

Sygn. akt: KIO 1611/21

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**  
**Przemysław Dzierzędzki**  
**Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2021 r. przez wykonawcę **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych,**

przy udziale wykonawcy **Bico Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zawarcie umowy ramowej pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi związanymi z rozbudową drogi powiatowej – al. Armii Ludowej w zakresie wiaduktów drogowych w rejonie parku Agrykola wraz z przebudową sieci uzbrojenia terenu w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa wiaduktów w ciągu Trasy Łazienkowskiej przy Agrykoli wraz z zagospodarowaniem terenów, w tym: Etap I – rozbudowa wiaduktów”*. 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 22 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 249-621271.

W dniu 28 maja 2021 r. wykonawca ZBM S.A. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy Bico Group Sp. z o.o. (dalej: Bico) jako najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia tej oferty oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Bico z postępowania, a także wobec zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

a) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez:

- zaniechanie odtajnienia w całości informacji i dokumentów złożonych przez Bico w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny; .
- ograniczenie Odwołującemu wykazania, że cena ofertowa wykonawcy Bico jest rażąco niska;
- prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, w sposób wpływający na wyniki Postępowania; .

b) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez:

- zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez Bico;
- uzależnienie udostępnienia Odwołującemu jawnych dokumentów, tj. dokumentów stanowiących załączniki do protokołu Postępowania od upływu terminu na zaskarżenie czynności odtajnienia dokumentów złożonych dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do jego wykluczenia lub wniesienia środków ochrony prawnej wobec tej czynności,

- zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych przez Bico dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do jego wykluczenia, mimo uznania przez Zamawiającego, że mają one charakter jawny;
- c) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Bico, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- d) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bico, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- e) art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej i dokładnej analizy oświadczeń, materiałów dowodowych złożonych przez Bico w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w konsekwencji nieuprawnione ustalenie, że ww. podmiot wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- f) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bico, mimo że oświadczenia złożone w ramach wyjaśnień dowodzą, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ;
- g) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez:
- zaniechanie wykluczenia Bico z postępowania, pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w punkcie VI ppkt 2.1 i 2.2 SIWZ;
  - zaniechanie uznania oferty Bico za odrzuconą w związku z brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- ewentualnie
- zaniechanie wezwania Bico, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia/ poprawienia dokumentów w zakresie niezbędnym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- h) art. 23 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp, w zw. z art. 58 § 1 - 3 oraz art. 83 § 1 Kc poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bico jako oferty złożonej dla pozoru, a stanowiącej w istocie ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. 1) Wykonawca BICO; 2) BICO GROUP Tomasz Przybylski, ewentualnie, 3) innych podwykonawców, mimo że oferta ta nie spełniała wymogów ustawy oraz SIWZ przepisanych dla oferty składanej przez oferentów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- odtajnienia dokumentów złożonych przez Bico w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich udostępnienie Odwołującemu;
- przekazania dokumentów złożonych przez Bico celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy Bico;
- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Bico;
- powtórzenia czynności oceny ofert na podstawie odtajnionych dokumentów, po uprzednim przekazaniu dokumentów Odwołującemu;

ewentualnie:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Bico jako oferty najkorzystniejszej
- wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i odrzucenia oferty tego wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ewentualnie na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ;
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

#### Zarzuty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, Zamawiający nie udostępnił, w terminie przewidzianym na złożenie środka ochrony prawnej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokumentów złożonych Bico, na podstawie których Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że zastrzega sobie możliwość uzupełnienia stanowiska, w tym materiałów dowodowych w toku postępowania wszczętego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w sytuacji udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania przed terminem posiedzenia Izby.

Powołujący się na przepisy art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia przez Bico tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zostało co do zasady ograniczone do ogólnych oświadczeń ww. podmiotu zawierających opis działań, które zostały podjęte, jak deklaruje w celu wyłączenia jawności przedkładanych informacji. Wykonawca Bico wskazał, że podjął w ww. celu: działania prawne: (wdrożenie pisemnego regulaminu ochrony tajemnicy

przedsiębiorstwa, pouczenie pracowników i stałych współpracowników o obowiązku zachowania informacji w tajemnicy, podjęcie współpracy z Kancelarią Prawną i konsultowanie z nią kwestii związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawieranie umów o zachowaniu poufności, zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego), działania organizacyjne (stosowanie zasady minimalizacji – tzn. dostęp do poszczególnych informacji mają tylko ci pracownicy, którzy muszą je mieć, żeby wypełniać swoje obowiązki zawodowe, pozostali pracownicy nie mają dostępu do informacji, stosowanie zasady czystego biurka, przechowywanie dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w szafkach zamykanych na klucz lub w sejfie), działania informatyczne (dostęp do komputerów jest zabezpieczony za pomocą hasła, użytkownicy komputerów są zobowiązani do zachowania haseł w poufności, istnieją szczególne wymogi co do długości i złożoności hasła oraz wymagana jest jego cykliczna zmiana, na komputerach jest zainstalowane oprogramowanie antywirusowe, które jest na bieżąco aktualizowane, zabronione jest instalowanie zewnętrznego oprogramowania bez wcześniejszej konsultacji z firmą informatyczną, szyfrowanie wiadomości, w przypadku wysyłania ich e-maile, stosowanie ostrzegającej stopki w e-mailach, w których wysyłane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zablokowanie możliwości nagrywania danych na płyty CD/DVD oraz na zewnętrzne nośniki danych, co ma zapobiec nieuprawnionemu wyciekowi informacji).

Odwołujący podniósł, że ogólne oświadczenia Bico o stosowaniu ww. działań nie zostały poparte adekwatnymi dowodami pozwalającymi na ustalenie i ocenę, że zgodnie z wymaganiami art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca wykazał zasadność ograniczenia jawności postępowania.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Bico – wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania zasadności i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – nie wykazał faktycznego podjęcia działań, które przywołuje w uzasadnieniu, przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie ograniczenia jawności przedłożonych wyjaśnień nie zawiera dowodów potwierdzających podjęcie wskazanych działań, tj. m.in. brak jest przedstawienia dowodu na okoliczność zawarcia umowy o zachowaniu poufności, pouczenia pracowników i współpracowników o obowiązku zachowania poufności danych zastrzeżonych w toku postępowania. Dodatkowo wskazany katalog działań prawnych, organizacyjnych, informatycznych nie dowodzi, że przedmiotowe działania zostały podjęte dla zachowania poufności konkretnie tych danych i informacji, co do których Bico oczekuje ograniczenia jawności postępowania. Wskazany sposób działania w zakresie, w jakim dotyczy on pouczenia pracowników i współpracowników odnośnie do obowiązku zachowania

poufności, zaangażowanie Kancelarii Prawnej dla potrzeb konsultowania kwestii ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, nie stanowią dowodu skutecznego objęcia informacji, przekazanych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym w sposób uzasadniający ograniczenie jawności postępowania. Przywołane przez Bico w uzasadnieniu zastrzeżenia jawności dokumentów działania to ogólne i powszechnie stosowane praktyki organizacji w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej każdego przedsiębiorcy, które nie są adekwatne i wystarczające dla ustalenia, że wykonawca skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, żaden dokument czy argument wskazany w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdza, a nawet nie daje prawdopodobieństwa, że podjęto działania, które prowadzą do skutecznego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Każdy uczestnik postępowania może wykazać się działaniami takimi jak hasłowanie dokumentów, hasłowanie sprzętu komputerowego, pracownicy innych wykonawców zgodnie z przepisami art. 101 Kodeksu pracy także zobligowani są do podejmowania działań, które nie stanowią ryzyka wyrządzenia szkody, tj. m.in. do zachowania poufności informacji. Powszechną praktyką jest także korzystanie z doradztwa prawnego kancelarii. W konsekwencji nie sposób uznać, że powyższe działania (których Bico nie wykazał) podjęte zostały dla objęcia poufnością informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił, że zastosowany przez Bico sposób wykazania zasadności ograniczenia jawności postępowania stanowi ryzyko ww. podmiotu, który decydował o zakresie i sposobie udowodnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ponosząc ryzyka związane z brakiem skutecznego dokonania podejmowanych działań.

