

Sygn. akt KIO 458/20

**WYROK**

**z dnia 5 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Osiecka

**Członkowie:** Izabela Niedziałek-Bujak

Anna Packo

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 czerwca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu** przy udziale wykonawcy **Aldesa Construcciones Polska z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 i 5 z odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.**
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonce i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonce.**
3. **W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu i:**
  - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,**
  - 4.2. **zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Regionalne Projekty Wdrożeniowe - Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na Sieci TEN-T Etap 1” Część 1 zamówienia pn. „Regionalny Projekt Wdrożeniowy (RPW KSZRD EI) w obszarze dróg krajowych nr A1, A2 zarządzanych przez Oddział GDDKiA w Łodzi.*

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 138-339988.

W dniu 2 marca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie oraz T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, złożonych przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce (dalej „Alumbrados” lub „Wykonawca”), pomimo, że wykonawca nie wykazał, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny całej oferty, pomimo że wydaje się ona rażąco niska, w tym jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alumbrados pomimo, że nie udzielił on kompletnych wyjaśnień ceny całej oferty, a także pomimo, że wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – zarzut ewentualny - sformułowany na wypadek oddalenia zarzutu nr 1, tj. uznania przez Izbę, iż Wykonawca skutecznie zastrzegł wyjaśnienia ceny oferty oraz na wypadek oddalenia zarzutu nr 2, tj. uznania, że wykonawca Alumbrados został wezwany do wyjaśnienia ceny całej oferty, a nie jedynie istotnych jej części

składowych;

4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alumbrados pomimo, że nie udzielił on wystarczających wyjaśnień dotyczącej cen składowych oferty, a także pomimo, że wyjaśnienia te potwierdzają, że istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – zarzut ewentualny - sformułowany na wypadek oddalenia zarzutu nr 1, tj. uznania przez Izbę, iż Wykonawca skutecznie zastrzegł wyjaśnienia ceny oferty;

5) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego; ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert; udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny oferty Alumbrados; wezwania wykonawcy Alumbrados do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny całej oferty; odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados; wykluczenia z postępowania Wykonawcy, ewentualnie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego.

Odwołujący podnosił, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. Nie wykazał ponadto, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, a także, że nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. W opinii Odwołującego, argumentacja Wykonawcy dotycząca wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji ma charakter lakoniczny i w zasadzie sprowadza się do ogólnego stwierdzenia, iż nie może budzić wątpliwości dopuszczalność zastrzeżenia wyjaśnienia ceny oferty.

W treści wyjaśnień Wykonawca podkreśla wartość gospodarczą cen jednostkowych. Informacje w tym zakresie są jednakże tylko jednym z elementów wyjaśnień. Nie wiadomo natomiast w czym Wykonawca upatruje wartości gospodarczej choćby informacji takich jak: szacowany zakres rzeczowy, ryzyka brane pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, czy innych elementów niezbędnych do wyjaśnienia ceny oferty, a które Zamawiający wprost wyspecyfikował w swoim wezwaniu. Wykonawca nie wykazał również pozostałych przesłanek warunkujących skuteczne utajnienie przedmiotowych informacji.

Odwołujący podnosił, iż cena oferty Alumbrados w zakresie zamówienia podstawowego (bez opcji) jest o ponad 37% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich

złożonych ofert. Z kolei cena tej oferty z uwzględnieniem opcji jest o ponad 35% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Treść pisma Zamawiającego wzywającego Alumbrados do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wskazuje, że wykonawca ten został wezwany jedynie do wyjaśnienia wyceny, wymienionych na stronach 2-4 pisma, części składowych. Zamawiający zaniechał tym samym wezwania do wyjaśnienia wyceny całej oferty. Odwołujący podnosił równocześnie, że nie sposób uznać, aby wskazane wyżej rozbieżności pomiędzy ceną oferty Alumbrados, a cenami pozostałych ofert, wynikały z okoliczności oczywistych, które nie wymagałyby wyjaśnień.

Odwołujący wskazywał, iż treść wezwania Zamawiającego z dnia 27.11.2019 r. jest niejednoznaczna. W treści tego wezwania są sformułowania, które mogą być interpretowane jako wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących nie tylko cen składowych, ale również ceny całej oferty. Na wypadek takiego ustalenia tj. oddalenia zarzutu nr 2, Odwołujący sformułował zarzut wadliwej oceny treści wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Alumbrados w zakresie ceny całej oferty. Uzasadniając powyższe, według jego najlepszej wiedzy nie jest możliwe wykonanie całego zamówienia po zaoferowanej przez ww. wykonawcę cenie, która nie pokrywa kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, same koszty bezpośrednie (w tym m.in. koszty materiałów, robocizny, sprzętu oraz zarządzania projektem) wynoszą 115.000.000,00 zł brutto w zakresie zamówienia podstawowego, co nie uwzględnia niezbędnych do skalkulowania ryzyk, marży oraz kosztów pośrednich. W opinii Odwołującego, również podana przez ww. wykonawcę cena za wykonanie opcji, tj. 30 479 350,00 zł nie pokrywa kosztów niezbędnych do wykonania tego zakresu zamówienia. Nawet szacunek samego Zamawiającego w zakresie opcji był o 31% wyższy, gdzie zdaniem Odwołującego, poniżej szacunku Zamawiającego nie jest możliwe należyte wykonanie zakresu objętego opcją. Odwołujący kwestionował także prawidłowość oceny wyjaśnień wykonawcy Alumbrados w zakresie istotnych części składowych, wymienionych na stronach 2-4 pisma Zamawiającego.

