

Sygn. akt: KIO 1887/16

## WYROK

z dnia 24 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2016 r. przez wykonawcę: **Halcrow Group Limited, Elms House, 43 Brook Green, W6 7EF Londyn, Wielka Brytania** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum: **TPF Sp. z o.o., GETINSA-PAYMA S.L. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
  - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
    - odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum: TPF Sp. z o.o., GETINSA-PAYMA S.L. na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp,**
- 2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;**
- 3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

**Halcrow Group Limited, Elms House, 43 Brook Green, W6 7EF Londyn, Wielka Brytania** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Halcrow Group Limited, Elms House, 43 Brook Green, W6 7EF Londyn, Wielka Brytania** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Opracowanie Studium Techniczno – Ekonomiczno - Środowiskowego dla zadania pod nazwą: „Rozbudowa drogi krajowej nr 8 na odcinku Wrocław (Magnice) - Kłodzko wraz z budową obwodnic miejscowości”. Ogłoszenie o zamówieniu: 2015/S 207-376101 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2015 r.

Pismem z dnia 28 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum: Getinsa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i GETINSA-PAYMA S.L. z siedzibą w Madrycie („Konsorcjum Getinsa”).

Wykonawca Halcrow Group Limited, z siedzibą w Londynie (Wielka Brytania), zajmujący drugą pozycję w rankingu ofert, wniósł odwołanie wobec::

- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Getinsa;
- zaniechania ujawnienia i udostępnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Getinsa na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 Pzp, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. nr 153, poz. 1503 z późn. zm. („ZNK”) oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, skutkujące zaniechaniem ujawnienia i udostępnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Getinsa w celu ustalenia czy oferta Konsorcjum Getinsa zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy zastrzeżenie wyjaśnień Konsorcjum Getinsa dotyczących ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa było niezasadne i nieudowodnione;
- 2) art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie Konsorcjum Getinsa do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia, czy oferta Konsorcjum

Getinsa zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Zamawiający uprawniony jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w określonym zakresie wyłącznie jednokrotnie;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Getinsa, pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) odtajnienie wyjaśnień Konsorcjum Getinsa na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp;
- c) odrzucenie oferty Konsorcjum Getinsa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp
- d) powtórzenia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
- e) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie.

**Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 Pzp, art. 11 ust. 4 uznk i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia.**

Przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wezwał Konsorcjum Getinsa do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp. Konsorcjum Getinsa złożyło wyjaśnienia, które w całości zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie ww. wyjaśnień dotyczących ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, było niezasadne i nieudowodnione.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązuje zasada jawności postępowania. Jej ograniczenie jest możliwe tylko w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Ciężar udowodnienia zaistnienia takich okoliczności spoczywa na wykonawcy, który zastrzegł tajność określonych danych oraz na zamawiającym - jeśli uznał on zastrzeżenie za zasadne (art. 8 ust. 1 i 2 Pzp).

Praktycznym wyrazem jawności postępowania jest konieczność udostępniania dokumentów sporządzanych w czasie postępowania, zarówno przez zamawiającego, jak i przez wykonawców. Na podstawie art. 8 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w ustawie. Podstawowym wyjątkiem od zasady jawności jest przewidziane w art. 8 ust. 3 Pzp wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, tj. nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne,

technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty (tak: KIO 2301/15, KIO 2302/15).

