Sygn. akt: KIO 3483/20

WYROK
z dnia 28 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat (Barcelona), Hiszpania, działająca przez ustanowionyw Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice,**

przy udziale następujących wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

1)wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Aldesa Construcciones Polska sp.z o.o., ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa** oraz **Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania**oraz **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A, c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania,**

2)wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **SPRINT sp. z o.o.,ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz T4B sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa.**

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie wyjaśnień z dnia 06.11.2020 r. wraz z załącznikami, dotyczących ceny oferty i złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.w pozostałym zakresie **oddala odwołanie.**

3.kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat (Barcelona), Hiszpania, działająca przez ustanowiony w Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki** w części 4/5 oraz zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** w części 1/5, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat (Barcelona), Hiszpania, działająca przez ustanowiony w Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki**, tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**, na rzecz odwołującego: **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat (Barcelona), Hiszpania, działająca przez ustanowiony w Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki**, kwotę **3 720 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) 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: ……..……
…….
…….

Sygn. akt KIO 3483/20
UZASADNIENIE

ımawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Regionalne Projekty Wdrożeniowe — Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1 (RPW KSZRD E1) - część 1, część 2”, numer referencyjny: O.KA.D-3.2413.27.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 08.05.2020 r., nr 2020/S 214919.

Pismem z dnia 18.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A.

W dniu 28.12.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat (Barcelona), Hiszpania, działającego przez ustanowiony w Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny wraz z załącznikami, złożonych przez konsorcjum Aldesa, pomimo że wykonawca nie wykazał, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

2.art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa, pomimo że nie udzieliło ono kompletnych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych oferty w zakresie określonym w wezwaniu zamawiającego, a także pomimo że wyjaśnienia te potwierdzają, że istotne części składowe ceny określone w wezwaniu zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3.art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum Aldesa o wyjaśnienie części składowych ceny w zakresie dotyczącym opcji nr 4, pomimo tego, że części składowe podane w tych pozycjach są rażąco niskie i budzą one uzasadnione i obiektywne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,

4.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa pomimo tego, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5.art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Aldesa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, ewentualnie - naruszenie art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie,

6.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Aldesa, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazanego w pkt. 7.2.3. lit a) pkt. 4 IDW, ewentualnie - naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zażądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do spełnienia tego warunku,

7.art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum Sprint o wyjaśnienie części składowych ceny, tj. ceny za opcję nr 4, pomimo tego, że cena podana przez tego wykonawcę jest rażąco niska i budzi uzasadnione i obiektywne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 4 zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

1)Naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie wyjaśnień konsorcjum Aldesa dotyczących zaoferowanej ceny wraz z załącznikami zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

„Zamawiający, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy, ujawnił jedynie pierwszą część pisma, wskazującego na powody zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednakże uzasadnienie powodów, dla których wykonawca zastrzegł całość swoich wyjaśnień dotyczących ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa jest skrajnie ogólnikowe i lakoniczne - a tym samym nie sposób uznać, by Wykonawca sprostał ciężarowi wykazania, że całość tych wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). (…)

Twierdzenie, że tajemnicy podlega wielkość sprzedaży jest wręcz kuriozalne, bowiem wielkość sprzedaży danego przedsiębiorcy wynika ze sprawozdań finansowych składanych do akt rejestrowych i jest publicznie dostępna. Ponadto dane dotyczące wielkości przychodów ze sprzedaży sam Wykonawca podaje (bez zastrzeżenia tajemnicy) na uzasadnienie spełnienia warunku zdolności finansowej określonego w niniejszym postępowaniu. Z natury rzeczy wielkość sprzedaży nie może więc stanowić w tym konkretnym przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wbrew twierdzeniom Wykonawcy nie sposób też uznać, że zastrzeżeniu mogą podlegać globalnie wszystkie informacje podane w ofercie, dotyczące w szczególności ceny ofertowej. Takie stanowisko wprost sprzeciwia się art. 8 ust. 3 stanowiącemu, że utajnieniu nie podlegają informacje określone w art. 86 ust. 4 P.z.p., w tym informacje dotyczące ceny. (…) Dopuszcza się utajnienie cen jedynie w takim zakresie, w jakim ceny te wynikają ze szczególnych okoliczności (indywidualnych uwarunkować wykonawcy, niedostępnych innym podmiotom w branży). Tylko wtedy informacje takie mogą mieć wartość gospodarczą. O takich szczególnych okolicznościach Wykonawca nawet nie wspomina, nie mówiąc już o ich prawidłowym wykazaniu, co również przesądza o tym, że zastrzeżenie przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest w żadnej mierze zasadne. (…)

Nie jest możliwe również globalne zastrzeżenie wszelkich wyjaśnień co do zaoferowanej ceny ujętych w jednym dokumencie, jak tego chciałby Wykonawca. Jest wręcz przeciwnie: zgodnie z powszechnie akceptowanymi poglądami utajnieniu nie powinny podlegać wyjaśnienia w całości, a wyłącznie kluczowe elementy, takie jak np. ceny z ofert stanowiących dowody w zakresie wyjaśnień. (…)

Z przywołanych przez Wykonawcę ogólnikowo rodzajów informacji, które mogłyby podlegać ochronie, jedynie „metoda kalkulacji", co do zasady, mogłaby zostać uznana za informację podlegającą tajemnicy. Jednakże aby tak się stało, informacja ta musiałaby mieć określoną wartość gospodarczą. Tymczasem Wykonawca nigdzie nie wskazał, jakie szczególne cechy użytej przez niego metody kalkulacji przesądzają o tym, że metoda ta posiada wartość gospodarczą. (…)

Wykonawca nie wskazał nawet, że przyjęta przez niego metoda kalkulacji ma jakiekolwiek cechy szczególne pozwalające na odróżnienie jej od metody stosowanej na rynku, przez co uzyskuje szczególną wartość. Nie wskazał również nawet na potencjalną szkodę, którą wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Analogicznie należy potraktować również zastrzeżenie przez Wykonawcę „kosztów, jakie ponosi Wykonawca". Sam fakt ponoszenia kosztów realizacji zamówienia jest okolicznością bezsporną i charakterystyczną dla realizacji zamówienia przez każdego z wykonawców. Ponoszone przez Wykonawcę koszty mogłyby być uznane za mające wartość gospodarczą tylko w wypadku, gdyby okazało się, że ustalenie tych kosztów przez Wykonawcę na określonym poziomie wynika ze szczególnych okoliczności, nieznanych i nieosiągalnych przez innych uczestników rynku. Wykonawca jednakże nie przedstawia takich okoliczności, ani tym bardziej nie przedstawia na nie żadnych dowodów.

W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest również zastrzeżenie przez Wykonawcę tajemnicy załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli oświadczeń poszczególnych spółek składających się na konsorcjum w zakresie podjętych przez nich środków mających na celu zachowanie w poufności informacji odnoszących się do kalkulacji ceny. Należy zaznaczyć, że takie oświadczenia stanowią element uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem, stanowiąc jego integralną część, nie mogą zostać objęte tajemnicą. (…)

Niezależnie od powyższego przedstawienie samych „oświadczeń" zarządów spółek na wyżej opisany temat nie spełnia warunku „wykazania", że podjęte zostały działania w celu zachowania określonych informacji w poufności. Obecnie powszechnie przyjmuje się, że pod pojęciem „wykazania" rozumieć należy przedstawienie stosownych dowodów - np. przedstawienie faktycznie zawartych umów o zachowanie poufności, zastrzeżeń poufności ze strony kontrahentów, polityk poufności obowiązujących w konkretnym czasie dla konkretnych spółek. Samo oświadczenie wykonawcy (spółek wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) nie stanowi dowodu na potwierdzenie tych okoliczności. (…)

W przedstawionym wyżej stanie rzeczy zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy co do zaoferowanej ceny w całości jedynie na podstawie tak ogólnikowego uzasadnionego wniosku Wykonawcy, narusza przepis art. 8 ust. 1 i 3 P.z.p. statuujących zasadę jawności postępowania. (…)"

2)Naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa mimo wadliwości wyjaśnień.