W stosunku do pozycji nr 3.2.2 formularza cenowego nr 3 „trasy kablowe energetyczne”, według Odwołującego, zakres rzeczowy przedmiotowej pozycji winien obejmować zabudowanie min. 145 km kabli zasilających energetycznych. Zaoferowana przez Wykonawcę cena tej pozycji w żaden sposób nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotowego zakresu. Według szacunków Odwołującego, przy przyjęciu, iż do zabudowania jest ok. 145 km kabli o różnych przekrojach, zaoferowana przez Wykonawcę cena daje ok. 44 zł/1m. Wartość ta pokrywa co najwyżej koszty robocizny.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie uwzględnił przy kalkulacji ceny m.in. okoliczności takich jak: w przeciwieństwie do autostrady A1 na A2 brak jest rozbudowanej

istniejącej infrastruktury, co oznacza zwiększony koszt doprowadzenia zasilania do urządzeń w terenie; wraz ze wzrostem odległości od istniejących szaf zasilających zachodzi potrzeba zmiany przekroju kabla na większy, aby uniknąć spadków napięcia, co przekłada się również na wyższe koszty materiałów, robocizny i sprzętu; z uwagi na krótki okres realizacji konieczne stało się zminimalizowanie budowy nowych przyłączy energetycznych i podłączenia ich do sieci operatora, co z kolei pociągnęło za sobą uwzględnienia przy szacowaniu większego zakresu rzeczowego tras kablowych; konieczność prowadzenia wykopów i odtworzenia nawierzchni, tak aby Zamawiający nie utracił gwarancji, rodziła konieczność uwzględnienia w cenie kosztów odtworzenia wszystkich warstw podłoża pod terenami zielonymi (łącznie z piaskiem, geowłókninami, humusem i odpowiednim zagęszczeniem skarp) oraz przewiercy wszędzie, gdzie trasa przecina nawierzchnię, żeby jej nie naruszać. Wprawdzie Zamawiający umożliwił wykorzystanie istniejących elementów infrastruktury, ale zaznaczył, że nie ponosi odpowiedzialności za jej prawidłowość.

Odwołujący wskazywał, iż cena dokumentacji projektowej dla modułu 101 (formularz cenowy nr 2 – pozycja 1.1.1) w ofercie Alumbrados wynosi 195 296,94 zł brutto, co stanowi jedynie 2,11% wartości elementów wskazanych w pozycjach 1.2.1 A – H. Po podzieleniu ww. kwoty na ilość urządzeń jakie należy zaprojektować (82) – koszt jednostkowy na jeden projekt wynosi 2.381,67 zł brutto, co przyjmując stawki rynkowe za wykonanie tego typu projektów potwierdza rażąco niską cenę. Dodatkowo sam Zamawiający szacując wartość zamówienia na etapie przygotowania przetargu wskazał koszt dokumentacji dla modułu 101 na poziomie 484 000 zł netto (595 320 zł brutto).

Odwołujący wskazywał, iż cena dokumentacji projektowej dla modułu 102 (formularz cenowy nr 2 – pozycja 1.1.2) w ofercie Alumbrados wynosi 16 671,69 zł brutto, co stanowi jedynie 1,63% wartości elementów wskazanych w pozycji 1.2.2 E. Potwierdza to rażąco niską cenę za wykonanie prac projektowych dla urządzeń drogowych dla modułu 102. Po podzieleniu ww. kwoty na ilość urządzeń jakie należy zaprojektować (7) – koszt jednostkowy na jeden projekt wynosi 2 381, 67 zł brutto, co przyjmując stawki rynkowe za wykonanie tego typu projektów potwierdza rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazywał, iż cena dokumentacji projektowej dla modułu 112 (formularz cenowy nr 2 – pozycja 1.1.12) w ofercie Alumbrados wynosi 14 290,02 zł brutto, co stanowi jedynie 1,85% wartości elementów wskazanych w pozycji 1.2.12 A. Po podzieleniu ww. kwoty na ilość urządzeń jakie należy zaprojektować (6) – koszt jednostkowy na jeden projekt wynosi 2 381, 67 zł brutto, co przyjmując stawki rynkowe za wykonanie tego typu projektów potwierdza rażąco niską cenę. Odwołujący wykluczał możliwość przyjęcia, że w treści udzielonych wyjaśnień w zakresie dokumentacji projektowej nie doszło do: zaniżenia lub braku określenia zakresu rzeczowego; zaniżenia lub braku określenia kosztów robocizny; wadliwego ustalenia

wartości ryzyk; zaniżenia lub braku określenia kosztów pośrednich/kosztów ogólnych.

