy.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został

uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie w całości podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Natomiast Izba stwierdziła, że zasadny jest wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów zawartych w ofercie na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 pzp, z uwagi na ich podniesienie z przekroczeniem zawitego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp.

Izba ustaliła, że oferta, w której Ayesa objęła tajemnicą przedsiębiorstwa formularz 2.2a („Doświadczenie eksperta”), formularz 2.2.d (dot. organizacji realizacji zamówienia) i wykaz osób, została złożona 11 października 2019 r. Następnie Konsorcjum 15 października 2019 r. złożyło wniosek o wgląd do wszystkich złożonych ofert. W odpowiedzi 23 października 2019 r. Zamawiający udostępnił te oferty, jak to wprost wskazał, „z wyłączeniem dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Konsorcjum nie zakwestionowało takiego zakresu udostępnienia aż do wniesienia odwołania.

W tych okolicznościach należy uznać, że Odwołujący mógł i powinien wnieść odwołanie w terminie 10 dni od 23 października 2020 r., kiedy dowiedział się, że jego wniosek o udostępnienie w całości ofert został przez Zamawiającego rozpatrzony negatywnie w zakresie dokumentów oferty objętych przez Ayesę tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca składający ofertę ma prawo podjąć decyzję o zastrzeżeniu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia. Obowiązek ten nie został wprost uregulowany w ustawie pzp, jednak jego istnienie jest niepodważalne w świetle orzecznictwa Izby, co najmniej od czasu uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Ponieważ ustawa pzp nie określa odrębnego terminu, w jakim zamawiający powinien zakończyć takie badanie {nie wynika to również ze wskazanej powyżej uchwały SN} należy przyjąć, że mieści się ono w ramach czynności badania i oceny ofert, a zatem najpóźniej może zakończyć się z chwilą uzewnętrznienia rezultatów tych czynności. Wynika to z faktu, że po rozstrzygnięciu postępowania zamawiający nie może prowadzić badania ofert, gdyż jest to – co do zasady – ostaną czynność postępowania, po której następuje udzielenie zamówienia przez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei ponieważ ustawa pzp nie wymaga zawiadomienia przez zamawiającego o wynikach badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, od woli zamawiającego zależy, czy dokona takiego zawiadomienia i kiedy tego dokona. Przy czym wyłącznie w przypadku negatywnego wyniku weryfikacji zastrzeżenia poczynionego przez wykonawcę, zamawiający musi o tym wprost

poinformować odrębnym zawiadomieniem, jeżeli chce udostępniać te dokumenty zainteresowanym wykonawcom przed rozstrzygnięciem postępowania. Natomiast nie ma takiej konieczności w przypadku utrzymania zastrzeżenia w mocy, gdyż za ujawniającą wolę zamawiającego w sposób wystarczający należy uznać nieudostępnienie części dokumentacji oferty, pomimo wniosku o udostępnienie jej w całości (jak w tej sprawie). Analogicznie według art. 92 ust. 1 pzp nie jest to obligatoryjny element zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, a jedynie z tego, że jest to czynność kończąca, wnioskuje się o utrzymaniu przez zamawiającego w mocy nieuchylonych zastrzeżeń odnośnie utajnienia części dokumentów oferty.

Reasumując, skoro podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie sprzeczna z przepisami ustawy pzp czynność zamawiającego polegająca na utrzymaniu w mocy zastrzeżenia uczynionego przez wykonawcę lub zaniechanie przez zamawiającego czynności weryfikacji takiego zastrzeżenia, termin na wniesienie odwołania na taką czynność lub jej zaniechanie biegnie bądź od czynności ujawniającej w sposób wystarczający wolę zamawiającego, że uznaje tajemnicę za zastrzeżoną skutecznie, bądź od dnia poinformowania o rozstrzygnięciu postępowania. Takie stanowisko było już uprzednio wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie Izby, m.in. w wyroku z 20 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1402/15).

Z powyższych względów orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania w całości lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa, z wyjątkiem powyższych zarzutów, została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie

liczyć.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, 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 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): 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.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków

jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust.3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się jednolicie, że w przypadku informacji zawartych w innych dokumentach niż oferta czy wniosek, analogicznie wraz z ich złożeniem i zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać jego zasadność.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać kumulatywne spełnienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej de lege lata w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki jest obiektywne posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Izba stwierdziła, że Ayesa składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty nie wykazała wartości gospodarczej zawartych w nich informacji. Przystępujący powinien sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia zamieszczonego na wstępie tych wyjaśnień, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji w nich zawartych osłabiłoby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostął.