„Zarzut ten ma charakter ewentualny i jest formułowany na wypadek oddalenia zarzutu nr 1, tj. uznania przez Izbę, że

Wykonawca zasadnie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

W braku możliwości zapoznania się z dokładnymi wyjaśnieniami Wykonawcy w tym względzie Odwołujący może jedynie ogólnie odnieść się do poszczególnych cen jednostkowych podanych w ofercie Wykonawcy; jednakże już z samej tylko lektury formularzy cenowych można wysnuć wniosek, że nie jest możliwe wykonanie przez Wykonawcę na warunkach rynkowych elementów zamówienia wskazanych poniżej. (…):

Moduł 101. Informowanie podróżujących	
1.2.1.A	Klasa 101.A. Informowanie o utrudnieniach na drodze klasy A/S

Wykonawca zaoferował wykonanie tej części zamówienia za kwotę 3 263 990,00 zł brutto, co jest kwotą znacząco zaniżoną. Zdaniem Odwołującego kwotą pozwalającą na realizację tego elementu jest kwota 5 190 950,00 zł brutto. Kwota ta zawiera koszt urządzenia i wszelkie inne koszty, w koszt montażu urządzenia, zysk oraz zapas na pokrycie ewentualnych nieprzewidzianych wydatków, jak również koszty pośrednie.

Odwołujący zauważa, że nie jest możliwe aby dostarczyć oraz zamontować Znak Zmiennej treści realizujący funkcje zgodne z OPZ oraz z SST modułu 101.A w cenie podanej przez Wykonawcę, przy jednoczesnym zapewnieniu zysku i zachowaniu rezerwy na ryzyka związane z należytym wykonaniem prac. (…)

Moduł 101. Informowanie podróżujących	
1.2.1.G	Klasa 101.G Informowanie poprzez komunikaty radiowe CB

Cena zaproponowana przez Wykonawcę wynosi 135 996,00 zł brutto. Jest ona o ponad 70% niższa niż wycena sporządzona przez Odwołującego z zachowaniem realiów rynku i wymagań OPZ, która wynosi 463 800,00 zł brutto. Według Odwołującego skalkulowanie przez Wykonawcę pozycji na tak niskim poziomie jest niemożliwe z zachowaniem wszystkich wymagań zawartych w OPZ.

Moduł 104. Lokalne wykrywanie zdarzeń ze zgromadzonych danych	
1.2.4 B	Klasa 104.B Wykrywanie zdarzeń z dostępnych zasobów danych

Cena jaką podał Odwołujący dla 242 sztuk wynosi 5 130 400,00 zł brutto. Cena zaoferowana przez Wykonawcę jest o ponad 68% (3 498 352,00zł) niższa i wynosi 1 632 048, 00 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego cena podana przez Wykonawcę nie jest wystarczająca na zrealizowanie tej części zamówienia zgodnie ze wszystkimi wytycznymi wymaganymi przez OPZ dla tej pozycji i wiąże się to nie tylko z dostosowaniem systemu do CPW ale także z utrzymaniem licencji na oprogramowanie.

Moduł 104. Lokalne wykrywanie zdarzeń ze zgromadzonych danych	
1.2.4 C	Klasa 104.C Wykrywanie zdarzeń na drogach klasy A i S z niskim poziomem detekcji

W powyższej pozycji Odwołujący przyjął kwotę 1.360.050,00 zł brutto. Odwołujący wskazuje, że wykonanie tego elementu w realiach rynkowych i zgodnie z wymaganiami OPZ nie jest możliwe za cenę niższą, aniżeli wyliczona przez Odwołującego, tj. 3.360.000,00 zł brutto. Tymczasem Wykonawca zaoferował cenę ok. 60% niższą. Odwołujący szczególnie zwraca uwagę na fakt, że klasa urządzenia zgodna ze specyfikacjami Zamawiającego jest znacznie droższa i wymaga więcej nakładu pracy niż przedstawił to Wykonawca (specyfikacje przewidują m.in. wymóg nieprzerwanej pracy urządzenia niezależnie od warunków pogodowych).

Moduł 106. Pozyskiwanie danych wizyjnych	
1.2.6.A	Klasa 106.A Pozyskiwanie obrazu z wysoką rozdzielczością na drodze głównej

Dla powyższej pozycji Odwołujący podał kwotą równą 1 372 800,00 zł brutto, a wycena ta jest zgodna z realiami cen rynku oraz wymaganiami Zamawiającego. Kwota podana przez Wykonawcę jest o ponad 40 % niższa od kwoty Odwołującego i wynosi 816 00,00 zł brutto. Realizacja tej części zadania za podaną cenę nie jest możliwa.

Moduł 106. Pozyskiwanie danych wizyjnych	
1.2.6.B	Klasa 106.B Pozyskiwanie obrazu z wysoką rozdzielczością na drodze głównej i trasie objazdu

Dla 14 sztuk Odwołujący przyjął kwotę 263 200,00 zł brutto. Cena Wykonawcy jesto ponad 22% niższa od ceny podanej przez Odwołującego i wynosi 203 994,00 zł brutto. Odwołujący wskazuje, że kwota podana przez Wykonawcę z pewnością nie pozwoli na realizację wszystkich wymagań Zamawiającego podanych w OPZ w omawianym zakresie.

Moduł 112. Pozyskiwanie danych pogodowych	
1.2.12.A	Klasa 112.A Pozyskiwanie kompleksowych danych pogodowych

Kwota podana przez Wykonawcę dla 12 sztuk w tej pozycji wynosi 1 224 000,00 zł brutto. Jest to kwota o ponad 19% niższa niż cena podana przez Odwołującego, która jest równa 1 519 068,00 zł brutto. Odwołujący wskazuje, że kwota podana przez Wykonawcę z pewnością nie pozwoli na realizację wszystkich wymagań Zamawiającego podanych w OPZ w omawianym zakresie.

Moduł 114. Pozyskiwanie danych o ruchu	
1.2.14.A	Klasa 114.A Pozyskiwanie danych o ruchu pojazdów z dokładnością E2

Kwota podana w tej pozycji przez Wykonawcę dla 229 sztuk wynosi 3 296 684,00 zł brutto. Jest ona prawie o 46% niższa od ceny podanej przez Odwołującego. Odwołujący wskazuje, że kwota podana przez Wykonawcę z pewnością nie pozwoli na realizację wszystkich wymagań Zamawiającego podanych w OPZ w omawianym zakresie.

Moduł 102. Sterowanie prędkością i pasami ruchu	
2.1.	Klasa 114.A Integracja i testowanie na poziomie Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych

Kwota w powyższej pozycji podana przez Wykonawcę wynosi 13 840,00 zł brutto. Jest ona o ponad 50% niższa niż kwota skalkulowana przez Odwołującego - 294 128,00 zł brutto. Skalkulowanie powyższej pozycji na poziomie niższym o blisko 50% kwoty rynkowej (podanej przez Odwołującego) jest niezgodne z realiami rynkowymi i niezgodne z wymaganiami OPZ."

