Sygn. akt: KIO 1632/17
KIO 1662/17

WYROK
z dnia 01 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 i 28 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 07.08.2017 r. przez wykonawcę **A. Sp. z o. o. ul. (…)** (sygn. akt KIO 1632/17),

A. w dniu 07.08.2017 r. przez wykonawcę Leszek Kochanowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma U. –H. –P. L. K., (…)** (sygn. akt KIO 1662/17),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R., ul. (…)**

przy udziale wykonawcy:
- **L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma U. –H. –P. , (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1632/17 - po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawców:
- A. Sp. z o.o. ul. (…) zgłaszającego przystąpienie
- Konsorcjum: Z. B. R. D. Z. S.A, P. D.Sp. z o.o. ul. (…)
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1662/17 - po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala oba odwołania,**

1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania **odwoławczego kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: A, Sp. z o. o. ul. (…) oraz Wykonawcy L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma U. -H. –P., (…) tytułem wpisów od odwołań 1632/17 i 1662/17,**

1.2 zasądza od Odwołującego **A. Sp. z o. o. ul. (…)** na rzecz Zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R., ul. (…) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

1.3 zasądza od Odwołującego wykonawcy **L. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma U. –H. –P. , (…)** na rzecz Przystępującego **A. Sp. z o. o. ul. (…)** na rzecz **kwotę 4205 zł 10 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięć złotych dziesięć groszy)** stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie.**

Przewodniczący: ……..

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 1632/17

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w R. prowadzi postepowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku R. W.(bez węzła) do J. Z. (z węzłem) wraz ze wszystkimi elementami administrowanej przez Generalna Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R.”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE w dniu 22.11.2016r., pod numerem 410155-2016-PL.
Odwołujący A. sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Wykonawcy A. sp. z o.o. z uwagi na niezgodność oferty Wykonawcy z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, uznaniu, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę A. potwierdziły, że cena złożonej przez Odwołującego oferty jest „rażąco niska", co skutkowało jej odrzuceniem przez Zamawiającego, odrzuceniu oferty A. z uwagi na fakt, że zdaniem Zamawiającego nosi ona przymiot „rażąco niskiej", zaniechaniu zastosowania względem oferty A. wyjaśnień uzupełniających w zakresie „rażąco niskiej ceny" oferty Odwołującego, które rozwiałyby wątpliwości Zamawiającego, zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ, a skutkiem tego zaniechania miało być odrzucenie oferty A., zaniechania przez Zamawiającego zastosowania, przed odrzuceniem oferty A. trybu przewidzianego w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp, pomimo, iż warunkuje on możliwość zastosowania art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp, zaniechaniu należytego uzasadnienia odrzucenia oferty A. w sytuacji, gdy uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie Wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp, przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Wykonawcy A. sp. z o.o., pomimo, że nie była ona niezgodna z postanowieniami SIWZ, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, art. 87 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp i w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawcy A. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonej oferty, w sytuacji gdy Zamawiający uznał, iż jest ona niezgodna z SIWZ, co skutkować mogło i skutkowało odrzuceniem oferty A., art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego ustalenia przed odrzuceniem oferty A. z uwagi na jej rzekomą niezgodność z SIWZ, czy nie stanowi ona „omyłki" podlegającej poprawie w sytuacji, gdy okoliczność taka wynika z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp i stanowi obowiązek Zamawiającego, art. 90 ust 3 ustawy pzp, poprzez jego zastosowanie i uznanie złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp za niewystarczające, a w konsekwencji uznanie, iż A. sp. z o.o. oferta A. winna podlegać odrzuceniu z uwagi na „rażąco niski" charakter ceny w niej zawartej w sytuacji, gdy

---

Wykonawca przedłożył obszerne i zgodne z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia, które poparł szeregiem niezakwestionowanych dowodów, art. 90 ust 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp polegające na nieobiektywnej i autorytatywnej ocenie złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp przez A. wyjaśnień, naruszającej zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy pzp polegające na jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty A. jako zawierającej „rażąco niską cenę" w sytuacji, gdy z przedstawionych argumentów zawartych w uzasadnieniu do swej decyzji Zamawiający okoliczności tej nie wykazał, art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp polegające na uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o odrzuceniu oferty A. w sposób utrudniający Odwołującemu poznanie wszystkich czynników, które wpłynęły na decyzję Zamawiającego, a w konsekwencji odniesienia się do nich w niniejszym odwołaniu, co w konsekwencji powoduje naruszenie

zasady równego traktowania Wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty A. z uwagi na jej rzekomą niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty A. z uwagi na jej „rażąco niski" charakter, wezwania Wykonawcy A. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, które skutkowały uznaniem, iż oferta jest niezgodna z SIWZ postępowania, nakazanie Zamawiającemu dalszego badania i oceny oferty Wykonawcy A., wezwania Wykonawcy A. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących brak podstaw do wykluczenia,- przeprowadzenie rozprawy - w zakresie badania zarzutów związanych z „rażąco niską ceną" oferty Wykonawcy A. - z uwagi na treść art. 189 ust 6 ustawy PZP z wyłączeniem jawności, a to z uwagi na skuteczne zastrzeżenie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 „tajemnicą przedsiębiorstwa" na etapie postępowania wyjaśniającego.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Odwołującego się A. sp z o.o. powołując się na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust 3 ustawy pzp.