Nie może być uznane za wystarczające uzasadnienie ogólnikowe twierdzenie, że wyjaśnienia obrazują politykę wewnętrzną wynagrodzeń stosowaną u Wykonawcy [,] jak również przedstawiają wysokość naliczonej marży. Przedstawiają również wynegocjowane stawki pozostałych elementów cenotwórczych. A także zapewnienie, że informacje te mają dla Wykonawcy wartość handlową, gospodarczą, jak i organizacyjną, a ich ujawnienie stanowiłoby cenne źródło informacji dla firm konkurencyjnych oraz w znaczący sposób wpłynęłoby na obniżenie konkurencyjności Wykonawcy na rynku. Nie wiadomo, na czym polega rzekomo zarówno handlowy, gospodarczy, jak i organizacyjny charakter informacji zawartych w wyjaśnieniach. Nie zostało również skonkretyzowane, w jaki sposób ujawnienie poszczególnych lub całości informacji zawartych w tym dokumencie (oraz w załączonych do niego dokumentach) może wymiennie negatywnie wpłynąć na rynkową pozycję Ayesy.

Przedmiot zamówienia dotyczy usługi nadzoru inwestorskiego, która ma charakter standardowy i jest świadczona przez wiele podmiotów funkcjonujących na rynku tego typu usług. Jednocześnie wskazane w wyjaśnieniach okoliczności – takie jak: wykorzystanie prywatnych samochodów pracowników do celów służbowych rozliczane wg przepisów powszechnie obowiązujących, zatrudnienie pracowników biurowych na umowę o pracę za wynagrodzeniem minimalnym i przy uwzględnieniu kosztów pracodawcy wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących, w tym związanych z absencją z powodu choroby i urlopu, oraz kosztów badań lekarskich i BHP, korzystnie z usług specjalistów prowadzących własną działalność gospodarczą (tzw. samozatrudnienie), wieloletnia współpraca w zakresie obsługi prawnej czy informatycznej, dysponowanie w pełni wyposażonym w sprzęt komputerowy i oprogramowanie oraz umeblowanym biurem – powinny być oczywiste dla każdego przedsiębiorcy działającego w tej branży i *per se* nie mają wartości gospodarczej. Z kolei skoro wysokość dniówek specjalistów została wskazana w formularzu cenowym, który już został odtajniony przez Zamawiającego, czego Przystępujący nie zakwestionował, również wysokość wynagrodzenia tych osób siłą rzeczy nie może mieć dla niego szczególnej wartości gospodarczej. Ogólnikowe i enigmatyczne wywody poprzedzające właściwe wyjaśnienia nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej, są typową nowomową stosowaną przez wykonawców dla uzasadnienia utajnienia całych dokumentów w sytuacji, gdy nie są w stanie zidentyfikować informacji, które rzeczywiście mają dla nich wartość gospodarczą.

O tym, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mają dla Ayesy konkretnej wartości gospodarczej świadczy najlepiej przebieg rozprawy, na której członek zarządu *de facto* ujawnił w obecności przedstawicieli Konsorcjum szczegółowe informacje odnośnie wysokości skalkulowanych na potrzeby tego zamówienia kosztów administracyjnych, w tym kosztów wynagrodzenia pracowników biurowych i kosztów wynajmu pomieszczeń biurowych (wraz z kosztem mediów). Jednocześnie takie zachowanie przekreśla ewentualnie podjęte uprzednio działania mające na celu zachowanie w poufności tych informacji.

Z uwagi na oczywisty brak spełnienia pierwszej i drugiej przesłanki definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma potrzeby szczegółowego odnoszenia się do wskazanych przez Ayesę działań mających na celu zachowanie w poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach. Tym niemniej sprowadza się to do ogólnikowego wskazania na stosowanie określonego obiegu dokumentów, systemu loginów i haseł, oprogramowania antywirusowego i klauzul o zachowaniu poufności w umowach z innymi podwykonawcami, bez załączenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających stosowanie tych środków.

Ayesa nie sprostала także obowiązkowi udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania z tego względu, że z dokumentów, które pochodzą od innych podmiotów (zobowiązań współpracy, ofert cenowych, faktur) nie wynika ani że uważają one przekazywane informacje (w tym ewentualnie udzielonych rabatów) za stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa, ani że zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności. Tym bardziej nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w celu ochrony tych informacji przed ujawnieniem. Stąd nie jest wystraszające samo zapewnienie o tym, że umowy z kontrahentami zawierają klauzule poufności. Wyjątkiem jest oferta dotycząca szkoleń, gdzie przynajmniej zaznaczono w stopce, że ma charakter poufny, jednak nie została ona załączona do wyjaśnień, a złożona została dopiero na rozprawie.

Ponadto Izba uznaje przywołane w odwołaniu wypowiedzi z dotychczasowego orzecznictwa Izby w kwestii nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za w pełni adekwatne również w tej sprawie.

Natomiast za oczywiście błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miały być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z przywołanego powyżej przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego

postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż bezprawnie uniemożliwiło Odwołującemu zweryfikowanie treści wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum w zakresie, w jakim nie zostały one zaskarżone, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów}

Pismem z 10 grudnia 2019 r. Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pzp zwrócił się do Ayesy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty, gdyż wobec odbiegania tej ceny o niemal 31% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz o 47% od ubruttowionej wartości szacunkowej powziął podejrzenie jej rażącego zaniżenia.