Zdaniem Odwołującego, ogólne wyjaśnienia zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przywołane ogólne argumenty dotyczące podjętych działań prawnych, organizacyjnych i informatycznych, stanowią dowód na rezygnację z ochrony przewidzianej art. 8 ustawy Pzp, co po stronie Zamawiającego skutkuje powstaniem obowiązku odtajnienia informacji złożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał odtajnienia wskazanych w wyjaśnieniach cen jednostkowych, które składają się na wysokość zaoferowanej ceny, mimo że Bico nie wykazał, by przedmiotowe informacje miały charakter poufny. Oświadczenia i argumenty przedstawione dla wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnoszą się do utajnionych cen jednostkowych. Wykonawca Bico wyraźnie i jednoznacznie wskazał na potrzebę i konieczność wyłączenia jawności informacji dotyczącej wiedzy i doświadczenia, modelu współpracy z podmiotami trzecimi,

umów i porozumień, listów klientów, tj. informacji i dokumentów, które nie stanowią elementu danych przedkładanych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący podniósł, że wykonawca Bico nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, by zetknął się z sytuacją przejmowania personelu przez konkurencyjnych wykonawców. Powyższe stanowi dowód na okoliczność braku podstaw do ograniczenia jawności postępowania. Odwołujący stwierdził w odniesieniu do argumentacji o podkupowaniu pracowników, że stoi ona w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu daną osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca, by wykonawca mógł nimi dysponować na potrzeby realizacji zamówienia. Odwołujący zaznaczył, w stosunku do wykonawcy usiłującego "podkupić" zasoby konkurenta może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp mówiący o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami. W świetle powyższego stanowisko Bico w zakresie przejmowania specjalistów pozostało gołosłowne, gdyż nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

W odniesieniu do zaniechania udostępnienia załączników do protokołu Odwołujący powołał się na przepisy art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i wskazał, że w celu skorzystania z przysługującego mu uprawnienia do zapoznania się z jawnymi dokumentami postępowania oraz weryfikacji poprawności dokonanej przez Zamawiającego analizy i oceny ofert, a w jej konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 24 maja 2021 r. złożył wniosek o udostępnienie dokumentów złożonych przez Bico w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do jego wykluczenia. W odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający poinformował, że ww. dokumenty zostaną przesłane Odwołującemu po upływie terminu na wniesienie przez wykonawcę odwołania na decyzję Zamawiającego o odtajnieniu informacji (decyzja o odtajnieniu została wysłana 20.05.21 r.).

Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp obligują Zamawiającego do udostępnienia dokumentów postępowania po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że Zamawiający działając zgodnie z przepisami prawa, w poszanowaniu zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, zobowiązany był na wniosek zainteresowanych uczestników do udostępnienia dokumentów począwszy od dnia 21 maja 2021 r. Ustawa nie zawiera żadnych ograniczeń w przekazaniu dokumentów w ww. terminie, w szczególności nie warunkuje udostępnienia dokumentów od upływu terminu na złożenie środka ochrony prawnej na czynność Zamawiającego przez innego uczestnika postępowania. Odwołujący zaznaczył, że wszelkie oświadczenia, dokumenty, wyjaśnienia, w tym składane na wezwanie z art. 26 ust. 3 i 4 czy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowią innych dokumentów składanych przez zamawiającego i wykonawców, o których mowa w art. 96 ust. 2, ponieważ dokumenty te są



treścią ofert (sensu largo), do których zamawiający i wykonawcy powinni mieć dostęp bezpośrednio po otwarciu ofert.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający od 24 maja 2021 r., tj. od złożenia przez Odwołującego wniosku o udostępnienie dokumentów, zobligowany był do ich przekazania, w tym bez żadnych ograniczeń czasowych. Mając na uwadze, że dokumenty składane dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia stanowią element oferty, obowiązek ich udostępnienia zaktualizował się już 27 stycznia 2021 r. tj. z chwilą otwarcia ofert. Od tej daty Zamawiający winien liczyć się z obowiązkiem przekazywania uczestnikom postępowania dokumentów złożonych przez pozostałych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że iż wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 21 maja 2021 r., a 20 maja 2021 r. Zamawiający poinformował Bico o odtajnieniu dokumentów, w związku z czym czas na zaskarżenie wyboru oferty Bico upływa 31 maja 2021 r., zaś termin na zaskarżenie przez Bico czynności odtajnienia dokumentów 30 maja 2021 r. 30 maja 2021 r. przypada w niedzielę, tj. w dniu ustawowo wolnym od pracy. Oznacza to, że Zamawiający udostępni Odwołującemu dokumenty, pozwalające na weryfikację czynności wyboru oferty najkorzystniejszej najwcześniej 1 czerwca 2021 r., tj. po upływie terminu za zaskarżenie wyboru oferty Bico. Zdaniem Odwołującego, powyższe stanowi rażące naruszenie zasady przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców. W przypadku ustalenia, w wyniku analizy dokumentów Bico udostępnionych po upływie ww. terminów, że wybór oferty najkorzystniejszej został przeprowadzony z naruszeniem ustawy, postępowanie będzie obarczone wadą, która będzie wymagała jego unieważnienia.

#### Zarzuty dotyczące zaoferowania rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że w wyniku analizy zaoferowanych cen Zamawiający ustalił m.in., iż oferta Bico jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz, że cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazując jako podstawę wezwania art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Bico w odpowiedzi na dwukrotne wezwanie (z 9 lutego 2021 r. oraz z 21 kwietnia 2021 r.) nie zostały przygotowane w sposób rzetelny i nie wykazują, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie przedstawił w szczególności żadnych dowodów w tym zakresie, podając kalkulację kosztów, a wyjaśnienia na podstawie oferty podwykonawcy nie są miarodajne.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca składając wyjaśnienia zobligowany jest do rzetelnego i szczegółowego przedstawienia Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny, tj. do

wyjaśnienia, jakie czynniki decydują o wycenie jego oferty, jak również do przedstawienia dowodów potwierdzających realność przedstawionej kalkulacji. Powyższy sposób działania wykonawcy wynika wprost z ustawy Pzp oraz z orzecznictwa Izby.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Bico są ogólne, wskazują na okoliczności standardowe i charakterystyczne dla wielu uczestników rynku zamówień publicznych, tj. nie wskazują indywidualnych czynników cenotwórczych będących w dyspozycji wykonawcy, które pozwalałyby na ustalenie i przyjęcie, że zaoferowana cena została skalkulowana rzetelnie, jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Bico na wstępie wyjaśnień z 9 lutego 2021 r. potwierdził twierdząco lakonicznie, na równie lakoniczne zapytania Zamawiającego, że:

- cena ofertowa zawiera wszelkie koszty wykonania usługi wynikające z Opisu przedmiotu zamówienia;
- cena ofertowa zawiera koszty związane z pełnieniem usługi w przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminu zakończenia robót do 3 miesięcy, zgodnie z zapisami pkt 4 ppkt 4.2 Opisu przedmiotu zamówienia;
- cena ofertowa zawiera koszty sprzętu pomiarowo-kontrolnego; wyposażenia technicznego; wyjazdów, koszty transportu; koszty badań laboratoryjnych.
- cena ofertowa zawiera wynagrodzenia pracowników w okresie rękojmi;
- cena ofertowa zawiera koszty np.: pomieszczeń biurowych, wyposażenia biura i zaplecza w okresie rękojmi robót;
- określił wynagrodzenie dla poszczególnych osób wymaganych jako niezbędny personel;
- przewidział osiągnięcie zysku;
- przewidział osiągnięcie rezerwy.

Odwołujący stwierdził, że ze względu na utajnienie danych kosztotwórczych, liczbowych, nie może odnieść się do poziomu tych kosztów i ocenić ich merytorycznie. Wskazał jednak, że wyjaśnienia opierają się w dużej mierze na kalkulacji własnej Bico, a bardziej, na podstawie kalkulacji oferty podwykonawcy (który też został utajniony).

W ocenie Odwołującego, wyjaśnianie rażąco niskiej ceny na zasadzie pytania z prośbą o potwierdzenie danej okoliczności, po przedstawieniu odpowiedzi twierdzącej oferenta bez załączenia dowodów, z zasady wyklucza możliwość uznania, że Bico wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Z wyjaśnień nie wynika, aby Bico przedłożył dowody, które miałyby wykazać, że cena nie jest rażąco niska, takimi dowodami nie są na pewno własne oświadczenia lub kalkulacje.

Odwołujący zaznaczył, że utajnienie danych w odniesieniu do oferty złożonej przez jednego z podwykonawców, który został ujawniony przez Bico w ofercie z 26 stycznia 2021 r., jest bezpodstawne i nie ma uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy.

Zdaniem Odwołującego, ponieważ oferty podwykonawcy z 22 stycznia 2021 r. i z 8 lutego 2021 r. dotyczą w zasadzie całego przedmiotu zamówienia, Bico oraz jego podwykonawca winni złożyć co najmniej:

- umowę potwierdzającą, że oferta z 22 stycznia 2021 r. oraz z 8 lutego 2021 r. jest prawnie wiążąca i że obowiązuje w całym okresie przewidzianym na realizację zamówienia, a tym samym, że kalkulacja kosztów jest wiążąca i może odnosić się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – z dokumentacji nie wynika bowiem, aby oferta ta została przyjęta, brak jest także informacji o okresie ważności ofert;
- dokumentację potwierdzającą zakontraktowanie i zapewnienie stabilności kosztów dotyczących realizacji zamówienia, takich jak zatrudnienie osób wymaganych jako niezbędny personel, sprzętu pomiarowo-kontrolnego, wyposażenia technicznego, wyjazdów, kosztów transportu, badań laboratoryjnych, biura w okresie rękojmi robót, wynagrodzenia pracowników;
- wyjaśnienie, czy i jak zakładane zyski oraz rezerwa Bico i jego podwykonawcy wpływają na siebie (czy są od siebie zależne), tj. czy zys /rezerwa przewidziana dla podwykonawcy wpływa na zysk/rezerwę przewidzianą dla Bico.