W Opisie przedmiotu zamówienia pkt 2.11. (str. 38) Zamawiający zawarł rozdział „2.11 Urządzenia elektroniczne wspomagające proces zarządzania utrzymaniem". Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający „dopuszcza", a nie „nakazuje" montaż osłony meteorologicznej. Świadczy o tym użycie w zdaniu następującym *„Wykonawca* na własny koszt może doposażyć drogę przedstawiając Zamawiającemu informacje dotyczące ilości, planowanej lokalizacji oraz rodzaju urządzeń, w niezbędne stacje meteorologiczne lub inne

---

urządzenia wspomagające..." Zamawiający użył wyrazu „może", a nie „musi" czy „zobowiązany jest", co przesądza, iż nie mamy do czynienia z obowiązkiem. Montaż „osłony meteorologicznej" był „opcją" zależną od niego, na co wyraźnie wskazuje literalne brzmienie pkt 2.11 OPZ.
Odwołujący zwrócił uwagę na fakt rzekomej „niezgodności", który nie wynika wprost z formularza oferty czy załączników cenowych 2.2., 2.3. i 2.4, ale z braku omówienia tej pozycji w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp. Zamawiający wzywając w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp Odwołującego nie wskazał m.in. na konieczność szczegółowego omówienia montażu „urządzeń" czy też „oprzyrządowania" fakultatywnego z punktu widzenia zapisów SIWZ i OPZ, a więc także „osłony meteorologicznej". Tym samym ocena złożonych wyjaśnień, w której stwierdza on m.in. iż brak wyjaśnień w tym zakresie, potwierdza „rażąco niską cenę", jest w ocenie Odwołującego niezgodna z zapisami ustawy m.in. art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób całkowicie uznaniowy i autorytatywny, naruszający m.in. postanowienia art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp odrzucił ofertę Odwołującego, nie stosując regulacji przewidzianych przez ustawodawcę w art. 87 ust 1 ustawy pzp i art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp.
Odwołujący w pkt 1 formularza „Oferta" oświadczył, iż składa ją „zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)". Ponadto w pkt 2 oświadczył, iż : *„zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania."* Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że jego „Oferta", a tą - zgodnie z rozdziałem 14 pkt 14.5 SIWZ postępowania jest - „Formularz oferta" i załączniki 2.1., 2.2., 2.3. i 2.4, jest zgodna z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że złożył wyjaśnienia w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp, (a więc wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny oferty"), nie zaś w trybie art. 87 ust 1 ustawy pzp (wyjaśnienia treści oferty). Tym samym okoliczności o których wspominał Wykonawca w swych wyjaśnieniach, dotyczyły rozważań i wykazania, iż cena jego oferty nie nosi przymiotu „rażąco niskiej". Próba wyprowadzenia dalej idących wniosków jest zdaniem Odwołującego niedopuszczalnym naruszeniem przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający winien zastosować tryby przewidziane w art. 87 ust 1 ustawy pzp i art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp, jeśli stwierdził istnienie jakichkolwiek wątpliwości lub

„omyłek".

Zamawiający w piśmie z dnia 27 lipca 2017 r. stwierdził, że „istotną sprawą jest wymaganie inspekcji telewizyjnej kanałów kanalizacyjnych w naszym kontrakcie , które należy wykonać m.in. 4 razy w trakcie realizacji umowy, co najprawdopodobniej umknęło uwadze Wykonawcy, ponieważ w jego wyjaśnieniach przyjęto 3 krotne, co po pierwsze czyni ofertę niezgodną z SIWZ, a po drugie powoduje, iż cena nie zawiera istotnego kosztu i jest wadliwie skalkulowana".
Odwołujący wskazał, że w treści swoich wyjaśnień zawarł stwierdzenie: „Wykonawca dysponuje sprzętem do przeprowadzenia inspekcji telewizyjnej w kanalizacji (tajemnica przedsiębiorstwa), co pozwoliło zminimalizować koszty, wykonując badanie przy pomocy własnego sprzętu, siłami własnymi. Mnożąc ilość mb kanałów deszczowej i sanitarnej przez proponowane na rynku stawki za tego typu usługi stawkę oraz 3 krotne wykonanie usługi - co ilustruje poniższy algorytm: (tajemnica przedsiębiorstwa) zł otrzymujemy kwotę rzędu (tajemnica przedsiębiorstwa) zł. Doposażenie Wykonawcy w niezbędne urządzenia do prowadzenia prac i przeglądów we własnym zakresie pozwoliło znaleźć oszczędności na kwotę w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto"
Z powyższego, zdaniem Odwołującego nie wynika, iż wykona usługę 3 razy, ale, co najwyżej, iż obliczając cenę usługi rynkowej przyjął omyłkowo, iż czynność „inspekcji telewizyjnej" (wykonanej przez podmiot zewnętrzny), należy przemnożyć przez 3 nie zaś 4. Interpretacja Zamawiającego, wskazująca na skrajnie subiektywne i niekorzystne dla Wykonawcy podejście do jego wyjaśnień, w ocenie Odwołującego świadczy o naruszeniu przepisów wskazanych w art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp.

Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień uznał iż ten złożył w omawianym zakresie ofertę niezgodną z SIWZ, to winien przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty zastosować art. 87 ust 1 ustawy pzp lub art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp Mógł wątpliwość wyjaśnić i ustalić właściwą intencję Odwołującego, albo zbadać np. czy wykazana cyfra 3 nie stanowi omyłki, a wtedy winien był zastosować art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp. Ponieważ Zamawiający, żadnej z tych czynności nie wykonał, w ocenie Odwołującego odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ należy uznać jako niezasadne i „przedwczesne".

Odwołujący podniósł, że ustalenie „niezgodności" treści jego oferty z treścią SIWZ, skutkujące jej odrzuceniem nastąpiło, nie w oparciu o „ofertę" rozumianą w ujęciu rozdziału 14 pkt 14.5 SIWZ przedmiotowego postępowania, ale o treść wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp. Zdaniem Odwołującego tryb przewidziany w art. 90 ust 1 ustawy pzp służy „badaniu" ceny złożonej oferty, by ustalić, czy ta nie nosi przymiotu „rażąco

niskiej". W sytuacji zaś jakichkolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, Zamawiający powinien stosować art. 87 ust 1 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez Odwołującego jako niewystarczające i ocenił, że oferta zawiera „rażąco niską cenę" skutkiem czego było jej odrzucenie w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp.
Wezwanie wystosowano „w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niska cenę", wnosząc o „udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty". Ponadto Zamawiający zwrócił się z poleceniem „złożenia dowodów", które uwiarygadniałyby złożone wyjaśnienia. Zamawiający zwrócił uwagę, że ocena odbędzie się w oparciu o „złożone wyjaśnienia wraz z dowodami", „Zamawiający będzie brał pod uwagę „obiektywne czynniki" (w szczególności te wskazane w ustawie pzp). Zamawiający poprosił Wykonawcę o wyjaśnienie, czy w oferowanej cenie zostały uwzględnione i w jakiej wysokości: koszty związane z zakupem i eksploatacją sprzętu wykorzystywanego do realizacji przedmiotu umowy (ilość poszczególnych jednostek sprzętowych, wiek, paliwo, amortyzacja, części zamienne, wyposażenia zgodnie z OPZ), koszty opłat V. związane z przejazdem pojazdów wykorzystywanych do realizacji przedmiotu Umowy, koszty utrzymania

użyczonego OUA J. z wyszczególnieniem wszystkich opłat i kosztów, koszty utrzymania zadeklarowanej Bazy materiałowej z wyszczególnieniem wszystkich opłat i kosztów, koszty materiałów do zimowego utrzymania dróg z wyszczególnieniem ich ilości, koszty minimalnego wynagrodzenia pracowników, koszty, zakres i sposób realizacji działań zgodnie z planem działań ratowniczych. Zamawiający zastrzegł, że wyjaśnienia muszą być „merytoryczne" i Wykonawca winien dostarczyć „wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny".
Odwołujący wskazał, że złożył Zamawiającemu niezwykle obszerny materiał do analizy, który poparł szeregiem dowodów. Żaden z przywołanych dowodów nie został przez Zamawiającego zakwestionowany. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazując, że przedłożone dowody są „niewiarygodne", potwierdził pośrednio, iż Wykonawca „uprawdopodobnił" okoliczności zawarte w wyjaśnieniach szeregiem dokumentów, które winny podlegać ocenie.
Wykonawca udzielił odpowiedzi na każde z 7 zadanych pytań i w zakresie tylko jednego (pkt. 5) z nich Zamawiający uznał - w sposób naruszający zdaniem Odwołującego m.in. art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp - „niewiarygodność" złożonych wyjaśnień uznając za „słuszne" dane, które pochodzą od aktualnego Wykonawcy usługi (który utrzymuje odcinek autostrady A4 Rzeszów - Jarosław objęty postępowaniem), zupełnie bagatelizując m.in. fakt, iż inny z Wykonawców składający ofertę (UTDM J. O.) przyjął parametry zbliżone do Odwołującego.
Zdaniem Odwołującego, przyjęta ocena wyjaśnień dokonana została w sposób sprzeczny z