Zamawiający sprecyzował m.in. (w pkt 1.), że oczekuje wyjaśnienia, jakie koszty zostały uwzględnione w zakresie kosztów administracyjnych, w szczególności dotyczy to, przy uwzględnieniu wymogu lokalizacji biura w odległości nie większej niż 10 km od siedziby oddziału GDDKIA we Wrocławiu, kosztów związanych z urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją biura, pomieszczenia dla Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu CPW.

Zamawiający wskazał również, że dowody w zakresie ponoszonych kosztów administracyjnych należy przedstawić np. w formie zakończonych lub bieżących umów najmu, opłat, rachunków, faktur lub rozliczeń zużycia mediów lub odpowiednich umów przedwstępnych w tym zakresie.

Pismem z 17 grudnia 2019 r., które w całości zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Ayesa udzieliła wyjaśnień odpowiadających powyższemu zakresowi wezwania t.j. zawierających w szczególności kalkulację kosztów administracyjnych, w tym kosztów wynajmu konkretnie wskazanej przestrzeni biurowej o powierzchni większej niż 100 m² wraz z kosztami mediów, ubezpieczenia lokalu oraz kosztu zakupu materiałów eksploatacyjnych, na potwierdzenie ich wysokości załączając oferty cenowe lub faktury. Jak powyżej wskazano, Ayesa powołała się na już posiadany sprzęt komputerowy, oprogramowanie oraz umeblowanie, załączając również w tym zakresie stosowne faktury potwierdzające ich nabycie. Zawarta w wyjaśnieniach kalkulacja obejmuje również sposób wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników biurowych.

Odwołanie dotyczy kosztów administracyjnych, które w ofercie Ayesa stanowią mniej niż 10% ceny oferty.

Nie znajdują oparcia w treści opisu przedmiotu zamówienia przyjęte w odwołaniu założenia co do liczby osób, które należy zatrudnić do obsługi biurowej, gdyż nie zostało to wprost określone przez Zamawiającego, podobnie jak brak jest wymagania zatrudnienia

asystentów dla personelu kluczowego.

W tych okolicznościach Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu w trybie 90 ust. 1 i 1a pzp wyjaśnieniach Przystępujący wykazał jednoznacznie, że realnie wycenił koszty administracyjne, a ponadto kwota zarzucanego zaniżenia nie może zostać uznana za odnoszącą się do istotnej części składowej ceny oferty, a tym samym przesądzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana 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 zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza,

że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu

lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny

rażąco niskiej.

W tej sprawie Odwołujący zdecydował się skarżyć w ciemno wycenę tylko nieznaczej części oferty Konsorcjum, bez próby nawet odniesienia się, w jaki sposób wskazywane przez niego zaniżenie, kwotowo nieznaczące w skali ceny całej oferty, miałyby powodować stwierdzenie rażącego zaniżenia co najmniej istotnej części składowej ceny oferty. Niezależnie od tego przedstawione w odwołaniu założenia i wyliczenia oraz załączone na ich poparcie dowody są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro wyjaśnienia złożone przez Ayesę odnośnie wyceny kosztów administracyjnych Zamawiającemu były szczegółowe, konkretne, a ponadto poparte w wystarczającym zakresie załączonymi dokumentami źródłowymi. Co istotne, Przystępujący w pełni podtrzymał te wyjaśnienia w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja dotycząca rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego nie zwalniała Odwołującego od przedstawienia w odwołaniu, które zainicjowało to postępowanie, okoliczności uzasadniających podniesienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Odwołujący, który na rozprawie wskazał na nowe w stosunku do treści odwołania okoliczności (kolejne elementy składające się na te koszty), zdaje się nie rozróżniać okoliczności faktycznych konstytuujących zarzut, czyli określonych twierdzeń o faktach, z których wywodzi skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Art. 190 w kolejnym ust. 1a pzp wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie zmienia reguły, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne, i to w zawitym terminie na wniesienie odwołania. Natomiast jedynie dowody odnośnie tych okoliczności zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp można przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga

92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego. Nawet w sytuacji, gdy Odwołujący zdecydował się podnieść w ciemno zarzut, jeżeli chce mieć szansę na jego uwzględnienie, powinien sprecyzować w pełnym zakresie alternatywną kalkulację, gdyż jej uzupełnienie na rozprawie należy uznać za spóźnione i bez znaczenia dla sprawy rozpatrywanej w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zaznaczyć należy, że w razie wniesienia odwołania po zapoznaniu się z treścią odtajnionych wyjaśnień, Odwołujący nie będzie już uprawniony do ich kwestionowania w zakresie kosztów administracyjnych, gdyż dotyczy to materii, która już została rozstrzygnięta w tej sprawie.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut ten ma charakter wynikowy w stosunku do powyższych zarzutów, nie wymaga odrębnego rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. i 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając po równo Odwołującego i Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony wpis. Skoro spośród zarzutów zawartych w odwołaniu potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, odrzuceniu podlegały pozostałe zarzuty związane z tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie potwierdził się zarzuty dotyczący ceny rażąco niskiej, który miał ograniczony zakres, można przyjąć, że każda strona wygrała i przegrała spór w połowie.