3)Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania konsorcjum Aldesa do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym opcji nr 4.

„(…) Wykonawca zaoferował wykonanie opcji nr 4 za kwotę 13 583 825,00 zł, przy czym cena zaoferowana przez Odwołującego wyniosła 23 378 310,39 zł. Tak znaczna różnica w cenach wymaga wyjaśnienia w całości. Sam fakt wystąpienia takiej różnicy powinien stanowić przesłankę, by zażądać wyjaśnień w tym zakresie. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, że nie jest możliwe wykonanie opcji nr 4 za cenę podaną przez Wykonawcę. Zdaniem Odwołującego Wykonawca kalkulując cenę za Opcję 4 nie wziął pod uwagę tego, że zgodnie z informacją umieszczoną przez Zamawiającego we wzorze formularza cenowego: W ramach realizacji Opcji 4, w cenie dostawy i wdrożenia Modułów powinna być uwzględniona cena pozostałych, niezbędnych komponentów Modułów w zakresie łączności oraz cena zapewnienia zasilania energetycznego. Ponadto zdaniem Odwołującego wycena przedstawiona przez Wykonawcę nie uwzględnia kosztu wykonania konstrukcji niezbędnej dla dostawy i wdrożenia modułów — został on prawdopodobnie przeniesiony przez Wykonawcę do ceny konstrukcji niezbędnej do wykonania modułów w zadaniu podstawowym, co jest nielogiczne i niezgodne z OPZ Kwestia ta w każdym razie wymaga kompleksowego wyjaśnienia, a tymczasem Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień jedynie w zakresie pozycji pod nazwą „Integracja i testowanie na poziomie Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych", stanowiącej nieznaczną część ceny za Opcję nr 4, co nie pozwala nawet na przybliżone rozwianie pojawiających się obiektywnych wątpliwości. Tymczasem obiektywnie właściwe byłoby zażądanie wyjaśnień co do pozostałych części składowych Opcji nr 4, w tym w szczególności pozycji w pkt. 1.2.2.D zarządzanie prędkością i innymi ograniczeniami. W tym zakresie kwota, jaką przyjął Wykonawca dla tej pozycji dla 70 sztuk wynosi 5 569 340,00 zł brutto. Stanowi to blisko 50% ceny podanej przez Odwołującego — 11 083 800,00 zł brutto. Skalkulowanie powyższej pozycji na poziomie niższym o blisko 50% kwoty rynkowej (podanej przez Odwołującego) jest niezgodne z realiami rynkowymi i niezgodne z wymaganiami OPZ."

4)Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa pomimo tego, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

„Zarzut ten ma charakter ewentualny i jest formułowany na wypadek oddalenia zarzutu nr 1 i 3, tj. uznania, przez Izbę, że Wykonawca zasadnie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz że nie ma obowiązku przedstawić dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny za opcję nr 4. W braku znajomości dokładnych wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny należy przyjąć, że zaoferowanie wykonania elementów zamówienia wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu zarzutu nr 2 i 3 musi oznaczać, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego nie ma bowiem możliwości zaoferowania urządzeń w takiej cenie. W szczególności zarzut ten dotyczy ceny za opcję nr 4, która została skalkulowana przez Wykonawcę w sposób nieuwzględniający kosztu wykonania konstrukcji modułów wdrażanych w ramach tej opcji oraz pozostałych komponentów w zakresie łączności i zasilania."

5)Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (ew. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Aldesa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

„Zamawiający z naruszeniem art. 26 ust. 3 P.z.p. w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 14 P.z.p. nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 P.z.p. (warunku niekaralności) w odniesieniu do wszystkich prokurentów jednego z członków konsorcjum Wykonawcy, spółki Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (…) pełniących funkcję w dniu, w którym upływał termin składania ofert (8.09.2020 r.).

Wykonawca, w reakcji na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 P.z.p. przedstawił zaświadczenia o niekaralności dla następujących osób: (1) A. F. R., (2) J. M. F. R., (3) M. G. R., (4) F. N. M. (5) M. L. de F. P., (6) J. M. A. de B., (7) J. J. L. D,, (8) M. P..

Jak wynika z przedłożonych do oferty odpisów z właściwych rejestrów, osoby wskazane wyżej w pkt (1) do (4) byli w dacie złożenia dokumentów w reakcji na wezwanie Zamawiającego członkami zarządu spółek składających się na konsorcjum Wykonawcy, zaś osoby wskazane w pkt (5) do (8) – M. P., M. L. de F. P., J. M. A. de B., J. J. L. D. byli w tej dacie prokurentami w spółce Aldesa Construcctiones Polska Sp. z o.o.

Jednakże z odpisu KRS prowadzonego dla tej ostatniej spółki (Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (…), przedłożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą, aktualnego w dniu jego złożenia, wynikało, że w spółce tej w dniu składania oferty jej prokurentami byli również, oprócz osób wymienionych powyżej: I. F. R., M. F. R., M. F. R., J. A. V.

Okoliczność tę potwierdza pełny odpis z rejestru prowadzonego dla wyżej opisanej spółki, z którego wynika, że wykreślenie wyżej wymienionych osób z rejestru jako prokurentów nastąpiło dopiero w dniu 13.10.2020 r., a więc ponad miesiąc po terminie składania ofert (8.09.2020 r.) Dla wyżej wymienionych osób nie przedłożono żadnych dokumentów wykazujących spełnienie warunku niekaralności. (…)

W tym kontekście należy stwierdzić, że w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania stan faktyczny od daty złożenia oferty wraz z oświadczeniem wstępnym uległ zmianie, bowiem zmianie uległ krąg prokurentów jednej ze spółek składających się na konsorcjum. Tym samym Wykonawca powinien był przedłożyć takie dokumenty, które potwierdzały niekaralność wszystkich prokurentów spółki Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. pełniących funkcję do dnia 13.10.2020 r — czego nie uczynił, a tym samym nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez cały jego okres, liczony od daty, w której minął termin na składanie ofert. Tym samym Wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 P.z.p. (…)

Wykonawca zarzuca ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 4 P.z.p. poprzez zaniechanie zażądania złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunku niekaralności - poprzez zażądanie wskazania, w jakiej dokładnie dacie ustała prokura udzielona I. F. R., M. F. R., M. F. R., J. A. V. w spółce Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o."

6)Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Aldesa z powodu niespełnienia warunku w zakresie doświadczenia wskazanego w pkt. 7.2.3. lit a) pkt 4 IDW, ewentualnie - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania złożenia wyjaśnień co do spełnienia tego warunku.

„Zgodnie z warunkiem sformułowanym przez Zamawiającego w pkt. 7.2.3. lit a) IDW (SIWZ; Tom I), Wykonawca musiał wykazać, że wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę polegającą na świadczeniu - w ramach jednego zamówienia — usługi serwisowe polegające na utrzymaniu przez okres minimum 12 miesięcy urządzeń systemu zarządzania ruchem zainstalowanych w pasie drogowym, o wartości systemu nie mniejszej niż 500 tys. PLN brutto, obejmującego łącznie co najmniej trzy rodzaje urządzeń spośród niżej wymienionych: (a) znaki lub tablice o zmiennej treści (b) drogowe stacje meteorologiczne (c) kamery monitoringu wizyjnego typu PTZ, (d) stałe stacje pomiaru ruchu drogowego dla pomiarów natężenia ruchu i klasyfikacji pojazdów.