---

jakimikolwiek zasadami obiektywizmu, w tym zasadą przewidzianą w art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp - i skutkowała kolejnym odrzucaniem ofert złożonych przez Wykonawców z miejsc 1 - 3.
Odwołujący wskazał, że jako jedyny z Wykonawców zarządza w imieniu GDDKiA R. dwoma odcinkami autostrady A4 w województwie p. tj. 1) odcinkiem T. – S. i 2) J. – K., siłą rzeczy posiadając najwięcej „dedykowanych" dla kontraktów tego typu urządzeń i sprzętu w rejonie, gdzie znajduje się odcinek objęty zamówieniem. Na okoliczność taką nie mógł powołać się zarówno UDTM J. O., Konsorcjum Z. SA, a także Wykonawcy sklasyfikowani na kolejnych miejscach. Również i ta okoliczność winna być uwzględniona przez Zamawiającego przy ocenie złożonych wyjaśnień, zwłaszcza, iż nie została zakwestionowana przez Zamawiającego i podnoszona była w złożonych wyjaśnieniach.
Bez znaczenia dla oceny przedłożonych wyjaśnień jest natomiast powoływanie się przez Zamawiającego na: ceny ofert Odwołującego w innych postępowaniach (str. 5 uzasadnienia), czy natężenie ruchu na odcinku autostrady J. – K.. Każdy z tych odcinków położony jest w innej części Polski, charakteryzuje się innym natężeniem ruchu, okresami gwarancji na elementy infrastruktury, a przede wszystkim ma zupełnie inną doniosłość dla Wykonawcy składającego oferty. Fakt, iż Odwołujący posiada w utrzymaniu na terenie województwa podkarpackiego już dwa odcinki autostrady A4 musi wpłynąć i wpłynął na cenę oferowaną za utrzymanie odcinka trzeciego, który dodatkowo z odcinkiem J. – K, jest połączony. Zamawiający „celowo" i konsekwentnie w swej analizie wyjaśnień pomija drugi z utrzymywanych odcinków przez spółkę tj. T. – S., na którym ruch pojazdów jest znacząco większy niż na odcinku analizowanym. Zdaniem Odwołującego, trudno jest zrozumieć związek logiczny pomiędzy złożonymi w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp wyjaśnieniami, ich oceną i badaniem ruchu na poszczególnych odcinkach autostrady A4. Nie ma sensu porównywać oferty złożonej na odcinku „opolskim" autostrady A4, a ceną oferty na odcinku Rzeszów - Jarosław, albowiem na tym pierwszym ruch jest niewspółmiernie większy niż na odcinkach podkarpackich i stąd też m.in. różnica w cenie oferty.
Odwołujący podkreślił, że „Zamawiający próbuje zdyskredytować możliwości sprzętowe i kadrowe Wykonawcy". Zamawiający nie przeprowadził w celu oceny możliwości Wykonawcy analizy jego możliwości finansowych oraz możliwości finansowych grupy kapitałowej w której A. sp. z o.o. jest skupiona.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający ocenia cenę oferty Odwołującego m.in. przez pryzmat jej zestawienia z innymi ofertami przedłożonymi w tym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, nie świadczy to jednak o „realności" ceny tej oferty, ale o różnicy procentowej pomiędzy cenami ofert, co nie przesądza zarówno o „rażąco niskiej cenie" oferty, ani tym bardziej o jej „realności". Ponadto Odwołujący podkreślił, że kluczowym argumentem przesądzającym o „rażąco niskiej cenie" oferty Odwołującego mają być wyliczenia

Zamawiającego - oparte o bliżej nieznane źródła - dotyczące zakupu i ilości materiału, a także wyliczenie kosztów wykonania usługi ze strony 4.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób lakoniczny uzasadnia odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. Pomija m.in. punkt OPZ, z którego nie wynika wprost obowiązek (a jedynie opcja) montażu przez Wykonawcę „osłony meteorologicznej". Zamawiający stwierdził że „niezgodność" wynika z przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień, podczas gdy w dokumencie tym Odwołujący wielokrotnie podkreśla uwzględnienie wszelkich wymogów SIWZ. Okoliczność odrzucenia oferty z uwagi na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy pzp wymaga szczegółowego uzasadnienia w szczególności zaś wskazania, dlaczego Zamawiający nie dał wiary złożonym wyjaśnieniom, jakie elementy i dlaczego o tym zadecydowały.
Zdaniem Odwołującego, Zamawiający „porusza się on na zbyt wysokim poziomie ogółu, by uznać jego działania za zgodne z ustawą pzp".