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zbadał wystarczająco dokładnie, czy wybrany w procedurze wykonawca skutecznie zastrzegł, iż całość jego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, dokonane zastrzeżenie było niezasadne, a Konsorcjum Getinsa nie udowodniło, dlaczego informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty miałyby być w całości utajnione. Konsorcjum poprzestało wyłącznie na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje dotyczą informacji handlowych i organizacyjnych przedsiębiorstwa, których ujawnienie godziłoby w jego interes. W przypadku informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Konsorcjum Getinsa nie udowodniło, iż podjęto w stosunku do takich informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Konsorcjum Getinsa nie przedstawiło żadnych dowodów na to, że informacje dotyczące ceny oferty mają dla niego wartość gospodarczą, techniczną, technologiczną czy organizacyjną. Stwierdziło jedynie, że podjęło stosowne kroki zmierzające do zachowania ich w poufności, poprzez wprowadzenie następujących zasad ochrony informacji: (1) wymagania Systemu Zarządzania Jakością zgodnie z wymaganiami norm ISO-UNE-EN ISO 9001:2008 (Certyfikat Zarządzania Jakością), (2) klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi, (3) klauzule poufności we wszystkich umowach handlowych. Ponadto, Konsorcjum Getinsa nie wykazało, dlaczego w ramach postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby wyrządzić mu szkodę i w czym tę szkodę upatruje.

W ocenie Odwołującego, analiza uzasadnienia Konsorcjum Getinsa zawartego w pismach z dnia 5 lipca 2016 r., 29 lipca 2016 r., 12 sierpnia 2016 r., 22 sierpnia 2016 r. oraz 8 września 2016 r. prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie zawierały informacji, które wypełniałyby dyspozycję definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie było lakoniczne, ogólne i zawierało informacje możliwe do złożenia de facto w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W rezultacie bezpodstawnego ograniczenia dostępu do informacji Zamawiający zaniechał ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Getinsa.

**Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie Konsorcjum Getinsa do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.**

Odwołujący podniósł, że zamawiający uprawniony jest do jednokrotnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Kolejne wezwania Zamawiającego odnoszące się do tego samego zakresu informacji żądanych od wykonawcy, dokonywane są z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp czterokrotnie wezwał Konsorcjum Getinsa do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pismach z dnia 27 czerwca 2016 r., 22 lipca 2016 r., 5 sierpnia 2016 r. oraz 1 września 2016 r. Zakres kwestii wymagających wyjaśnienia za każdym razem był tożsamy. Jak wskazał sam Zamawiający w wezwaniu z dnia 22 lipca 2016 r., a więc drugim w kolejności: *„(...) w związku z nieudzieleniem pod względem merytorycznym odpowiedzi na nasze pytania Zamawiający (...) zwraca się ponownie o jednoznaczne wyjaśnienia do elementów Państwa oferty i wyjaśnień”*. Podobne sformułowania zawarte były w kolejnych pismach kierowanych do Konsorcjum Getinsa.

Zamawiający w wezwaniach do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp podkreślał, że jego wątpliwości budzi cena oferty ogółem, jak również poszczególne jej elementy. Pisma wskazujące te elementy każdorazowo obejmowały kilkanaście pytań dotyczących sposobu ujęcia pewnych kosztów i ryzyka na etapie wyceny oferty. Zamawiający podkreślał, że oczekuje wyjaśnień merytorycznych popartych materiałem dowodowym, który pozwoli mu właściwie ocenić ofertę (*vide*: pismo Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2016 r., strona 3). Wykonawca miał zatem obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości niż informacje zawarte w ofercie. Wyjaśnienie wykonawcy powinno odpowiadać żądaniom Zamawiającego wskazanym w wezwaniu.

W niniejszym postępowaniu brak było podstaw do tego, aby ponownie wzywać Konsorcjum Getinsa do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Wybrany wykonawca, nie udzielając wyczerpującej odpowiedzi w pierwszym piśmie, zrezygnował z możliwości przedstawienia szczegółowych danych dotyczących kalkulacji i wysokości wynagrodzenia. Zamawiający nie jest uprawniony ponownie żądać wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny (wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2185/14) .

Zgodnie z poglądem wypracowanym przez orzecznictwo, złożenie przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień uznanych przez zamawiającego za niedostateczne jest zrównane w skutkach z brakiem wyjaśnień w ogóle, co powoduje

odrzućenie oferty (por.: KIO z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2792/13, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09).

