

sygn. akt: **KIO 1165/20**

WYROK

z dnia 19 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Jan Kuzawiński
Luiza Łamejko
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2020 r. przez wykonawcę - **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**, przy udziale wykonawcy - **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie**, tytułem wpisu od odwołania.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania Budowa drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek IV Obwodnica Oświęcimia (DK 44 klasy GP)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2019 r., pod nr 2019/S 251-621484.

Dnia 18 maja 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 maja 2020 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie („*Budimex*”), pomimo że wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę nie potwierdzają, że zaoferowana cena ofertowa nie jest rażąco niska,
- 2) zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Budimex, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 3) zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaakceptowanie wyjaśnień złożonych przez Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że wyjaśnienia te mają lakoniczny i ogólny charakter, nie wskazują na indywidualne możliwości i okoliczności właściwe dla Budimexu (o wskazanie których wnioskował zamawiający) i nie zawierają dowodów, zarówno w odniesieniu do ceny ogółem, jak i poszczególnych elementów wskazanych w wezwaniu zamawiającego, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Budimex,
2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że spełnione zostały przesłanki utajnienia niektórych odpowiedzi udzielonych w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i uznania ich za zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; a w konsekwencji,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o:

- 2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - odrzucenie oferty Budimex jako zawierającej rażąco niską cenę,
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

(ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty Budimex jest na tym etapie niezasadne:

- 3) odtajnienie odpowiedzi na pytania zamawiającego, które uznane zostały za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w Pzp, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący podniósł, iż jak wynika z treści wezwania, zamawiający w pełni świadomy był rozkładu ciężaru dowodzenia i obowiązków spoczywających na wykonawcy Budimex. Co więcej, wprost wskazał na konieczność przedłożenia dowodów oraz szczegółowych kalkulacji. Do nakreślonych przez siebie obowiązków nie zastosował się jednak w toku oceny złożonych wyjaśnień. Wymagania zamawiającego, specyficzne dla danego zamówienia oraz uzależnione od treści badanej oferty, stanowią drugi element determinujący treść wyjaśnień. Odwołujący wskazał, iż Izba wskazuje (w swoich orzeczeniach), że cechą składanych wyjaśnień musi być ich skorelowanie z treścią wezwania, którego autorem jest zamawiający. W tym zakresie instytucje zamawiające cieszą się daleko idącą swobodą. Niejednokrotnie zamawiający ograniczają się w treści wezwania do ogólnego stwierdzenia, iż zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny, a obowiązkiem wykonawcy jest odniesienie się do ogólnego wezwania, przyjmując za punkt odniesienia cenę końcową oferty. Równie często jednak zamawiający formułują bardziej szczegółowe pytania, odnoszące się do wyceny poszczególnych pozycji lub zakresów składających się na przedmiot zamówienia (tym bardziej, że zdarzyć się może sytuacja, w której cena końcowa nie budzi wątpliwości, natomiast wyjaśnienia wymaga dany, budzący wątpliwości w zakresie racjonalności wyceny, istotny element cenotwórczy). Biorąc zatem pod uwagę, że art. 90 ust. 1 Pzp odwołuje się do

subiektywnego odczucia gospodarza postępowania („wątpliwości zamawiającego”) zasadna jest teza, zgodnie z którą to do zamawiającego należy ostateczne doprecyzowanie zakresu oczekiwanych wyjaśnień.

Przenosząc powyższe na okoliczności związane z postępowaniem, w ocenie odwołującego bezsporne jest, że wątpliwości zamawiającego miały daleko idący charakter, czego dowodem jest stwierdzenie o wątpliwej cenie oferty ogółem oraz w stosunku do poszczególnych jej elementów. Pierwsze podyktowane było tym, że oferta wykonawcy Budimex jest niższa aż o 28,13% od wartości szacunkowej zamówienia i o prawie 65 mln zł od kolejnej oferty złożonej w postępowaniu. Niezależnie od tego zamawiający sformułował w treści poszczególnych pytań swoje wątpliwości odnoszące się do wyceny poszczególnych elementów składających się na cenę końcową. Obowiązkiem Budimexu było zatem nie tylko odniesienie się do tych szczegółowych pytań, ale i wskazane w jaki sposób możliwe było opracowanie oferty tak istotnie odbiegającej od ustawowych punktów odniesienia w zakresie ceny końcowej.