Odwołujący kwestionował również prawidłowość oceny wyjaśnień wykonawcy Alumbrados w zakresie pozycji nr 1.2.1.C formularza cenowego nr 2 Klasa 101.C. Według Odwołującego zakres rzeczowy przedmiotowej pozycji winien obejmować wykonanie oznakowania pryzmatycznego wraz z wszystkimi kosztami dodatkowymi niezbędnymi do wykonania zadania. Zaoferowana przez Wykonawcę cena w tej pozycji w żaden sposób nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotowego zakresu.

Odwołujący zakładał, że w treści udzielonych wyjaśnień doszło do: zaniżenia lub braku określenia zakresu rzeczowego pozycji (m.in. oprogramowania sterującego); zaniżenia lub braku określenia wartości materiałów; zaniżenia lub braku określenia robocizny; zaniżenia lub braku określenia wartości sprzętu (m.in. pojazd HDS, zabezpieczenie ruchu na czas prowadzenia prac); braku uwzględnienia ryzyk (m.in. dotrzymanie terminu realizacji).

Według Odwołującego cena oferty Wykonawcy nie pokrywa minimalnych kosztów niezbędnych do należytego wykonania pozycji nr 1.2.1.C formularza cenowego nr 2. Nie sposób przyjąć, że wyjaśnienia Wykonawcy mogły stanowić dowód dokonania ustalenia kosztów w sposób należyty. Według szacunków Odwołującego, przy przyjęciu jedynie kosztów urządzeń jakie należy dostarczyć dla modułu, ich cena jednostkowa przewyższa wskazaną w formularzu kwotę jednostkową. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie uwzględnił przy szacowaniu ceny, co winno wynikać z treści udzielonych wyjaśnień, czynników kosztowych takich jak: koszt instalacji urządzenia w terenie na dedykowanej konstrukcji wsporczej; koszt zabezpieczenia ruchu na czas prowadzenia prac instalacyjnych wraz z pojazdem HDS; koszty transportu urządzeń na lokalizację instalacji w terenie.

Odwołujący kwestionował też prawidłowość oceny wyjaśnień w zakresie pozycji nr 1.2.4.C formularza cenowego nr 2 Klasa 104.C. Według Odwołującego zakres rzeczowy przedmiotowej pozycji winien obejmować wykonanie bezinwazyjnego (zgodnie z deklaracją Wykonawcy) urządzenia umożliwiającego wykrywanie zdarzeń drogowych wraz z wszystkimi kosztami dodatkowymi niezbędnymi do wykonania zadania. Zaoferowana przez Wykonawcę cena w tej pozycji w żaden sposób nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotowego zakresu.

Odwołujący przyjął, że w treści udzielonych wyjaśnień doszło do: zaniżenia lub braku określenia wartości rzeczowej pozycji (m.in. oprogramowania, dedykowane uchwyty mocujące do konstrukcji wsporczej); zaniżenia lub braku określenia cen materiałów (m.in. koszt urządzenia w technologii radarowej/wideo – praca bezinwazyjna); zaniżenia lub braku określenia robocizny; zaniżenia lub braku określenia wartości sprzętu niezbędnego do wykonania zakresu rzeczowego (m.in. zabezpieczenie ruchu na czas prowadzenia prac



instalacyjnych, podnośnik koszowy); braku uwzględnienia ryzyk (m.in. termin realizacji).

Według Odwołującego cena oferty Wykonawcy nie pokrywa minimalnych kosztów niezbędnych do należytego wykonania pozycji nr 1.2.4.C. formularza cenowego nr 2. Nie sposób przyjąć, że wyjaśnienia Wykonawcy mogły stanowić dowód dokonania ustalenia kosztów w sposób należyty. Według szacunków Odwołującego, przy przyjęciu jedynie kosztów urządzeń jakie należy dostarczyć dla modułu, ich cena jednostkowa przewyższa wskazaną w formularzu kwotę jednostkową. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie uwzględnił przy szacowaniu ceny czynników cenotwórczych takich jak: koszt instalacji urządzenia w terenie na dedykowanej konstrukcji wsporczej; kosztów zabezpieczenia ruchu na czas prowadzenia prac instalacyjnych wraz z podnośnikiem koszowym.