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Getinsa z uwagi na rażąco niska cenę.**

Zaoferowanie przez Konsorcjum Getinsa ceny niższej o ponad 50% od szacunkowej wartości zamówienia i średniej ceny ofert niepodlegających odrzuceniu wskazuje, że jest ona rażąco niska. Oferta z takim wynagrodzeniem powinna zostać odrzućona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Biorąc pod uwagę różnicę między ceną tej oferty a wartością zamówienia oraz średnią cen złożonych ofert, Konsorcjum Getinsa powinno udowodnić realność zaoferowanej ceny.

Wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością wynosi 18.748.000 zł brutto. Konsorcjum Getinsa złożyło ofertę z najniższą ceną opiewającą na 7.995.127,92 zł brutto – tj. o 57,35% niższą od wartości zamówienia. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 14.891.531,15 zł brutto - cena oferty Konsorcjum Getinsa jest o 46,31% niższa. Zamawiający otrzymał w postępowaniu 6 ofert (4 niepodlegające odrzuceniu). Ceny kolejnych 2 ofert wynosiły: 11.560.614,42 zł brutto - oferta Odwołującego, i 11.611.200,00 zł brutto - oferta Multiconsult Polska Sp. z o.o.

Konsorcjum Getinsa w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2016 r. nie udzieliło wyczerpujących wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Konsorcjum Getinsa zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zaprzeczył jakoby nie złożył wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Dodatkowo, zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie zakwestionował dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień, co powoduje że pozostałe zarzuty odwołania nawet gdyby były zasadne to nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania. Przystępujący wyjaśnił, że przedstawił Zamawiającemu szerokie uzasadnienie dotyczące podstaw do zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje nie zostały nigdy wcześniej upublicznione, zgodnie z regulacjami panującymi w przedsiębiorstwie, dostęp do takich informacji podlega ścisłej reglamentacji. Przystępujący wykazał też, że informacje te mają charakter organizacyjny i handlowy, które dotyczą komercyjnej strony działalności przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał na podobieństwo treści pisma Odwołującego z dnia 5 lipca 2016 r. w sprawie zastrzeżenia informacji złożonych przez Odwołującego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie przystępującego, Odwołujący nie posiada legitymacji do podnoszenia zarzutu dotyczącego wielokrotnego wzywania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż on sam również był trzykrotnie wzywany przez Zamawiającego do złożenia takich wyjaśnień. Ponadto, w aktualnym orzecznictwie KIO wyraźnie ugruntował się pogląd o możliwości wielokrotnego wzywania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów, które mogłyby uzasadniać żądanie odrzucenia oferty Przystępującego, który udowodnił realność zaoferowanej ceny, wykazał okoliczności uzasadniające obniżenie ceny oraz ujawnił przyjęte przez siebie założenia na etapie kalkulacji ceny.

Pismem z dnia 19 października 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnienia z dnia 5 lipca 2016 r., 29 lipca 2016 r., 12 sierpnia 2016 r., 22 sierpnia 2016 r., 8 września 2016 r. zawierają szereg informacji dotyczących szczegółów oraz sposobu kalkulacji ceny ofertowej, procedur obowiązujących przy kalkulacji projektu, sposobu realizacji projektu, zasady współpracy z innymi kontrahentami, wykorzystania posiadanych zasobów. Są to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o jakich mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Mają one charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, a zatem przedstawiają samodzielnie wartość handlową, w stopniu uzasadniającym konieczność ich ochrony przed bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat przyjętej przez Konsorcjum Getinsa strategii ubiegania się o zamówienie (budowania ceny ofertowej), jego aktywności gospodarczej, form i czasu nawiązywania współpracy z kontrahentami. Informacje zawarte w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa należą do danych poufnych/do użytku wewnętrznego. Udostępnienie tych informacji osobie nieupoważnionej może wyrządzić szkodę wykonawcy, kontrahentom, kooperantom, klientom i pracownikom. Zamawiający podniósł także, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, również zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia podał podobną argumentację, jak Przystępujący. Zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 uznk w tych okolicznościach jest niezasadny i nie został udowodniony.