Odwołujący stwierdził, że ocena udzielonych przez Budimex wyjaśnień nakazuje uznać, że wątpliwości zamawiającego nie zostały rozwiane ani w odniesieniu do ceny całkowitej oferty, ani w kontekście poszczególnych elementów kosztotwórczych. Budimex, wbrew żądaniu zamawiającego, nie przedstawił żadnych informacji odnoszących się do ceny końcowej oferty. W oparciu o złożone wyjaśnienia nie sposób ustalić z czego wynika oszczędność w ofercie tego wykonawcy, która pozwoliła złożyć ofertę o prawie 64 mln zł tańszą niż oferta kolejnego wykonawcy i aż o 183 mln zł tańszą niż budżet zamawiającego. Wbrew żądaniu zamawiającego, wykonawca nie przedstawił szczegółowych wyliczeń czy kalkulacji. Nie wskazał również na właściwe dla tej inwestycji okoliczności, które przemawiają za zasadnością tak istotnego obniżenia wynagrodzenia w stosunku do szacunków zamawiającego oraz ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu złożonych zostało aż dziesięć ofert. Gdyby poza Budimexem ofertę złożył jeden lub dwóch wykonawców, można byłoby mówić o przypadkowym zawyżeniu przez nich swoich wycen. Skoro jednak każdy z dziewięciu pozostałych wykonawców wycenił ten sam zakres prac o kwotę wyższą od 64 mln zł do 198 mln zł, to nie powinno to zostać zbagatelizowane przez zamawiającego. Średnia arytmetyczna wartości złożonych ofert jest wyższa od oferty Budimexu o ponad 20%, co stanowi ok. 115 mln zł. Zatem oferta Budimex jest istotnie (prawie 30%) niższa zarówno od budżetu zamawiającego, jak i od średniej arytmetycznej ofert złożonych przez wykonawców w tym cieszącym się wyjątkowo dużym zainteresowaniem postępowaniu. Formułując treść wezwania zamawiający słusznie zatem wskazał na konieczność odniesienia się do zarówno do wskazanych w treści wezwania elementów składowych oferty, ale i wartości całkowitej oferty. Z nieuzasadnionych przyczyn okoliczność ta nie została

w żaden sposób przez zamawiającego zbadana. Nawet gdyby uznać, że zamawiający powinien doszukiwać się w treści złożonych wyjaśnień, w których Budimex odpowiada na szczegółowe pytania, okoliczności pozwalających na tak istotne obniżenie ceny końcowej, to nie sposób uznać, że takowe zawarte zostały w tych wyjaśnieniach. Co prawda część z udzielonych odpowiedzi została przez Budimex utajniona, jednak treść pytań zamawiającego, do których te odpowiedzi się odnoszą, pozwala z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością założyć, że również w tych odpowiedziach informacje te nie zostały zawarte.

Odrębną kwestią, na którą wskazał odwołujący, równie istotną z punktu widzenia oceny prawidłowości wyjaśnień udzielonych przez Budimex, jest brak załączenia jakichkolwiek dowodów. Przedstawienie dowodów mających uprawdopodobnić realność ceny ofertowej jest nie tylko ustawową rekomendacją, ale wręcz obowiązkiem determinującym ocenę oczekiwanego poziomu należytej staranności wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przewiduje w swojej treści dwa przypadki, w których zasadne staje się odrzucenie oferty. Pierwszym jest nieudzielenie wyjaśnień. Drugim jest natomiast przypadek, w którym co prawda wykonawca udziela wyjaśnień, ale wyjaśnienia te, wraz ze złożonymi dowodami, potwierdzają rażąco niski poziom ceny. Przepis ten jasno wskazuje, że dowody są immanentnym elementem rzetelnych i profesjonalnych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, iż w wyroku z dnia 4 lutego 2020 r. (KIO 110/20) Izba stwierdza: „W niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców)”. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu. Budimex, jak zresztą każdy inny generalny wykonawca odpowiadający za realizację inwestycji drogowej, korzysta w toku realizacji inwestycji ze wsparcia podwykonawców, ale także z zasobów dostawców materiałów. Zresztą na okoliczności te Budimex wprost powołuje się w wyjaśnieniach z dnia 21 kwietnia 2020 r., gdzie wskazuje chociażby na: korzystanie z umów ramowych (odpowiedź na pyt. 1, C3), korzystanie z podwykonawców (odpowiedź na pyt. 2).