Odwołujący zaznaczył, że już w ofercie z 26 stycznia 2021 r. Bico wskazał, że podwykonawcami – w zasadzie co do całości zakresu prac (co wynika z oferty załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) – będą BICO Group T. P., Zachodnie Centrum Konsultingowe Euro Invest, Mott MacDonald. Wyjaśnione i wykazane winno zostać zatem w toku Postępowania także:

- Czy BICO Group T. P. występuje w ramach realizacji zamówienia jako podwykonawca, czy jako wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia z Bico Group sp. z o.o. lub inną osobą / podmiotem (konsorcjant), tym bardziej, że zakres, który już jest znany do powierzenia w ramach podwykonawstwa obejmuje cały przedmiot zamówienia;
- Dlaczego Bico Group sp. z o.o. oraz BICO Group T. P. nie złożyli oferty w sposób dedykowany dla wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, skoro charakter tych czynności nakazuje uznać, że w istocie taką ofertę składali, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;

- Jak wykonawca BICO skalkulował koszty i czas pracy personelu pochodzącego z Zachodniego Centrum Konsultingowego Euro Invest, skoro firma ta ma siedzibę w zachodniej części Polski, a nadzór ma być prowadzony w Warszawie, czy uwzględniono koszty podróży, zakwaterowania tych osób;
- Jeżeli oferty podwykonawcy z 22 stycznia 2021 r. oraz z 8 lutego 2021 r. pochodzą od BICO Group T. P., to czy ewentualne umowy, negocjacje, odbywały się w tym zakresie z poszanowaniem art. 210 § 1 KSH, zgodnie z którym w umowie między spółką a członkiem zarządu oraz w sporze z nim spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. Kwestia ta wpływa na skuteczność przedsięwziętych czynności, gdyż T. P. jest jednocześnie prezesem zarządu Bico Group Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający z uchybieniem przepisów nie ustalił charakteru, w jakim występują w ramach oferty Bico: 1) Bico Group Sp. z o.o.; 2) BICO GROUP T. P., ewentualnie, 3) inni podwykonawcy, gdy to od nich pochodzą oferty z 22 stycznia i 8 lutego 2021 r., w związku z tym, że zgodnie z ofertą załączoną do wyjaśnień obejmuje ona cały zakres przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, oferta Bico winna zostać odrzucona także i z tego powodu, że stanowi w istocie ofertę składaną przez konsorcjum wykonawców i jako taka nie spełnia wymogów ustawy oraz SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Bico ograniczył wyjaśnienia do przedstawienia ogólnej kalkulacji kosztów, bez wyjaśnienia i uwzględnienia tego, że znakomita większość zamówienia realizowana będzie przez podwykonawców, pomijając jednocześnie obowiązek poparcia wskazanych informacji stosownymi dowodami, tj. pozwalającymi Zamawiającemu na ustalenie, iż cena jego oferty została oparta o realną i rzetelną wycenę. Wykonawca uchybił obowiązkowi wykazania, udowodnienia faktycznego wpływu przytoczonych okoliczności na sposób wyceny, w tym na realność wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia Bico nie spełniają wymagań obowiązujących przepisów prawa i standardów wypracowanych w praktyce orzeczniczej Izby.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Na mocy art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy było złożenie miarodajnych i adekwatnych wyjaśnień oraz materiałów dowodowych, a obowiązkiem Zamawiającego ich wszechstronna analiza i ocena. Odwołujący wskazał, że orzecznictwo KIO zrównuje sytuację wykonawcy, który w ogóle nie złożył wyjaśnień z sytuacją wykonawcy, który wprawdzie złożył wyjaśnienia, jednak zostały one przygotowane w sposób nierzetelny, niepoparty dowodami, uniemożliwiający zrozumienie założeń kalkulacji ceny.

Odwołujący podniósł, że w cenie ofertowej Bico nie ujął wymaganych w SIWZ składników cenotwórczych lub zaoferował cen nierynkowe.

Brak kalkulacji kosztów za 35 miesięcy usługi nadzoru

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny załączył szczegółową kalkulację kontraktu, jednakże w powyższej kalkulacji zawarte są ogólne (za 32 miesiące) koszty. Wcześniej, Bico wskazywał, że cena ofertowa zawiera koszty związane z pełnieniem usługi w przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminu zakończenia robót do 3 miesięcy. Skoro tak, to kalkulacja taka winna uwzględniać co najmniej 35 miesięcy usługi nadzoru, gdyż:

- Planowany termin realizacji robót to 32 miesiące od podpisania umowy –(pkt 7 Projektu Umowy po zmianach);
- W przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych robót objętych Kontraktem (różnice ilościowe, roboty zamienne, roboty dodatkowe, Zamówienia Podobne) oraz wydłużenia terminu zakończenia robót do 3 miesięcy, wynagrodzenie Inżyniera nie ulega zwiększeniu (pkt 6.1.4. Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID).

Wykonawca nie przedstawił kalkulacji odpowiadającej warunkom SIWZ, nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – nie skalkulował tej ceny za okres 35 miesięcy nadzoru.

Koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przygotowania oferty i wadium

Odwołujący powołał się na pkt 11 Projektu Umowy oraz pkt 2.2 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID, określające obowiązki wykonawcy w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i podniósł, że Bico nie odniósł się w wyjaśnieniach do kwestii kosztów ww. zabezpieczenia w jakiegokolwiek formie. W zależności od sposobu zabezpieczenia i konieczności ewentualnego wydłużania Robót, nie wykazano, czy i jak utrzymywanie zabezpieczenia wpłynie na kalkulację oferty. Ponadto nie uwzględniono kosztów przygotowania oferty ani wniesienia wadium. Koszty te nie zostały skalkulowane w cenie ofertowej.

#### Koszty związane z wykonywaniem usług w ponadnormatywnym wymiarze

Odwołujący powołał się pkt 6 Projektu Umowy oraz pkt 3.1.1. Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID i podniósł, że wykonawca pominął w kalkulacji koszty pracy personelu i nie wykazał, że oferta uwzględnia konieczność świadczenia usług w dni ustawowo wolne od pracy oraz za pracę w godzinach nadliczbowych. Wykonawca nie uwzględnił w ofercie ryzyka nieobecności członków zespołu, kosztów ich zastępstwa oraz konieczności zapewnienia personelu na potrzeby realizacji usług w ponadnormatywnym wymiarze.

#### Umowa o roboty budowlane

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2 i 3 Projektu Umowy, umowa na roboty budowlane nr UM/ZMI/ZP/5/PN/4/20 stanowi integralną część umowy na nadzór. Podniósł, że Bico pominął w kalkulacji koszty związane z koniecznością zapewnienia możliwości wypełnienia wszystkich obowiązków nadzoru w stosunku do prac oraz sposobu wykonywania prac na podstawie umowy o roboty budowlane, co do wymogów opisanych w tej umowie.

#### Uwzględnienie wszystkich kosztów realizacji

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 5 Projektu Umowy: *Powyższe wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym i stanowić będzie zapłatę za całkowity zakres prac przedstawiony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obejmuje wszelkie niezbędne do realizacji umowy, w szczególności: koszty sprzętu pomiarowo-kontrolnego, wyposażenia technicznego (najmu i wyposażenia zaplecza), koszty wyjazdów, transportu, badań laboratoryjnych i inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy do dnia odbioru ostatecznego robót, potwierdzającego zakończenie rękojmi na nadzorowanych robotach.*

Zdaniem Odwołującego Bico prowadził ogólną korespondencję z Zamawiającym w sprawie skalkulowania ww. czynników i nie udowodnił, że jego oferta uwzględnia wszystkie ww. koszty. Oferta nie uwzględnia tego, że czas realizacji usług może wynosić łącznie 131 miesięcy od dnia podpisania umowy na nadzór. Wykonawca zobowiązany jest pełnić niezbędne czynności od dnia wydania przez Zamawiającego polecenia realizacji umowy aż do odbioru końcowego robót oraz w okresie rękojmi na roboty budowlane wynoszącym od 60 do 96 miesięcy (zgodnie z ofertą wykonawcy robót budowlanych), łącznie z przygotowaniem odbiorów i uczestniczeniem w tych odbiorach (pkt 8 Projektu Umowy). Tymczasem kalkulacja Bico obejmuje 32 miesięczny okres świadczenia usług.

#### Koszt przeniesienia praw autorskich i nośników

Odwołujący powołał się na pkt 1.5.1 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID oraz pkt 1.502 [5] Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID, określające obowiązki w zakresie

przeniesienia praw autorskich i nośników i podniósł, że z wyjaśnień Bico nie wynika, aby uwzględnił on w kalkulacji ceny ofertowej jakiegokolwiek koszty w tym zakresie, w tym koszty związane z zapewnieniem majątkowych praw autorskich do utworów wytworzonych przez podwykonawców.