Zamawiający podniósł również, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie reguluje kwestii, czy wezwanie może być wystosowane jednokrotnie czy też wielokrotnie oraz jakie okoliczności uzasadniają wystosowanie kolejnego wezwania. Zamawiający, powołując się na opinię UZP zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu, wyjaśnił że wzywał trzech wykonawców kilkakrotnie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego, złożone wyjaśnienia potwierdzają realność zaoferowanej ceny i przyjął je za



wystarczające. W tym zakresie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie potwierdził się. Zamawiający wyjaśnił, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 poprzedził badaniem ofert w stosunku do wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Zamawiający wezwał trzech wykonawców do złożenia wyjaśnień, przy czym każdego z nich kilkakrotnie, zwracając się o dodatkowe wyjaśnienia, odnoszące się do elementów złożonej oferty. Twierdzenie Odwołującego, iż Konsorcjum Getinsa nie złożyło wyjaśnień jest bezpodstawne. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdził, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp należy uznać za niezasadny.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Konsorcjum Getinsa skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki w zakresie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

**Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 nast. 1-3 Pzp, art. 11 ust. 4 uzk i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia - wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Getinsa w celu ustalenia, czy oferta Konsorcjum Getinsa zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia**

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Getinsa, na wezwania skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zawarte w pismach z dnia 5 lipca 2016 r., 29 lipca 2016 r., 12 sierpnia 2016 r., 22 sierpnia 2016 r. oraz 8 września 2016 r. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W każdym z ww. pism wykonawca przedstawił informacje, stanowiące uzasadnienie do zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie ujawnił ww. informacji pozostałym wykonawcom, uznając, że zastrzeżenie złożonych informacji jest uzasadnione.

Izba zważyła, że zasada jawności postępowania, o której jest mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, doznaje pewnych ograniczeń, wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Wyrazem zasady jawności postępowania jest przepis art. 96 ust. 2 i 3 Pzp, który wskazuje protokół i załączniki do protokołu postępowania jako dokumenty jawne, które podlegają udostępnieniu po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od dnia ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Załączniki do protokołu, za wyjątkiem informacji, o których mowa w art. 96 ust. 4 Pzp, mogą zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które podlegają ochronie, jeśli wykonawca dokona stosownego zastrzeżenia i wykaże, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 4 uznk). Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dokonał merytorycznej oceny wyjaśnień Konsorcjum Getinsa pod kątem wystąpienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w ocenie Izby nie jest uzasadnione. Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Getinsa nie udowodniło, dlaczego informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty miałyby być w całości utajnione. Odwołujący podniósł w szczególności, że wykonawca nie załączył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, iż złożone wyjaśnienia mają dla niego wartość gospodarczą, poprzestając na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje dotyczą informacji handlowych i organizacyjnych przedsiębiorstwa. Sam Odwołujący również nie przedstawił na rozprawie jakichkolwiek dowodów, które uprawdopodobniłyby choćby, że informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty Przystępującego złożonej w tym postępowaniu są lub mogą być łatwo dostępne dla osób trzecich, a tym samym - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważyć należy, że zastrzeganie tego rodzaju informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dość powszechną praktyką w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również w tym postępowaniu sam Odwołujący zastrzegł swoje wyjaśnienia, podając bardzo zbliżone uzasadnienie do zastrzeżenia jak Przystępujący.

W przypadku informacji dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, Konsorcjum Getinsa wykazało, że podjęto w stosunku do takich informacji niezbędne

działania w celu zachowania ich poufności, gdyż informacje dotyczące ceny oferty mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, techniczną, technologiczną i organizacyjną. (wymagania Systemu Zarządzania Jakością zgodnie z wymaganiami norm ISO-UNE-EN ISO 9001:2008, Certyfikat Zarządzania Jakością; klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi; klauzule poufności we wszystkich umowach handlowych).