Wykonawca przedstawił wykaz usług, w którym - w zakresie spełniania powyższego warunku - wykazał wykonywanie przez jednego z członków jego konsorcjum na rzecz Urząd Miasta Granada w Hiszpanii (…) Tymczasem przedstawiona przez Wykonawcę referencja wystawiona przez Urząd Miasta Granada nie potwierdza powyższych

okoliczności. Z jej treści wynika, że prace wykonane przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones SA (ACISA) obejmowały wykonanie i wdrożenie Inteligentnego Systemu Sterowania Ruchem, wsparcie i zarządzanie i korzystanie z Centrum Zarządzania Ruchem. Ze szczegółowego opisu prac wykonanych przez ACISA wynika, że wykonywane w ramach powyższego zadania usługi utrzymania (i konserwacji) dotyczyły jedynie 204 sterowników sygnalizacji świetlnej. Z treści referencji nie wynika natomiast, że usługi utrzymania dotyczyły jakichkolwiek innych elementów systemu sterowania ruchem, w tym: znaków lub tablic o zmiennej treści, kamer monitoringu wizyjnego typu PTZ, stałych stacji pomiaru ruchu drogowego i klasyfikacji pojazdów.

Z treści referencji nie wynika również, że usługa utrzymania była wykonywana przez okres trwający ponad 12 miesięcy Podany w referencji zakres czasowy (maj 2006 i wrzesień 2018) nie dotyczy przecież wykonywania usługi utrzymani sterowników, lecz całego okresu wykonywania prac składających się na wykonanie i wdrożenie systemu i centrun zarządzania ruchem.

Nie jest również jasne, czy podany w referencji zakres czasowy jest nieprzerwany i czy obejmuje jedno zadanie - nie wydaje się możliwe, by tego typu system miejski był budowany nieprzerwanie przez okres 12 lat w ramach jednego zamówienia.

Treść przedstawionej referencji nie koresponduje z oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę w stopniu tak istotnym, że nie jest możliwe uznanie na podstawie tych dwóch dokumentów, że Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Prowadzi to do wniosku, że oferta Wykonawca powinien podlegać wykluczeniu, a co najmniej Wykonawca powinien był zostać wezwany do wyjaśnienia treści złożonego wykazu usług i referencji w tym zakresie."

7)Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania konsorcjum SPRINT do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym opcji nr 4.

„Zamawiający w toku postępowania zwrócił się do dwóch z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, o przedstawienie wyjaśnień co do zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. Zaniechał jednak zwrócenia z takim samym wezwaniem się do trzeciego z oferentów, którym jest konsorcjum Sprint SA w Olsztynie i T4B Sp. z o.o. w Warszawie.

Konsorcjum to zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną kwotę wyższą aniżeli pozostali oferenci, jednakże cena za wykonanie Opcji 4 została przez tego wykonawcę ustalona na najniższym poziomie: 11.666.203- zł.

Cena ta ponad dwukrotnie niższa niż cena Odwołującego. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe wykonanie Opcji 4 za cenę podaną przez Wykonawcę. Zdaniem Odwołującego Wykonawca kalkulując cenę za Opcję 4 nie wziął pod uwagę tego, że zgodnie z informacją umieszczoną przez Zamawiającego we wzorze formularza cenowego: W ramach realizacji Opcji 4, w cenie dostawy i wdrożenia Modułów powinna być uwzględniona cena pozostałych, niezbędnych komponentów Modułów w zakresie łączności oraz cena zapewnienia zasilania energetycznego. Ponadto zdaniem Odwołującego wycena przedstawiona przez Wykonawcę nie uwzględnia kosztu wykonania konstrukcji niezbędnej dla dostawy i wdrożenia modułów - został on prawdopodobnie przeniesiony przez Wykonawcę do ceny konstrukcji niezbędnej do wykonania modułów w zadaniu podstawowym, co jest nielogiczne i niezgodne z OPZ.

Przepis art. 90 ust. 1 nie ogranicza uprawnienia Zamawiającego do badania zaoferowanej ceny jedynie do tego wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą cenę. Badanie tej kwestii powinno odbywać się na podstawie takich samych przesłanek w stosunku do wszystkich wykonawców, z uwzględnieniem zasady równego traktowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 P.z.p."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
2)odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Aldesa,
3)wykluczenia oferty złożonej przez konsorcjum Aldesa i uznania oferty za odrzuconą,
4)udostępnienia odwołującemu wyjaśnień konsorcjum Aldesa w przedmiocie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
5)zażądania od konsorcjum Aldesa wyjaśnień dotyczących istotnej części składowej ceny, tj. ceny w zakresie wykonania przedmiotu opcji nr 4 w celu wykazania, że cena ta nie jest rażąca niska,
6)wezwania konsorcjum Aldesa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym prokurentów spółki Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. lub ewentualnie - do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym dokumentów potwierdzających brak wskazanych wyżej podstaw wykluczenia,
7)wezwania konsorcjum Aldesa do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.2.3. lit a) pkt. 4 IDW,
8)zażądania od konsorcjum Sprint wyjaśnień dotyczących istotnej części składowej ceny, tj. ceny w zakresie wykonania przedmiotu opcji nr 4 w celu wykazania, że cena ta nie jest rażąca niska.

Pismami z dnia 29.12.2020 r. i z dnia 04.01.2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

1)wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa oraz Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania (dalej: „przystępujący Aldesa"),
2)wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: SPRINT sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz T4B sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 25.01.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, zaś odwołujący i przystępujący Aldesa przedstawili argumentację w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący Aldesa podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje 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. Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

Część 1 - w Oddziale GDDKiA w Gdańsku i w Olsztynie - drogi S6 i S7 oraz CZR Dworek,
Część 2 - w Oddziale GDDKiA w Katowicach - drogi A1, A4, S1 i DK 1 oraz CZR Zabrze Kończyce.

Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1.

Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji w odniesieniu do wszystkich części zamówienia w zakresie:

a.usług wsparcia i utrzymania polegających na przejęciu i świadczeniu usług wsparcia i utrzymania modułów rozproszonych, w tym na drogach nieobjętych zamówieniem podstawowym uprzednio zintegrowanych z Systemem Centralnym;
b.kontynuacji świadczenia usług wsparcia i utrzymania Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych i pozostałych komponentów systemu przez kolejne miesiące, maksymalnie do 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego świadczenia przez Wykonawcę usług wsparcia i utrzymania w ramach zamówienia podstawowego. Opcja ta dotyczy

również kontynuacji świadczenia usług wsparcia i utrzymania Klas Modułów Rozproszonych wykonanych w ramach prawa opcji poza zamówieniem podstawowym, w tym poza obszarem geograficznym zamówienia podstawowego;

c. zaprojektowania, dostawy i wdrożenia dodatkowej klasy/klas Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych, w tym poza obszarem geograficznym zamówienia podstawowego;

d. zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie klasy/klas Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych innych niż w zamówieniu podstawowym, w obszarze geograficznym zamówienia podstawowego.

W pkt 7.2.3.a) siwz zamawiający dla części nr 1 wskazał, że wykonawca musi wykazać, że w sposób należyty w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, m.in.:

4. w ramach jednego zamówienia świadczył usługi serwisowe polegające na utrzymaniu przez okres minimum 12 miesięcy urządzeń systemu zarządzania ruchem zainstalowanych w pasie drogowym, o wartości systemu nie mniejszej niż 500 tyś. PLN brutto, obejmującego łącznie co najmniej trzy rodzaje urządzeń spośród niżej wymienionych:
   - znaki lub tablice o zmiennej treści,
   - drogowe stacje meteorologiczne,
   - kamery monitoringu wizyjnego typu PTZ, stałe stacje pomiaru ruchu drogowego dla pomiarów natężenia ruchu i klasyfikacji pojazdów.