#### Poufność

Odwołujący wskazał na pkt 1.6 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID (*Inżynier ujawni wszystkie poufne i inne informacje, jakich Zamawiający może wymagać w celu sprawdzenia, czy Inżynier stosuje się do Umowy*) i podniósł, że wyjaśnienia Bico nie wykazują tego, iż koszty, wcześniej zabezpieczenia, a następnie, ewentualnego odtajnienia informacji zostały skalkulowane w ofercie, w tym, że oferta kalkuluje pracę w ramach umowy personelu odpowiedzialnego za weryfikację dokumentacji podlegającej udostępnieniu (specjalista ds. RODO, specjalista ds. prawnych).

#### Sprzęt Inżyniera

Odwołujący przywołał brzmienie pkt 2.1. (c) i pkt 2.6 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID i podniósł, że Bico nie wykazał, aby w oferowanej cenie kontraktowej zapewnił dostępność, utrzymanie oraz serwis sprzętu Inżyniera w okresie realizacji Umowy, w sposób który będzie umożliwiał jej prawidłową realizację.

#### Inżynier – koszty zarządzania projektem

Odwołujący powołał się na pkt 2.3 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID: *Inżynier wyznaczy posiadającego kwalifikacje i kompetencje Przedstawiciela Inżyniera (Inżyniera Kontraktu) i umocuje/upoważni go do działania w imieniu Inżyniera według Umowy*. Podniósł, że Bico pominął w kalkulacji koszt zarządzania projektem przez Inżyniera Kontraktu, który miałby działać w imieniu wykonawcy. Nad realizacją prac poszczególnych członków zespołu wielobranżowego – oprócz Inżyniera Rezydenta (będącego kierownikiem zespołu) – musi czuwać sam wykonawca Bico.

#### Pomieszczenia biurowe

Odwołujący podniósł, że Bico nie wykazał, aby w oferowanej cenie kontraktowej zapewnił: dostępność oraz utrzymanie pomieszczeń biurowych w okresie realizacji Umowy (pkt 3.5 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID).

#### Zdrowie i bezpieczeństwo

Zdaniem Odwołującego Bico nie wykazał aby w oferowanej cenie kontraktowej zapewnił: dostępność specjalnie dedykowanego specjalisty ds. BHP na okres realizacji Umowy, ubezpieczenie NNW i inne usługi zdrowotno-profilaktyczne, koszty odzieży roboczej

oraz ochronnej, w tym związane Covid-19 (pkt 3.6 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID).

#### Koszty korzystania z biura

Zdaniem Odwołującego, Bico nie uwzględnił w ofercie, w punktach biuro budowy oraz biuro w okresie rękojmi kosztów związanych z bieżącym korzystaniem z biura przez osoby w nim pracujące oraz utrzymaniem tego biura w czystości, w tym z dezynfekcją. Ponadto Odwołujący wskazał, że przez cały okres realizacji Umowy, w tym w okresie rękojmi, wystąpią koszty w postaci wydruków sprawozdań, raportu, dokumentacji, które nie zostały uwzględnione w cenie ofertowej.

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że wykonawca powinien również uwzględnić koszty osób wykonujących ww. obowiązki, co nie zostało ujęte w cenie ofertowej.

#### Sprzęt komputerowy, koszty telekomunikacyjne, koszty licencji oprogramowania

Zdaniem Odwołującego Bico nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztu usług telekomunikacyjnych, kosztów licencji dla oprogramowania niezbędnego do realizacji usługi oraz kosztów zakupu lub amortyzacji sprzętu komputerowego.

#### Szczegółowe zadania Inżyniera

Odwołujący wskazał, że pkt 10 Warunków Zarządzania Kontraktem ZMID przewidział szereg czynników kosztotwórczych realizacji usługi przez Inżyniera, które nie zostały ujęte przez Bico lub co do których nie wykazano, że koszty realizacji uwzględniające te obowiązki nie są rażąco niskie.

Zdaniem Odwołującego Bico nie ujął w cenie oferty:

- organizacji pracy w sposób ciągły przez personel wykonawcy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (pkt 4.10.13),
- możliwości zapewnienia ilości oraz jakości badań przez personel wykonawcy Bico zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (pkt 4.10.25),
- dostępności dedykowanego specjalisty ds. BHP na okres realizacji Umowy (pkt 4.10.28),
- kosztów pracy personelu i konieczności świadczenia usług w dni ustawowo wolne od pracy oraz za pracę w godzinach nadliczbowych (pkt 4.10.45),
- kosztów personelu dedykowanego do realizacji obowiązków w zakresie rozpatrywania skarg i roszczeń osób trzecich oraz ustalania wysokości kar umownych lub innych wierzytelności (prawnik, radca prawny / adwokat),
- kosztów obsługi księgowej i personelu administracyjnego (sekretariat).



Zarzuty dotyczące niespełnienia warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, że w związku z pozbawieniem go możliwości analizy dokumentów stanowiących podstawę oceny spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do jego wykluczenia, nie ma możliwości szczegółowego uzasadnienia ww. zarzutu z uwagi na rażące naruszenie jego uprawnień przez Zamawiającego i wadliwe prowadzenie postępowania. W konsekwencji Odwołujący zastrzegł sobie prawo uzupełnienia uzasadnienia przedmiotowego zarzutu w toku postępowania przed Izłą, ewentualnie złożenia suplementu do odwołania przed wyznaczeniem terminu posiedzenia, o ile w tym czasie otrzyma dokumenty, o które wystąpił 24 maja 2021 r.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:***

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi związanymi z rozbudową drogi powiatowej – al. Armii Ludowej w zakresie wiaduktów drogowych w rejonie parku Agrykola wraz z przebudową sieci uzbrojenia terenu w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa wiaduktów w ciągu Trasy Łazienkowskiej przy Agrykoli wraz z zagospodarowaniem terenów, w tym: Etap I – rozbudowa wiaduktów (pkt III.1 SIWZ).

Zgodnie z protokołem postępowania (druk ZP-PN) wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.501.519,03 zł, co stanowi równowartość 820 162,33 euro , w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp – 800.000,00 zł, co stanowi równowartość 187 384,35 euro. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 2.000.000,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) ZBM S.A. – 1.799.877,06 zł,
- 2) Bico Group Sp. z o.o. – 1.568.910,31 zł,
- 3) TPF Sp. z o. o. 1.989.264,18 zł,
- 4) Konsorcjum SGS Polska Sp. z o.o., SCALA-CED Sp. z o.o. – 1.522.740,00 zł (oferta odrzucona z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny).

Pismem z 2 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Bico – na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp – *do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,*

w szczególności dotyczących obiektywnych okoliczności niedostępnych dla innych Wykonawców, takich jak:

- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy,
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
- powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wzywa także do odpowiedzi na następujące pytania dotyczące wyliczenia ceny ofertowej (wynagrodzenie ryczałtowe):

1. Czy cena ofertowa zawiera wszelkie koszty wykonania usługi wynikające z Opisu przedmiotu zamówienia?
2. Czy cena ofertowa zawiera koszty związane z pełnieniem usługi w przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminu zakończenia robót do 3 miesięcy, zgodnie z zapisami pkt 4 ppkt 4.2. Opisu przedmiotu zamówienia, jeśli tak to w jakiej wysokości?
3. Czy cena oferty zawiera:
  - 1) koszty sprzętu pomiarowo - kontrolnego,
  - 2) koszty wyposażenia technicznego (najmu wyposażenia zaplecza),
  - 3) koszty wyjazdów, koszty transportu,
  - 4) koszty badań laboratoryjnych,- jeśli tak to w jakiej wysokości?
4. Czy cena ofertowa zawiera wynagrodzenie pracowników w okresie rękojmi robót, jeśli tak to w jakiej wysokości?
5. Czy cena ofertowa zawiera koszty np.: pomieszczeń biurowych, wyposażenie biura i zaplecza w okresie rękojmi robót, jeśli tak to w jakiej wysokości?
6. W jakiej wysokości Wykonawca przewidział wynagrodzenie dla poszczególnych osób wykonujących usługę, wymaganych jako „niezbędny Personel” w pkt 2 ppkt 2.2. Opisu przedmiotu zamówienia?
7. Czy Wykonawca przewidział osiągnięcie zysku, jeśli tak to w jakiej wysokości?
8. Czy Wykonawca przewidział rezerwę, jeśli tak to w jakiej wysokości?

Zamawiający wymaga wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego jak i finansowego) na

wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Kalkulacja winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania. Wymagane jest także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez Wykonawcę obiektywnych czynników. Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.  
(...)

Pismem z 9 lutego 2021 r. Bico złożył wyjaśnienia, które w całości (wraz załącznikami) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił następujące uzasadnienie tego zastrzeżenia:

(...) Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Z kolei zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Oznacza to, że żeby informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione trzy przesłanki (...) Wszystkie trzy przesłanki są spełnione przez zastrzeżone informacje.

