

Sygn. akt: KIO 2189/19

WYROK

z dnia 14 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę „**Podkowa**” **Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- 2) **Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia wykazów osób skierowanych przez wykonawcę Sprint S.A. do realizacji zamówienia oraz złożonych przez tego wykonawcę pismami z 18 września 2019 r. i 3 października 2019 r. wyjaśnień dotyczących ceny oferty i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1 i 3, ujawnienie ww. dokumentów oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3 i:
 - 3.1. 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,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Bieżące utrzymanie, konserwacje i dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa w czterech niezależnych obszarach*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 135-332493.

W dniu 28 października 2019 r. wykonawca „Podkowa” Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące części 1 i 3 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę Sprint S.A. całości informacji zawartych w załączniku nr 4 do SIWZ, tj. wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia;
- 2) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 uznk przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez wykonawcę Sprint S.A. w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ceny oferty, a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień;

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu nr 2, Odwołujący wniósł o rozpoznanie zarzutów naruszenia:

- 3) art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sprint S.A., mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz mimo że wyjaśnienia ww. wykonawcy były niewystarczające,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk oraz, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sprint S.A., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

- 5) art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Sprint S.A. oraz wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tj. Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netservis M. K. na 2 i 4 część postępowania, mimo że zawarli oni porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; względnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień dotyczących podobieństw w ofertach ww. wykonawców (kosztorysów ofertowych) odnośnie braku zawarcia porozumienia z innym wykonawcą;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 7) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty wykonawcy Sprint S.A. w części 1 oraz 3 postępowania niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

1. Niezasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób dedykowanych do pełnienia określonych funkcji przy realizacji zamówienia

Odwołujący powołał się na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje określone art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega, a wykazanie to musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Odwołujący zwrócił uwagę na konieczność wykazania łącznego spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Sprint S.A. nie wykazał, że dane objęte ww. wykazem mają istotną wartość gospodarczą, a także że podjęto w stosunku do nich stosowne działania, w celu zapobieżenia ich udostępnieniu osobom trzecim.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Sprint S.A. na str. 14-19 pisma z 24 września 2019 r. stanowi wyłącznie informację o sposobie i zakresie przyjętych u wykonawcy Sprint S.A. rozwiązań organizacyjnych dotyczących ograniczenia dostępu do pewnych informacji, stosowanego systemu zabezpieczenia fizycznego i prawnego, systemu zarządzania. Informacje podane przez wykonawcę sprowadzają się jedynie do wymienienia wdrożonych systemów i ograniczeń i nie podają żadnych szczegółowych danych co do sposobu ich funkcjonowania czy działania, a także nie przedstawiają żadnych dowodów na ich istnienie (poza ogólnym –

jednym certyfikatem ISO). Zdaniem Odwołującego podobne kroki i działania w celu zachowania danych w poufności, wprowadzenie zintegrowanego systemu zarządzania, systemu monitorowania pracy komputerów, ograniczenie dostępu do komputerów czy przestrzeni sieciowej itp., są z całą pewnością stosowane powszechnie także u innych podmiotów i nie są one żadnymi innowacyjnymi, wyjątkowymi rozwiązaniami organizacyjnymi, które mogłyby podlegać ochronie.

W ocenie Odwołującego wykonawca Sprint S.A. mógł uchybić obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w postaci przedłożenia stosownych dowodów. Ww. wykonawca uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie udowodnienia (wykazania) zasadności tajemnicy przedsiębiorstwa oparł jedynie na lakonicznych stwierdzeniach, załączając jedynie jeden ogólny certyfikat ISO w zakresie IT.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, przychylając się do wniosku wykonawcy Sprint S.A. o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mógł nie dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja taka 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. Ewentualne ogólne stwierdzenie wykonawcy, że informacje zawarte w wyjaśnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest niewystarczające do uznania, że skutecznie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca ten nie wykazał, aby podjął jakiegokolwiek kroki lub niezbędne działania, zmierzające do zachowania poufności, to należałoby całość tych wyjaśnień odtajnić. Wykazanie takich działań jest jednym z warunków, które należy spełnić, aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to wprost z definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący podniósł, że w świetle art. 8 ust 3 ustawy Pzp, to na wykonawcy składającym ofertę spoczywa ciężar wykazania, że informacje zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym zakresie sam wykonawca przedstawia wyjaśnienia i dowody. Tym samym Zamawiający nie może zamiast wykonawcy dokonywać zastrzeżenia, że treść oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie tylko nie ma wiedzy w zakresie chociażby podejmowanych przez wykonawcę działań, ale należy podkreślić, że jest to informacja i działania które wykazać może wyłącznie wykonawca. Zamawiający nie może podejmować działań lub dokonywać ustaleń za wykonawcę w tym zakresie. Odwołujący zaznaczył również, że zgodnie z orzecznictwem, skoro wykonawca zamierzał zastrzec informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to z całą pewnością poczynił staranie ku temu, aby nikt nie poznał treści tych informacji. Jeśli zaś poczynił takie staranie, to powinien być w stanie wykazać,

udowodnić swoje działania. Jeżeli zatem wykonawca Sprint S.A. powołuje się w części niejawniej dodatkowo na jakiegokolwiek dokumenty podmiotów trzecich (np. oświadczenia osób objętych utajnionym wykazem osób) to powinien wykazać i udowodnić (poprzez przedłożenie stosownych dokumentów), niejawni charakter tych informacji.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie wykazu osób przewidzianych do realizacji usługi mogą uzasadniać tylko szczególne okoliczności, a nie obawy wykonawców, że kandydaci mogą być w obszarze "niezdrowego zainteresowania konkurencji" i możliwości ich "podkupywania". Rozmowy i ustalenia, co do uczestnictwa w realizacji zamówienia poprzedzają złożenie oferty i to kandydat decyduje o podjęciu współpracy z daną firmą zamierzającą złożyć ofertę. Unikalność specjalności też nie może stanowić kryterium do zastrzeżenia takiego Wykazu, co najwyżej dane osobowe, które podlegają ochronie na gruncie ustawy bądź na żądanie kandydata w zakresie przez niego wskazanym, jednakże bez bezwzględnego ograniczenia możliwości weryfikacji wymaganych na danym stanowisku kwalifikacji i doświadczenia. Wykonawca ma inne różne możliwości ewentualnego zabezpieczenia się przed rezygnacją osób wskazanych w ofercie z udziału w realizacji zamówienia, chociażby poprzez zawieranie umów cywilno-prawnych, w których możliwe byłoby ustalenie odszkodowania dla wykonawcy w przypadku rezygnacji osoby z udziału w postępowaniu. Ze względu na fakt, iż jawność postępowania jest zasadą, to jej ograniczenia poprzez objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, wydaje się być możliwe tylko wtedy, jeśli brak jest innej możliwości zabezpieczenia interesów wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że Sprint S.A. utajnił w całości wykaz osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, bez podania i udowodnienia szczególnych okoliczności, dlaczego utajnienie informacji co do tych osób ma szczególne znaczenie i mieści się w kategoriach tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że tożsamy wykaz osób nie został utajniony przez innych uczestników postępowania. Z przedłożonego przez konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netseryis M. K. wykazu osób wynika, że nie są nim objęte osoby posiadające nader unikatowe i specjalistyczne doświadczenia i uprawnienia, co by oznaczało, że podobnie Sprint S.A. nie może uzasadniać, że objęte jego wykazem osoby są i powinny być w jakiś szczególny sposób chronione (chociażby przed przejściem ze strony konkurencji). Tym samym utajniony wykaz osób Sprint S.A. nie może pozostawać

Odwołujący podniósł, że pozyskanie przez niego wykazu osób wykonawcy Sprint S.A. ma istotne znaczenie z uwagi na wymagania określone w pkt 7.2.2.2. SIWZ oraz to, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden obszar wymagana liczba osób stanowi sumę osób wymaganych dla poszczególnych Obszarów (co nie dotyczy kierownika robót elektrycznych). Odtajnienie wykazu osób będzie zatem podstawą do weryfikacji, czy

dedykowane przez Sprint S.A. osoby do realizacji przedmiotowego zamówienia pozostają tymi samymi osobami, które być może są dedykowane do współpracy z konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netservis M. K., co stanowiłoby naruszenie wymagań SIWZ oraz ustawy (złożenie jednej oferty w tym samym postępowaniu/wejście w niedozwolone porozumieniu wykonawców uczestniczących w postępowaniu).