W ślad za przywołanym orzeczeniem Izby - skoro tak istotny wpływ na wycenę Budimexu mają podmioty zewnętrzne, to obowiązkiem tego wykonawcy było załączyć dokumenty (oferty podwykonawcze, umowy ramowe, korespondencję z dostawcami etc.), które obrazowałyby realność zaoferowanej ceny. Oczywiście jest przy tym, że nie jest możliwe określenie z góry katalogu dowodów, które złożyć powinien wykonawca wyjaśniający swoją cenę i nie jest intencją odwołującego dowodzenie, że Budimex powinien przedstawić konkretne dowody. Każdorazowo jest to bowiem uzależnione od okoliczności danego przypadku, uzasadnienie obniżenia ceny ofertowej może bowiem tkwić w różnych źródłach.

Niemniej jednak biorąc pod uwagę zarówno specyfikę drogowych inwestycji (gdzie korzystanie z podwykonawców i dostawców jest zjawiskiem powszechnym) oraz skalę tego konkretnego zamówienia, uznać należy, że brak załączenia dowodów przez Budimex definitywnie wpływać musi na ocenę wywiązania się z obowiązku starannego działania na etapie udzielania wyjaśnień. Tym bardziej, że zamawiający poprosił nie tylko o odniesienie się do ceny końcowej, ale i zadał wykonawcy szereg bardzo szczegółowych pytań.

Podsumowując, w ocenie odwołującego, analiza wyjaśnień pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że Budimex nie rozwiązał wątpliwości zamawiającego odnośnie istotnej różnicy, jaka zdiagnozowana została pomiędzy ceną oferty Budimex, a szacunkową wartością zamówienia, a także cenami innych wykonawców i już z tego powodu oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Niezależnie jednak od powyższego, zasadność odrzucenia oferty Budimex potwierdzają również odpowiedzi udzielone na szczegółowe pytania zadane przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający zdecydował się skierować do Budimexu szereg pytań odnoszących się do poszczególnych elementów oferty. Praktyka taka znana jest odwołującemu, poszczególne oddziały GDDKiA mają bowiem w zwyczaju kierować do wykonawców szereg pytań odnoszących się do złożonej oferty i realizacji przyszłej inwestycji. Z reguły są to te same (lub w dużej mierze te same) pytania. Również w niniejszym przypadku odwołujący został wezwany do udzielenia wyjaśnień. Porównanie pytań, które otrzymał odwołujący z tymi skierowanymi do Budimexu pozwala na ustalenie, że różnica sprowadza się do pytań odnośnie ceny ofertowej (odwołujący nie był w tym zakresie weryfikowany, wezwanie skierowane do odwołującego opiera się o procedurę z art. 87 ust. 1 Pzp, nie dotyczy natomiast rażąco niskiej ceny). Pozwala to zatem stwierdzić, że kwestia poszczególnych elementów cenotwórczych miała dla zamawiającego istotne znaczenie.

Analiza odpowiedzi udzielonych na zadane pytania dowodzi, że Budimex nie rozwiązał wątpliwości zamawiającego. Udzielone odpowiedzi mają charakter lakoniczny, ogólny i oderwany od istoty problemów podnoszonych w tych pytaniach przez zamawiającego. Równie dobrze, w odpowiedzi na kilkadziesiąt zadanych pytań, Budimex mógłby jednym zdaniem potwierdzić uwzględnienie wszystkich wymagań zamawiającego. Nie taki jest jednak cel procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że ma świadomość, że część odpowiedzi została przez Budimex utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Treść tych odpowiedzi, zakładając nawet, że zawierają one szczegółowe informacje na temat zabiegów kosztotwórczych wykonawcy, nie może stanowić wadliwości pozostałych kilkudziesięciu odpowiedzi, które nie wnoszą absolutnie nic do oceny realności ceny ofertowej Budimexu. Należy zauważyć, że znaczna część odpowiedzi, które utajnił wykonawca nie odnosi się do zagadnień związanych z rażąco

niską ceną, lecz związana jest z technologią, procesem budowy czy *know how* wykonawcy. Odpowiedzi te zatem, nawet nie znając ich treści, wykluczyć należy z kręgu tych, które wpływać mogłyby na pozytywną ocenę udzielonych przez Budimex wyjaśnień. Poza tym, zakładając znowu szczegółowość danych w utajnionych odpowiedziach, zwrócić należy uwagę, że nie mogą one mieć wpływu na zaniechania, których dopuścił się Budimex przy okazji szeregu innych pytań (np. nie odnosząc się szczegółowo do wartej 340 mln zł pozycji „Roboty”).