W dokumencie znajduje się szczegółowe wyjaśnienie polityki cenowej Wykonawcy, w tym określenie, jaki poziom rezerwy na nieprzewidywane wydatki przewiduje Wykonawca oraz jaką zakłada wysokość marży. Jest to bardzo ważna informacja o charakterze

organizacyjnym. Informacja ta pozwala poznać, jakim poziomem zysku zadowala się Wykonawca i jakie narzuty stosuje do kosztów.

Biorąc pod uwagę poglądy wypracowane w orzecznictwie i doktrynie za informację, które mogą korzystać z ochrony, jaką daje zastrzeżenie ich tajemnicą przedsiębiorstwa może zostać uznany między innymi szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności wskazujący na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia, stanowiący o konkurencyjności firmy na danym rynku, w tym również podawany na etapie wyjaśniania rażąco niskiej ceny lub kosztu (w przeciwieństwie do kosztorysu, zawierającego jedynie ceny wyrażone liczbowo) [zob. M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 8 ustawy Pzp].

Wskazuję również na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r. wydany w sprawie o sygnaturze akt XIX Ga 167/07: „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)”

Ujawnienie tych informacji do wiadomości publicznej – a przede wszystkim ujawnienie tych informacji konkurentom Wykonawcy – spowodowałoby powstanie szkody. Konkurenci poznaliby bowiem politykę cenową, jaką Wykonawca stosuje w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Znając politykę cenową Wykonawcy konkurenci mogliby trafnie przewidywać jakie dokładnie wynagrodzenie Wykonawca zaoferuje w innych postępowaniach, a w konsekwencji osiągnąć nieuzasadnioną przewagę informacyjną i zaoferować w tych postępowaniach niższą cenę, pozbawiając tym samym Wykonawcy możliwości uzyskania zamówień.

W zastrzeżonym dokumencie znajduje się także szereg informacji na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy, w tym informacje na temat modelu współpracy z kontrahentami, cen oferowanych przez kontrahentów, organizacja pracy podległych pracowników oraz organizacja bieżącego wykonywania umowy.

Wszystkie te informacje stanowią know-how Wykonawcy wypracowany w ramach długiego okresu prowadzenia działalności gospodarczej.

Zgodnie z orzecznictwem za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym ani działalnością handlową [zob. wyr. SO w Warszawie z 5.6.2006 r., V Ca 440/06, niepubl.].

*Ujawnienie tych informacji do wiadomości publicznej – a przede wszystkim ujawnienie tych informacji konkurentom Wykonawcy – spowodowałoby powstanie szkody. Konkurenci poznaliby bowiem model organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy, wypracowany podczas wieloletniej realizacji podobnych umów i pozwalający Wykonawcy zaoferować konkurencyjną cenę. Znając ten model współpracy mogliby wdrożyć go w swoich przedsiębiorstwach. Tym samym zmalałaby pozycja Wykonawcy na rynku usług będących przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji zmalałyby również przychody Wykonawcy.*

*W zastrzeganym dokumencie znajduje się również informacja na temat modelu współpracy Wykonawcy z poszczególnymi ekspertami. Ta informacja ma charakter organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiada wartość gospodarczą.*

*W tym miejscu należy zauważyć, iż rynek usług stanowiących przedmiot zamówienia jest rynkiem o znacznej konkurencji, a zasadniczą wartością, jaką na nim dysponują Wykonawcy, jest potencjał ludzki z jego wiedzą i doświadczeniem. W świetle powyższego, zważywszy na obecnie panującą sytuację na rynku pracy oraz ryzyko polegające na możliwości „podkupienia” współpracujących z Wykonawcą specjalistów, informacja na temat osób, z którymi Wykonawca współpracuje, w tym również informacje na temat modelu współpracy oraz wynagrodzenia posiadają znaczną wartość gospodarczą.*

*Orzecznictwo wyraźnie również wskazuje, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może zostać uznane zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu (zob. wyr. SO w Warszawie z 5.6.2006 r., V Ca 440/06, niepubl.).*

*Ujawnienie tych informacji do wiadomości publicznej – a przede wszystkim ujawnienie tych informacji konkurentom Wykonawcy – spowodowałoby powstanie szkody. Konkurenci poznaliby bowiem model współpracy oraz wynagrodzenie poszczególnych specjalistów. A w konsekwencji byłoby w stanie dotrzeć do specjalistów współpracujących z Wykonawcą i – znając model współpracy i wynagrodzenie – zaoferować im konkurencyjne wynagrodzenie w celu pozyskania tych osób dla siebie. Tym samym zniweczone zostałyby wszystkie wysiłki organizacyjne, jakie Wykonawca podjął w celu nawiązania kontaktów ze specjalistami oraz wypracowania satysfakcjonującego obie strony modelu współpracy.*

*Informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani nie są łatwo dostępne dla takich osób.*

*Wykonawca nigdy nie ujawnia tych informacji, ani w kontaktach z podmiotami prywatnymi, ani publicznymi. Jeżeli ujawnienie tych informacji jest wymagane w związku z ubieganiem się*

*o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca zastrzega je jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.*

*Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności. Działania wykonawcy należy podzielić na działania prawne, organizacyjne i informatyczne.*

*Podjęte działania prawne to:*

- 1) Wdrożenie pisemnego regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.*
- 2) Pouczenie pracowników i stałych współpracowników o obowiązku zachowania informacji w tajemnicy.*
- 3) Podjęcie współpracy z Kancelarią Prawną i konsultowanie z nią kwestii związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa.*
- 4) Zawieranie umów o zachowaniu poufności (tzw. umowa NDA – non-disclosure agreement).*
- 5) Zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.*

*Podjęte działania organizacyjne to:*

- 1) Stosowanie zasady minimalizacji - tzn. dostęp do poszczególnych informacji mają tylko ci pracownicy, którzy muszą je mieć, żeby wypełniać swoje obowiązki zawodowe; pozostali pracownicy nie mają dostępu do informacji.*
- 2) Stosowanie zasady czystego biurka.*
- 3) Przechowywanie dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w szafkach zamykanych na klucz lub w sejfie.*
- 4) Zamykanie na klucz pokoi, w których dostępne są dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.*
- 5) Przyjmowanie gości wyłącznie w recepcji lub sali konferencyjnej.*
- 6) Niszczenie dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w niszczarce lub korzystanie z usług firmy zajmującej się profesjonalnym niszczeniem dokumentów.*

*Podjęte działania informatyczne to:*

- 1) Dostęp do komputerów jest zabezpieczony za pomocą hasła.*
- 2) Użytkownicy komputerów są zobowiązani do zachowania haseł w poufności.*
- 3) Istnieją szczególne wymogi co do długości i złożoności hasła oraz wymagana jest jego cykliczna zmiana.*
- 4) Na komputerach jest zainstalowane oprogramowanie antywirusowe, które jest na bieżąco aktualizowane.*

- 5) *Zabronione jest instalowanie zewnętrznego oprogramowania bez wcześniejszej konsultacji z firmą informatyczną.*
- 6) *Szyfrowanie wiadomości, w przypadku wysyłania ich e-mailem.*
- 7) *Stosowanie ostrzegającej stopki w e-mailach, w których wysyłane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.*
- 8) *Zablokowanie możliwości nagrywania danych na płyty CD/DVD oraz na zewnętrzne nośniki danych, co ma zapobiec nieuprawnionemu wyciekowi informacji.*

*Zastosowanie wszystkich wymienionych wyżej środków bezpieczeństwa służy utrzymania informacji w poufności. Do pisma zostają załączone kopie Regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązujące u Wykonawcy.*

*Podsumowując, należy uznać, że Wykonawca zastrzegł, że wskazane informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym informacje nie mogą zostać ujawnione innymi podmiotom niż Zamawiający.*

*Pismem z 5 marca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Bico, że: w wyniku przeprowadzonej analizy dokumentów/wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z 2 lutego 2021 roku nr pisma ZMID-ZP.26.1.2021.MAS(3), Zamawiający postanawia odtajnić informacje dokumenty / wyjaśnienia zawarte w pismach dostarczonych 9 lutego 2021 roku:*

1. *treść pisma z dnia 9.02.2021 roku pt. „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” (bez załącznika)*
2. *treść pisma z dnia 9.02.2021 roku pt. „Wyjaśnienia zaoferowanej Ceny” (koszty podane w piśmie oraz szczegółowa kalkulacja kontraktu pozostaną tajemnicą)*
3. *treść pism będące załącznikami do szczegółowej kalkulacji zostaną odtajnione (wartości podane w pismach pozostaną tajemnicą).*

*Następnie, pismem z 12 marca 2021 r., Zamawiający poinformował, że: w wyniku przeprowadzonej analizy dokumentów/wyjaśnień złożonych w dniu 10.03.2021 r przez pełnomocnika Wykonawcy w sprawie odtajnienia zastrzeżonych informacji z dnia 5 marca 2021 r. (numer pisma ZMID-ZP.26.1.2021.MAS (8), Zamawiający postanawia: uznać zasadność informacji na temat podmiotu, który przedstawił Wykonawcy ofertę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego Zamawiający informuje, że dokona częściowego odtajnienia, zgodnie z dokumentem przesłanym w dniu 10.03.2021 roku przez Pełnomocnika Wykonawcy.*