Dalej, Odwołujący kwestionował prawidłowość oceny wyjaśnień w zakresie pozycji nr 1.2.6.A do 1.2.6.D formularza cenowego nr 2 dla realizacji klasy modułu wdrożeniowego od 106.A do 106.D. Zaoferowana przez Wykonawcę cena tych pozycji w żaden sposób nie pozwala na pokrycie kosztów należytego wykonania przedmiotowego zakresu. Odwołujący przyjął, że w treści udzielonych wyjaśnień doszło do: zaniżenia lub braku określenia zakresu rzeczowego pozycji (m.in. brak dedykowanych uchwytów pod konstrukcję, brak lokalnych rejestratorów, brak oprogramowania systemu CCTV, brak dedykowanego oprogramowania do modułu 106.D Doraźnej wideorejestracji, rozszerzenie gwarancji na materiały do 5 lat); zaniżenia lub braku określenia wartości materiałów (kamery CCTV, lokalne rejestratory); zaniżenia lub braku określenia robocizny; zaniżenia lub braku określenia wartości sprzętu; braku uwzględnienia ryzyk.

W pozycji 106.A wartość ta pokrywa co najwyżej koszty części materiałów (kamera CCTV), podobnie w pozycjach 106.B oraz 106.C oraz pozycji 106.D cena Wykonawcy pokrywa co najwyżej koszty materiałów wraz z oprogramowaniem. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie uwzględnił przy szacowaniu kosztów wykonania ww. zakresu m.in. okoliczności takich jak: montaż kamer z pozycji 1.2.6.A na dedykowanych konstrukcjach, przy całej procedurze uwzględniającej łamanie konstrukcji i zabezpieczeniu tych działań; zabezpieczanie montażu kamer poprzez wdrożenie czasowej organizacji ruchu na czasie montażu kamer, polegających na rozstawieniu znaków oraz pojazdów wyposażonych w elementy zabezpieczające pracę, wraz z użyciem w 1.2.6.B oraz 1.2.6.C dodatkowo podnośnika koszowego; dostarczenie dedykowanego oprogramowania do 1.2.6.D uwzględniającego wymagania Zamawiającego na pracę Użytkownika zdalnie w terenie, wraz z montażem elementów w pojeździe i podtrzymaniem pracy działania całego systemu.

Stosownie do treści SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem osobą na stanowisko Kierownika projektu, posiadającą m.in. doświadczenie w pełnieniu funkcji

kierowniczej na min. dwóch zamówieniach, gdzie każde z nich obejmowało zaprojektowanie, dostawę i wdrożenia systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowy. Z treści przedłożonego przez Wykonawcę wykazu nie wynika spełnienie ww. warunku. Z treści wykazu nie wynika, aby drugi z projektów referencyjnych dla ww. osoby dotyczył zaprojektowania i dostawy. W treści wykazu podana jest jedynie nazwa projektu, bez wskazania jego zakresu, a w szczególności brak jest informacji, czy zadanie to obejmowało zaprojektowanie i dostawę systemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonce, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że w sposób konkretny przedstawił przyczyny, dla których informacje wskazane w wyjaśnieniach mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślał też, że sposób, w jaki uzasadnione zostało zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do danych podawanych w jego wyjaśnieniach obejmujących kalkulację ceny ofertowej został uznany za skuteczny w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2019 r., sygn. KIO 1637/19.

Ponadto wskazywał, że możliwe jest zastrzeżenie informacji na temat cen jednostkowych, które dotyczą specjalistycznych i indywidualnie wypracowanych przez przedsiębiorstwo rozwiązań. Przystępujący podtrzymał w pełni argumentację, którą zawarł w piśmie stanowiącym zastrzeżenie. Przystępujący potwierdził również, że w umowach z pracownikami i współpracownikami chroni informacje poufne, zawierając w nich stosowne klauzule. Na powyższe okoliczności wniósł o przeprowadzenie m.in. dowodu na posiedzeniu Izby ze wzoru umowy o zachowaniu poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślał ponownie, że żadna z informacji zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu nie jest dostępna publicznie ani w stosunku do osób trzecich.

Wskazywał też, że Zamawiający w dalszym ciągu ma swobodę w oznaczeniu zakresu żądanych wyjaśnień i może zdecydować, które elementy złożonej oferty mają podlegać takim wyjaśnieniom. Odwoływał się do treści swojej oferty oraz wyjaśnień, które w jego przekonaniu w pełni potwierdzają, że cena ofertowa zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Ze względu na objęcie tych wyjaśnień zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący nie przedstawił w piśmie argumentacji merytorycznej. Podkreślił jedynie, że cena ofertowa w jego ofercie była zbliżona do kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co już samo w sobie świadczy o tym,

że to oferty pozostałych Wykonawców były zawyżone w stosunku do stawek rynkowych.