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest bezzasadny.
Zamawiający wymagał zrealizowania w ramach przedmiotu zamówienia inspekcji TV. Bezsporne jest, że wymaganiem Zamawiającego było wykonanie czterokrotne tej usługi. Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał na trzykrotność w tym zakresie oraz na uzyskanie oszczędności. Tym samym jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.
W ocenie Izby, dla oceny, czy treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, bez znaczenia pozostaje fakt, że niezgodność treści oferty Odwołującego została ustalona na podstawie wyjaśnień złożonych przez niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bowiem nie odrzucił oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że treść wyjaśnień jest niezgodna

z SIWZ, ale dlatego, że niezgodna z SIWZ jest treść oferty, którą te wyjaśnienia uszczegółowiły.
Trafnie zauważył Przystępujący, że ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego. Ocena wyjaśnień nie jest ich „interpretacją". Treść tych wyjaśnień potwierdziła niezgodność treści oferty z SIWZ.
W ocenie Izby, okoliczność niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ jest oczywista, nie budzi „wątpliwości", ani nie jest skutkiem „omyłki". Trudno bowiem przypisać wykonawcy „omyłkę", jeśli w celu zaniżenia ceny ofertowej pominął on w swojej wycenie niektóre elementy opisu przedmiotu zamówienia. Wezwanie Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień, byłoby niedopuszczalne. Oznaczałoby to prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści. Zamawiający trafnie nie znalazł podstaw prawnych do zastosowania procedury poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Izby, nie wystąpiły jakiekolwiek wątpliwości, nie może być także mowy o oczywistej omyłce pisarskiej lub rachunkowej. Cena oferty nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i tym samym treść oferty jest niezgodna z treścią z SIWZ.
Omyłka polega na tym, że Zamawiający sam jest w stanie ustalić prawidłową treść oferty i tylko informuje wykonawcę o poprawieniu oferty. Informacja o ilościach oferowanej inspekcji pochodziła od Odwołującego, który był zobowiązany do samodzielnego opracowania koncepcji. W sytuacji, gdy sam Odwołujący wskazał w sposób jednoznaczny, jaki przedmiot zamówienia zaoferował i wycenił, trudno takie oświadczenie pominąć. Zamawiający ma

obowiązek wyjaśnić ewentualne wątpliwości dotyczące treści oferty, ale nie znaczy to, że ma obowiązek wzywania do złożenia wyjaśnień, gdy takich wątpliwości nie ma. W ocenie Izby, przedmiotowa niezgodność jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. Wzywanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie byłoby w oczywisty sposób zbędne. A skoro Zamawiający nie miał wątpliwości, które można by wyjaśnić, wezwanie nie jest uzasadnione.

Odwołujący nie zaprzeczył, że w treści SIWZ Zamawiający wykluczył możliwość tak zwanego „przerzucenia kosztów". Tym samym nie było możliwe ujęcie kosztów czwartej inspekcji TV w innej części kosztów, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Zatem ewentualne wyjaśnienia Odwołującego nie mogły wnieść niczego nowego do sprawy.
Odwołujący nie wskazał także, w jaki sposób Zamawiający mógłby dokonać poprawienia omyłki. Nie wiadomo nadto, na czym ta omyłka miałaby polegać. Zamawiający nie ma także wiedzy, w jaki sposób należałoby wyceniać czwartą usługę inspekcji TV. Kolejne wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie, niczego by nie zmieniły.

Skoro z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikało, według jakiej koncepcji Odwołujący zamierza wykonać przedmiot zamówienia i w jaki sposób wyliczył on koszty realizacji przyjętej przez siebie koncepcji wykonania zamówienia, to Zamawiający dokonując badania i oceny ofert, musiał informacje wynikające z tych wyjaśnień przyjąć.

Składane wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są dokładne i wskazują, jaka jest treść oferty. Izba podziela stanowisko, że nie jest tak, że wykonawca musi jednoznacznie przyznać brak zaoferowania określonej usługi, wystarczające jest, że z jego wyjaśnień wynika, że usługa ta nie została zaoferowana.

Izba uznała także za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie braku zaoferowania osłony meteorologicznej. Już w treści odwołania Odwołujący potwierdził, że nie zaoferował osłony meteorologicznej. W treści odwołania bowiem Odwołujący wykazywał, że Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ zaoferowania takiej osłony. Tymczasem postanowienia SIWZ jednoznacznie wprowadzają wymaganie zaoferowania takiej osłony. Zamawiający posługuje się tym pojęciem w SIWZ – chociażby w harmonogramie ramowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, z którego wynika obowiązek Zamawiającego zawarcia umów z terenowym biurem na osłonę meteorologiczną dróg do dnia 10 października. Zamawiający ten obowiązek przełożył na wykonawców – to postanowienie należy bowiem łączyć z ustaleniami ekonomicznymi, zawartymi w punkcie 5, strona 43 OPZ (ustalenia ekonomiczne). Również punkt 2.5 opisu przedmiotu zamówienia odnosi się do osłony metrologicznej.
W sytuacji, gdy wykonawca wskazuje szczegółowo, co podane zostało w wycenie poszczególnych pozycji, to oczywistym jest, że to, co nie zostało wymienione w wycenie, nie zostało ujęte w kosztach i zaoferowane.