Pismem z dnia 23.10.2020 r., zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego Aldesa do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 06.11.2020 r. przystępujący Aldesa udzielił wyjaśnień, które podzielił na trzy części:
- Część I - uzasadnienie objęcia części niniejszych wyjaśnień Wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa,
- Część II - ogólne wyjaśnienia odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej Wykonawcy,
- Część III - szczegółowe odpowiedzi na poszczególne pytania zamawiającego zawarte w treści wezwania.

Jednocześnie przystępujący Aldesa wskazał, że wyjaśnienia w zakresie części II oraz III wraz ze wszystkimi załącznikami do wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie utajnienia tych dokumentów zostało zawarte w części II wyjaśnień.

Uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w części jawnej wyjaśnień, przystępujący Aldesa przytoczył przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa i orzecznictwo, a ponadto wskazał:

„Wykonawca wyjaśnia, iż informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zawarte w części II oraz III niniejszych wyjaśnień (jak również we wszystkich załącznikach do nich), obejmują wskazanie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej a zatem i kosztów, jakie ponosi Wykonawca, i potencjalnie marżę, jaką Wykonawca uzyskuje, oraz dalsze szczegółowe dane dotyczące sposobu realizacji zamówienia. Tym samym, informacje te w sposób szczegółowy obrazują sposób działania Wykonawcy na rynku. Nie może budzić zatem wątpliwości, w tym biorąc pod uwagę przepisy UZNK oraz przywołane powyżej rozstrzygnięcia KIO oraz orzecznictwa, że nieuprawnionym byłoby udostępnienie przez Zamawiającego tych danych innym podmiotom, prowadzącym działalność konkurencyjną względem Wykonawcy. Jasnym jest wszakże, że informacje te mogą dać konkurentom Wykonawcy wiedzę, która umożliwi im przede wszystkim, konkurencyjnego wobec Wykonawcy kształtowania swej polityki cenowej wobec osób trzecich — potencjalnych — zamówień realizowanych przez Wykonawcę.

W odniesieniu do przesłanki wskazanej w punkcie b) powyżej, Wykonawca wyjaśnia, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. zarządom spółek tworzących konsorcjum Wykonawcy i upoważnionym przez niego pracownikom. (…).

W odniesieniu do przesłanki wskazanej w punkcie c) powyżej, Wykonawca wskazuje, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym. Do pierwszej z nich zaliczyć należy wprowadzone przez konsorcjantów Wykonawcy wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstw tworzących konsorcjum Wykonawcy. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób. Powyższa kwestia (dostęp do informacji newralgicznych z punktu widzenia udziału Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) podlega regulacji szczegółowym procedurom obowiązującym u Wykonawcy (m.in. obejmująca zasady dostępu do systemów informatycznych, zasady dotyczące nadawania uprawnień). Nawet pracownicy Wykonawcy korzystający na co dzień z wewnętrznego systemu dokumentów nie posiadali dostępu do tych informacji. Nie było też możliwe uzyskanie wglądu do informacji, o których mowa, przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę. (…)

Poza fizycznymi środkami ochrony Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. (…)

Warto też zaznaczyć, że wszyscy pracownicy konsorcjantów Wykonawcy zobowiązani są do zachowania w tajemnicy informacji, o których dowiadują się w związku z wykonywaną pracą. Potwierdzeniem wagi, jaką Wykonawca przywiązuje do poufności informacji jest obowiązek podpisania przez każdego nowego pracownika oświadczenia o ochronie informacji poufnych.

O tym jakie znaczenie Wykonawca przywiązuje do działań mających na celu ochronę informacji poufnych świadczy fakt, że wszystkie oferty załączone do niniejszych wyjaśnień od kontrahentów Wykonawcy zostały odpowiednio oznaczone jako „poufne" lub „tylko dla Aldesa", co było rezultatem wzajemnych ustaleń pomiędzy Wykonawcą a każdorazowym oferentem. (…)

Podsumowując, w związku z przedstawionymi powyżej wyjaśnieniami, warto zaznaczyć, że dokonując oceny informacji i dokumentów przedkładanych w Postępowaniu, to Zamawiający podejmie decyzję o tym, co jest, a co nie jest tajemnicą Wykonawcy, a zatem oceny daleko wykraczającej poza samo prowadzenie Postępowania i jego cel. W przypadku niniejszych wyjaśnień, decyzja w tym zakresie będzie miała istotne skutki dla Wykonawcy i dla całej prowadzonej przez niego działalności. Z tego względu konieczna jest daleko posunięta ostrożność i dbałość o przestrzeganie uzasadnionych interesów Wykonawcy, niezależnie od tego, iż interesy te mogą mieć charakter subiektywny.

W świetle powyższego, zastrzegamy dalszą treść niniejszych wyjaśnień a także wszystkie załączniki do niniejszego pisma."

Przystępujący Aldesa dołączył do ww. wyjaśnień: „Procedurę określającą zasady dostępu oraz nadawania, zmiany, zawieszania i odbierania uprawnień w systemach informatycznych", oświadczenia spółek tworzących konsorcjum Aldesa oraz spółki Aldesa Polska Services sp. z o.o. dotyczące podjętych środków mających na celu zachowanie w poufności informacji odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny oraz przykładową ofertę oznaczoną jako zawierającą informacje poufne (z zastrzeżeniem, że wszystkie te dokumenty również zawierają tajemnicę

przedsiębiorstwa).

Pismem z dnia 17.11.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego Aldesa na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi przystępujący Aldesa złożył m.in.:

1)informację z Krajowego Rejestru Sądowego dla konsorcjanta Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., z której wynika, że na dzień 19.11.2020 r. prokurentami spółki byli: M. L. de F. P., J. M. A. de B., J. J. L. D., M. P.,

2)informacje z KRK m.in. dla ww. osób,

3)wykaz usług, w którym wskazał m.in. usługę wykonywaną na rzecz Miasta Granada w Hiszpanii: „Usługi infrastrukturalne, konserwacja, utrzymanie i instalacje regulacyjne, kontrolne, i zarządzania ruchem w mieście Granada", gdzie w ramach „zamówienia świadczono m.in. usługi serwisowe polegające na utrzymaniu przez okres powyżej 12 miesięcy urządzeń systemu zarządzania ruchem zainstalowanych w pasie drogowym, o wartości systemu nie mniejszej niż 500 tys. PLN brutto, obejmującego łącznie:
- znaki lub tablice o zmiennej treści,
- kamery monitoringu wizyjnego typu PTZ,
- stałe stacje pomiaru ruchu drogowego dla pomiarów natężenia ruchu i klasyfikacji pojazdów."