Powyższa analiza pozwala uznać, że Budimex nie sprostął obciążającemu go ciężarowi dowiedzenia, że zaoferowana cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia te sprowadzają się w głównej mierze do zapewnienia ujęcia w cenie ofertowej wszystkich wymagań zamawiającego. Tymczasem, jak wskazuje Izba: „Wyjaśnienia wykonawcy udzielone w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (KIO 170/20)”.

Analiza udzielonych wyjaśnień prowadzi także do wniosku, iż Budimex zupełnie pominął, że udzielane są one w reżimie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp. Procedura, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp nie modyfikuje rozkładu ciężaru dowodzenia, zatem co do zasady to na instytucji zamawiającej spoczywa obowiązek wykazania na czym polega potencjalna wadliwość oferty, które prowadzić może do odrzucenia jej jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Dopóki zatem wątpliwości zamawiającego nie mają szczegółowego charakteru, odpowiedzi często sprowadzają się jedynie do potwierdzania danej okoliczności. Praktyki takiej jednak nie sposób zaakceptować na gruncie procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, że w licznych pytaniach zamawiający wprost wskazywał na wartość pozycji, co do której oczekiwał szczegółowych wyjaśnień.

W zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa (TP), odwołujący wskazał co następuje.

Zdaniem odwołującego, cechą uzasadnienia Budimexu jest to, że w takim kształcie mogłoby posłużyć do próby zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od tego jakie dokumenty i informacje wykonawca próbowałby utajnić.

Pierwszą z przesłanek, których zaistnienie wykazać musi wykonawca jest „wrażliwy” (tj. przedstawiający wartość gospodarczą) charakter informacji. Podkreślenia wymaga, że cechą tego typu informacji jest jej obiektywność: „Nie można wobec tego istnienia takiej

tajemnicy subiektywizować. Dla przedsiębiorcy wszystko, co wiąże się z jego funkcjonowaniem, może mieć wartość wymagającą ochrony. Jednakże nie wszystko stanowić będzie tajemnicę przedsiębiorcy (...). Tajemnica przedsiębiorcy nie jest wartością będącą celem samym w sobie lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji, żądanych w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznych. Muszą one przy tym być obiektywne. Winnym przypadku, tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze podjęcia działań w celu zachowania poufności” (KIO 703/17). Obowiązkiem wykonawcy domagającego się ochrony danych informacji jest wykazanie powodów, które obiektywnie, a więc nie tylko z perspektywy danego wykonawcy, ale również dla bezstronnego obserwatora, uzasadniać będą zastrzeżenie ich tajemnicy.

Zdaniem odwołującego, Budimex odniósł się do rzekomej wartości gospodarczej chronionych informacji w sposób wyjątkowo ogólny, uniwersalny i powierzchowny. W swoich wyjaśnieniach Budimex wskazuje, że „informacje objęte przedmiotowym pismem wyraźnie odnoszą się do sposobu wykonania zamówienia, prezentując unikalne rozwiązania organizacyjne i technologiczne, mające trwałe zastosowanie u Wykonawcy (mają względnie stały walor Wykonawcy), w oparciu o które Wykonawca przygotowuje ofertę (...)”. Odwołujący nie kwestionuje, że w utajnionych odpowiedziach mogą znaleźć się informacje, które odnoszą się do indywidualnie opracowanych przez Budimex rozwiązań technologicznych, które wymagają zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, Budimex nie odwołuje się z swoim uzasadnieniem do poszczególnych informacji czy dokumentów, które w jego ocenie precyzyjnie odzwierciedlają istotną wartość gospodarczą. Wystarczy wskazać, że w treści uzasadnienia Budimex nie przywołuje żadnego z elementów, które ujęte zostały w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny. Sprawa to, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest całkowicie oderwane od merytorycznych wyjaśnień.