W treści odwołania brak jest stwierdzenia, że Odwołujący uwzględnił w ofercie osłonę meteorologiczną. Zamiast tego, Odwołujący wdał się w spór, czy w świetle postanowień SIWZ, w ogóle ta osłona powinna zostać obligatoryjnie zaoferowana. Jak wskazano wyżej, twierdzenia Odwołującego o braku wymogu obligatoryjnego zaoferowania tej osłony, okazały się nieprawidłowe. Potwierdzają one jedynie, że Wykonawca takiej osłony nie zaoferował.

W ocenie Izby, zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowaną przez niego rażąco niską cenę. Już sam fakt, że Odwołujący nie zaoferował wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów usługi oznacza, że cena jest

nieporównywalna z innymi. Odwołujący nie określił ceny poszczególnych elementów, tym samym jakiekolwiek porównania w tym zakresie nie były możliwe. Ustalanie elementów ceny w trybie wyjaśnień jest natomiast niedopuszczalne.

W ocenie Izby sam fakt, że pismo Zamawiającego nie zostało sformułowane w taki sposób, jak być może oczekiwałby tego Odwołujący, nie oznacza jeszcze, że stanowisko Zamawiającego było niezasadne. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie jest zobowiązany odnieść się do każdego z elementów wyjaśnień, tym bardziej, że wyjaśnienia zawierają kilkaset stron.
Zdaniem Izby trafnie zauważył Zamawiający, że złożone na wezwanie wyjaśnienia są obszerne, jednak niewystarczające. Faktem jest, że Odwołujący przedstawił kilkusetstronicowe wyjaśnienia. W treści tych wyjaśnień znalazły się chociażby kopie uprawnień pracowników, co zupełnie nie stanowi odniesienia do tematu ceny. Co więcej, sposób ich przedstawienia uniemożliwia odnalezienie informacji, które ewentualnie mogłyby być przydatne do dokonania analizy ceny. Ww. uprawnienia pracowników z punktu widzenia ceny są obojętne. Nie wskazano ich wpływu na kwestię zaoferowanej ceny. Tego rodzaju dowody nie są zatem przydatne do oceny treści oferty pod kątem wiarygodności zaoferowanej ceny.
W ocenie Izby również fakt, że w treści informacji o powodach odrzucenia oferty Odwołującego doszło do omyłki i wskazania ceny innego wykonawcy, nie dyskwalifikuje oceny dokonanej przez Zamawiającego. Nie stanowi także dyskwalifikacji takiej oceny porównanie oferty Odwołującego z ofertami pięciu innych wykonawców, jakie złożone zostały w postępowaniu. Istotą jest bowiem całokształt oceny złożonych wyjaśnień. Rację ma Odwołujący, że cenę należy rozpatrywać indywidualnie, w odniesieniu do każdego z wykonawców. Jednakże Zamawiający wskazał, że również Odwołujący dokonywał tego rodzaju porównań i z uwagi na ten fakt Zamawiający dokonał porównań.
Ponadto dokonując wyjaśnień, Odwołujący oparł się na dotychczasowym doświadczeniu, uzyskanym podczas realizacji zamówienia na innym odcinku autostrady. Odwołujący domniemywał zatem, że utrzymanie tego odcinka autostrady będzie analogiczne. Izba uznała za wiarygodne w tym zakresie oświadczenie Zamawiającego, że niniejsze zamówienie posiada bardziej ostre wymagania. W szczególności dotyczy to kwestii profilaktyki, zatem niezbędne jest stosowanie większej ilości np. soli. Już z tego wynika, że porównanie do innych odcinków i oparcie się w treści wyjaśnień na tych doświadczeniach jest błędne, gdyż dotychczas nie była przewidywana bardziej rygorystyczna profilaktyka. Zamawiający w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego zwrócił uwagę, że jest to zupełnie inny rodzaj kontraktu niż dotychczas.
Ponadto Wykonawcy mieli możliwość uzyskać od Zamawiającego dane, np. dotyczące użycia soli na danym odcinku, w drodze dostępu do informacji publicznej. Zatem jeśli chodzi

o weryfikację wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający miał możliwość przyjęcia danych, jakie są mu znane z realizacji dotychczasowych umów.
W świetle powyższego, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 za bezzasadny i orzekła jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 1662/17