Podnosił, że nawet jeśli uznać, że brak opisany w odwołaniu rzeczywiście miał miejsce, to nie może być mowy o naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, bowiem zamawiający obowiązany byłby do wezwania o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i nie mógłby wykluczyć Wykonawcy bez takiego wezwania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 12) PZP. Jednocześnie nie było również podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 PZP, bowiem w rzeczywistości nie zachodził brak, o którym mowa w odwołaniu. Przystępujący podkreślał przy tym, że zadanie numer 2 wpisane w załączniku nr 2 obejmowało zaprojektowanie, dostawę i wdrożenie systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i podnosił, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny mogą być uznane za informacje chronione. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca Alumbrados prawidłowo wykazał istnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób zgodny z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający określił jedynie minimalne wymagania, które powinno spełniać rozwiązanie oferowane przez Wykonawców. W Postępowaniu dla Części I zostały złożone trzy oferty, które różnią się cenowo. Zdaniem Zamawiającego powyższe okoliczności potwierdzają konieczność doboru przez Wykonawców na potrzeby Postępowania odpowiedniej konfiguracji sprzętu, organizacji systemu i szczegółowej analizy porównawczej pomiędzy możliwymi konfiguracjami, według modelu autorskiego przyjętego przez danego Wykonawcę. Innymi słowy, projekt realizowany jest w modelu „zaprojektuj i zrealizuj”, stąd zostawiona jest duża swoboda decyzyjna wykonawcom jak podejść do wdrożenia, przy zachowaniu jedynie minimalnych wymagań SIWZ. Z tego względu oferty znacznie różnią się cenowo. Każda z nich opiera się bowiem o unikatowe podejście do zamówienia przez konkretnego wykonawcę.

Uwzględniając przywołane powyżej informacje nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby argumentacja Wykonawcy Alumbrados dotycząca wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji miała charakter lakoniczny i sprowadzała się do ogólnego stwierdzenia, iż nie może budzić wątpliwości dopuszczalność zastrzeżenia wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca Alumbrados powołał się bowiem na konkretne okoliczności, które uzasadniają zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2019 r. w okolicznościach faktycznych sprawy, z powołaniem się na argumenty, które znajdują uznanie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Alumbrados wskazał również, że podjął czynności zabezpieczające mające na celu nieujawnianie przedmiotowych informacji. Ponadto w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa zaznaczono, że zostały podjęte działania w celu zachowania poufności informacji objętych zastrzeżeniem, takie jak zobowiązanie pracowników do zachowania poufności, czy też konsekwentne zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Takie wyjaśnienia Zamawiający uznał za przekonujące, spójne i wiarygodne.

Zamawiający podkreślał, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym przez Krajową Izbę Odwoławczą, w art. 8 ust. 3 PZP nie ma mowy o „udowodnieniu”, a jedynie o „wykazaniu”, co oznacza, że każdorazowo w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć, czy złożenie dowodów na potwierdzenie okoliczności zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezbędne. Zamawiający w przedmiotowej sprawie uwzględnił wszystkie istotne okoliczności, takie jak fakt, że rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę Alumbrados może stanowić autorską koncepcję, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby w treści uzasadnienia brak było informacji o klauzulach poufności. Wykonawca Alumbrados zawarł w punkcie 3 tego uzasadnienia oświadczenie, że zadbał o poufność informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi poprzez zobowiązania swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania poufności. W świetle przytoczonego powyżej stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie interpretacji pojęcia „wykazanie”, użytego w art. 8 ust. 3 PZP, nie jest konieczne udowodnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez załączenie dowodów w postaci załączenia umów o zachowanie poufności z pracownikami i kontrahentami Wykonawcy Alumbrados, a „jedynie wykazanie” tych okoliczności.

Zamawiający podkreślał, że analizując łącznie art. 90 ust. 1a pkt 1) PZP oraz art. 90 ust. 1 PZP należy dojść do wniosku, że Zamawiający, w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1) PZP, ma obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny lub kosztu lub istotnych części składowych ceny lub kosztu. Powyższe wynika z literalnej wykładni przedmiotowych przepisów, których treść nie budzi wątpliwości. Wynioskować więc należy, że w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1) PZP, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny lub istotnych części składowych ceny. Zamawiający w oparciu o treść art. 90 ust. 1a pkt 1) PZP nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień ceny całkowitej oferty.

Zamawiający zwracał też uwagę, że cena brutto zaoferowana przez Wykonawcę Alumbrados za realizację opcji, którą to cenę Odwołujący uznał za nierealną, jest zbliżona do ceny za realizację opcji zaoferowaną przez Przystępującego Aldesa. Zamawiający podkreślał, że szacunki Zamawiającego są zbliżone do ceny ofertowej Alumbrados. Zdaniem Zamawiającego, choć ceny ofert różnią się, to jednakże samo w sobie nie dowodzi tezy o rażąco niskiej cenie Alumbrados. Może to równie dobrze wskazywać na to, że Odwołujący wskazał koszt „rażąco wysoki”, a nie na to że inni wykonawcy zaniżają koszty. Istotą zamówienia publicznego jest konkutowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem pozyskania zamówienia. Analizowana sprawa jest tego typowym przykładem, gdzie złożono trzy oferty różniące się w niektórych elementach. Jest to całkowicie naturalna sytuacja i nie oznacza zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Każdy z wykonawców ma inny know-how, inną strategię realizacji zamówień i inaczej szacuje koszty operacyjne.