W referencjach wskazano: „Niniejsze prace obejmowały wykonanie i wdrożenie Inteligentnego Systemu Transportowego, który obejmuje wszystkie poniższe cechy:
- Zarządzanie i użytkowanie Centrum Zarządzania Mobilnością (Centrum Operacyjne/Kontroli/Zarządzania), zgodnie z obowiązującymi przepisami ruchu w Urzędzie Miasta Granada, z kierowaniem 204 skrzyżowaniami sterowanymi sygnalizacją świetlną z niezależnym programowaniem od dwóch producentów (SICE i ACISA) zintegrowanych w tym samym systemie, z czego 133 jest scentralizowane,
- Utrzymanie i konserwacja 204 sterowników sygnalizacji świetlnej, z których 194 sterowniki sygnalizacji świetlnej spełniają normę UNE-199021 (wcześniej UNE-135401) lub jej odpowiednik,
- Oprogramowanie do zarządzania ruchem (SUR), które obejmuje system GIS jako podstawę prezentacji danych o ruchu i urządzenia ruchu, system informatyczny wspierający zarządzanie publicznym transportem zbiorowym,
- System monitoringu wizyjnego (CCTV) składający się z 31 kamer kontroli ruchu, ponad 60 kamer do systemu nadzorowania sieci,
- System kontroli dostępu z wykorzystaniem słupków i sztucznego widzenia (system przetwarzania obrazu z kamer do zarządzania przypadkami autoryzacji)
  - 4 punkty kontroli słupków
  - 16 punktów sztucznego widzenia
- System sterowania czerwonym światłem i rejestracja tablicy rejestracyjnej składający się z 2 punktów kontrolnych.
- System sieci komunikacyjnej i połączeń światłowodem:
  - 30.000 metrów bieżących światłowodu
  - 87 węzłów komunikacyjnych z technologią Ethernet zarządzanie z Centrum Kontroli,
- System wykrywania, który gromadzi informacje o danych o ruchu, wyposażony w 298 czujników.
- Publiczna strona z informacjami o ruchu (www.movilidadgranada.org) wykonana przez ACISA w ramach umowy.
- Świadczenie usług własnych z zakresu inżynierii ruchu przez ACISA w celu świadczenia usługi.
- Zarządzanie i eksploatacja Centrum Zarządzania Mobilnością z wyposażeniem dla systemu kontroli ruchu z 4 stanowiskami operacyjnymi, wykonując prace aktualizacyjne bazy danych, utrzymanie komputerów, oprogramowanie do zarządzania, automatyczne kopie zapasowe, przygotowanie analiz czasu podróży i raport z analizy o zmiennych ruchu drogowego.

Wszystkie wyżej wymienione prace zostały wykonane zgodnie z przepisami i normami".

Pismem z dnia 11.12.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego Aldesa do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie zaświadczeń z Centralnego Rejestru Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości odpowiednio dla urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego, będących obywatelami Hiszpanii:

„a) czy zaświadczenia przedłożone w odniesieniu do ww. osób zostały wystawione przez organy właściwe dla miejsca ich zamieszkania.

b)czy dokumenty z Centralnego Rejestru Karnego Ministerstwa Sprawiedliwościw odniesieniu do ww. osób zostały złożone w celu potwierdzenia, że Wykonawca (członkowie konsorcjum) nie podlega (nie podlegają) wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp?"

Pismem z dnia 16.12.2020 r. przystępujący Aldesa odpowiedział, że:

„Ad 1 a) Wykonawca potwierdza, że zaświadczenia z Centralnego Rejestru Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości (Registro Central de Penados de Ministerio de Justicia) („Zaświadczenia KRK") zostały wystawione przez organ właściwy dla miejsca zamieszkania osób, których one dotyczą, tj. przez odpowiednie władze Królestwa Hiszpanii.

Ad 1 b) Wykonawca potwierdza, że Zaświadczenia KRK zostały złożone w celu potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14) PZP."

Pismem z dnia 18.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Aldesa. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazł się odwołujący, zaś na trzecim – przystępujący SPRINT.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu zastrzeżenia przez przystępującego Aldesa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa (zarzut nr 1), należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1.Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2.Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3.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.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), zwanej

dalej: „uznk", 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.

. Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Zamawiający jest zatem zobowiązany do dokonania - w świetle art. 11 ust. 2 uznk - oceny przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia informacji i w zależności od wyniku tej oceny, podejmuje decyzję o ujawnieniu bądź nieujawnieniu zastrzeżonych informacji.

W niniejszej sprawie przystępujący Aldesa, po pierwsze, nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Poza przytoczeniem orzecznictwa, przystępujący ograniczył się w tym zakresie do wskazania, że: „informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zawarte w części II oraz III niniejszych wyjaśnień (jak również we wszystkich załącznikach do nich), obejmują wskazanie szczegółowej kalkulacji ceny a zatem i kosztów, jakie ponosi Wykonawca i potencjalnie marżę, jaką Wykonawca uzyskuje oraz dalsze szczegółowe dane dotyczące sposobu realizacji zamówienia. Tym samym, informacje te w sposób szczegółowy obrazują sposób działania wykonawcy na rynku. (…) Jasnym jest wszakże, że informacje te mogą dać konkurentom Wykonawcy wiedzę, która umożliwi im przede wszystkim konkurencyjnego wobec Wykonawcy kształtowania swej polityki cenowej wobec osób trzecich – potencjalnych odbiorców zamówień realizowanych przez Wykonawcę" oraz że decyzja zamawiającego co do ujawnienia bądź nieujawnienia informacji „będzie miała istotne skutki dla wykonawcy i dla całej prowadzonej przez niego działalności". Z ww. argumentacji przystępującego w żaden sposób nie wynika, aby zastrzeżone informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie przystępującego na rynku. Przystępujący nie wykazał także, jaka konkretnie wiedza (które elementy zastrzeżonych informacji) i w jaki sposób może pozwolić konkurentom na kształtowanie ich polityki cenowej i jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. Wyjaśnienia przystępującego zawierają szereg ogólników, które nie odnoszą się do tego rodzaju informacji, jakie zostały zastrzeżone i nie mogą stanowić „wykazania" zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca od wykonawcy w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto przywołane przez przystępującego Aldesa orzecznictwo również nie może świadczyć o zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, że orzeczenia wydawane są każdorazowo w konkretnym stanie faktycznym, który z natury rzeczy nie może być identyczny z istniejącym w niniejszej sprawie, a ponadto przytoczone orzeczenia były wydawane przed 2014 r., czyli w odmiennym stanie prawnym. Dopiero bowiem w dniu 19.10.2014 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), zgodnie z którą (art. 8 ust. 3) wykonawca ma obowiązek wykazywać zasadność zastrzeżenia tajemnicy. Tym samym przytoczone w wyjaśnieniach orzecznictwo nie mogło uwzględniać ww. obowiązku wykonawcy i co za tym idzie – nie ma ono zastosowania do oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stanie prawnym obowiązującym w niniejszym postępowaniu.

Po drugie, przystępujący Aldesa nie wykazał w zakresie złożonych wyjaśnień, że w stosunku do zawartych w nich informacji została zachowana poufność. Przystępujący oświadczył jedynie, że informacje te „nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. zarządom spółek tworzących konsorcjum Wykonawcy i upoważnionym przez niego pracownikom", a ponadto wskazał na „szczegółowe procedury" ograniczające dostęp do systemów informatycznych oraz na „zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność". Do wyjaśnień przystępujący dołączył: „Procedurę określającą zasady dostępu oraz nadawania, zmiany, zawieszania i odbierania uprawnień w systemach informatycznych", oświadczenia konsorcjantów oraz Aldesa Polska Services sp. z o.o. dotyczące podjętych środków mających na celu zachowanie w poufności informacji odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny, a także oferty handlowe od dostawców i podwykonawców.