*W treści odtajnionych wyjaśnień Bico podał:*

*W pierwszej kolejności oświadczam, że zaoferowana przez BICO Group spółka z o.o. w niniejszym postępowaniu cena uwzględnia wszystkie koszty, jakie są niezbędne do należytego wykonania zamówienia, biorąc pod uwagę zarówno pełną dokumentację postępowania, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze wszystkimi załącznikami (w tym również wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia), ogłoszenie o zamówieniu oraz przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Na poparcie czego składam Szczegółową Kalkulację Kontraktu.*

*(...) Potwierdzam, że cena ofertowa zawiera wszelkie koszty wykonania usługi wynikające z Opisu przedmiotu zamówienia.*

*(...) Potwierdzam, że cena ofertowa zawiera koszty związane z pełnieniem usługi w przypadku zmiany zakresów rzeczowych i finansowych nadzorowanych robót oraz wydłużenia terminu zakończenia robót do 3 miesięcy, zgodnie z zapisami pkt 4 ppkt 4.2. Opisu przedmiotu zamówienia. Koszt: .....zł (Dowód: Szczegółowa Kalkulacja Kontraktu wraz z załącznikami).*

*(...) Potwierdzam, że cena oferty zawiera: koszty sprzętu pomiarowo-kontrolnego, (Koszt: .....zł), koszty wyposażenia technicznego, (Koszt: ..... zł), koszty wyjazdów, koszty transportu, (Koszt: ..... zł), koszty badań laboratoryjnych (Koszt: ..... zł) (Dowód: Szczegółowa Kalkulacja Kontraktu wraz z załącznikami).*

*(...) Potwierdzam, że cena ofertowa zawiera wynagrodzenia pracowników w okresie rękojmi robót. Koszt: ..... zł (Dowód: Szczegółowa Kalkulacja Kontraktu wraz z załącznikami).*

*(...) Potwierdzam, że cena ofertowa zawiera koszty np.: pomieszczeń biurowych, wyposażenie biura i zaplecza w okresie rękojmi robót. Koszt: ..... zł (Dowód: Szczegółowa Kalkulacja Kontraktu wraz z załącznikami).*

*(...) Wykonawca przewidział wynagrodzenie dla poszczególnych osób wykonujących usługę, wymaganych jako „niezbędny Personel” w pkt 2 ppkt 2.2. Opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób:*

*Inspektor nadzoru robót mostowych – Inżynier Rezydent (koordynator): ..... zł*

*Inspektor nadzoru robót konstrukcyjnych: ..... zł*

*Inspektor nadzoru robót drogowych: ..... zł*

*Inspektor nadzoru robót instalacyjno-sanitarnych: ..... zł*

*Inspektor nadzoru robót elektrycznych: ..... zł*

*Inspektor nadzoru robót teletechnicznych: ..... zł*

*Inspektor nadzoru robót branży zieleni: ..... zł*



*Inspektor nadzoru ds. materiałowych - technolog: ..... zł*

*Specjalista ds. rozliczeń robót budowlanych i kosztorysowania: ..... zł*

*Geodeta: ..... zł*

*Hydrolog: ..... zł*

*Inspektor robót geotechnicznych: ..... zł*

*Pozostali specjaliści/inspektorzy w miarę potrzeb w trakcie budowy: ..... zł*

*(Dowód: Szczegółowa Kalkulacja Kontraktu wraz z załącznikami)*

*(...) Potwierdzam, że Wykonawca przewidział osiągnięcie zysku. Wysokość zysku: ..... zł*

*(...) Potwierdzam, że Wykonawca przewidział rezerwę. Wysokość rezerwy..... zł*

Do wyjaśnień załączono:

- uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dokument ujawniony przez Zamawiającego),
- Regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w spółce Bico Group Sp. z o.o. (dokument niejawnny),
- Szczegółową kalkulację kontraktu (dokument niejawnny),
- Oferta podwykonawcy (nazwa podmiotu i kwota oferty – niejawnne),
- Wyjaśnienia podwykonawcy dotyczące kalkulacji ceny (nazwa podmiotu i kwoty – niejawnne).

Pismem z 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Bico do złożenia dodatkowych wyjaśnień, wskazując: *Wykonawca w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny załączył szczegółową kalkulację kontraktu, jednakże w powyższej kalkulacji zawarte są ogólne (za 32 miesiące) koszty. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie: w jaki sposób Wykonawca kalkulował miesięczne koszty bezpośrednie, w szczególności wysokość wynagrodzenia poszczególnych osób wykonujących usługę „niezbędny Personel” oraz okres pełnionych przez te osoby funkcji na budowie podczas pełnienia nadzoru.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Bico przedstawił szczegółową kalkulację ceny, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając uzasadnienie tożsame z uzasadnieniem załączonym do pierwotnych wyjaśnień. Zamawiający ujawnił pismo przewodnie oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast kalkulacja ceny pozostała niejawnna.

W odniesieniu do dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z 23 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Bico do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Następnie, pismem z 13 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Bico – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w postaci dowodów należytego wykonania usług (Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz budową drogi ekspresowej S5 Poznań-Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) węzeł Widawa Wrocław w podziale na 3 zadania; Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Budowa drogi ekspresowej S-51 na odcinku Olsztyn-Olsztynek), a także w postaci wykazu (wykaz potencjału kadrowego wykonawcy – załącznik nr 1.5.), z którego jednoznacznie będzie wynikało:

- 1) termin rozpoczęcia i zakończenia (dd/mm/rr) pełnionej funkcji przez osoby wskazane na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych oraz inspektora nadzoru robót drogowych;
- 2) rodzaj pełnionej funkcji przez osoby wskazane na stanowisko inspektora nadzoru robót mostowych oraz inspektora nadzoru robót drogowych, na poszczególnych zadaniach inwestycyjnych.

Pismem z 20 maja 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Bico, że: *w wyniku przeprowadzonej analizy dokumentów/wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z 23 kwietnia 2021 roku, nr pisma ZMID-ZP.26.1.2021.MAS(18) oraz z 13 maja 2021 roku nr pisma ZMID-ZP.26.1.2021.MAS(19), Zamawiający postanawia odtajnić informacje / dokumenty zawarte w pismach z dnia 5 maja 2021 roku oraz z dnia 18 maja 2021 roku:*

*1. dotyczące Wykonawcy, w całości:*

- a) Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa – uzasadnienie (bez załącznika: regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa)*
- b) JEDZ*
- c) Oświadczenie o rocznym obrocie*
- d) Polisę OC*
- e) Wykaz usług*
- f) Wykaz osób*
- g) Odpis z KRS*
- h) Zaświadczenie z US*

- i) Zaświadczenie z ZUS*
- j) Oświadczenie Wykonawcy*
- k) Zaświadczenia z KRK*

*2. dotyczące podwykonawcy (podmiotu trzeciego – Bico Group T. P.), w całości:*

- a) Zobowiązanie*
- b) JEDZ*
- c) Oświadczenie o rocznym obrocie*
- d) Odpis z CEIDG*
- e) Zaświadczenie z US*
- f) Zaświadczenie z ZUS*
- g) Oświadczenie Wykonawcy*
- h) Zaświadczenia z KRK*

*3. dotyczące podwykonawcy (podmiotu trzeciego - SGS Polska Sp. z o.o.):*

*1) w całości:*

- a) Zobowiązanie*
- b) JEDZ*
- c) Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie*
- d) Odpis z KRS*
- e) Zaświadczenie z US*
- f) Zaświadczenie z ZUS*
- g) Oświadczenie Wykonawcy*
- h) Zaświadczenia z KRK*

*2) w zakresie self-cleaning Zamawiający dokonał odtajnienia w dniu 9 lutego 2021 r. pismem ZMIDZP.26.1.2021.MAS(6), tj. :*

- a) w całości uzasadnienie utajnienia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,*
- b) w części oznaczonej jako informacje i wyjaśnienia dotyczące podjętych przez SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych w ramach procedury self-cleaning (art. 24 ust. 8 Pzp):*
  - treść wprowadzenia do informacji i wyjaśnień strona 1; pkt I (cały) – strona 2, 3, 4;*
  - wprowadzenie do pkt II – strona 4;*
  - treść pkt IV z wyłączeniem kwoty netto podanej w akapicie trzecim – strona 6, 7;*
- c) z treści Zalecenia Zarządu Spółki SGS Polska Sp. z o.o.:*
  - przedmiot audytu – strona 8;*

– pkt 1 – strona 8.

Zamawiający poinformował, że: *zastrzeżenie tych informacji, jest nieskuteczne i podlegają one ujawnieniu. Zamawiający informuje zatem, że dokona częściowego odtajnienia, zgodnie z dokumentem przesłanym w załączeniu. Zamawiający udostępni odtajnione informacje wymienione na wstępie niniejszego pisma, po upływie terminu na wniesienie przez Wykonawcę odwołania na decyzję Zamawiającego o odtajnieniu informacji.*

Pismem z 21 maja 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Bico jako najkorzystniejszej.