Zamawiający podkreślał, że Wykonawca Alumbrados złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie elementów kształtujących cenę, gdzie odniósł się do wszystkich elementów wezwania, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca Alumbrados wskazał w szczególności na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego Wykonawcy, które należy uznać za przekonujące. Wyjaśnienia zawierają dla każdej pozycji, która budziła wątpliwości Zamawiającego, w szczególności określenie kosztów realizacji zamówienia oraz podstawy ich ustalenia, zysk Wykonawcy, a także uwzględnienie ryzyk związanych z wykonaniem systemu informatycznego. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy Alumbrados są pełne, spójne i logiczne, przez co należy uznać, że odpowiadają wymogom określonym przez przepisy PZP. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że Wykonawca Alumbrados nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego, informacje przekazane przez Wykonawcę Alumbrados w Wykazie osób są wystarczające dla oceny spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu. Ponadto, nawet gdyby uznać, że na podstawie złożonych przez Wykonawcę Alumbrados dokumentów i w świetle całokształtu okoliczności sprawy nie sposób stwierdzić, czy Wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu, to wykluczenie wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP należałoby uznać za przedwczesne. Zamawiający w takiej sytuacji zobowiązany byłby wcześniej wezwać w tym zakresie Wykonawcę do wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 3 PZP.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonce, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania Izba oddaliła.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z udzieloną odpowiedzią Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego z dnia 26 maja 2020 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 kwietnia i 30 maja 2020 r., piśmie procesowym Przystępującego z dnia 11 marca i 29 maja 2020 r., a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 maja i 1 czerwca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności: zaprojektowanie, dostawę, wdrożenie, uruchomienie Modułów Rozproszonych w pasie drogowym dróg wyszczególnionych poniżej oraz integrację ich z Systemem Centralnym KSZR wraz z usługami rozwoju oraz wsparcia i utrzymania wszystkich elementów systemu w podziale na dwie części.

Zgodnie z punktem 14.5 Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz m.in. Formularz Cenowy zbudowany z czterech arkuszy. Formularze należało wypełnić ściśle według kolejności wyszczególnionych w nim pozycji oraz z uwzględnieniem informacji znajdujących się w Opisie zasad wypełnienia FC, załączonym do poszczególnych arkuszy formularza. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe oraz wartości brutto dla wszystkich pozycji arkuszy formularzy.

Stosownie do punktu 15 SIWZ: Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy (SIWZ TOM IV) - dla danej części zamówienia, na którą składana jest oferta. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 15.1. IDW, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, uwzględniając wszystkie wymagania zawarte w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu

zamówienia. W przypadku gdy Wykonawca zadeklaruje działania określone w pkt 19.1.2. IDW zobowiązany jest w cenie oferty uwzględnić również te czynności. Każda cena jednostkowa zawarta w Formularzu Cenowym powinna obejmować całkowity koszt wykonania przyjętej jednostce rozliczenia.

Następnie Izba ustaliła, że w zakresie Części I, oferty złożyło trzech wykonawców, w tym Odwołujący, który w zakresie zamówienia podstawowego zaoferował 158 332 147,01 zł, a w opcji: 60 081 392,06 zł oraz Przystępujący, który w zakresie zamówienia podstawowego zaoferował 92 331 422,68 zł, a w opcji: 30 479 350,00 zł. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia podstawowego 88 339 256,82 zł, natomiast dla opcji: 44 169 628,41 zł.

Pismem z dnia 27 listopada 2019 r. Zamawiający działając w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub istotnych części składowych ceny w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia istotnych składowych ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający prosił o szczegółowe wyjaśnienie odrębnie dla kilku pozycji z formularza cenowego, zadając konkretne pytania.

Wykonawca Alumbrados w wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa i przedkładając uzasadnienie zastrzeżenia, gdzie wskazał, iż *Informacje zastrzeżone w tym zakresie przez Wykonawcę mają charakter organizacyjny, handlowy i techniczny przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą, gdyż wskazują na sposób kalkulacji ceny szczegółowej. Dla profesjonalisty, jakim niewątpliwie są konkurenci Wykonawcy, może to stanowić podstawę do wywnioskowania zastosowanych technologii i rozwiązań. (...) Zaproponowanie przez wyspecjalizowany zespół zestawu powiązanych ze sobą rozwiązań w zakresie sprzętowym, organizacyjnym i zarządczym Stanowi autorskie rozwiązanie dedykowane Zamawiającemu i jako takie stanowi dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Takie skonfigurowanie sprzętu i obsługi systemu, które spełni te potrzeby najlepiej, a przy będzie najkorzystniejsze (m.in. ekonomicznie) dla Wykonawcy jest zadaniem wymagającym wiedzy technicznej na temat sprzętu, organizacji systemu oraz szczegółowej analizy porównawczej pomiędzy możliwymi konfiguracjami. (...) W ocenie Wykonawcy jednostkowe ceny usług i towarów mogą co do zasady stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy są indywidualnie skalkulowane wyłącznie na potrzeby danego postępowania. Tego rodzaju dane mogą stanowić źródło informacji dla konkurencji działającej na rynku Wykonawcy i jako takie mogą mieć charakter wrażliwy dla podmiotu ubiegającego się o publiczne zamówienie. (...) Wykonawca oświadcza, odnosząc się do drugiej z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa oświadczenia i dokumenty nie zostały*