Konsorcjum Getinsa złożyło uzasadnienie do zastrzeżenia informacji, odnosząc się do charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, które jest wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Getinsa wykazało możliwość poniesienia szkody na skutek ujawnienia zastrzeżonych informacji. Powyższe zastrzeżenie spełnia przesłanki uznania objętych nim informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Zauważyć należy, że informacje związane z przygotowaniem i treścią oferty posiadają wartość gospodarczą, gdyż stanowią samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ich ochrony przed ich ujawnieniem osobom trzecim. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do kontrahentów, jak też stosowanych technologii i rozwiązań organizacyjnych, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Wykonawca wykazał, że poufność takich danych jest chroniona w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, składającego się z fizycznych i prawnych środków ochrony danych, w tym procedur regulujących dostęp do danych poufnych przez określone grupy pracowników. Zauważyć należy, że ewentualna szkoda powstała w wyniku ujawnienia tych informacji nie musi mieć bezpośredniego związku z niniejszym postępowaniem.

Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia pozwalają zatem na przyjęcie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum Getinsa w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały zasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 uznk i podlegają ochronie przewidzianej w art. 8 ust. 3 Pzp. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że zamawiający, uznając informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie musi utajniać całych dokumentów, a taki sposób działania zamawiających wyraźnie potwierdza praktyka. W wielu przypadkach zasadne jest bowiem zabezpieczenie przed dostępem osób nieuprawnionych nie całej treści dokumentu, a tylko niektórych wybranych informacji.

**Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywanie Konsorcjum Getinsa do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia czy oferta Konsorcjum Getinsa**

### **zawiera rażąco niską cenę.**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoficerowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoficerowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie określa, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia kwestii związanych z kalkulacją ceny oferty. W świetle aktualnego orzecznictwa należy przyjąć, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający powinien w toku postępowania przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do wyjaśnienia ceny oferty, podczas gdy wykonawca zachowuje się biernie w tym zakresie, udzielając informacji jedynie ogólnych lub np. nieodpowiadających na konkretne pytania zamawiającego. Postępowanie zamawiającego w postępowaniu musi być bezstronne, nienaruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannym stosunku wykonawcy, należy uznać za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Brak rzetelności i staranności wykonawcy w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych przez zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2016 r., 22 lipca 2016 r., 5 sierpnia 2016 r., 11 sierpnia 2016 r. i 1 września 2016 r. wezwał Konsorcjum Getinsa do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Pierwsze wezwanie skierowane do wykonawcy zawiera szczegółowe pytania dotyczące wyceny konkretnych elementów oferty wraz z żądaniem przedstawienia ich szczegółowej kalkulacji. Drugie wezwanie jest nieco szersze co do zakresu lecz ponawia ono te same 10 pytań z pierwszego wezwania. Powyższe powtórzenie pytań do wykonawcy w kolejnym wezwaniu świadczy jednoznacznie o niezyskaniu przez Zamawiającego wymaganych wyjaśnień. Co więcej Zamawiający w wezwaniu z dnia 22 lipca 2016 r. wprost dokonał negatywnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 czerwca 2016 r. oraz uzasadnił kolejne wezwanie „nieudzieleniem pod względem merytorycznym odpowiedzi na nasze pytania” oraz zwrócił się „ponownie o jednoznaczne wyjaśnienia do elementów Państwa oferty i wyjaśnień”.