2. Niezasadność utajnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Sprint S.A.

Odwołujący wskazał, że pismami z 18 września 2019 r. oraz 3 października 2019 r. wykonawca Sprint S.A. udzielił wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w całości je utajniając, włącznie z uzasadnieniem tego utajnienia.

Odwołujący przywołał tezy z orzecznictwa, zgodnie z którymi utajnienie całości wyjaśnień nie mieści się w żaden sposób w zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności wydatkowania na ten cel środków publicznych. Tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym – w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca. To dzięki prawu do uzyskiwania pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego wobec konkurencyjnych ofert, wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów. Ustalenie wzajemnych relacji między zasadą jawności a poufnością informacji przekazywanych przez wykonawców (tajemnicą przedsiębiorstwa) jest niewątpliwie trudne i często ocenne, ale niezmiernie istotne z punktu widzenia zarówno prawidłowego prowadzenia postępowań, ochrony interesów przedsiębiorców i prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty. Jedynym skutkiem niewłaściwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może być odtajnienie zastrzeżonych treści.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Sprint S.A. nie tylko nie sprostął temu wymogowi, ale także objął zakresem utajnienia niedające się zastrzec jako tajemnica

przedsiębiorstwa informacje. Zamawiający udostępniając Odwołującemu dokumentację Postępowania w części 1 oraz 3 postępowania po wyborze oferty Sprint S.A. zaniechał udostępnienia całości wyjaśnień tego wykonawcy ze względu na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający udostępnił jedynie fragment pierwszej strony wyjaśnień – pismo przewodnie wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że wezwaniu z 13 września 2019 r. Zamawiający podał, że „wyjaśnienia i dowody, w szczególności faktury, rachunki, umowy z dostawcami i podwykonawcami, cenniki, szczegółowe kosztorysy itp. powinny dotyczyć wykazania realności wszystkich kosztów podanych przez Wykonawcę w Załączniku do oferty – kalkulacji dla danego obszaru z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego oraz obowiązujących przepisów”. Ponadto Zamawiający w ww. piśmie zwrócił uwagę na konieczność wykazania – w sytuacji utajnienia złożonych wyjaśnień – że wyjaśnienia te mieszczą się w zakresie ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby zatem uznać, że w wyjaśnieniach wykonawca Sprint S.A. w jakimkolwiek zakresie powołuje się na takie „ogólnodostępne informacje” lub też na jakąkolwiek argumentację prawną w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa – Zamawiający powinien je udostępnić, gdyż nie posiadają one waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego niezrozumiałe jest także zastrzeżenie przez Sprint S.A. całości wyjaśnień odnoszących się do kalkulacji stawek jednostkowych, które należało złożyć w ofercie. Odwołujący podkreślił, że wykonawca wykazując realność swojej ceny oferty musiał w jakimś zakresie odwołać się do poziomu rynkowego zaproponowanych cen jednostkowych, a poziom cen rynkowych nie ma przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący dodał, że poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys szczegółowy), konkurenci ci nie są – tylko na tej podstawie – w stanie wygrać kolejnego przetargu.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie w całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy Sprint S.A. powinno zostać zakwalifikowane jako całkowicie niezasadne i mające na celu wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawców (w tym Odwołującemu) weryfikacji danej oferty. Zamawiający winien zatem dokonać jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, uznając że dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Rażąco niska cena oferty Sprint S.A.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Sprint S.A. wobec rażąco zaniżonego poziomu znacznej ilości cen jednostkowych nie udowodnił (nie był w stanie udowodnić) jednoznacznie Zamawiającemu, że jego cena ofertowa w zakresie wskazanych w dalszej części cen jednostkowych, jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Odwołujący przedstawił w załączniku do odwołania tabelę porównawczą wraz z uzasadnieniem zaniżenia przez Sprint S.A. cen jednostkowych.

Odwołujący zaznaczył, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, mającą zastosowanie w sytuacji, gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia, ale ich treść nie odnosi się do wszystkich elementów cenotwórczych, jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane. W takich okolicznościach Zamawiający może nie dysponować wszystkimi danymi, jakich wymagał w celu wykazania, iż cena ofertowa nie jest rażąco niska, a równocześnie nie będzie przekonany co do tego, że wynagrodzenie jest w istocie rażąco niskie. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale równocześnie nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Także w takiej sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę. W ocenie Odwołującego wykonawca Sprint S.A. nie był w stanie wyjaśnić Zamawiającemu realności zaproponowania wskazanych dalej stawek jednostkowych. Zamawiający nie dysponując w tym zakresie przekonującym materiałem dowodowym winien odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska bądź taka rażąco niska cena może wystąpić w ofercie wykonawcy. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Ze względu na to, że celem złożenia wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. W związku z tym wyjaśnienia wykonawcy Sprint S.A., aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny w zakresie poszczególnych kwestionowanych stawek jednostkowych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertowa bez ryzyka ponoszenia strat. Tymczasem w ocenie Odwołującego oferta tego wykonawcy zawiera zaniżenie znacznej ilości pozycji kosztorysowych poniżej kosztów ich świadczenia, co narusza dodatkowo uczciwą

konkurencję. Niosą one ryzyko niemożliwości wykonania objętych nimi prac wynagrodzenia umownego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wezwanie skierowane do Sprint S.A. miało konkretny charakter. Treść wezwania implikowała zatem konieczność przedstawienia nie tylko szczegółowych kalkulacji składających się na każdą ze wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych, ale także zaprezentowania dowodów, chociażby pokazujących szczególną sytuację tego wykonawcy, umożliwiającą mu realizację określonych prac poniżej rynkowych kosztów ich wykonania. Przy czym dla udowodnienia realności ceny nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek dowodów dokumentujących działalność danego przedsiębiorcy, w tym w ujęciu historycznym, ale konieczne jest przedstawienie dowodów, które w sposób obiektywny i jednoznaczny mogą zostać uznane za materiał faktycznie potwierdzający możliwość zaoferowania badanej ceny, a tym samym możliwość należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia, a nie co najwyżej przyjętych własnych założeń, które mogą się nie potwierdzić, za tą cenę.

Zdaniem Odwołującego, wobec powyższych argumentów i dowodów, Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy Sprint S.A.

4. Czyn nieuczciwej konkurencji ofert Sprint S.A.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Izby, podniósł, że zaniżenie przez wykonawcę Sprint S.A. licznych pozycji z kosztorysu (a także manipulacja nimi), poniżej ich poziomu rynkowego (niemożliwości świadczenia) zostało wykorzystane do stworzenia sobie szczególnej (komfortowej) sytuacji, która mogłaby mu umożliwić złożenie bardzo niskiej cenowo oferty. Jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak

i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami.

W ocenie Odwołującego brak możliwości wykazania przez wykonawcę Sprint S.A. realnych kosztów wykonania prac związanych z kwestionowanymi przez Odwołującego cenami jednostkowymi potwierdza także brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że dany wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał – w kontekście manipulacji stawkami jednostkowymi w ofercie wykonawcy Sprint S.A. - na następujące pozycje kosztorysowe:

- poz. 18: Wymiana, dostosowanie, latarnia 3-komorowa żarowa fi 300 na maszcie MSW z konsolą;

Jako dystrybutor sygnalizatorów Futura i Mondial Firmy Swarco Futurit, stosowanych na rynku warszawskim Odwołujący posiada wiedzę z pierwszej ręki, że koszt zakupu przedmiotowej latarni u producenta jest niemalże 1,50 wyższy niż przyjęty przez oferenta. Zaproponowana przez wykonawcę Sprint S.A. cena (466,20 zł netto) jest w ocenie Odwołującego rażąco niska i niewystarczająca nawet do zakupu latarni.

