

WYROK
z dnia 17 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Ewa Kisiel
Daniel Konicz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre i Graph'IT Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, przy udziale:

- A. wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy Sweco Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawcy Sweco Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 4 247 zł 66 gr (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści siedem złotych 66/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników oraz z tytułu dojazdu pełnomocników na rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej i opracowań towarzyszących dla zadania pn.: „Budowa obwodnicy Zatora w ciągu drogi krajowej nr 28””, Numer referencyjny: O.KR.D-3.2413.25.2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 149-367392. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre i Graph'IT Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Sweco Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Przystępujący lub Sweco) mimo, że oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił lub nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień na pytania zadane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie było możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
2. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez Przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, mimo, że Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę

przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1010, dalej: Uznk).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
3. uznania czynności zastrzeżenia dokonanego przez Przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich ofert podwykonawcy, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 2 Uznk oraz odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Oferty w Postępowaniu z cenami wskazanymi poniżej złożyli następujący wykonawcy:

1. TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 4 610 716,50 zł,
2. Promost-Wisła Sp. z o.o. z siedzibą w Wiśle – 2 515 350,00 zł,
3. Odwołujący – 3 513 285,90 zł,
4. Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – 2 767 500,00 zł,
5. Przystępujący – 2 214 369,00 zł,
6. Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – 4 180 770,00 zł,
7. Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 5 289 738,00 zł.

W toku postępowania Zamawiający odrzucił oferty wykonawców: Promost-Wisła Sp. z o.o., Multiconsult Polska Sp. z o.o., Transprojekt Gdańsk Sp. z o.o., Voessing Polska Sp. z o.o.

11 października 2019 r. Przystępujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 oraz 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia zaoferowanej rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za 46,55% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (4 757 025,00 zł) oraz, że cena oferty Przystępującego odbiega o 38,22% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wobec powyższego Zamawiający zwrócił się o przedstawienie mu szczegółowego wyliczenia ceny ofertowej za wykonanie całości

przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zaangażowania osobowego i rzeczowego oraz związanych z tym niezbędnych do poniesienia kosztów, a także zakładanego poziomu zysku oraz przyjętych założeń.

Ponadto Zamawiający zadał Przystępującemu kolejno dwie grupy pytań:

- a) dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 Pzp,
- b) dotyczących oświadczeń Przystępującego w formularzu ofertowym na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W ramach wyjaśnień Przystępujący miał przedstawić wyczerpujące i szczegółowe informacje na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów, mających wpływ na wysokość ceny oferty, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku.

Przystępujący w dniu 21 października 2019 r. złożył wyjaśnienia, udzielając ogólnych odpowiedzi na pytania nr II.1 do 9. W konsekwencji Zamawiający wezwał Sweco do złożenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

W wezwaniu Zamawiający stwierdził, że: „Zarówno w Formularzu 2.3, jak i w wyjaśnieniu RNC pomimo wezwania do złożenia wyjaśnienia w tym zakresie nie wymienili Państwo zakresu procesów, w których będzie wykorzystana metodologia i technologia BIM. W wyjaśnieniu RNC nie wyodrębnili Państwo poszczególnych kosztów związanych z modelowaniem. Dodatkowo nie udzielili Państwo wyjaśnienia na zapytanie dotyczące użycia w Projekcie pilotażowym dla procedury zatwierdzania dokumentacji projektowej, opracowanej na potrzeby realizacji zamówienia Instrukcji pn. Procedura komunikacji, przekazywania i zatwierdzania miesięcznych raportów o postępie prac robót”.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący, nie udzielił wszystkich wyjaśnień, do złożenia których został wezwany. Przystępujący w dniu 29 października 2019 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia.

Zamawiający, zadając w trybie art. 90 ust. 1 Pzp konkretne pytania, na które Przystępujący nie udzielił odpowiedzi oraz nie wskazał na konkretne, obiektywne i mierzalne okoliczności mające wpływ na wysokość ceny oferty, był zobowiązany odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący 20 października 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji z Przystępującym oraz złożonych przez Sweco wyjaśnień. Zamawiający przekazał Odwołującemu ww. wyjaśnienia, poza ich częścią zastrzeżoną przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 24 grudnia 2019 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego częściowo ujawnione dodatkowe wyjaśnienia Sweco dotyczące