Powyższa treść wezwania nie pozostawia wątpliwości, że złożone przez wykonawcę na pierwsze wezwanie wyjaśnienia nie obejmują informacji dotyczących określonych elementów oferty, budzących wątpliwości Zamawiającego. Należy zatem uznać, że wyjaśnienia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie nie zostały udzielone. Treść wezwania z dnia 22 lipca 2016 r. potwierdza także fakt, że nie chodziło w nim o uszczegółowienie lub doprecyzowanie udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień lecz o udzielenie wymaganych informacji, które nie zostały w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w tym zakresie, iż kolejne wezwania miały na celu doprecyzowane wyjaśnień, nie znajduje jakiegokolwiek potwierdzenia ani w treści wezwań, ani w treści udzielonych przez Konsorcjum Getinsa odpowiedzi. Podkreślić należy, że dalsze wezwania nadal powtarzały w części zakres poprzednich wezwań, a Zamawiający zamiast żądać uszczegółowienia lub doprecyzowania informacji zawartych w złożonych już wyjaśnieniach, wymagał w kolejnych wezwaniach jedynie ogólnego potwierdzenia faktu, że określone elementy zostały uwzględnione i przewidziane w ofercie. Zamawiający żądał bowiem w kolejnych wezwaniach odpowiedzi na pytanie „czy w swojej ofercie uwzględnili i przewidzieli Państwo wykonanie (...)” określone elementy przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy sprowadziły się zatem ostatecznie w znacznej części jedynie do jednozdaniowego potwierdzenia, że wykonawca „uwzględnił” oraz „przewidział” dany element w ofercie. Choć w zdaniach tych użyto sformułowania „Wykonawca wyjaśnia, iż przewidział (...)” lub „Wykonawca wyjaśnia, iż uwzględnił i przewidział (...)” lub „Wykonawca wyjaśnia, iż oferta uwzględnia (...)”, to nie ma żadnych wątpliwości, że tego rodzaju „wyjaśnienia” nie spełniają wymogu rzetelnych i przekonujących wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do tego, aby Zamawiający, po uzyskaniu odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 czerwca 2016 r., ponownie (wielokrotnie) wzywał Konsorcjum Getinsa do złożenia wyjaśnień w celu wykazania, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający wykroczył tym działaniem poza dyspozycję przepisu art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

Odnosząc się do twierdzenia Przystępującego, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wielokrotnego wzywania do wyjaśnień, skoro Zamawiający samodzielnie podejmuje decyzje co do zakresu i ilości kierowanych wezwań, na co wykonawca nie ma wpływu, należy wskazać, że każda niezgodna z przepisami i nieuprawniona czynność zamawiającego może podlegać zaskarżeniu w ramach środków ochrony prawnej, a zatem wykonawca nie kwestionując danej czynności w trybie przewidzianym w ustawie Pzp, przyjmuje również skutki danych czynności.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Getinsa z uwagi na rażąco niską cenę oferty.**

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 18.748.000 zł (wraz z podatkiem VAT). W postępowaniu złożono 6 ofert. Konsorcjum Getinsa złożyło ofertę z najniższą ceną - 7.995.127,92 zł brutto, która jest o 57,35% niższa od wartości zamówienia oraz o 46,1% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, co w pełni uzasadniało wezwanie Konsorcjum Getinsa do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Sam fakt, że cena oferty odbiega (nawet tak znacznie) od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert nie przesądza automatycznie i nie stanowi wystarczającego dowodu na okoliczność, że cena danej oferty jest rażąco niska. Wskaźnik arytmetyczny jest wyłącznie przesłanką do zbadania oferty i zastosowania procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu różnica między ceną wybranej oferty, a wartością szacunkową zamówienia oraz średnią cen innych ofert, jest znacznie wyższa niż 30 %, które stanowi wskaźnik uzasadniający badanie oferty (art. 90 ust. 1 Pzp). Konsorcjum Getinsa wezwane do złożenia wyjaśnień powinno w tych okolicznościach jednoznacznie udowodnić, że tak niska cena oferty jest ceną realną, opartą na rzeczywistych, obiektywnych przesłankach i możliwościach, dostępnych wykonawcy, które uzasadniają zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie (art. 90 ust. 2 Pzp).

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Getinsa, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2016 r. nie udzieliło wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Kolejne wyjaśnienia, o które zwrócił się Zamawiający, również nie wniosły wymaganych informacji, zwłaszcza w zakresie szczegółowych kalkulacji poszczególnych elementów oferty wskazanych przez Zamawiającego. Konsorcjum Getinsa nie udzieliło bowiem szczegółowej odpowiedzi na liczne pytania Zamawiającego. Zamawiający w sposób nieuzasadniony zatem uznał wyjaśnienia za wystarczające. Brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Getinsa, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W danym stanie rzeczy ustalonym w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i §5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....