- poz. 26: Wymiana, dostosowanie, kamera obrotowa monitoringu wizyjnego HD;

Zgodnie z wiedzą Odwołującego koszt zakupu samej kamery wynosi 5100 zł. Kwota ta nie uwzględnia jej montażu, podłączenia i kalibracji, co związane jest z wykorzystaniem samochodu specjalistycznego w postaci podnośnika koszowego (tzw. zwyżka) i zaangażowania wykwalifikowanego personelu. Ponadto wymaga praktycznie każdorazowo zajęcia pasa ruchu bądź jego części i wprowadzenie w związku z tym właściwego oznakowania zapewniającego bezpieczeństwo pracownikom i uczestnikom ruchu drogowego. Mając na uwadze powyższe zaoferowana przez wykonawcę Sprint S.A. cena (3496,40 zł netto) jest niewystarczająca do pokrycia nawet kosztów materiału i realizacji.

– poz. od 28-1 do 30-2: dotyczących wymiany kabli

Odwołujący wskazał, że załącznik nr 2 do oferty składany był zgodnie z wymaganiami oddzielnie dla każdej części zadania, na które startował wykonawca. Obydwie firmy: Podkova sp. z o.o. i Sprint S.A. przedstawiły takie same kwoty jednostkowe w załączniku nr 2 dla zadania na część nr 1 i część nr 3. W związku z tym, w celu porównawczym Odwołujący w załączniku do odwołania przedstawił jedną tabelę zestawieniową cen jednostkowych wykonawcy Podkova sp. z o.o. i wykonawcy Sprint S.A.

Zdaniem Odwołującego analiza pozycji 28-1; 28-2; 29-1; 29-2; 30-1; 30-2 zaproponowanych przez wykonawcę Sprint S.A. wskazuje na zaistnienie w ich ofercie czynu nieuczciwej konkurencji i inżynierii cenowej. By wykonać zadania wymienione w ww. pozycjach zgodnie ze sztuką, należy je wykonywać w parze np.: 28-1 i 28-2; 29-1; 29-2; 30-1 i 30-2. Jest to bowiem niezbędne jeśli chcemy, aby zadania z tego zakresu były wybudowane poprawnie. I tak na przykład, za każdym razem przy wymianie lub położeniu nowego kabla należy wykonać jego badanie np.: pomiar rezystancji izolacji. W wyniku takiego pomiaru/badania powstaje protokół dokumentujący wykonanie sprawnej instalacji. W związku z tym, że do obowiązków wykonawcy należeć będzie utrzymanie w pełnej sprawności urządzeń sygnalizacji świetlnej i usuwanie ich awarii (załącznik 1 Wykaz obowiązków Wykonawcy), w tym kabli sygnalizacyjnych, w cenie ryczałtowej oraz jednym z kryterium oceny ofert była deklarowana ilość metrów kabla do wymiany (SIWZ punkt 16.2,4), na podstawie której Zamawiający będzie wymagał wymianę zadeklarowanej ilości kabla w ramach bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej, należy się spodziewać że zakres dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej przewiduje w większości wybudowanie nowych odcinków kabla. Wymiana lub dostosowanie kabla (np. 30-1) bez jego podłączenia (odpowiednio dla kabla przedstawionego w pozycji 30-1 będzie to 30-2) nie miałyby miejsca. Ciężko sobie wyobrazić, że wykonawca na zlecenie Zamawiającego wymienia kabel i zostawia go w ziemi bez podłączenia – byłoby to marnotrawienie środków. Sam Zamawiający wprowadzając tylko dla tych pozycji numerację podpunktową, niejako wiąże ze sobą pozycję wymiany i podłączenia oraz badania kabla. W związku z powyższym rzetelna wycena o którą prosił Zamawiający we wszystkich punktach Załącznika nr 2, w tym również w punktach 28-1; 28-2; 29-1; 29-2; 30-1; 30-2 powinna się składać z punktu, który wycenia wymianę (czyli również demontaż aktualnie istniejącego kabla), dostosowanie różnych typów kabla w pozycjach; 28-1; 29-1; 30-1 oraz punktu który mówi o podłączeniu i zbadaniu tego kabla: 28-2; 29-2; 30-2. Pierwszy element wyceny jest rozliczany w metrach, Zamawiający założył następujące ilości do wymiany i tak kolejno: 350m; 250m; 640m. W porównaniu na drugie element wyceny podłączenie

i badanie Zamawiający założył dużo niższe ilości kompletów, kolejno: 10; 5; 30. Logika wypełnienia przez Zamawiającego wszystkich pozycji 28-1; 28-2; 29-1; 29-2; 29-1; 29-2; 30-1; 30-2 ilościami jak wyżej, jest prawidłowa. Niemniej jednak takie założenia pozwoliły wykonawcy Sprint S.A. na zastosowanie inżynierii cenowej – czynu nieuczciwej konkurencji. Wiedząc że pozycje 28-1 i 28-2 są nierozłączne przy wykonawstwie, ukryto koszty wykonania okablowania z metra (28-1) w kwocie za podłączenie i badanie (28- 2). Taki sam zabieg zastosowano w pozycjach 29-1: 29-2 i 30-1: 30-2. Pozycje które mogły spowodować podniesienie łącznej kwoty ofert w części dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej gdyż wyróżniały się wysokim mnożnikiem czyli 350m; 250m; 640m zostały sztucznie zaniżone, tak by finalnie nie podnosiły kwoty oferty, a część kwoty wymagalna na ich wykonanie została uwzględniona w pozycjach o dużo mniejszym mnożniku: 10; 5; 30.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że przy założeniu że każda pozycja ma być rzetelnie wyceniona, w pozycjach dotyczących kabla FTP (29-1; 29-2), używanego do podłączania kamer, które instalowane są na wysięgach nad drogą, należy wliczyć poza pracą ludzi, pracę sprzętu specjalistycznego w postaci podnośnika koszowego oraz rozstawienie czasowej organizacji ruchu. Natomiast w przypadku kabla XzTKMpw, używanego do tworzenia pętli indukcyjnych w jezdni, należy doliczyć pracę ludzi (często w nocy kiedy jest mniejszy ruch), pracę sprzętu specjalistycznego w postaci pił do asfaltu oraz rozstawienie czasowej organizacji ruchu w tym przyczepy ze znakiem U-26c/d.

– poz. 53: Wykonanie pętli ind trapez

Odwołujący podniósł, że wykonanie pętli indukcyjnych w nawierzchni jezdni wiąże się nieodzownie z zajęciem pasa ruchu oraz wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu. Roboty te na terenie Warszawy, z nielicznymi wyjątkami, wykonuje się z zasady jedynie w nocy po godzinie 22:00, tak by prace powodowały minimalne utrudnienia w ruchu. Roboty takie, by były wykonane w sposób sprawny i bezpieczny, wymagają zaangażowania co najmniej 2 pracowników, samochodu dostawczego, przyczepy ze znakiem U-26c/d, znaków ostrzegawczych i innych urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, piły do cięcia asfaltu czy sprzętu do zalewania wyciętych rowków masą bitumiczną wraz z tą masą. Pętla trapezowa posiada łączny obwód około 8 m. Pętla taka składa się z 3-5 zwojów co powoduje potrzebę użycia 24-40 m kabla plus co najmniej 6 m kabla wprowadzającego i wyprowadzającego kable do studni w poboczu dla pętli położonych najbliżej krawędzi jezdni. Koszt mb kabla to 1,20 zł. Stąd cena kabla dla pętli wynosi co najmniej $1,20 \cdot 30 = 36$ zł netto. Wykonaną pętlę indukcyjną należy po wykonaniu zalać masą bitumiczną, której zużycie wynosi około 0,8 kg/mb wycięcia. Stąd też zużycie masy zalewowej dla pętli wynosi $8 \cdot 0,8 = 6,4$ kg. Koszt zakupu masy zalewowej

wynosi ponad 200 zł za opakowanie 25 kg (co najmniej 8 zł 1 kg). Stąd koszt masy niezbędnej do wykonania pętli indukcyjnej należy szacować na co najmniej 52 zł netto. Razem koszty bezpośrednich materiałów to co najmniej 88 zł netto. Natomiast koszty pracy co najmniej 2 ludzi w porze nocnej wynoszą co najmniej 20-30 zł za godzinę pracy, co w przełożeniu na potrzebny czas (dojazd, wykonanie pętli, powrót na bazę wynosi min. 3 godziny) należy szacować minimalnie pomiędzy 120 a 180 zł. Dlatego też istotnym aspektem jest również czas potrzebny do wykonania przedmiotowej pętli, gdzie jej skomplikowany kształt wymaga wykonania wielu, jak na tego typu robotę, precyzyjnych cięć, co nie pozwala na wykonanie tej pracy krócej niż w około 3 godziny. Mając na uwadze czas potrzebny na mobilizację (przygotowanie materiałów, załadowanie pojazdu, czas dojazdu i powrotu do bazy jak również czas przygotowawczy instalacji i usunięcia oznakowania w terenie) zaproponowana przez firmę SPRINT cena (407,90 zł netto) jest w ocenie Odwołującego rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat.