Oceniając wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie oraz ww. załączniki, przede wszystkim należy zauważyć, że same oświadczenia, czy deklaracje wykonawcy, nie stanowią wykazania, że w stosunku do określonych informacji rzeczywiście została zachowana poufność. W szczególności dowodem zachowania poufności nie mogą być oświadczenia spółek wchodzących w skład konsorcjum i grupy kapitałowej, gdyż mają one walor jedynie oświadczeń własnych wykonawcy. Tym samym nie są wiarygodnym dowodem na to, że zastrzeżone informacje faktycznie są utrzymywane w poufności. Dodatkowo należy zauważyć, że z treści każdego z tych oświadczeń nie wynika nic, co nie byłoby zawarte w samym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie zawierają one niczego innego poza kolejną ogólną deklaracją, że sposób kalkulacji ceny nie jest dostępny dla wszystkich pracowników, że informacje posiadają wartość gospodarczą „co potwierdzają ustalenia poczynione pomiędzy tymi podmiotami" i nie jest możliwe uzyskanie wglądu do dokumentów przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę (wszystkie oświadczenia tej samej treści, podpisane przez tę samą osobę). Tak ogólnikowe deklaracje własne wykonawcy nie mogą, jak już wskazano wyżej, stanowić dowodu rzeczywistego utrzymywania zastrzeżonych informacji w poufności.

Z kolei załączona do wyjaśnień „Procedura określająca zasady dostępu oraz nadawania, zmiany, zawieszania i odbierania uprawnień w systemach informatycznych" zawiera postanowienia odnoszące się do ochrony danych osobowych, a zatem w ogóle nie dotyczy informacji, o których mowa w wyjaśnieniach, tj. informacji z zakresu kalkulacji ceny oferty. Tym samym Procedura ta również nie stanowi potwierdzenia, że w stosunku do tych konkretnych informacji zachowywana jest przez przystępującego poufność. Zaznaczyć bowiem należy, że nie chodzi o to, by wykonawca uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powoływał się na jakiekolwiek środki dotyczące jakichkolwiek informacji, ale chodzi o środki chroniące poufność konkretnie tego rodzaju informacji, jakie zostały w danym postępowaniu zastrzeżone. Z pewnością ww. Procedura nie odnosi się do informacji z zakresu sposobu kalkulacji ceny oferty, które przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący Aldesa dołączył także oferty handlowe dostawców i podwykonawców opatrzone klauzulą poufności. Należy jednak zauważyć, że we wszystkich tych ofertach poufność została zastrzeżona w identyczny sposób, tj. poprzez zamieszczenie czerwonego, podkreślonego napisu o treści: „POUFNE – PRZEZNACZONE JEDYNIE DLA PODMIOTÓW Z GRUPY ALDESA", co może budzić wątpliwości co do rzeczywistego zamiaru zachowania ofert w poufności przez każdego z dostawców / podwykonawców niezależnie od siebie. Przystępujący nie wyjaśnił także, jaki był zakres

„wzajemnych ustaleń pomiędzy Wykonawcą a każdorazowym oferentem" co do zachowania w poufności ww. ofert handlowych i czy poufność ta została ustalona jedynie na potrzeby niniejszego postępowania, czy też współpraca między Przystępującym a firmami, które złożyły te oferty handlowe, stale ma charakter poufny.
Ponadto przystępujący nie załączył do wyjaśnień innych dowodów zachowywania zastrzeżonych informacji w poufności, w tym wspominanych w wyjaśnieniach innych niż wyżej wymieniona wewnętrznych procedur oraz klauzul do umów o pracę.
Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że ww. załączniki do wyjaśnień, tj. m.in. wskazaną Procedurę i oświadczenia spółek wchodzących w skład konsorcjum i grupy kapitałowej, przystępujący również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym przystępujący częściowo utajnił samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem w świetle art. 11 ust. 2 uznk, ani treść tych dokumentów nie uzasadnia zakwalifikowania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa (w szczególności nie stanowią informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej posiadającej wartość gospodarczą), ani w ogóle nie może być dopuszczalne zastrzeganie tajemnicy samego uzasadnienia zastrzeżenia. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest informacją odrębną od informacji zastrzeżonych i jego celem jest umożliwienie zamawiającemu oraz ewentualnie innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, dokonanie oceny zasadności tego zastrzeżenia. Uzasadnienie z natury rzeczy nie powinno zawierać informacji zastrzeżonych (i w niniejszej sprawie nie zawiera), a jedynie argumenty mające na celu wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Nieujawnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi zatem nie tylko do naruszenia ww. przepisu i art. 8 ustawy Pzp, ale też art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie innym wykonawcom możliwości kwestionowania zasadności zastrzeżenia w drodze środków ochrony prawnej.
Reasumując, Izba stwierdziła, że przystępujący Aldesa nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 06.11.2020 r. wraz z załącznikami. Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała zamawiającemu ujawnienie ww. informacji.
Z uwagi na uwzględnienie zarzutu nr 1 dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba zgodnie z wnioskiem odwołującego, nie rozpoznała zarzutów nr 2 i 4, które zostały określone jako ewentualne, postawione na wypadek oddalenia zarzutu nr 1.
Odnosząc się do zarzutów nr 3 i 7 dotyczących zaniechania zwrócenia się do przystępującego Aldesa i przystępującego SPRINT, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie części składowych ceny w zakresie dotyczącym opcji nr 4, należy zauważyć, że odwołujący opierał te zarzuty na różnicy między ceną w jego ofercie a cenami w ofertach obu przystępujących i z tej różnicy wywodził konieczność zbadania, czy przystępujący uwzględnili w cenie opcji nr 4 wartość Modułów w zakresie łączności, cenę zapewnienia zasilania energetycznego oraz koszty wykonania konstrukcji niezbędnej dla dostawy i wdrożenia modułów, także bramownic.
Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z odpowiedzią z dnia 03.08.2020 r. na pytanie nr 406 dotyczące siwz, wykonawcy nie powinni uwzględniać ceny konstrukcji wsporczych i bramownic w pozycjach 1.2.2.A oraz 1.2.2.D formularza cenowego nr dla opcji nr 4. Dodatkowo z opisu zasad wypełniania formularzy cenowych (str. 2) wynika, że: „Zamawiający na potrzeby kalkulacji Opcji nr 3 i Opcji nr 4 w zakresie: bramownic, wysięgników i szaf teletechnicznych przyjmuje, że ilość tych elementów stanowiąca komplet wynikać będzie z dokumentacji projektowej odebranej przez Zamawiającego". Powyższe świadczy o tym, że wartość konstrukcji wsporczych, w tym bramownic, nie powinna być przez wykonawców uwzględniania w cenie opcji nr 4.
Należy ponadto zwrócić uwagę na fakt, że w piśmie procesowym odwołującego z dnia 25.01.2021 r. w tabeli przedstawiającej wyliczenia dla opcji nr 4, odwołujący przewidział wartość bramownic na ok. 40% wartości opcji. Skoro zatem wartość bramownic, jak wskazano wyżej, nie musiała być ujęta w cenie za opcję nr 4, to wyliczenia odwołującego należy uznać za nieprawidłowe i w znacznej mierze zawyżające – właściwą wg odwołującego - cenę opcji nr 4. W konsekwencji, skoro nie można uznać, że odwołujący prawidłowo przyporządkował wartość bramownic do ceny za opcję nr 4, to istniejące różnice cenowe między jego ofertą a ofertami obu przystępujących również nie mogą być podstawą do stwierdzenia, że zachodzi konieczność wzywania przystępujących Aldesa i SPRINT do składania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutów nr 3 i 7 zostało oddalone.
Odnosząc się do zarzutu nr 5 dotyczącego zaniechania wezwania konsorcjum Aldesa do uzupełnienia bądź wyjaśnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, należy zauważyć, że zarzut odwołującego opiera się na stwierdzeniu, że przystępujący Aldesa złożył informacje z KRK jedynie dla prokurentów wpisanych do informacji z KRS złożonej w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem w informacji z KRS aktualnej na dzień składania ofert widniały także nazwiska prokurentów: I. F. R., M. F. R., M. F. R., J. A. V., dla których nie złożono informacji z KRK.
W związku z powyższym zarzutem przystępujący Aldesa złożył wraz z pismem procesowym z dnia 25.01.2021 r. m.in. kopie uchwał zarządu ww. spółki, z których wynika, że w dniu 03.06.2020 r. (zatem przed terminem składania ofert) zostały odwołane prokury dla ww. osób. Mimo że zmiana dotycząca prokurentów nie została uwidoczniona w informacji z KRS na dzień składania ofert, faktem pozostaje, że ww. osoby nie były już w tym dniu prokurentami spółki, zatem przystępujący Aldesa nie miał obowiązku złożyć w stosunku do nich informacji z KRK. Należy bowiem zauważyć, że wpis do KRS w zakresie m.in. prokurentów, ma charakter wyłącznie deklaratoryjny, zatem pełnienie funkcji przez prokurenta zależy m.in. od ustanowienia lub odwołania prokury, nie zaś od ujawnienia powyższych danych w informacji z KRS. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego Aldesa z powodu niespełnienia warunku w zakresie doświadczenia, ewentualnie zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień co do spełnienia tego warunku, należy zauważyć, że zgodnie z opisem warunku, wykonawca miał wykazać wykonanie usługi zawierającej co najmniej trzy z czterech wskazanych przez zamawiającego elementów:
a)znaki lub tablice o zmiennej treści,
b)drogowe stacje meteorologiczne,
c)kamery monitoringu wizyjnego typu PTZ,
d)stałe stacje pomiaru ruchu drogowego dla pomiarów natężenia ruchu i klasyfikacji pojazdów.
Przystępujący Aldesa wskazał w wykazie usług elementy wymienione powyżej w pkt a, c oraz d, natomiast odwołujący podnosi, że referencje wystawione przez Miasto Granada, dla którego wykazana usługa była realizowana, nie potwierdzają wykonania tych elementów.
W związku z powyższym należy zauważyć, że co do zasady referencje nie są wystawiane wykonawcy w związku z konkretnym innym zadaniem, które zamierza on realizować. Tym samym podmiot wystawiający referencje nie dopasowuje ich treści do wymagań innego zamawiającego / inwestora, który w chwili wystawiania referencji najczęściej nie jest nawet znany. Oznacza to, że treść referencji nie musi zawierać danych wymaganych w opisie warunku udziału w postępowaniu, a jedynie musi potwierdzać należyte wykonanie zadania, którego cechy wykonawca wskazuje w wykazie usług / dostaw / robót. Jeżeli spełnienie przez wykonawcę warunku budzi wątpliwości zamawiającego, przykładowo: gdy