Tym samym, wobec tak ogólnego stanowiska można nabrać wątpliwości, nie odnosząc się nawet do konkretnych utajnionych informacji, a wskazując jedynie na specyfikę postępowania. Argumentacja, zgodnie z którą wycena zawiera ukrytą i chronioną wartość w zakresie strategii czy też praktyki kalkulowania ceny ofertowej może być zasadna w przypadku umów realizowanych w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe, gdzie nie jest wymagane złożenie jakichkolwiek dokumentów obrazujących elementy cenotwórcze. W takich bowiem przypadkach, zamawiający co do zasady nie wymagają przedłożenia wraz z ofertą szczegółowej kalkulacji (a jeśli wymagają, to z uwagi na ich pomocniczy charakter są to kalkulacje uproszczone). Tymczasem, w postępowaniu wykonawcy zobligowani byli do przedłożenia kalkulacji, które w bardzo szczegółowy sposób narzucały sposób przyjętej

strategii cenowej. Niezależnie od sposobu w jaki kalkulacje te zostały opracowane, od ich zawartości czy też układu, muszą być one pochodną szczegółowo narzuconego przez zamawiającego w formularzach cenowych zakresu przedmiotowego prac oraz ich ilości.

Zamawiający ponadto, pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r., wezwał ponownie Budimex do złożenia odpowiedzi w zakresie pytania dotyczącego ryzyka zmian cen paliw, asfaltów, cementu i stali, które zostało uwzględnione w ofercie. Przedmiotowa informacja została również utajniona, a rzekoma zasadność utajnienia została oparta na zastrzeżeniu z 21 kwietnia 2020 roku.

Tym samym, w ocenie odwołującego, Budimex nie sprostął wymogowi wykazania, że utajniane informacje zawierają wartości gospodarczą zasługującą na ochronę. Odwołujący podnosi, że Budimex nie wyjaśnił precyzyjnie dlaczego informacje, które zawarł w wyjaśnieniach zaliczyć należy do katalogu tych informacji. Wobec powyższego objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa ocenić należy nie jako uzasadnione działanie wykonawcy, lecz próbę uniemożliwienia innym wykonawcom uzyskania dostępu do dokumentów mających uzasadniać, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską. Działanie takie nie zasługuje na ochronę.

Wobec niewykazania przez Budimex, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą tracą na znaczeniu dwie pozostałe przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk, tj. nieujawnienie ich „na zewnątrz” oraz podjęcie środków mających chronić ich poufność. Odwołujący podkreśla jednak, że również w tym przypadku stanowisko Budimex nie wykracza poza niedające się rzetelnie zweryfikować deklaracje. Jak wskazuje Izba, uzasadnienie niepoparte rzetelnymi i konkretnymi informacjami w zakresie rzeczywistej ochrony danych informacji przez wykonawcę nie może zostać zaakceptowane.

Odwołujący podkreślił, że odtajnienie przedmiotowych dokumentów nie ma kluczowego znaczenia w kontekście zasadności odrzucenia oferty Budimex, która winna zostać odrzucona już z uwagi na niesprostanie wykazaniu, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiego. Zaakceptowanie przez zamawiającego ich utajnienia świadczy jednak o tym jak bezrefleksyjnie potraktowane zostały wyjaśnienia i ich treść i dowodzi, że czynności zamawiającego nacechowane tak daleko idącą wadliwością nie mogą się ostać.

Wobec powyższego również ten zarzut uznać należy za zasadny. W tym miejscu odwołujący podkreśla jednak, że uwzględnienie tego zarzutu i w konsekwencji, odtajnienie niesłusznie zastrzeżonych wyjaśnień, zasadne będzie jedynie wówczas, gdyby Izba uznała za niezasadny pierwszy z zarzutów (rażąco niska cena). Uwzględnienie zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, co jest zasadne w oparciu o nieujawnione odpowiedzi, sprawi, że analiza dalszych odpowiedzi będzie bezcelowa.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Sprzeciw od powyższej czynności zamawiającego wniósł wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego – Budimex S.A.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r., zamawiający zwrócił się do przystępującego z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi na szereg pytań odnoszących się do złożonej oferty. Pytania zadawane były w trybie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 21 kwietnia 2020 r., część z odpowiedzi została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa (uzasadnienie utajnienia zawarte zostało w odrębnym piśmie).

Dnia 29 kwietnia 2020 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi na dalsze pytania.

Przystępujący odpowiedział na to wezwanie pismem z dnia 6 maja 2020 roku.