– poz. 54: Ułożenie pętli 20x1

Technologia i zaangażowanie ludzi i sprzętu opisano w pozycji dotyczącej pętli trapezowych. Pętla o wymiarach 20x1 m posiada łączny obwód 42 m. Pętla taka składa się z co najmniej 2 zwojów co powoduje potrzebę użycia 84 m kabla plus co najmniej 6 m kabla wprowadzającego i wyprowadzającego kable do studni w poboczu dla pętli położonych najbliżej krawędzi jezdni. Wykonaną pętlę indukcyjną należy po wykonaniu zalać masą bitumiczną, której zużycie wynosi około 0,8 kg/mb wycięcia. Stąd też zużycie masy zalewowej dla pętli wynosi $42 \cdot 0,8 = 34$ kg. Koszt zakupu masy zalewowej wynosi ponad 200 zł za opakowanie 25 kg (co najmniej 8 zł 1 kg). Stąd koszt masy niezbędnej do wykonania pętli indukcyjnej należy szacować na co najmniej 272 zł netto. Koszt potrzebnego kabla to $90\text{m} \cdot 1,20 \text{ zł} = 108\text{zł}$ netto. Razem koszty bezpośrednich materiałów to co najmniej 380 zł netto. Natomiast koszty pracy co najmniej 2 ludzi w porze nocnej wynoszą co najmniej 20- 30 zł za godzinę pracy, co w przełożeniu na potrzebny czas (dojazd, wykonanie pętli, powrót na bazę = min. 3 godziny) należy szacować minimalnie pomiędzy 120 a 180 zł. Mając na uwadze pozostały czas potrzebny na mobilizację (przygotowanie materiałów, załadowanie pojazdu, jak również czas przygotowawczy instalacji i usunięcia oznakowania w terenie, koszty sprzętu i paliwa zaproponowana przez firmę SPRINT cena (524,45 zł netto) jest w naszej ocenie rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat. Należy pamiętać, że omawiany przetarg ma charakter utrzymaniowy, gdzie sytuacje wykonania kilku pętli w jednym dniu roboczym i na jednym skrzyżowaniu będą występowały nieporównywalnie rzadziej niż taki prace wykonywane pojedynczo. Tak więc założenie mniejszych kosztów w przypadku wykonania kilku pętli jednocześnie jest tu założeniem mylnym.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do cena jednostkowa netto ma zawierać: koszty materiału, koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty pośrednie, zysk, wzrost cen, inflację itp. i nie ulega zmianie w trakcie trwania kontraktu. Powyższe wymaganie SIWZ powinno stanowić zasadniczy wyznacznik oceny wskazanych przez wykonawcę Sprint S.A. stawek jednostkowych oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego, wskazane przez wykonawcę Sprint S.A. nie zawierają w sobie wszystkich wymaganych składników kosztotwórczych, o których mowa w ww. postanowieniu SIWZ.

5. Porozumienie ograniczające konkurencję

Odwołujący wskazał, że w punkcie 4.4.1. SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert na maksymalnie 2 części zamówienia. W ocenie Odwołującego taka konstrukcja postępowania umożliwiła współpracującym ze sobą wykonawcom, tj. Sprint S.A. (startującej na części 1 oraz 3 postępowania) oraz Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netservis M. K. (startujących na 2 i 4 część postępowania) zastosowanie określonej strategii udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na podobieństwo ofert nie tylko wizualne (graficzne), w szczególności układ i zakres kosztorysów ofertowych obu wykonawców), ale przede wszystkim strategię inżynierii cenowej zastosowaną w ofertach Sprint S.A. i Netservis/Traffic Polska, na dowód czego przedstawił porównanie kalkulacji cenowej Sprint S.A. oraz Netservis – wykazanie różnicy procentowej między cenami jednostkowymi ww. wykonawców. Odwołujący podniósł, że wykonawcy Sprint S.A. i Netservis współpracują ze sobą od lat, a firma Netservis pozostaje podwykonawcą spółki Sprint S.A. Dowodem na to są realizowane wspólnie inwestycje w zakresie utrzymania sygnalizacji świetlnych, czy reprezentowanie spółki Sprint S.A. w imieniu podwykonawcy Netservis. W ocenie Odwołującego niedozwolone porozumienie ww. oferentów występuje także w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Sprint S.A. w części 1 oraz 3 postępowania;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 oraz 3 postępowania;
- odtajnienia całości informacji zawartych w załączniku nr 4 do SIWZ, tj. wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przez Sprint S.A. w części 1 oraz 3 postępowania;
- odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A. w części 1 oraz 3 postępowania lub odtajnienia wyjaśnień ww. wykonawcy w części 1 oraz 3 postępowania dotyczących ceny oferty.

W dniu 4 listopada 2019 r. Odwołujący wniósł pismo zatytułowane „Uzupełnienie odwołania”, w którym podniósł następujące zarzuty w zakresie części 3 zamówienia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A., mimo że dokonał on obliczenia cen jednostkowych w pozycjach nr 18, 26, 28-1, 28-2, 29-1, 29-2, 30-1, 30-2, 50 oraz 51 załącznika nr 2 do wzoru umowy sposób sprzeczny z określonym przez Zamawiającego sposobem ich wyliczenia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A., mimo że dokonał on obliczenia cen jednostkowych w pozycjach nr 18, 26, 28-1, 28-2, 29-1, 29-2, 30-1, 30-2, 50 oraz 51 załącznika nr 2 do wzoru umowy w sposób sprzeczny z określonym przez Zamawiającego sposobem ich wyliczenia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A. z uwagi na jej sprzeczność z prawem i z dobrymi obyczajami oraz w taki sposób, że Sprint S.A. zawarł z innym wykonawcą (konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netservis M. K.) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu poprzez obejście zakazu składania ofert przez jednego wykonawcę na więcej niż 2 części zamówienia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 wz. z art. 36aa ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A., mimo że wykonawca ten złożył ofertę w postępowaniu w warunkach porozumienia z innym, które miało na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu poprzez obejście zakazu składania ofert przez jednego wykonawcę na więcej niż 2 części.

Odwołujący poinformował, że podtrzymuje żądania sformułowane w odwołaniu z 28 października 2019 r., a z ostrożności procesowej uzupełnia dotychczasowe żądania o żądanie wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z postępowania, ewentualnie wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie podobieństw w jego ofercie oraz ofercie konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K. – w związku ze sformułowaniem w odwołaniu dnia 28.10.2019 r. zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, ewentualnie naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowe żądanie zawierało się już w odwołaniu w ramach żądania odrzucenia oferty Sprint S.A., jako że intencją Odwołującego, choć niewyraźną wprost, było, aby żądanie to nawiązywało nie tylko do podstaw odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz 90 ust. 3, lecz również do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp Odwołujący powołał się na sposób wyliczenia cen jednostkowych określony w załączniku nr 2 do SIWZ (cena jednostkowa netto ma zawierać: koszty materiału, koszty robocizny, koszty sprzętu,