rażąco niskiej ceny i opinię bankową wraz z uzasadnieniem ujawnienia tych dokumentów. W opinii Odwołującego cena zaoferowana przez Przystępującego była ceną rażąco niską, tj. niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu. Była to zatem cena, która nie pokrywała kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp spoczywał na Sweco, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego zdaniem Odwołującego w żadnej mierze nie mogły uzasadnić zaoferowania tak niskiej ceny, w szczególności, że wyjaśnienia w zakresie pytań II.1 do 9 w ogóle nie wskazywały jakichkolwiek obiektywnych i konkretnych okoliczności dostępnych wyłącznie Przystępującemu, a nie innym wykonawcom, które pozwoliłyby Sweco dokonać konkretnych oszczędności, które z kolei przełożyłyby się na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. Dodatkowo, jak wskazał Zamawiający w kolejnym wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Sweco na niektóre pytania w ogóle nie udzieliło wyjaśnień w pierwotnie złożonym piśmie. W wyjaśnieniach, poza wskazaniem na posiadane przez Przystępującego doświadczenie, które nie różni się od doświadczenia innych firm projektowych, doświadczonej kadry oraz rzekomego zawyżanie stawek i czasu pracy personelu przez inne firmy projektowe, wykonawca ten nie podał konkretnych powodów, z jakich był w stanie zaoferować tak niską cenę oferty.

Odwołujący stał na stanowisku, że doświadczenie personelu Przystępującego jest mniejsze od doświadczenia kadry Odwołującego. Wskazane przez Sweco okoliczności nie były ani wyjątkowe, ani nie wyjaśniały zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. Były ogólnikowe, lakoniczne i potwierdzały, że cena oferty została zaniżona. Przede wszystkim jednak, Przystępujący nie załączył jakichkolwiek dowodów na poparcie wyjaśnień, których Zamawiający wyraźnie wymagał w wezwaniu.

Zarzut nr 2

Odwołujący podnosił, że wykonawca Sweco nie wykazał w jakikolwiek sposób, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniały przesłanki wskazane w Uznk i stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek ten Przystępujący winien był wykonać najpóźniej do dnia składania wyjaśnień, a ponieważ tego nie zrobił, zastrzeżenie było nieskuteczne i nie podlegało konwalidacji.

Przystępujący nie wykazał ponadto, jakie środki podjął w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie przedstawił dowodów na okoliczność przedsięwzięcia takich środków (np. kopii umów z pracownikami zawierających klauzule poufności, zobowiązania

pracowników do nieujawniania wskazanych informacji, regulaminu obiegu dokumentów zawierających tajemnice przedsiębiorstwa itp.). Ponadto nie została wykazana wartość gospodarcza wyjaśnień, ani podjęcie jakichkolwiek czynności mających na celu zachowanie ofert podwykonawców w poufności. Zamawiający powinien zatem uznać dokonane przez Sweco zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne w zakresie wyjaśnień oraz ofert podwykonawców, a w konsekwencji ujawnić Odwołującemu te dokumenty.

Zamawiający 15 stycznia 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na powyższe zarzuty i oświadczył, że w całości uwzględni odwołanie.

Przystępujący nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołania. 16 stycznia 2020 r., w toku posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej i opracowań towarzyszących z zastosowaniem metodyki i narzędzi BIM, uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego (Inwestora) wszelkich wymaganych warunków, decyzji, zgód, pozwoleń, uzgodnień, postanowień, opinii, udzielanie wyjaśnień na zapytania wykonawców w postępowaniu przetargowym na roboty budowlane oraz

sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych. Zgodnie z punktem 5.1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

1. wykonanie:

- opracowań geodezyjno-kartograficznych (dokumentacji badań podłoża gruntowego),
- operatów wodnoprawnych wraz z uzyskaniem stosownych pozwoleń i zgód wodnoprawnych oraz przygotowaniem innych materiałów do uzgodnienia lub opiniowania wraz z uzyskaniem stosownych decyzji administracyjnych lub postanowień, opinii itp.,
- opracowań środowiskowych, w tym materiałów do wniosku o uzyskanie lub zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (materiały do DSU) wraz z uzyskaniem jej ostateczności,
- opracowań geotechnicznych, geofizycznych i geologicznych,
- wielobranżowego Projektu Budowlanego wraz z opracowaniami towarzyszącymi, niezbędnymi opiniami, pozwoleniami, zgodami, uzgodnieniami, postanowieniami i decyzjami administracyjnymi,
- materiałów do wniosku o uzyskanie decyzji ZRID, ew. pozwolenia na budowę, zgłoszenia robót budowlanych wraz z ich uzyskaniem, projektów wykonawczych dla każdej z branż,
- specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Przedmiaru Robót, Kosztorysu Ofertowego,
- kosztorysu inwestorskiego,
- Dokumentacji Projektu BIM.

2. uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego (Inwestora) wszelkich wymaganych warunków, decyzji, zgód, pozwoleń, uzgodnień, postanowień, opinii, w tym przygotować niezbędne materiały i dane do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU), wniosku o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej (ZRID), ew. pozwolenia na budowę, zgłoszenia robót budowlanych oraz modyfikować i uzupełniać wykonane materiały i opracowania w przypadku zajścia takiej potrzeby,

3. udzielanie wyjaśnień na zapytania wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z budową obwodnicy Zatora w ciągu dk nr 28,

4. pełnienie nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót budowlanych.

Ustalając wartość szacunkową przedmiotu zamówienia Zamawiający podzielił realizację zadania na cztery etapy, odpowiadające ww. punktom:

1. etap I - 3 371 500 zł,
2. etap II - 250 000 zł,
3. etap III - 30 000 zł,
4. etap IV - 216 000 zł.

Łączna wartość szacunkowa ustalona została na kwotę 3 867 500 zł netto + VAT (tj. 4 757 025 zł brutto). Przystępujący złożył ofertę, w której zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 2 214 369,00 zł. Tym samym wypełnione zostały przesłanki określone w art. 90 ust. 1a Pzp obligujące Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty i możliwości prawidłowej realizacji zadania za tą cenę. W wezwaniu z 11 października 2019 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie m. in.:

1. ilości personelu (projektant, asystent, specjalista, koordynator, menedżer, inny personel) jaka została przewidziana do realizacji zamówienia w zakresie opracowania projektu budowlanego i wykonawczego dla poszczególnych branż,
2. założeń i szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej wskazanej w ofercie za jeden miesiąc pełnienia nadzoru autorskiego wraz z opisem przyjętych założeń wyceny i wskazaniem, dla każdej branży, ilości nadzorów wyjazdowych i ich kosztu oraz nadzorów pełnionych w biurze,
3. w których pozycjach w wycenie i w jakiej wysokości Przystępujący uwzględnił koszty związane z realizacją zamówienia z wykorzystaniem narzędzi i metodologii BIM (Zamawiający w zakresie tego pytania oczekiwał szczegółowego sposobu wyliczenia kosztu związanego z realizacją tej części zamówienia, w szczególności koszty związane z licencjami oprogramowania, szkoleniami, instalacją i utrzymaniem platformy CDE i innymi Wymaganiami Informacyjnymi Zamawiającego).

Wezwanie zawierało łącznie kilkanaście szczegółowych pytań dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty Przystępującego oraz sposobu, w jaki wykonawca zamierzał zrealizować przedmiot zamówienia.

Przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie, przy czym znaczna część tej odpowiedzi została przez Przystępującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednym z załączników do pisma Sweco była tabela ze szczegółową kalkulacją ceny ofertowej. Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, 21 listopada 2019 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do Przystępującego o udzielenie dalszych wyjaśnień. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, przedmiotowe wezwanie nie stanowiło „drugiej szansy” dla Przystępującego. Zamawiający jednoznacznie określił cel drugiego wezwania: „Znacząco

niska cena Państwa Oferty w stosunku do Ofert pozostałych firm, ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w odniesieniu do budżetu Zamawiającego, jak również złożone przez Państwa wyjaśnienie RNC, nadal budzą wątpliwości, co do kompletności zakresu oferowanej przez Państwo usługi oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i obowiązków określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niniejsze wezwanie ma na celu kontynuację rozpoczętego w piśmie o nr ref. O.KR.D-3.2413.25.2019.10.MP z dnia 11.10.2019 roku postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1, ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp”.

W wezwaniu z 21 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się m. in. „o wskazanie, w którym miejscu i w jakiej wysokości w przedłożonej w ramach wyjaśnienia RNC Tabeli wyceny prac projektowych szczegółowa kalkulacja zostały uwzględnione koszty:

- a) pracy osób, opracowujących poszczególne modele 3D i BIM oraz ich aktualizacje na etapie realizacji Etapu I, III i IV Umowy,
- b) związane z dojazdem i udziałem kluczowych ekspertów i innych ekspertów w spotkaniach informacyjnych ze społeczeństwem na etapie opracowania PB,
- c) związane z utworzeniem, edycją i utrzymaniem strony internetowej inwestycji,
- d) związane z opracowaniem harmonogramu sprzężonego z modelami wielobranżowymi,
- e) związane z opracowaniem materiałów, kosztami podróży i udziałem w spotkaniach informacyjnych z lokalną społecznością (konsultacjach / prezentacjach społecznych) na etapie opracowania projektu budowlanego,
- f) związane z udziałem kluczowych ekspertów, innych ekspertów oraz niezbędnego personelu w radach technicznych,
- g) związane z przeprowadzeniem szkoleń (minimum jedna sesja bezpośrednia) wraz z zapewnieniem materiałów szkoleniowych w postaci papierowej i elektronicznej oraz zapewnieniem wsparcia / konsultacji (zdalnie przez telefon, telekonferencja, bezpośrednia) w obsłudze programów / platform oprogramowania wykorzystywanych w projekcie do zarządzania dokumentami, modelami BIM oraz procesami, w zakresie koniecznym do realizacji zamówienia, w tym m. in. celów BIM dla max. 15 osób wskazanych przez Zamawiającego, dodatkowo proszę o wskazanie przyjętej liczby godzin szkoleniowych,
- h) związane z opłatami administracyjnymi wnoszonymi na etapie opracowywania dokumentacji projektowej (np. koszty opłat za uzgodnienia na naradach koordynacyjnych, koszty opłat skarbowych, koszty za udostępnianie materiałów itp.)”.

Przedmiotowe wezwanie zawierało również szereg kolejnych pytań dotyczących sposobu konstrukcji ceny oferty Przystępującego.

Przystępujący 29 listopada 2019 r. przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał ich częściowego odtajnienia (podobnie jak w przypadku pierwszych wyjaśnień Przystępującego), ale Odwołujący nie miał możliwości porównania kompletności udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień i ich adekwatności do treści obu wezwań.

Po przeprowadzeniu dowodu z wezwań z 11 października i 21 listopada 2019 r. oraz wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w odpowiedzi na te wezwania Izba ustaliła, że wyjaśnienia Przystępującego w pełni korespondują z wezwaniem. Nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego wskazujące, że w pierwszych wyjaśnieniach Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na część pytań zadanych mu przez Zamawiającego w piśmie z 11 października 2019 r. Odwołujący, w oparciu o treść wezwania z 29 listopada 2019 r. dowodził, że Przystępujący nie dopełnił obowiązku udzielenia wyjaśnień w sposób wyczerpujący. Izba stanęła na stanowisku, że zarzut ten nie potwierdził się, bowiem Przystępujący przedstawił wszystkie informacje żądane przez Zamawiającego włącznie ze szczegółową kalkulacją ceny ofertowej i w ocenie Izby wypełnił obowiązki wynikające z art. 90 ust. 1 Pzp.

Tym samym Izba uznała, że zarzut nr 1 odwołania nie potwierdził się i podlega oddaleniu.

Zarzut nr 2

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień z 21 października i z 29 listopada 2019 r. udzielonych Zamawiającemu w odpowiedzi wezwania z 11 października i 21 listopada 2019 r. W części jawnej wyjaśnień z 21 października 2019 r. Przystępujący wskazał, że żadna z zastrzeżonych informacji nie należy do grupy informacji wymienionych w art. 86 ust. 4 i ust. 5 Pzp, tzn. podawanych w trakcie otwarcia ofert i zamieszczanych bezpośrednio po otwarciu na stronie internetowej Zamawiającego. Przystępujący oświadczył, że „charakter zastrzeganych przez nas informacji, jest tego rodzaju, że muszą być traktowane jako nierozzerwalna całość podlegająca ochronie, w normalnym toku działania nie ma możliwości ich odnalezienia oraz, że nie są nam znane inne działania umożliwiające dostęp do danych zawartych w ww. dokumentach, niż poprzez zapoznanie się z ich treścią. Wszystkie zastrzegane przez nas informacje są nieujawnianymi nigdy wcześniej do wiadomości publicznej informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa (w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 11 Pzp – Wykonawcy) lub należą do grupy innych informacji posiadających 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 (w rozumieniu przepisu

art. 2 ust. 11 Pzp – Wykonawca) podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wymienione wyżej warunki i przesłanki wypełniamy w sposób łączny”. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy Przystępujący wskazał ponadto, że:

1. Zastrzeżone wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę, w szczególności zaś informacje o sposobie eliminacji zagrożeń i ryzyk, jakie stosuje Przystępujący w trakcie realizacji kontraktów mają charakter techniczny i technologiczny przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje mają one bezpośredni wpływ na koszty ponoszone przez Sweco, co przenosiło się wprost na wysokość oferowanej przez wykonawcę ceny, a to z kolei świadczyło o wartości gospodarczej utajnionych wyjaśnień.
2. Żadna z informacji zastrzeżonych nie została wcześniej ujawniona do wiadomości publicznej przez Przystępującego. Metodologia realizacji projektu jest opracowaniem własnym Przystępującego, stworzonym dla tego konkretnego zamówienia, nie procedowanym wcześniej przez Zamawiającego. Przystępujący przestrzegał zasad poufności, ograniczając do minimum grono osób, które przygotowywały ofertę. Osoby te zostały zobowiązane do zachowania poufności,
3. Przystępujący podjął działania w celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności. Wszystkie dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są przechowywane i przetwarzane w specjalnie zabezpieczonych do tego celu pomieszczeniach oraz na specjalnie zabezpieczonym sprzęcie. Nie jest możliwy dostęp do jakiegokolwiek zakresu danych osobie zatrudnionej przez Przystępującego, o ile taka osoba nie posiada odpowiednich uprawnień. Przystępujący wskazał również szereg zabezpieczeń informatycznych - antywirus, Proxy serwer, bramkę antyspamową jako rozwiązania zapewniające ochronę przed złośliwym oprogramowaniem.

Na poparcie powyższej argumentacji Przystępujący nie złożył jednak żadnych dowodów mogących stanowić potwierdzenie opisanych wyżej środków ostrożności zmierzających do utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy.

Po analizie powyższej argumentacji Zamawiający 5 listopada 2019 r. podjął decyzję o częściowym ujawnieniu wyjaśnień Sweco z 21 października 2019 r. W konsekwencji Zamawiający ujawnił zastrzeżone przez Przystępującego informacje w zakresie:

- treści pytań skierowanych do Sweco w wezwaniu z 11 października 2019 r.,
- treści wyjaśnień, w zakresie stanowiącym jedynie potwierdzenie informacji zawartej w pytaniu Zamawiającego,

- informacji ogólnych odnoszących się wymagań opisu przedmiotu zamówienia bądź do obowiązujących przepisów prawnych,
- odwołań do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Pozostała część wyjaśnień Przystępującego z 21 października 2019 r. nie została ujawniona. Analogiczne informacje zostały odtajnione przez Zamawiającego w przypadku zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Sweco z 29 listopada 2019 r.

W ocenie Izby zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego obu wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny było niezasadne. Jedną z głównych zasad postępowań o udzielenie zamówień publicznych jest zasada jawności. Wyjątkiem od tej zasady jest wykazanie przez wykonawcę, w myśl art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzegane informacje spełniają wymogi wynikające z art. 11 ust. 2 Uznk, który stanowi: „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”. W ocenie Izby Przystępujący nie wypełnił w sposób dostateczny przesłanek wynikających z ww. przepisów. Istotnym jest, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy sprowadziło się do ogólnikowej deklaracji o zastosowanych przez Przystępującego środkach technicznych i organizacyjnych zapewniających zachowanie ww. danych w poufności. Sweco opisał m. in. rozwiązania techniczne i informatyczne jakie podjął, wskazał również na ograniczenie liczby pracowników dopuszczonych do zastrzeżonych informacji i klauzule umowne zobowiązujące personel wykonawcy do nieujawniania tych informacji. Opis ten nie został jednak poparty jakimikolwiek dokumentami, które potwierdzałyby skuteczność i prawdziwość zadeklarowanych rozwiązań. Tym samym w ocenie Izby Przystępujący nie zastosował się do dyspozycji art. 8 ust. 3 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. (...)”. Sam opis zastosowanych rozwiązań (wdrożenie i stosowanie "Kodeksu postępowania" obowiązującego w firmach grupy Sweco oraz "Polityki społecznej odpowiedzialności biznesu") umożliwiającymi utrzymanie zastrzeganych informacji w tajemnicy niepoparty choćby elementarnymi dowodami, nie może zostać uznany za wykazanie, tj. przedstawienie w sposób przekonujący. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Przystępujący nie

wypełnił obowiązków wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp, co obligowało Zamawiającego do odtajnienia obu wyjaśnień Sweco w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta Przystępującego 19 grudnia 2019 r. została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Zmierzający do unieważnienia czynności wyboru i do odrzucenia oferty Przystępującego zarzut nr 1 został przez Izbę oddalony. Nakazanie Zamawiającemu odtajnienia całości wyjaśnień Sweco z 21 października i 29 listopada 2019 r. nie prowadziłyby zatem do zmiany wyniku postępowania. Z tego względu Izba uznała, że potwierdzenie się zarzutu nr 2 nie ma wpływu na wynik postępowania i oddaliła zarzut nr 2 odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....