Dnia 18 maja 2020 r., zamawiający opublikował informację o wyborze oferty złożonej przez Budimex jako najkorzystniejszej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba podziela stanowisko przystępującego, wyrażone w piśmie procesowym z dnia 18 czerwca 2020 roku, złożone na posiedzeniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest tak, jak to argumentował odwołujący, iż formuła zamówienia ustalona przez zamawiającego, zaprojektuj i wybuduj lub wybuduj, nie ma znaczenia przy ocenie wyjaśnień składanych przez wykonawców. Należy bowiem odróżnić aspekt wyceny oferty, w sytuacji gdy wykonawcy otrzymują gotowe projekty budowlane, które przewidują określone rozwiązania technologiczne i sposób ich realizacji, od sytuacji, w której zamawiający jedynie sygnalizuje zakres prac, opisując je w dokumentacji postępowania, w tym np. poprzez przedłożenie kosztorysów inwestorskich.

Dlatego też w ocenie Izby, specyfika zamówienia determinuje również działanie zamawiającego, w trakcie badania ofert. Nie może bowiem ująć uwadze okoliczność, iż w przypadku, z jakim mamy do czynienia w tym postępowaniu, w którym to na wykonawcy spoczywa obowiązek ustalenia sposobu realizacji zamówienia, przez optymalizację rozwiązań przyjętych przez zamawiającego w dokumentacji pierwotnej, dopuszczalna i możliwa jest rozbieżność cen ofertowych różnych wykonawców i to nawet na dość wysokim poziomie. Wskazać należy, iż każdy z wykonawców posiada tylko jemu właściwe doświadczenie, współpracuje z innymi podmiotami na tylko sobie znanych warunkach kontraktowych, jak też w sobie tylko właściwy sposób organizuje pracę. Wszystkie ww. elementy stanowią *know how* takiego wykonawcy, co z kolei może „usprawiedliwiać” wysokość zaoferowanej ceny. Oczywiście „usprawiedliwienie” to musi zostać dostatecznie wykazane i udowodnione.

Aby móc w sposób prawidłowy ocenić wyjaśnienia wykonawcy należy całościowo czytać treść oferty wraz z innymi dokumentami składanymi przez wykonawcę, w tym m.in. wyjaśnieniami, tabelami, dowodami czy składanymi oświadczeniami. Dopiero komplet informacji wynikających z ww. pozwala na prawidłowe ustalenie i ocenę prawidłowości złożonych wyjaśnień.

Wskazać należy, że zamawiający oczekując wyjaśnienia aspektów cenowych, konstruuje kierowane do wykonawców pytania w taki sposób, który na te elementy wskazuje (konstrukcja oparta na formule „jaki koszt”, „jaka cena”, „prosimy o wskazanie kosztu/ceny” - np. pytania C.8., C.32., C.37.). Część pytań nakierowanych jest natomiast wyłącznie na aspekty związane z treścią oferty (konstrukcja oparta na formule „czy wykonawca uwzględnił w ofercie”, „jakie przewidziano zmiany projektowe”, „jakie przewidziano technologie” - np. pytanie C.4, C.30, C.33). Nie jest zatem wiadome wprost, jaka część zadawanych przez zamawiającego pytań dotyczyła wyjaśnienia oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a jaka w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Można tylko domniemywać, iż w tych przypadkach, w których zamawiający wnosił wprost o przedstawienie wyliczenia ceny, kosztu, należało przyporządkować do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast w pozostałym zakresie do art. 87

ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym większość z wymienionych w odwołaniu pytań zamawiającego i odpowiedzi Budimex, należy przyporządkować do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie stwierdzić należało niezasadność stawianego zarzutu o braku precyzyjnej odpowiedzi w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, jak słusznie zauważył przystępujący Budimex, odpowiedzi na niektóre z pytań należało ściśle powiązać z odpowiedziami na inne pytania. Dopiero taka kumulacyjna interpretacja odpowiedzi na pytania pozwala na prawidłowe i jednoznaczne ustalenie sensu i zakresu odpowiedzi. Wybiórcze traktowanie odpowiedzi przystępującego, może nie odzwierciedlać pełnej istoty wypowiedzi i może stwarzać wrażenie wadliwości udzielanych wyjaśnień. Dlatego, aby w pełni oddać intencję przystępującego, co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej, należało łącznie odczytać odpowiedzi na wszystkie pytania, przez którą to czynność klaruje się jasny i czytelny obraz, z którego wynika, że przystępujący wyczerpująco wyjaśnił zamawiającemu realność zaoferowanej ceny, a przez to obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest, że w związku z zastrzeżeniem przez przystępującego części odpowiedzi tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący nie ma pełnego obrazu okoliczności wywodzonych przez przystępującego. Dlatego też Izba, dokonując oceny złożonych wyjaśnień doszła do przekonania, że wypełniają one wszystkie przesłanki do uznania, iż oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienia są konkretne, jasne, precyzyjne, wprost referują to treści pytań zamawiającego, poparte są również stosownymi dowodami, co oznacza, że brak jest również podstaw prawnych do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż zamawiający musi dołożyć szczególnej staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy. Taka staranność została w przedmiotowym przypadku przez zamawiającego dochowana o tyle, że wprost sygnalizował obszary, w których oczekuje konkretnych danych cenotwórczych. Przystępujący na każde takie pytanie udzielił precyzyjnej odpowiedzi, przedkładając wyliczenia i kalkulacje, które wykazały realność zaoferowanej ceny, dodatkowo przedkładając dowody potwierdzające jego twierdzenia. Przystępujący zastosował się więc do oczekiwanego przez zamawiającego sposobu odpowiedzi na pytania.

Podnieść również należy, że zamawiający zadając pytania oczekiwał potwierdzenia ujęcia w ofercie elementów robót, które - jeśli zostały by pominięte - stanowiłyby dla wykonawcy dodatkowy koszt i przeszkodę realizacji zadania. Elementami inwestycji, które zamawiający uznał za istotne w realiach przedmiotowego zadania i ogólnej sytuacji gospodarczej są m. in.: ryzyka wykonawcy, w szczególności dotyczące cen podstawowych składowych robót (paliwo, asfalt, cement, stal); uzupełniające badania geotechniczne istotne dla możliwości optymalnego zaprojektowanie wzmocnień podłoża, posadowienia obiektów, robót ziemnych, przebudowy infrastruktury technicznej, itp.; uwzględnienie wymagań środowiskowych, w tym

uwarunkowań dotyczących muzeum, uwzględnienie działań organizacyjnych, logistycznych związanych z transportem na i po budowie oraz równoległą realizacją innych odcinków S1 i inwestycji lokalnych, uwarunkowania PKP oraz właścicieli i gestorów urzędzeń obcych, możliwości optymalizacji koncepcyjnych rozwiązań projektowych.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie oczekiwał od przystępującego podania w odpowiedzi na każde z zadanych pytań „wyliczeń, kalkulacji ani dowodów”, szczególnie w zakresach, które podlegać będą projektowaniu i na chwilę obecną istnieje tylko rozwiązanie koncepcyjne. Żaden wykonawca nie jest w stanie zadeklarować dokładnej wartości robót dotyczącej przebudowy infrastruktury technicznej, kolejowej lub koniecznych badań geotechnicznych, gdyż koszty te w głównej mierze uzależnione są od warunków technicznych, które pozyska wykonawca od właścicieli/gestorów urzędzeń lub od rzeczywistych warunków gruntowo-wodnych, determinujących finalne rozwiązania techniczne. Zamawiający w tym zakresie oczekiwał potwierdzenia i opisu sposobu ujęcia przedmiotowych zakresów w ofercie (np. wyjaśnienie B.25), co zostało prawidłowo odczytane przez przystępującego i znalazło odzwierciedlenie w wyjaśnieniach.

Reasumując, podkreślić należy, że wszędzie tam gdzie przystępujący był pytany przez zamawiającego o koszt danego elementu albo podstawy przyjętej wyceny w ramach wyjaśnień, przedstawiał wymagane informacje wraz z kalkulacjami i dowodami. Rodzaj dowodu każdorazowo zależy od okoliczności danego przypadku, rozumianego jako obszar wyjaśnień, którego prawidłowość wykazywana jest za pośrednictwem danego dowodu. W przedmiotowym przypadku, w związku z tym, że oszczędności umożliwiające zaoferowanie ceny na danym poziomie, wynikają zasadniczo z rozwiązań projektowych i optymalizacji, kluczowe znaczenie mają dowody, które zostały załączone do wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wielokrotnie podkreślała, że dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnoraki charakter, a przepisy ustawy Pzp nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności swojej wyceny. Co za tym idzie w okolicznościach przedmiotowego postępowania, uwzględniając obszary i elementy, które pozwoliły przystępującemu na zaoferowanie ceny na określonym poziomie, dowody załączone do wyjaśnień, należy uznać za adekwatne i właściwe.