koszty pośrednie, zysk, wzrost cen, Inflację itp. – nie ulega zmianie w trakcie kontraktu) oraz pkt 16.5. SIWZ, zgodnie z którym w przypadku niewykazania uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w ramach poszczególnych cen lub w przypadku stwierdzenia przenoszenia kosztów pomiędzy cenami, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Sprint dokonał obliczenia cen jednostkowych w pozycjach nr 18, 26, 281, 28-2, 29-1,29-2, 30-1, 30-2, 50 oraz 51 załącznika nr 2 do wzoru umowy pn. „Wycena cen jednostkowych” w taki sposób, że nie obejmują one kosztów materiału, kosztów robocizny, kosztów sprzętu, kosztów pośrednich, zysku, wzrostu cen lub inflacji. Odwołujący powołał się na szczegółowe zestawienie przedstawione w załączniku do odwołania z 28 października 2019 r.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 wz. z art. 36aa ust. 4 Pzp, Odwołujący powołał się na uzasadnienie przedstawione wcześniej w odwołaniu i na załączone porównanie kalkulacji cenowej Sprint S.A. oraz konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K.. Podniósł, że wykazanie różnicy procentowej między cenami jednostkowymi ww. wykonawców udowadnia, że wykonawcy działali wspólnie. Zdaniem Odwołującego działania te były sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające interesom innego przedsiębiorcy jak również interesom samego Zamawiającego, zarówno przez uzgadnianie pomiędzy sobą cen w przetargu, jak i ominięcie zakazu składania ofert na więcej niż 2 części zamówienia. Ponadto działania te miały na celu wymuszenie na zamawiającym wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. W ocenie Odwołującego były to również działania sprzeczne z ustawą, polegające na tym, że ww. wykonawcy, którzy stanowią w zakresie działalności będącej przedmiotem przetargu jeden byt gospodarczy, złożyli w oferty w taki sposób, aby ominąć postanowienia SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zarówno podobieństwa w sposobie tworzenia oferty, w szczególności jej wyceny, oraz umowa, z której wynika ciągła współpraca na terenie województwa mazowieckiego polegająca na zastępowaniu Sprint S.A. w wykonywaniu elementów będących przedmiotem niniejszego postępowania, są przykładowymi dowodami na okoliczność istnienia porozumienia, które powoduje, że cztery oferty zostały w istocie złożone przez jeden byt gospodarczy. Odwołujący złożył dowody w postaci korespondencji potwierdzającej występowanie przedstawiciela Netservis oraz Traffic Polska w imieniu Sprint S.A. w trakcie wykonywania działań mieszczących się w zakresie wyżej wymienionej umowy.

Odwołujący dodał, że istnienie zmywy przetargowej może być wykazane na podstawie pośrednich środków dowodowych oraz że każdorazowo pod uwagę należy brać całokształt okoliczności sprawy. W odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, stwierdził, że jest w nim mowa o „stosownych środkach dowodowych”, tj. takich, które najlepiej pasują, są najbardziej odpowiednie do wykazania istnienia zmywy przetargowej. Nie chodzi też wyłącznie o dowody, które są pojęciem węższym od środków dowodowych, dopuszczalne jest zastąpienie dowodu domniemaniem faktycznym i pośrednie wykazanie, że w danym postępowaniu doszło do zmywy przetargowej. Ponadto Odwołujący powołał się na art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE i stwierdził, że prawodawca unijny dostrzega trudności wynikające z ujawnienia tego typu porozumień, w związku z czym nie wymaga od instytucji zamawiających udowodnienia zawarcia porozumienia, a wystarczające jest oparcie się na wiarygodnych przesłankach.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy: Sprint S.A. (po stronie Zamawiającego) oraz Siemens Mobility Sp. z o.o. (po stronie Odwołującego).

Odwołanie obejmowało trzy grupy, tj.: 1) zarzuty dotyczące naruszenia zasady jawności postępowania, 2) zarzuty dotyczące wystąpienia zmywy przetargowej oraz 3) zarzuty dotyczące stosowania niedozwolonej inżynierii cenowej. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie pierwszej grupy ww. zarzutów, tj. w zakresie zaniechania ujawnienia wykazów osób skierowanych przez Przystępującego Sprint do realizacji zamówienia oraz złożonych przez tego wykonawcę pismami z 18 września 2019 r. i 3 października 2019 r. wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Pozostałe dwie grupy zarzutów nie zasługiwały na uwzględnienie.

W związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego Sprint wyjaśnień dotyczących ceny oferty, Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia tej oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący sformułował ten zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek

niewuzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

1) Zarzuty dotyczące zaniechania ujawnienia dokumentów złożonych przez Przystępującego Sprint

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 7.2.2.1 SIWZ Zamawiający – w ramach warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – wymagał dysponowania przez wykonawcę następującymi osobami:

Lp. - Stanowisko - Wymagana liczba osób - Okres posiadania wymaganych uprawnień (w latach) - Doświadczenie zawodowe (staż w latach) – podstawa dysponowania.

- 1. Kierownik robót elektrycznych – 1 osoba – 2 lata – 2 lata – podstawa dysponowania*
- 2. kadra pracownicza osoby z wykształceniem wyższym w specjalności sterowania ruchem drogowym - 1 osoba/obszar – 1 rok – 3 lata – podstawa dysponowania (umowa o pracę)*
- 3. monter elektryk:*
 - dla Obszaru I - 12 osób – 1 rok - 2 lata – podstawa dysponowania (umowa o pracę)*
 - dla Obszaru II - 14 osób – 1 rok - 2 lata – podstawa dysponowania (umowa o pracę)*
 - dla Obszaru III - 12 osób – 1 rok - 2 lata – podstawa dysponowania (umowa o pracę)*
 - dla Obszaru IV - 14 osób – 1 rok - 2 lata – podstawa dysponowania (umowa o pracę).*

Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące ww. personelu:

- kierownik robót elektrycznych powinien posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;*
- kadra pracownicza osoby z wykształceniem wyższym w specjalności sterowania ruchem drogowym ukończone i uzyskane świadectwo w tym zakresie;*
- monter elektryk posiadający świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją na stanowisku eksploatacji urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1kV (lub o napięciu znamionowym powyżej 1kV).*

Ponadto Zamawiający zastrzegł, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden obszar wymagana liczba osób stanowi sumę osób wymaganych dla poszczególnych Obszarów – nie dotyczy kierownika robót elektrycznych.

Przystępujący Sprint na wezwanie Zamawiającego przedstawił do części 1 i 3 wykazy osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ), których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący przywołał treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz oświadczył, że informacje przedstawione w wykazie spełniają przesłanki wymienione w definicji tajemnicy. Przystępujący podał: (...) przypomnieć należy, że profil spółki Sprint S.A. obejmuje świadczenie m.in. specjalistycznych dostaw i usług teleinformatycznych a także robót budowlanych związanych z szerokorozumianą teleinformatyką. Ze względu na to, wiedza fachowa osób realizujących przedmiot zamówienia, potwierdzona posiadanym doświadczeniem, kwalifikacjami oraz certyfikatami, stanowi niewątpliwie kluczową wartość gospodarczą. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku budowlanym, informatycznym i telekomunikacyjnym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Powszechną praktyką w realiach gospodarki rynkowej jest stosowanie tzw. „head-hunting’u”. Gdyby informacja o osobach, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, została przechwycona przez konkurencję, to być może mielibyśmy do czynienia z podejmowaniem prób przejęcia tych osób przez konkurencyjne firmy. Sprint S.A. doświadczył już takiej sytuacji. Otóż w toku przetargu na zintegrowany system zarządzania ruchem Tristar w trójmieście konkurencyjny uczestnik przetargu, po otwarciu ofert podejmował agresywne działania, których celem było przejęcie pracowników i współpracowników Sprint S.A. O skali determinacji osób podejmujących te działania świadczy m.in. fakt, że do gdańskiej lokalizacji firmy podrzucano ulotki nakłaniające do zmiany pracy. Zebranie zespołu osób niezbędnych do wykonania zamówienia, a posiadających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje, nie jest zadaniem prostym, zwłaszcza z uwagi na warunki udziału w postępowaniu opisane w SIWZ niniejszego przetargu. Również utrzymanie trwałych relacji z osobami o wysokich kwalifikacjach wymaga wysiłku ze strony pracodawcy. Pozyskiwanie i utrzymanie personelu jest działaniem czasochłonnym i kosztotwórczym, a jednocześnie jest niezbędne dla prowadzenia działalności gospodarczej. Tym samym informacje zawarte w wykazie osób

uznać trzeba za informacje posiadające istotną wartość gospodarczą. Ponadto informacje zawarte w wykazie osób mają charakter organizacyjny – wskazują którymi konkretnie osobami Wykonawca będzie posługiwać się przy wykonywaniu zamówienia, są to zatem niewątpliwie informacje organizacyjne przedsiębiorstwa. Ujawnienie zastrzeżonych informacji konkurencji może doprowadzić do prób podkupienia personelu. W przypadku skutecznych działań konkurencji, Sprint S.A. poniesie podwójną szkodę – po pierwsze zostaną uszczuplone zasoby kadrowe Sprint S.A., a tym samym jego zdolność realizacyjna i możliwość składania ofert; po drugie zwiększy się siła rynkowa konkurentów. Ponadto Przystępujący przywołał fragmenty uzasadnień orzeczeń Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a dodatkowo wskazał, że informacje z wykazu osób nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a są znane jedynie ściśle ograniczonej grupie osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, tj. wybranym pracownikom Wykonawcy i osobom współpracującym z Wykonawcą. Oświadczył również, że wobec informacji zawartych w ww. zastrzeżonych dokumentach podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności, dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny wykonawcy, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem.