Zamawiający przekazał Odwołującemu ww. dokumenty podmiotowe 2 czerwca 2021 r.

***Izba zważyła, co następuje:***

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 28 maja 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej 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 po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Bico Group Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### Zarzuty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Zasadność tego zarzutu nie mogła jednak prowadzić do uwzględnienia odwołania, ponieważ naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy w tym zakresie nie ma i – wobec rozstrzygnięcia przez Izbę zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny – nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

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 do 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 zobowiązany był 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.

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.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było skuteczne, Przystępujący nie sprostował bowiem ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia jest w znacznej mierze ogólnikowe i obejmuje gośłowne deklaracje wykonawcy.

Pomijając przytoczenie treści przepisów prawa, stanowisk doktryny oraz cytatów z orzecnictwa, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wartości gospodarczej informacji sprowadza się do ogólnych sformułowań, które nie zostały nawet uprawdopodobnione, a co więcej – nie odnoszą się one do skonkretyzowanych danych i ich wartości, w tym nie wykazują ewentualnego uszczerbku, jakiego wykonawca mógłby doznać w przypadku ich ujawnienia. Uzasadnienie w tym zakresie obejmuje takie argumenty, jak:

- *W dokumencie znajduje się szczegółowe wyjaśnienie polityki cenowej Wykonawcy, w tym określenie, jaki poziom rezerwy na nieprzewidywane wydatki przewiduje Wykonawca oraz jaką zakłada wysokość marży. (...) Informacja ta pozwala poznać, jakim poziomem zysku zadowala się Wykonawca i jakie narzuty stosuje do kosztów.*
- *Konkurenci poznaliby bowiem politykę cenową, jaką Wykonawca stosuje (...) konkurenci mogliby trafnie przewidywać jakie dokładnie wynagrodzenie Wykonawca zaoferuje*

*w innych postępowaniach, a w konsekwencji osiągnąć nieuzasadnioną przewagę informacyjną (...).*

- W zastrzeżonym dokumencie znajduje się także szereg informacji na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy, w tym informacje na temat modelu współpracy z kontrahentami, cen oferowanych przez kontrahentów, organizacja pracy podległych pracowników oraz organizacja bieżącego wykonywania umowy.*
- Wszystkie te informacje stanowią know-how Wykonawcy wypracowany w ramach długiego okresu prowadzenia działalności gospodarczej.*
- (...) zważywszy na obecnie panującą sytuację na rynku pracy oraz ryzyko polegające na możliwości „podkupienia” współpracujących z Wykonawcą specjalistów, informacja na temat osób, z którymi Wykonawca współpracuje, w tym również informacje na temat modelu współpracy oraz wynagrodzenia posiadają znaczną wartość gospodarczą.*

Powyższe należy uznać za tak daleko idące ogólności, że mogłyby być one przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w odniesieniu do każdej innej kalkulacji cenowej. Wykonawca nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, jakie szczególne okoliczności powodują, że akurat w przypadku tego postępowania szczegółowa kalkulacja ceny posiada takie walory, które powodują, że ich ujawnienie może się wiązać dla wykonawcy ze szkodą, a przecież nie sposób twierdzić, że każda kalkulacja ceny ma zawsze ze swej natury taką wartość, która uzasadnia jej utajnienie.

Równie nietrafny jest argument o poznaniu przez konkurentów danych umożliwiających przewidzenie cen oferowanych w innych postępowaniach. Odwołujący nie wykazał, które elementy kalkulacji i dlaczego mogą ujawnić takie elementy polityki cenowej, które pozwoliłyby konkurencyjnym wykonawcom przewidzieć ceny, jakie Przystępujący zaoferuje w innych postępowaniach, biorąc dodatkowo pod uwagę, że kalkulacja ceny zawsze dokonywana jest w odniesieniu do konkretnych uwarunkowań towarzyszących danemu postępowaniu.

Co do informacji na temat modelu współpracy z kontrahentami, organizacji pracy czy organizacja bieżącego wykonywania umowy, Przystępujący nie podał, których konkretnie informacji to dotyczy i w jaki sposób mogą być one wykorzystane przez konkurentów na jego szkodę. To samo dotyczy argumentu odnoszącego się do know-how – nie wiadomo, które informacje stanowią know-how oraz na czym polega ich innowacyjność czy wyjątkowość.

Również jeśli chodzi o argument o ryzyku podkupienia współpracujących z Przystępującym specjalistów, uzasadnienie w tym zakresie jest nieprecyzyjne i gołosłowne, wykonawca nie uprawdopodobnił, że takie ryzyko rzeczywiście występuje, nie wykazał, że



specjaliści, którymi dysponuje, są trudno dostępni i aż tak poszukiwani na rynku, że zetknął się z praktyką ich przejmowania przez konkurencyjnych wykonawców. Co więcej, w wyjaśnieniach ani załączonych do nich dowodach nie podano takich informacji na temat współpracowników, które umożliwiłyby ich identyfikację, a konkurentom pozwoliłyby na podjęcie prób ich „podkupienia”.

W odniesieniu do sposobu ochrony informacji w przedsiębiorstwie Przystępującego, w uzasadnieniu zastrzeżenia został przedstawiony szerszy wywód na ten temat, Przystępujący przedstawił również dowód w postaci Regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w spółce Bico Group Sp. z o.o. Uznając, że Przystępujący wykazał, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane oraz że podjęte zostały działania w celu utrzymania ich w poufności, jest to niewystarczające do stwierdzenia skuteczności zastrzeżenia, nie wykazano bowiem wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz załączonych do wyjaśnień dowodów. Naruszenie to nie może mieć jednak żadnego wpływu na wynik postępowania, biorąc pod uwagę, że kwestia zaoferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny została oceniona przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Skoro Odwołujący zdecydował się na podniesienie tego zarzutu bez znajomości pełnej treści wyjaśnień i – zgodnie z treścią odwołania i wyraźnym oświadczeniem złożonym podczas posiedzenia Izby – zarzut ten nie miał charakteru ewentualnego (nie został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa), to musiał liczyć się z tym, że zarzut rażąco niskiej ceny zostanie objęty powagą rzeczy osądzonej. W związku z tym ujawnienie pełnej treści wyjaśnień nie uprawniałoby Odwołującego do ponownego zakwestionowania zaoferowanej przez Przystępującego ceny w ramach kolejnego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. A contrario, odwołanie nie może zostać uwzględnione w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania przekazania Odwołującemu złożonych przez Przystępującemu dokumentów podmiotowych. W odniesieniu do tych zarzutów zauważenia wymaga, że 2 czerwca 2021 r.

Zamawiający przekazał Przystępującemu ww. dokumenty, zatem w dacie rozpoznania sprawy przez Izbę zarzuty te były bezprzedmiotowe. Stosownie do art. 552 ust. 1 nowej ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, Izba nie mogła zatem pominąć przy orzekaniu tego, że dokumenty, których dotyczą zarzuty, zostały Odwołującemu udostępnione.

#### Zarzuty dotyczące ceny oferty Przystępującego

Odwołanie w tym zakresie jest niezasadne.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa

w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przytoczonych wyżej przepisów ustawy.

Po pierwsze, niezasadne są twierdzenia Odwołującego o ogólnikowości wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia wskazują na okoliczności standardowe i charakterystyczne dla wielu uczestników rynku zamówień publicznych, tj. nie wskazują indywidualnych czynników cenotwórczych, które pozwalałyby na ustalenie i przyjęcie, że zaoferowana cena została skalkulowana rzetelnie, jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Twierdzenia te zdają się jednak odnosić jedynie do tej części wyjaśnień, która została Odwołującemu udostępniona i która rzeczywiście zawiera twierdzenia na tyle ogólne, że Zamawiający uznał je za niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tymczasem zasadnicza część wyjaśnień, zawierająca konkretne informacje na temat sposobu kalkulacji ceny i przyjętych do tego celu założeń, znajduje się w części, którą Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, zatem na podstawie części jawnej, zawierającej niewielki zasób informacji, nie sposób wnioskować o tym, że wyjaśnienia były ogólnikowe i niewystarczające, a przedstawione w nich okoliczności nie wykazują prawidłowości zaoferowanej ceny.