*ujawnione do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie były publicznie ujawniane jako zespół informacji, w kształcie i treści tożsamej z przedstawioną w ofercie oraz wyjaśnieniach. Wykonawca podkreśla, że z uwagi na wskazany w pkt. I powyżej szczególny charakter informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, a także okoliczność, że w normalnym toku działania (np. za pośrednictwem Internetu) nie ma możliwości ich odnalezienia. Wykonawca ograniczył dostęp do informacji mających przymiot informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie do niezbędnego grona osób w ramach swojej Spółki. Podsumowując, Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje nigdy w sposób publiczny nie były udostępniane przez Wykonawcę (w szczególności nie były opublikowane np. na stronach internetowych Wykonawcy, a także nie ustanowiono dla nich publicznego dostępu).(...) Wykonawca wskazuje, że konsekwentnie zastrzega powyższe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówień, w których uczestniczy. Wykonawca zadbał o zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi poprzez zobowiązania swoich pracowników, współpracowników oraz kontrahentów do zachowania poufności, a także poprzez ustalenie obowiązku zapłaty wysokich kar umownych w przypadku naruszenia klauzul dotyczących poufności. Wykonawca wskazuje, że w przedmiotowym wypadku, co do wszystkich zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, bezspornie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje nie mogą zostać przez Zamawiającego ujawnione.*

W dniu 20 lutego 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, oferty wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Zielonce. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku



naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów zawartych w pkt 3 i 5 odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.

Następnie, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny podlega uwzględnieniu.

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. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której zgodnie z art. 11 ust. 2, 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. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się więc tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki: (i) mają wartość gospodarczą; (ii) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób - czyli są poufne; (iii) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie można traktować uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego

uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: *„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.”*

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny uzasadnienia Przystępującego co do przesłanek dających podstawę do zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy z dnia 9 grudnia 2019 r., dotyczących zaoferowanej ceny. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień jak i treści samych wyjaśnień, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie to jest w swojej treści lakoniczne zawiera jedynie ogólne twierdzenia, przywołuje przepisy prawa oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący poza przywołaniem poglądu doktryny, podnosił, że zastrzeżone informacje wskazują na sposób kalkulacji ceny szczegółowej. Wskazał również, że zastrzeżone informacje mogą stanowić podstawę wywnioskowania zastosowanych technologii i rozwiązań, które w zakresie sprzętowym, organizacyjnym i zarządczym stanowią autorskie rozwiązanie dedykowane Zamawiającemu i jako takie stanowi wartość gospodarczą. W ocenie Izby przywołane ogólne twierdzenia Przystępującego nie wyczerpują przesłanki wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Argumentacja Wykonawcy w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jest ponadto gołosłowna. Brak jest w treści uzasadnienia nie tylko samej argumentacji, ale nawet jakichkolwiek dowodów potwierdzających wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Wartość gospodarczą informacji można rozumieć dwojako. Po pierwsze, dosłownie, w tym znaczeniu wartość gospodarcza tajemnicy wyznaczona jest jej wartością

ekonomiczną, dającą się wyrazić w pieniądzu. Po drugie, w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień nie wykazał wartości majątkowej zastrzeżonych informacji. Nie wykazał również, iż posiada uzasadniony interes gospodarczy w nieujawnieniu treści wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Takim interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji realności zaoferowanej ceny za realizację zamówienia.