Przystępujący wskazał, że zapewnił wskazane poniżej środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe polegające na:

- a. wdrożeniu zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu osoby współpracujące uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków,
- b. organizacji pracy zespołów projektowych/przetargowych w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach,
- c. zawieraniu z pracownikami, w szczególności mającymi dostęp do informacji technicznych i technologicznych, umów o zakazie konkurencji oraz umów o zachowaniu poufności,
- d. zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści do informacji, których publikacja nie naraża Wykonawcy na szkodę,
- e. zastrzeganiu informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegających ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty.

Do powyższego uzasadnienia Przystępujący załączył certyfikat spełnienia wymagania normy ISO/IEC 27001:2013.

W odniesieniu do wyjaśnień dotyczących ceny oferty Izba ustaliła, że Przystępujący Sprint złożył ofertę z następującymi cenami:

Część 1:

- bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 1.557.010,26 zł brutto,
- dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 2.347.581,69 zł brutto.

Część 3:

- bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 1.451.639,85 zł brutto,
- dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 2.347.581,69 zł brutto.

Pismem z 13 września 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Sprint do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w części 3 ceny, wskazując, że cena za bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert złożonych na część 3 zamówienia oraz znacznie odbiega od cen zaoferowanych przez innych Wykonawców, tj. Siemens Mobility Sp. z o.o., Stangl Technik Polska Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący Sprint złożył wyjaśnienia, które w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, łącznie z uzasadnieniem tego zastrzeżenia.

Pismem z 3 października 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień (treść wezwania Zamawiający opatrzył klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa). Przystępujący Sprint złożył dodatkowe wyjaśnienia, które w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, łącznie z uzasadnieniem tego zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyraźnego podkreślenia 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 Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć 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 konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają

określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący Sprint zobowiązany był – równocześnie ze złożeniem wykazu osób oraz wyjaśnień dotyczących ceny oferty, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa – wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Po pierwsze Izba doszła do przekonania, że Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Lektura przedstawionych przez niego uzasadnień zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowały one ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wywodu merytorycznego deklaracje.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 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 jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Przedstawione przez Przystępującego Sprint uzasadnienie zastrzeżenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – obok deklaracji, że spełnione są wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i przytoczenia fragmentów uzasadnień orzeczeń sądowych i orzeczeń KIO (czego w ogóle nie można uznać za wykazanie zasadności zastrzeżenia) – wskazuje na fachową wiedzę personelu wykonawcy i konieczność zabezpieczenia się przed próbami przejęcia pracowników przez konkurencyjne podmioty, które mogłyby prowadzić do uszczuplenia zasobów kadrowych wykonawcy, a tym samym jego zdolności realizacyjnej. Odnosząc się do tej argumentacji w pierwszej kolejności zauważyć należy, że wykaz osób obejmuje w przeważającym zakresie osoby mające pełnić funkcje monterów elektryków. Trudno zakładać, aby były to stanowiska wymagające unikalnych kwalifikacji, szczególnie pożądanых i rzadko spotykanych na rynku pracy. Podobnie, Przystępujący nie wykazał takich okoliczności co do pozostałych osób, tj. kierownika robót elektrycznych oraz kadry kierowniczej z wykształceniem wyższym w specjalności sterowania ruchem drogowym. Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że przepływ pracowników w ramach danej branży jest zjawiskiem naturalnym na rynku pracy, zatem opisane przez Przystępującego próby pozyskania jego pracowników przez innego pracodawcę, nie mogą same w sobie przesądzać o zasadności zastrzeżenia wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że nie wiadomo nawet, jakich pracowników (o jakich kwalifikacjach) takie próby dotyczyły. Podobnie wskazane przez Przystępującego „podrzucanie ulotek” z ofertami pracy nie może usprawiedliwiać odstąpienia od zasady jawności postępowania. Kierując się tokiem rozumowania Przystępującego należałoby dojść do wniosku, że zasadne jest utajnianie wykazów personelu we wszystkich postępowaniach przetargowych. Wniosek taki jest oczywiście nieprawidłowy i godzący w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych.

Dalej zauważenia wymaga, że mimo wskazania na działania proceduralne, mające na celu zachowanie informacji o personelu Przystępującego w poufności, nie można uznać za wykazane, że fakt zatrudnienia poszczególnych osób wskazanych w wykazie nie został ujawniony chociażby w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (fakt, że wykonawca próbuje takie informacje w innych postępowaniach zastrzegać nie oznacza, że zawsze takie zastrzeżenie okazuje się skuteczne), czy też przed samymi pracownikami. Zauważenia wymaga, że wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia mechanizmy mające zapewnić w spółce Przystępującego poufność informacji, dotyczą w znacznej mierze innych – niż zasoby kadrowe – danych o działalności spółki. Trudno bowiem przyjąć, że zaniechanie publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych czy też organizacja pracy zespołów projektowych/przetargowych w sposób zapewniający

ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach, powodują utrzymanie w poufności faktu zatrudniania określonych osób.

Jeszcze bardziej negatywnie należy ocenić fakt nieujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez Przystępującego Sprint, w tym również uzasadnień zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się do tych uzasadnień stwierdzić należy, że nawet w najmniejszym stopniu nie spełniają one zasadniczych wymagań ciążących na wykonawcy, który domaga się utrzymania niejawności przedstawionych informacji. Uzasadnienia te obejmują przywołanie treści definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz gołosłowne twierdzenia w sposób bardzo ogólny odnoszące się do metody kalkulacji ceny, przy czym brak wskazania, na czym konkretnie ta metoda polega, nie wiadomo też, w czym wykonawca upatruje jej wartości gospodarczej, ograniczył się bowiem jedynie do gołosłownego oświadczenia o istnieniu takiej wartości. Gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy, że w zasadzie każde wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ustawy Pzp obejmują informacje na temat kalkulacji ceny, a przecież nie sposób twierdzić, aby przez sam ten fakt w każdym przypadku miały one pozostawać niejawne dla innych wykonawców. Podobnie lakonicznie i gołosłownie wykonawca potraktował kwestię zachowania tych informacji w poufności.

Wobec powyższego za szczególnie naganne należy uznać nieujawnienie przez Zamawiającego treści tych uzasadnień. Biorąc pod uwagę ich ogólnikowość i fakt, że w najmniejszym stopniu nie zawierają one informacji ujętych w wyjaśnieniach ani nie odwołują się do treści przedstawionych dowodów, nie było żadnych podstaw, aby odmówić innym wykonawcom dostępu do ich treści.

Szczególnego podkreślenia wymaga, że warunkiem uznania tej tajemnicy za skutecznie zastrzeżoną jest wykazanie Zamawiającemu, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone przepisami prawa. Nie jest natomiast rolą ani Zamawiającego, ani Izby, dociekanie we własnym zakresie, jaki jest faktyczny charakter i wartość gospodarcza przedstawionych informacji. Skoro Przystępujący Sprint – jak wskazano powyżej – nie wywiązał się z obowiązku takiego wykazania, przedstawione informacje nie mogły zostać objęte ochroną.

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

dotyczących ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał ujawnienia treści tych dokumentów.