Również odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że wyjaśnienia zawierają lakoniczne potwierdzenie określonych okoliczności w odpowiedzi na równie lakoniczne pytania Zamawiającego, Odwołujący zdaje się pomijać, że zasadnicza część wyjaśnień, na podstawie której można wnioskować o prawidłowości ceny, to nieudostępniona mu kalkulacja. Okoliczność, że w części opisowej wyjaśnień Przystępujący odpowiada zwięźle na pytania Zamawiającego, nie może przesądzać o wadliwości całych wyjaśnień, które obejmują również skonkretyzowane informacje na temat kalkulacji ceny, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i przyjętych założeń.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że o wadliwości wyjaśnień przesądza niewystarczający zakres dowodów do nich załączonych. Odwołujący niezasadnie – zdaniem Izby – umniejsza wartość kalkulacji własnej wykonawcy, która przecież, podobnie jak dowody przedstawiane wraz z wyjaśnieniami, jest przydatna do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny. Skoro kalkulacja ujawnia przyjęte przez wykonawcę założenia co do sposobu realizacji zamówienia, dedykowanych do tego celu zasobów oraz poszczególnych czynników kosztotwórczych, to są to informacje, które pozwalają zweryfikować, czy wykonawca uwzględnił w cenie wszystkie niezbędne elementy i czy wycena została dokonana na rynkowym poziomie. W sytuacji, gdy wycena ta zauważalnie odbiega od wartości rynkowych, wykazanie jej prawidłowości wymaga udowodnienia, że po stronie wykonawcy istnieją szczególne okoliczności, które pozwoliły wycenę określonych elementów znacząco obniżyć.

Za oczywiście niezasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego, jakoby wadliwość wyjaśnień wynikała z niewyjaśnienia, czy podmiot trzeci występuje jako podwykonawca Przystępującego, czy jako wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz dlaczego Przystępujący wraz z tym podmiotem nie złożyli oferty wspólnej. Odnosząc się do tych twierdzeń podkreślić należy, że w świetle treści oferty nie ma żadnych wątpliwości, że jest to oferta złożona samodzielnie przez Przystępującego, nie istnieje więc w tym zakresie kwestia wymagająca wyjaśnienia. Niezrozumiałe jest stanowisko, dlaczego Zamawiający miałby dociekać, z jakiego powodu oferta została złożona samodzielnie a nie w konsorcjum – decyzja w tym przedmiocie należy wyłącznie do wykonawcy i podyktowana może być względami pozostającymi poza zakresem zainteresowania Zamawiającego. Trudno również oczekiwać od Zamawiającego, aby czuwał nad przestrzeganiem przez wykonawcę i jego kontrahentów przepisów kodeksu spółek handlowych, zwłaszcza że nie wykazano, aby dla celów realizacji przedmiotowego zamówienia zawierane były umowy między spółką a członkiem zarządu tej spółki (do wyjaśnień została załączona jedynie oferta podwykonawcy, Odwołujący nie wskazał istnienia żadnej umowy, która podlegałaby przepisowi art. 210 § 1 KSH).

Tym samym za niezasadny należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej dla pozorów. Trudno zresztą w szczegółach odnieść się do tego zarzutu, wobec nieprzedstawienia w odwołaniu szerszego wywodu w ramach uzasadnienia.

Z kolei w odniesieniu do zarzucanego nieujęcia w cenie oferty wskazanych przez Odwołującego konkretnych elementów, Izba stwierdziła, że w znacznej mierze twierdzenia te nie mają oparcia w treści przedstawionych wyjaśnień, częściowo natomiast odnoszą się do takich czynników kosztotwórczych, co do których Odwołujący nie podjął nawet próby

wykazania, że wpływają one w jakikolwiek zauważalny sposób na poziom zaoferowanej ceny.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący wykazał ujęcie w cenie oferty następujących elementów:

- koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera B podpunkt 5;
- koszty związane z wykonaniem usług przez członków zespołu w ponadnormatywnych charakterze – rezerwa wskazana w wyjaśnieniach z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera D;
- koszty realizacji związane z planowanym 32-miesięcznym terminem realizacji robót oraz z wydłużeniem terminu realizacji robót do 3 miesięcy – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera A punkt I i II;
- koszty związane z okresem rękojmi na roboty budowlane – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera A punkt IV;
- koszty sprzętu Inżyniera – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera A punkt III;
- koszty zarządzania projektem – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera A punkt I;
- koszt pomieszczeń biurowych – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera A punkt III podpunkt 5 oraz – w odniesieniu do okresu rękojmi – litera A punkt IV podpunkt 2;
- koszty związane ze zdrowiem i bezpieczeństwem – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera B podpunkt 3;
- materiały eksploatacyjne, koszty sanitarne, artykuły spożywcze, koszty sprzątania pomieszczeń związanych z obsługą administracyjną projektu, w tym środki do utrzymania ich czystości i dezynfekcji – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera A punkt III podpunkt 5 oraz – w odniesieniu do okresu rękojmi – litera A punkt IV podpunkt 2);
- sprzęt komputerowy, koszty telekomunikacyjne, koszty licencji oprogramowania – wyjaśnienia z 9 lutego 2021 r., Załącznik Szczegółowa kalkulacja kontraktu, litera B podpunkt 2;
- szczegółowe zadania Inżyniera – koszty uwzględnione w poszczególnych pozycjach kalkulacji dotyczących konkretnych elementów;

W odniesieniu do takich kosztów, jak związane z przygotowaniem oferty i wadium czy z zabezpieczeniem poufności informacji, Odwołujący całkowicie pominął znaczenie tych kosztów dla ceny ogółem. W ocenie Izby trudno traktować te koszty jako mogące zaważyć na cenie oferty w stopniu uzasadniającym uznanie tej ceny za rażąco niską. Odwołujący nie wskazał również wagi kosztów związanych z przeniesieniem praw autorskich i nośników, które – jak stwierdził Przystępujący – zostały skalkulowane łącznie z kosztami wynagrodzenia dla poszczególnych osób wykonujących usługę.

Co do twierdzeń Odwołującego o pominięciu w kalkulacji kosztów związanych z koniecznością zapewnienia możliwości wypełnienia wszystkich obowiązków nadzoru w stosunku do prac oraz sposobu wykonywania prac na podstawie umowy o roboty budowlane, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezrozumiały i niesprecyzowany, w związku z czym nie sposób ustalić, w czym konkretnie Odwołujący upatruje wadliwości wyjaśnień.

Na koniec zauważenia wymaga, że nie wiadomo, na czym miałyby polegać zarzucana w petitum odwołania niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Na podstawie uzasadnienia odwołania trudno stwierdzić, z czego ta niezgodność – zdaniem Przystępującego – wynika oraz jakiego zakresu dotyczy. Jeżeli Odwołujący upatrywał niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w tych samych okolicznościach, z których wywodził zaferowanie rażąco niskiej ceny (tj. z nieuwjęcia w cenie oferty wszystkich wymaganych elementów), to – jak już wyżej wskazano – twierdzenia te nie znajdują potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

#### Zarzuty dotyczące niespełnienia warunków udziału w postępowaniu

Odwołanie w tym zakresie jest niezasadne. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie podniósł skonkretyzowanych zarzutów, poprzestając na ogólnikowym stwierdzeniu, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym podlega wykluczeniu oraz że w związku z pozbawieniem Odwołującego możliwości analizy dokumentów stanowiących podstawę oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do jego wykluczenia, nie ma możliwości szczegółowego uzasadnienia ww. zarzutu z uwagi na rażące naruszenie jego uprawnień przez Zamawiającego i wadliwe prowadzenie postępowania. Odwołujący nie sprecyzował zarzutów w tym zakresie. Następnie, dopiero przed posiedzeniem z udziałem stron, Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym opisał, dlaczego – jego zdaniem – Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w jakim zakresie.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 nowej ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim

czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 nowej ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

W odwołaniu wniesionym w tej sprawie zarzuty ograniczają się do ogólnikowego zanegowania spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Oceniając zasadność odwołania Izba nie może wykroczyć poza tak sformułowane zarzuty i ani – działając niejako z urzędu – poddać generalnej weryfikacji dokumenty złożone przez

Przystępującego i ustalić w zastępstwie Odwołującego zakres faktyczny zarzutów, ani rozpoznać zarzutów sprecyzowanych dopiero w piśmie procesowym.

Przyjęcie stanowiska dopuszczającego ogólne zaprzeczenie prawidłowości czynności Zamawiającego, a następnie nadawanie temu twierdzeniu konkretnej treści w toku postępowania odwoławczego, prowadziłyby do tego, że strona przeciwna byłaby postawiona w sytuacji, w której z dużym opóźnieniem dowiaduje się, jakie konkretnie elementy stanu faktycznego są kwestionowane i dlaczego, co utrudnia podjęcie właściwej decyzji co do stanowiska procesowego oraz przygotowanie się do rozprawy.

Powyższej oceny nie może zmieniać okoliczność, że dokumenty złożone przez Przystępującego zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i mimo podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ich ujawnieniu do dnia wniesienia odwołania nie zostały one Odwołującemu przekazane. Okoliczność ta nie może zmieniać formuły postępowania odwoławczego, czyniąc z Izby organ dokonujący generalnej kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania, bez względu na wyznaczony odwołaniem zakres podstaw faktycznych zarzutów.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania wobec oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, w terminie liczonym od dnia udostępnienia mu dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania tych warunków. Zaniechanie wniesienia takiego odwołania jest decyzją samego wykonawcy i jego obciążają związane z tym konsekwencje. Nie może on natomiast domagać się rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym zarzutów, które de facto nie zostały sformułowane w odwołaniu wszczynającym to postępowanie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....



.....  
.....