zachodzi sprzeczność między treścią referencji a opisem warunku lub treścią wykazu usług / dostaw / robót, zamawiający powinien to wyjaśnić stosując art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282 ze zm.). Jeżeli jednak referencje jedynie nie zawierają informacji wymaganych w opisie warunku, ale nie zachodzą żadne okoliczności budzące wątpliwości, zamawiający powinien oprzeć się na informacjach zawartych w wykazie usług / dostaw / robót, a referencje wykorzystać jedynie do sprawdzenia, czy zadanie zostało wykonane należycie.

W przedmiotowej sprawie referencje wystawione przez Miasta Granada nie zawierają informacji o wykonaniu elementów wskazanych w warunku, niemniej jednak nie zawierają też informacji świadczących o tym, że elementy takie nie zostały wykonane. Tym samym nie zachodzi sprzeczność między treścią tych referencji a opisem warunku lub złożonym wykazem usług. Oznacza to, że wystarczające było w niniejszej sprawie dokonanie oceny spełniania warunku w oparciu o wykaz usług i sprawdzenie w referencjach, czy usługa została wykonana należycie.

Jedyne wątpliwości w sprawie zostały zgłoszone przez odwołującego w odwołaniu, ale jak wskazano wyżej, wywodzenie ich z treści referencji w tym wypadku nie jest zasadne. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że przystępujący Aldesa załączył do pisma procesowego z dnia 25.01.2021 r. m.in. spis treści do ogólnych specyfikacji technicznych dotyczących wykazanej usługi, w którym:

- w pkt 3.16. wskazano tablice informujące o ruchu drogowym i parkingach (czyli tablice zmiennej treści),
- w pkt 3.22. wskazano kamery i obiektywy z napędem silnikowym (PTZ),
- w pkt 3.6. wskazano czujniki, pętle indukcyjne i skrzynki, w pkt 2.9. – opracowanie i wdrożenie pojazdów uprzywilejowanych w systemie transportu publicznego wraz z systemem zapobiegającym blokowaniu skrzyżowań oraz opracowaniem i wdrożeniem systemu eksperckiego na potrzeby systemu scentralizowanego implementującego strategie stref nieblokowanego ruchu, zaś w pkt 2.11. wskazano mierniki ruchu.

Z powyższego wynika, że wykazana usługa obejmowała wymagane w opisie warunku elementy, tj. znaki lub tablice o zmiennej treści, kamery monitoringu wizyjnego typu PTZ, stałe stacje pomiaru ruchu drogowego dla pomiarów natężenia ruchu i klasyfikacji pojazdów. Nie można się przy tym zgodzić z odwołującym, że ostatni z ww. elementów nie został wykazany z uwagi na brak wystarczającej klasyfikacji pojazdów. Skoro bowiem zamawiający nie sprecyzował w opisie warunku, o jaką klasyfikację chodzi, nie można na obecnym etapie dookreślać warunku w tym zakresie i w efekcie wymagać od wykonawców spełnienia wymogów niewskazanych w siwz.

Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Reasumując, Izba uznała, że spośród pięciu zarzutów podlegających rozpoznaniu, potwierdził się jedynie zarzut nr 1 dotyczący nieujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast pozostałe zarzuty nr 3, 5, 6 i 7, nie potwierdziły się. Dlatego odwołanie zostało uwzględnione w zakresie zarzutu nr 1 i w pozostałym zakresie - oddalone. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz m.in. § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku" należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawiez dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W niniejszej sprawie odwołujący zawarł w odwołaniu siedem zarzutów, z których dwa (zarzut nr 2 i zarzut nr 4) zostały określone jako ewentualne, postawione na wypadek oddalenia zarzutu nr 1. Skoro Izba uwzględniła zarzut nr 1, rozpoznaniu podlegały (oprócz zarzutu nr 1) - zarzuty nr 3, 5, 6 i 7. Spośród zatem pięciu zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie jednego zarzutu (zarzut nr 1) i oddaliła je w zakresie czterech zarzutów (zarzuty nr 3, 5, 6 i 7). Dlatego też kosztami postępowania Izba obciążyła zamawiającego w części 1/5 i odwołującego w części 4/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 18.600 zł. Skoro zamawiający ponosi koszty w części 1/5, to powinien ponieść je w kwocie 3.720 zł (1/5 z kwoty 18.600 zł), tymczasem nie poniósł dotychczas żadnych kosztów. Z kolei odwołujący ponosi koszty w części 4/5, zatem powinien ponieść je w kwocie 14.880 zł (4/5 z kwoty 18.600 zł), tymczasem dotychczas poniósł je w kwocie 18.600 zł (wpis + wynagrodzenie pełnomocnika). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.720 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (18.600 – 14.880 = 3.720). Ponadto zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota 3.720 zł powoduje, że również zamawiający poniesie koszty w takiej wysokości, w jakiej odpowiada za nie w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 4 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).
Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..
…….
…….