Wobec ustalenia, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie w tym zakresie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

2) Zarzuty dotyczące zawarcia niedozwolonego porozumienia z innym wykonawcą

Zgodnie z punktem 4.4.1 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części:

- Część 1: Bieżące utrzymanie, konserwacje i dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa – Obszar I (północna część Warszawy);
- Część 2: Bieżące utrzymanie, konserwacje i dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa – Obszar II (południowa część Warszawy);
- Część 3: Bieżące utrzymanie, konserwacje i dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa – Obszar III (prawobrzeżna część Warszawy);
- Część 4: Bieżące utrzymanie, konserwacje i dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa – Obszar IV (centralna część Warszawy).

Zamawiający dopuścił składanie ofert na maksymalnie 2 części zamówienia.

Przystępujący Sprint złożył ofertę na części 1 i 3, oferując następujące ceny:

Część 1: bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 1.557.010,26 zł brutto, dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 2.347.581,69 zł brutto.

Część 3: bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 1.451.639,85 zł brutto, dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 2.347.581,69 zł brutto.

Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netservis M. K. złożyło ofertę na części 2 i 4, oferując następujące ceny:

Część 2: bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 1.344.453,15 zł brutto, dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 2.201.517,96 zł brutto.

Część 4: bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 1.406.238,58 zł brutto, dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 2.201.517,96 zł brutto.

Między Przystępującym a członkami ww. Konsorcjum nie występują powiązania kapitałowe (okoliczność bezsporna).

Ceny jednostkowe zaoferowane przez ww. wykonawców w załączniku nr 2 do umowy, wskazane w przedłożonym przez Odwołującego zestawieniu *Porównanie kalkulacji cenowej Sprint S.A. oraz Netservis – wykazanie różnicy procentowej między cenami jednostkowymi ww. wykonawców*, były między stronami bezsporne. Bezsporna jest także okoliczność, że wykonawcy Sprint S.A. i Netservis zawarli umowę, na mocy której Netservis został podwykonawcą spółki Sprint S.A. w ramach zadania „Bieżące kompleksowe utrzymanie sygnalizacji świetlnych na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA O/Warszawa” (umowa z 25 października 2017 r.).

Formułując zarzuty dotyczące istnienia między Przystępującym Sprint a firmą Netservis niedozwolonego porozumienia Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Odnosząc się do powyższych kwalifikacji prawnych stwierdzić należy, że przepisem dedykowanym sytuacji występowania między wykonawcami niedozwolonych porozumień, jest przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z czym wskazanie pozostałych z ww. przepisów stanowi niezasadne mnożenie podstaw prawnych zarzutów.

Z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wynika, że aby wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) zawarcie przez wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami,
- b) zawarte porozumienie musi mieć na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,
- c) zamawiający musi wykazać ww. okoliczności przy pomocy stosownych środków dowodowych.

Zgodnie z tym przepisem dla wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest więc wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne, przez co należy rozumieć porozumienie mające na celu sztuczne zwiększanie swoich szans na uzyskanie zamówienia lub wyeliminowanie innych wykonawców z postępowania. Nie jest natomiast zakazane jakiegokolwiek kontaktowanie się wykonawców, czy wzajemne informowanie się o zamiarze złożenia oferty, o ile nie prowadzi do osiągnięcia wskazanych wyżej, antykonkurencyjnych celów.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie można wykluczyć, że Przystępujący Sprint i Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. oraz Netservis M. K. porozumiewali się ze sobą przy składaniu ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zauważyć należy, że nie został podważony fakt, że ceny jednostkowe przedstawione przez obu wykonawców w załączniku nr 2 do umowy, są podobne, a różnice między nimi są na stałym poziomie (ok. 3,9% w poz. od 1 do 40 oraz ok. 12,5% w poz. od 41 do 44), co potwierdza złożone przez Odwołującego zestawienie cen jednostkowych obu wykonawców. Rzeczywiście wątpliwie jest, aby takie podobieństwo było wynikiem przypadku. Jest to więc okoliczność, która pozwala zakładać, że wykonawcy sporządzając ofertę kontaktowali się ze sobą. Takiego znaczenia nie można natomiast przypisać wskazywanej przez Przystępującego okoliczności występowania podobieństwa graficznego w załącznikach nr 2 złożonych przez oba podmioty, należy bowiem wziąć pod uwagę, że wzór tego załącznika został opracowany przez Zamawiającego.

Następnie stwierdzić należy, że nawet jeśli między Przystępującym Sprint a Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K. (lub którymś z jego członków) zaistniało jakieś porozumienie, to nie zostało ani wykazane, ani nawet uprawdopodobnione, aby w okolicznościach tej sprawy miało ono jakiegokolwiek skutek w postaci zakłócenia konkurencji między wykonawcami.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że przedmiotowe postępowanie toczy się celem udzielenia odrębnych i niezależnych od siebie zamówień w każdej z części. Oznacza to, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w różnych częściach w żaden sposób ze

sobą nie konkurują. Taki podział zamówienia i złożenie ofert na różne części oznacza, że Przystępujący Sprint oraz Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K., nie mieli jakiegokolwiek możliwości manipulowania wynikami postępowania w częściach odpowiednio: 1 i 3 oraz 2 i 4, np. poprzez wycofywania ofert na korzyść drugiego, nieuzupełnianie brakujących dokumentów czy uzgadniania działań wobec innych wykonawców. Tymczasem żeby wykazać istnienie porozumienia zakłócającego konkurencję należałoby stwierdzić, że wykonawcy, chcąc osiągnąć antykonkurencyjne cele, zaniechali konkurowania między sobą, mimo że mieli taką powinność. Z uwagi na konstrukcję niniejszego postępowania oraz części zamówienia, na które Przystępujący oraz Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K. złożyli oferty, taka konkurencja między wykonawcami z definicji nie mogła istnieć.

Następnie zauważyć należy, że nie można upatrywać antykonkurencyjnego porozumienia w zamiarze „podzielenia się” rynkiem przez ww. wykonawców. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że liczba wykonawców na rynku, którego dotyczy przedmiot zamówienia nie jest w żaden sposób ograniczona, jest to rynek konkurencyjny, o czym świadczy chociażby liczba wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu (oferty złożyło 5 wykonawców) czy też w postępowaniu poprzednim (jak wynika ze złożonej przez Odwołującego informacji z otwarcia ofert w poprzednim postępowaniu, oferty złożyło 8 wykonawców). W związku z tym każdy wykonawca może na takich samych warunkach ubiegać się o udzielenie zamówienia i konkurować w poszczególnych częściach (przy czym to na mocy decyzji Zamawiającego konkurowanie to zostało ograniczone dla każdego z wykonawców do dwóch części zamówienia). Nie zostało wykazane, w jaki sposób ewentualne porozumienie istniejące między Przystępującym a oraz Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K. miałyby to uniemożliwiać. Nie sposób również twierdzić, że uzyskanie przewagi konkurencyjnej miałyby polegać na obejściu zakazu ofertowania na więcej niż dwie części zamówienia, bezsporne jest bowiem, że są to odrębni wykonawcy, między którymi nie występują powiązania kapitałowe, nie zostały również wykazane inne okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do wniosku, że jeden wykonawca będzie wykonywał więcej niż dwie części zamówienia.

Dodatkowo stwierdzić należy, że o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia nie może świadczyć wykazana przez Odwołującego okoliczność współpracy między Przystępującym Sprint a firmą Netservis przy realizacji innego zamówienia. Kwestię zakłócenia konkurencji należy bowiem rozpatrywać w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Zakłócenie takie w przedmiotowym postępowaniu nie zostało nawet uprawdopodobnione.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że ze względu na 6-letni okres, na jaki ma być zawarta umowa i warunki udziału w podobnych postępowaniach (na którą to okoliczność

złożono wyciągi z SIWZ obowiązujących w innych postępowaniach) pozbawienie wykonawcy uzyskania przedmiotowego zamówienia uniemożliwi mu ubieganie się o podobne zamówienia w przyszłości, stwierdzić należy, że nie zostało wykazane, aby działania Przystępującego Sprint mogły prowadzić do niedozwolonego uniemożliwienia innym wykonawcom uzyskania zamówienia w tym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, niezasadny też był podniesiony z ostrożności zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż z powodów wskazanych powyżej brak było podstaw do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w kwestii istnienia ewentualnej zmywy przetargowej.

Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

3) Zarzuty dotyczące sposobu kalkulacji cen jednostkowych

Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ:

Pkt 12.1. Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Załącznik do Formularza oferty oraz na podstawie kosztów wyliczonych zgodnie z Załącznikiem nr 2 – stanowiącym Załącznik do umowy.

Pkt 12.2. Nieprzedłożenie kompletnie wypełnionych obydwu kalkulacji o których mowa w pkt 12.1. będzie stanowiło niezgodność oferty z treścią SIWZ skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W punkcie 15.1. SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny oferty:

- bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty: 40%;
- dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy: 20%;
- deklarowana ilość masztów do wymiany: 20%;
- deklarowana ilość metrów kabla do wymiany: 10%;
- zatrudnienia jednej dodatkowej osoby z wykształceniem wyższym w specjalności sterowania ruchem drogowym: 10%.

W punkcie 16.5 SIWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: *Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w cenie (i odpowiednio w cenach jednostkowych podanych w kalkulacjach): „bieżącego utrzymania, konserwacji” wyłącznie wszystkie koszty (z uwzględnieniem odpowiedniego zysku) niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie utrzymania i konserwacji sygnalizacji świetlnej. Analogicznie, w cenie*

(i odpowiednio cenach jednostkowych podanych w kalkulacjach): „dostosowania sygnalizacji do potrzeb użytkowników”, wykonawca jest zobowiązany uwzględnić wyłącznie wszystkie koszty (z uwzględnieniem odpowiedniego zysku) konieczne do wykonania poszczególnych czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie dostosowania sygnalizacji świetlnej do potrzeb użytkowników. Nie jest dopuszczalne przenoszenie kosztów pomiędzy ww. cenami świadczeń ocenianych w ramach poszczególnych ww. kryteriów oceny ofert (lub pomiędzy cenami jednostkowymi). W przypadku zaniżenia którejkolwiek z ww. cen (cen jednostkowych) Zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dot. uwzględnienia wszystkich kosztów w tej zaniżonej cenie (tych zaniżonych cenach jednostkowych) za ww. świadczenia. W przypadku niewykazania uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w ramach poszczególnych cen lub w przypadku stwierdzenia przenoszenia kosztów pomiędzy cenami, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, jak również z uwagi na rażąco niską cenę istotnych części składowych ceny, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że pismem z 13 września 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Sprint do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w części 3 ceny, wskazując, że cena za bieżące utrzymanie, konserwacja sygnalizacji zgodnie z Załącznikiem do oferty, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert złożonych na część 3 zamówienia oraz znacznie odbiega od cen zaoferowanych przez innych Wykonawców, tj. Siemens Mobility Sp. z o.o., Stangl Technik Polska Sp. z o.o. Następnie pismem z 3 października 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego złożenie dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający nie kierował do Przystępującego Sprint wezwania do wyjaśnienia ceny wynikającej z załącznika nr 2 do umowy, tj. ceny za dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników zgodnie z Załącznikiem nr 2 do umowy.

Odwołujący, podnosząc zarzut zaniżenia niektórych cen jednostkowych i sztucznego zawyżenia innych cen jednostkowych, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli odrębnie przedstawić cenę za bieżące utrzymanie i konserwację (cena wynikająca z załącznika do Formularza oferty) oraz za dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników (cena wynikająca z załącznika nr 2 do umowy). Ponadto Zamawiający określił odrębnie kryteria oceny ofert dla każdego z ww. elementów. Oznacza to, że ceny za te dwa elementy podlegały odrębnemu badaniu i ocenie.

Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące zaniżenia ceny poprzez nieuwzględnienie niektórych w cenach jednostkowych wszystkich elementów cenotwórczych, a ujęcie ich w pozycjach o mniejszym mnożniku, w całości dotyczą cen jednostkowych za dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników (załącznik nr 2 do umowy, poz.: 18, 26, 28-1, 28-2, 29-1, 29-2, 30-1, 30-2, 50 i 51).

Rozstrzygające dla oceny tych zarzutów jest postanowienie punktu w punkcie 16.5 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał na konieczność ujęcia wszystkich kosztów w cenach za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia oraz zakaz przenoszenia kosztów między dwiema cenami ocenianymi w ramach kryteriów lub pomiędzy cenami jednostkowymi. Jednocześnie w postanowieniu tym Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że *w przypadku zaniżenia którychkolwiek z ww. cen (cen jednostkowych) Zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dot. uwzględnienia wszystkich kosztów w tej zaniżonej cenie (tych zaniżonych cenach jednostkowych) za ww. świadczenia* oraz przesądził, że w przypadku niewykazania prawidłowości kalkulacji dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający w punkcie 16.5 SIWZ określił, jak będzie kwalifikował zaniżenie cen jednostkowych oraz wskazał, że zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty będzie poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Wobec powyższego odrzucenie oferty Przystępującego Sprint z uwagi na zarzucaną manipulację cenami jednostkowymi mogłoby nastąpić jedynie po uprzednim wezwaniu tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny. Wezwania takiego jednak nie było w odniesieniu do ceny za dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników (cena wynikająca z załącznika nr 2 do umowy). Jak wynika z treści pisma Zamawiającego z 13 września 2019 r., wezwanie do wyjaśnień dotyczyło ceny za bieżące utrzymanie i konserwację (cena wynikająca z załącznika do Formularza oferty) i spowodowane było tym, że ta właśnie cena była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert złożonych na część 3 zamówienia oraz znacznie odbiegała od cen zaoficerowanych przez innych

wykonawców. Treść tego wezwania była dla Odwołującego jawna, miał on zatem wiedzę, że wezwanie do wyjaśnień nie dotyczyło drugiej z cen, czyli ceny za dostosowanie sygnalizacji do potrzeb użytkowników. Mimo tej wiedzy Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego Sprint do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wynikającej z załącznika nr 2 do umowy i składających się na nią cen jednostkowych.

W tych okolicznościach już z samych powodów formalnych Izba nie mogła uwzględnić zarzutów i nakazać Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego Sprint. Po pierwsze, skoro podstawą zarzutów jest teza o rażąco niskim zniżeniu cen jednostkowych, to należy stwierdzić, że odrzucenie oferty z takiego powodu musi być poprzedzone wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie jednak od tego, nawet gdyby przyjąć, że oferta z tak zniżonymi cenami jednostkowymi powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp, to i tak w świetle punktu 16.5 SIWZ powinno nastąpić uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Z tych samych powodów za niezasadny należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Sprint na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jak już wyżej wskazano, Zamawiający określił w SIWZ, jak będzie kwalifikował nieujęcie w cenach jednostkowych wszystkich elementów cenotwórczych. Zniżenie cen jednostkowych jest szczególnym rodzajem nieprawidłowego obliczenia ceny, należy więc stwierdzić, że oferta obciążona takim błędem podlega odrzuceniu na innych podstawach prawnych. Gdyby przyjąć logikę Odwołującego, to należałoby stwierdzić, że również oferta z rażąco niską ceną jest obciążona błędem w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co jest oczywiście niewłaściwe, chociażby z uwagi na fakt, że prowadziłyby do ominięcia obowiązku przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

Niezależnie od powyższego, nawet w przypadku stwierdzenia, że okoliczności podnoszone w odwołaniu budzą wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji cen jednostkowych, brak było podstaw od uwzględnienia odwołania w tym zakresie i nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego Sprint do wyjaśnień. Odwołujący nie sformułował bowiem zarzutu zaniechania takiego wezwania, a stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nakazanie takiego wezwania stanowiłoby wyjście poza granice zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, złożone przez Odwołującego dowody w postaci cenników, ofert, faktur i obliczeń dotyczących poszczególnych pozycji z załącznika nr 2 do umowy, nie mogły przesądzać o zasadności zarzutów odwołania. Jak bowiem wyżej

wskazano, wobec braku przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, Zamawiającemu nie można skutecznie zarzucić zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Sprint.

Wobec powyższego odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących kalkulacji cen jednostkowych nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna*

orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3, z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14.800,00 zł (22.200,00,00 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.800,00 zł (18.600,00 – 14.800,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....