Wydaje się, że Przystępujący upatrywał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji w tym, iż wyjaśnienia zawierają ceny za urządzenia, oprogramowanie, robociznę oraz w tym, iż, w jego ocenie, wyjaśnienia zawierają opis czynników wpływających na obniżenie ceny. W tym zakresie wskazać należy, że ceny za poszczególne elementy mogłyby być uznane za informacje mającą wartość gospodarczą, o ile wykonawca jest w stanie wykazać, że otrzymane od producenta informacje cenowe wynikają ze szczególnych okoliczności, indywidualnych uwarunkowań wykonawcy, niedostępnych innym podmiotom działającym w branży, nie są cenami powszechnie dostępnymi dla innych podmiotów działających w branży. Ponadto możliwość zastrzeżenia informacji cenowych producenta jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy musi wiązać się z koniecznością wykazania przez wykonawcę, że producent przekazując wykonawcy kalkulacje cenowe traktował takie informacje jako informacje poufne.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał żadnych z powyższych elementów. Przystępujący nie podał skąd pochodzą w treści wyjaśnień ceny poszczególnych elementów. Brak jakiegokolwiek informacji o oferowanych rabatach, szczególnych upustach związanych z określonymi relacjami handlowymi, czy to w postaci korespondencji z producentem, czy w ramach oferty handlowej. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnej metodologii obliczenia ceny, żadnych szczegółowych informacji dotyczących kosztów zatrudnienia czy też zastrzeżonych jako poufne informacji handlowych związanych z nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób uznać, że wszystkie informacje handlowe czy cenowe wymieniane pomiędzy przedsiębiorcami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba nie przeczy, że sposób kalkulacji ceny czy też szczególne know-how przy realizacji unikatowej koncepcji wykonawcy może być uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Niemniej w niniejszym stanie faktycznym Przystępujący nie wyjaśnił, które konkretnie elementy miałyby prezentować dedykowane skonfigurowanie sprzętu i obsługi. Nie wiadomo też, dlaczego zapoznanie się z autorskim sposobem skonfigurowania sprzętu/systemu, mogłoby przynieść korzyść konkurencyjnym przedsiębiorstwom, a w konsekwencji mogłoby skutkować powstaniem szkody po stronie Przystępującego. Wyjaśnienia nie zawierają również podania

konkretnych elementów, które miałyby być potraktowane jako „autorskie zestawy powiązanych ze sobą rozwiązań w zakresie sprzętowym, organizacyjnym i zarządczym”, a co za tym idzie nie wiadomo też, dlaczego te zestawy uznano za mające wartość gospodarczą.

Dalej, Izba wskazuje, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego i Zamawiającego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.).

Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek ustawowych. Samo powoływanie się na klauzule poufności z pracownikami, współpracownikami oraz kontrahentami bez udowodnienia, że takie postanowienia istnieją, a nawet bez wykazania, że taka umowa została faktycznie zawarta, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. W ocenie Izby nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy, niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów, lecz na etapie zastrzegania informacji, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym.

W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący nie przedstawił wraz z uzasadnieniem żadnych stosownych dowodów, które umożliwiłyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym. Przystępujący nie złożył również żadnego dowodu na wykazanie, że jakiegokolwiek procedury ochrony informacji istniały w przedsiębiorstwie Przystępującego przed złożeniem oferty i przygotowaniem kosztów jej realizacji, nie złożono jakichkolwiek dokumentów potwierdzających przestrzeganie u wykonawcy polityki bezpieczeństwa w zakresie informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Reasumując, Przystępujący

nie wykazał spełnienia przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz, że Przystępujący, przy zachowaniu należytej staranności, podjął działania zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Wobec ustalenia, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało w tym zakresie uwzględnieniu. W konsekwencji uznania powyższego zarzutu Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę Alumbrados.

W dalszej kolejności Izba uznała, że kolejny zarzut (nr 2 z odwołania) podlega oddaleniu.

Zgodnie z 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.

Stosownie do art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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.

W nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. wprowadzono zmianę w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegającą na tym, że już nie tylko całkowita cena lub całkowity koszt oferty

powinny być brane pod uwagę, ale także ich istotne części składowe. Oznacza to, że nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający jest zobowiązany zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

Zamawiający, w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, winien wezwać wykonawcę do wyjaśnień ceny lub kosztu lub istotnych części składowych ceny lub kosztu. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że interpretacja z której wynikałoby, że w sytuacji, gdy spełnione zostaną przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający byłby zobowiązany do wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny całkowitej oferty, stoi w sprzeczności z istotą wyjaśnień. Wyjaśnienia mają bowiem rozwiązać wątpliwości zamawiającego. Skoro zamawiający nie powziął wątpliwości w odniesieniu do określonych elementów składających się na cenę, to wezwanie w tym zakresie do wyjaśnień byłoby bezprzedmiotowe. Zatem, zamawiający, w przypadku spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, jest zobligowany do wezwania do wyjaśnień wykonawcy dotyczących ceny lub elementów składowych ceny, które budzą jego wątpliwości.

Natomiast jeśli istnieją wątpliwości w zakresie innych pozycji dotyczących formularza cenowego to Odwołujący winien je wskazać i uzasadnić które inne pozycje budzą jego wątpliwości. W niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z formularzem ofertowym wymagającym podania jedynie ceny globalnej. Wtedy istotnie, Zamawiający mógłby wezwać jedynie do wyjaśnień dotyczących ceny całkowitej. Być może Zamawiający winien zwrócić się o wyjaśnienie większej liczby pozycji, ale Odwołujący nie wskazał ich w odwołaniu.

Zarzut nr 4 z odwołania został postawiony jako ewentualny. Wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, złożonych przez wykonawcę Alumbrados, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, skład orzekający Izby pozostawił go bez rozpoznania. Potwierdzenie się zarzutu pierwszego czyni zadość żądaniu Odwołującego nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz ponowienia oceny i badania ofert, a w konsekwencji udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Alumbrados.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....