Odnosząc się do zarzutów, dotyczących uznania przez zamawiającego, że zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych odpowiedzi udzielonych w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i uznania ich za zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła bezzasadność stawianych zarzutów.

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy w celu skutecznego zastrzeżenia swojej tajemnicy przedsiębiorstwa nie muszą dowodzić, a jedynie wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wszystkie środki ochrony jakie wykonawca podejmuje w ogóle możliwe są do udowodnienia.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że przystępujący w ogóle nie wykazał i nie skonkretyzował, jakie informacje czy dokumenty odzwierciedlają istotną wartość gospodarczą, a uzasadnienie jest w tym zakresie wyjątkowo ogólne, uniwersalne i powierzchowne. Zdaniem Izby, przystępujący określił dokładnie, które informacje zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując, że informacje te odnoszą się do sposobu wykonania zamówienia, prezentują unikalne rozwiązania organizacyjne i technologiczne, mające trwałe zastosowanie u przystępującego. W treści swojego uzasadnienia szczegółowo i merytorycznie odnosi się do tych właśnie kwestii. Analiza uzasadnienia przekonuje, że zastrzeżone informacje mają charakter informacji handlowych oraz posiadają wartość gospodarczą - wskazują bowiem na warunki współpracy z kontrahentami, zawierają oferty cenowe i nazwy kontrahentów, umowy ramowe z dostawcami materiałów, czy koszty realizacji robót. Dodatkowo wskazują na kompleksowy *know-how* przystępującego, w tym sposób budowania oferty cenowej, czy strategię organizacji procesu budowlanego.

W ocenie Izby, w realiach zwyczajów handlowych i specyficznej praktyki branży budowlanej, szczegółowe kalkulacje ceny z natury mają poufny i wrażliwy charakter, stanowiąc podstawową płaszczyznę uzyskiwania przewagi konkurencyjnej.

Zdaniem Izby, przystępujący wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, wskazując jednoznacznie w treści dokonywanego zastrzeżenia, że koncepcja realizacji zamówienia stanowi jego *know-how*, gwarantujący mu przewagę konkurencyjną, a ich odtajnienie generuje ryzyko wykorzystania unikalnych rozwiązań, wypracowanych przez lata przez przystępującego, przez konkurencję działającą na rynku. Przystępujący wskazywał, że informacje zamieszczone w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień stanowią gotowy pakiet informacji, stanowiący kompleksowy *know-how* dla konkurentów. Dodatkowo należy wskazać, iż przystępujący do części niejawniej swoich wyjaśnień załączył dowody, na okoliczności podnoszone w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części w swoich wyjaśnieniach.

Ponadto, ocena uprawdopodobnienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie może być przy tym dokonywana w pełnym oderwaniu od treści zastrzeganych informacji. Uzasadnienie dokonywanego zastrzeżenia należy czytać w całości z informacjami zastrzeganyymi, a to powoduje, że elementy, które niosą dla przystępującego wartość gospodarczą bezpośrednio wynikają z treści uzasadnienia dokonywanego zastrzeżenia.

W ocenie Izby, informacje przedstawione przez przystępującego w zastrzeżonych wyjaśnieniach, ze swojej istoty nie pozostawiają wątpliwości co do spełniania przez nie

przesłanek niezbędnych do ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. W treści wyjaśnień przystępującego nie znajdują się ogólnikowe stwierdzenia, a bardzo szczegółowe wyjaśnienia, obrazujące dane kosztotwórcze, koncepcje i optymalizacje wypracowane przez przystępującego. Informacje te wykraczają poza typowe informacje dostępne na rynku, są nadto informacjami dalece wykraczającymi poza dane przedstawione i wymagane przez zamawiającego w ramach ofert składanych w postępowaniu. Oferty nie zawierały tak szczegółowych składników jakie wymagane były w przedkładanych wyjaśnieniach, w tym nie zawierały informacji o przyjętej koncepcji i jej wycenie, nie zawierając również rozbitcia cen określonych w ofercie na pomniejszych składniki.

W związku z okolicznością, iż nie potwierdził się żaden z ww. zarzutów odwołania, Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzając, iż czynności zamawiającego były zgodne z obowiązującymi przepisami.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....