Wykonawca – L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma U.-H.-P. L. K., wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu, polegających na: zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp przez: Konsorcjum, którego liderem jest firma Z. B. R. D. Z. S.A. (dalej „Z."), wykonawcę Usługi T. – D.- M. J.O. (dalej: „UTDM O.") oraz wykonawcę A. Sp. z o.o. (dalej: „A.") oraz zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu w całości pisma Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017r. zawierającego uzasadnienie informacji o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu, niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wniosku wykonawcy, pełnej treści ofert złożonych przez wykonawców: Z., A. i UTDM O. , tj. zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp, co utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami i uniemożliwia Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej; art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Z. i Wykonawcę A. sp. z o.o. jako

tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust, 1 Pzp i niezasadne utajnienie tych dokumentów, w tym także niezasadne utajnienie uzasadnienia dla objęcia wskazanych wyjaśnień zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa; art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp i w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu ofert wykonawców Konsorcjum Z. i Wykonawcy A. sp. z o.o., co utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami i uniemożliwia Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu wezwań, jakie Zamawiający skierował do wykonawców uczestniczących w postępowaniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp (z wyłączeniem wezwań skierowanych do Odwołującego), w tym także ewentualnych wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z odpowiedziami wykonawców na te wezwania, w tym treść: pisma z dnia 10 marca 2017r. złożonego przez Konsorcjum, którego liderem jest firma Zamawiający B.R. D. Z. S.A. (dalej Konsorcjum Z.), wraz z załącznikiem do niego - pismem nr ZBW/ł-IO/ER/17/223; pisma z dnia 13 marca 2017r. złożonego przez U.T.– D. – M. J. O., pisma z dnia 13 marca 2017r. złożonego przez A. Sp. z o. o. wraz z załącznikami do niego, oraz uzasadnienia informacji o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - w całości. Ewentualnie nakazanie Zamawiającemu udostępnienia dokumentów wskazanych powyżej w pkt a) w części, w której nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców.

W dniu 27 lipca 2017r, Zamawiający przesłał do wykonawców biorących udział w postępowaniu informację o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Z informacji tej wynika, że: Zamawiający odrzucił oferty wykonawców Z., A. i UTDM O. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust, 3 Pzp.
Wskazani wykonawcy byli wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp, przy czym wykonawcy Z. i A. treść złożonych wyjaśnień zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zastrzeżenie to zostało uznane przez Zamawiającego za skuteczne, o czym świadczy fakt, iż Odwołujący nie otrzymał pełnego uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu ofert tych wykonawców.
Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2017r., złożonym ponownie w dniu 4 lipca 2017r., wniósł o udostępnienie mu wyjaśnień złożonych przez wskazanych wykonawców oraz pełnego uzasadnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu ofert tychże wykonawców.
Na dzień złożenia niniejszego odwołania, Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi na swoje pismo z dnia 1 lipca 20!7r., a co za tym idzie Odwołujący nie ma wiedzy, z jakich przyczyn Zamawiający odmówił mu wglądu w żądane dokumenty.

Naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp.
Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp nie mogą być uznane za „inne'" załączniki do protokołu postępowania, a

winny podlegać udostępnieniu na zasadach właściwych dla udostępnienia ofert. Dokumenty te stanowią bowiem w istocie treść oferty - oferty rozumianej nie w ujęciu formalnym (jako dokument zatytułowany „oferta"), a w ujęciu materialnym (oświadczenie woli wykonawcy stanowiące ofertę w rozumieniu prawa cywilnego).
W postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których zastosowano tzw.

procedurę odwróconą (art. 24 aa Pzp), wykonawcy - tak, jak w niniejszej sprawie - są informowani o ocenie ofert przeprowadzonej przez Zamawiającego, nim Zamawiający sprawdzi, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu i nim zostanie dokonany wybór oferty najkorzystniejszej. W takich przypadkach termin na złożenie odwołania względem czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert biegnie - zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp — od daty otrzymania wspomnianej informacji. Gdyby przyjąć, że w takich przypadkach, wobec braku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcy nie mają zapewnionego wglądu do dokumentów uzupełniających oferty konkurentów, możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej— w tym także z instytucji zgłoszenia przystąpienia- byłaby pozorna, także w kontekście obowiązującej w postępowaniu odwoławczym zasady koncentracji środków ochrony prawnej.
Wniosek o udostępnienie Odwołującemu wezwań, jakie zostały skierowane do wykonawców (wezwania z art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp) uzasadnione jest tym, że treść odpowiedzi sporządzonych przez wykonawców jest ściśle skorelowana jest z treścią wezwania Zamawiającego, a co za tym idzie, wiedza Odwołującego nie byłaby pełna, jeśli otrzyma on tylko odpowiedzi wykonawców.

Naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.
W ocenie Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Konsorcjum, którego liderem jest firma Z. B. R. D. Z. S.A. oraz przez wykonawcę A. Sp. z o.o. są nieskuteczne.
Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada jawności. Art. 8 ust. 3 Pzp, jako wprowadzający wyjątek od zasady, nie może być poddawany wykładni rozszerzającej, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą powoływać się na niego tylko celem utrudnienia innym wykonawcom udziału w postępowaniu.
Wykonawca musi dokonać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa najpóźniej z momentem złożenia informacji, które miałby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli więc wskazani powyżej wykonawcy nie zastrzegli swych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa lub zastrzegając je nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa, Zamawiający niejako automatycznie wyjaśnienia te powinien uznać za informacje jawne.
Wykonawcy, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wskazują, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą, są nieznane innym wykonawcom i podlegają ochronie, jednak nie wyjaśniają szczegółowo swojego stanowiska i - co najistotniejsze, nie wykazują tych okoliczności.
Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki (art. 11 ust 4 u.z.n.k.): ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
Wykonawca, składając zastrzeżenie, powinien więc wykazać, że każda z wyżej wymienionych przesłanek jest spełniona względem każdej zastrzeganej informacji.
W ocenie Odwołującego, jeśli informacje przedstawione przez Konsorcjum Z. i Wykonawca A. sp. z o.o. są dość ogólnikowe, niepoparte dowodami, to ww. przesłanka nie jest ani spełniona, ani wykazana. To nie dany dokument podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacja jako taka. Na tej zasadzie, ocena dokonana w sposób zgodny z powyżej opisanymi zasadami winna dotyczyć każdej zastrzeganej informacji. W ślad za tym, nawet jeśli niektóre z informacji zawartych w wyjaśnieniach Z. i A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i były zastrzeżone skutecznie, Zamawiający powinien udostępnić wykonawcy te części wyjaśnień i uzasadnienia dla swoich czynności, które nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa.

Naruszenie art. *92* ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp;
Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że wskazani wykonawcy skutecznie zastrzegli złożone przez siebie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnienia, to i tak istniała po stronie Zamawiającego możliwość skonstruowania uzasadnienia faktycznego i

prawnego czynności odrzucenia ich ofert w taki sposób, by przedstawić Odwołującemu rzeczywiste powody odrzucenia ofert wykonawców, a jednocześnie nie ujawnić treści zastrzeżonych przez tych wykonawców wyjaśnień.
Odwołujący wskazał, że powinien mieć możliwość ustalenia, jakie okoliczności zdecydowały o uznaniu oferty wskazanych wykonawców za niezgodne z treścią SIWZ, jakie koszty wykonania zamówienia nie zostały ujęte przez tych wykonawców w ich wycenie, na jakim poziomie i jak ustalonym Zamawiający szacuje ilości wymaganych materiałów, sprzętu, robocizny itd. Sposób skonstruowania przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy UTDM O. (odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt *A* Pzp), które nie zostało utajnione, zdaniem Odwołującego potwierdza, że nie wszystkie informacje zawarte w tym uzasadnieniu mogłyby obiektywnie podlegać ochronie jako

tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący zakłada, że podobnie jest w przypadku uzasadnienia odrzucenia ofert dwóch pozostałych wykonawców — A. i Z..

Zamawiający oświadczył, ze uwzględnia odwołanie w całości.
Do niniejszego postepowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie Wykonawcy: A. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Z. B. R. D. Z. S.A., Przedsiębiorstwo D. Sp. z o.o.
Wykonawca A. sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.
Wykonawca Konsorcjum: Z. B. R. D. Z. S.A., Przedsiębiorstwo D. Sp. z o.o. nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu, niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wniosku Odwołującego, pełnej treści ofert złożonych przez wykonawców: Z., A. i UTDM O. , tj. zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 i w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu ofert wykonawców Z. i A., co utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami i uniemożliwia Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu wezwań, jakie Zamawiający skierował do wykonawców uczestniczących w postępowaniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych (z wyłączeniem wezwań skierowanych do Odwołującego), w tym także ewentualnych wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z odpowiedziami wykonawców na te wezwania, pisma z dnia 13 marca 2017r., złożonego przez U. T. – D. – M. J. O., pisma z dnia 13 marca 2017r., złożonego przez A. Sp. z o.o. wraz z załącznikami do niego oraz uzasadnienia informacji o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - w całości.
Zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru

najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis powyższy jest jednoznaczny. Wszelkie załączniki do protokołu, a więc dokumenty, które nie są ofertą, Zamawiający udostępnia po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zarzut w zakresie zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia dokumentów w postaci wezwań Zamawiającego, odpowiedzi wykonawców, wyjaśnień, pism Zamawiającego zawierających uzasadnienie odrzucenia oferty, jest bezpodstawny i podlega oddaleniu. Zamawiający będzie mógł udostępnić ww. dokumenty po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wyjaśnienia nie stanowią oferty. Są odrębnym dokumentem, a w ich treści znajduje się jedynie dookreślenie tego, co znalazło się w treści oferty. Tym samym, w ocenie Izby ujawnienie treści wyjaśnień może nastąpić dopiero od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Z. i Wykonawcę A. sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i niezasadne utajnienie tych dokumentów.
W ocenie Izby zarzut ten jest uzasadniony.

Izba ustaliła, że Odwołujący występował w dniu 4 i 7 sierpnia 2017 r. do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentów, zawierających wyjaśnienia dotyczące ceny w ofercie Wykonawców A. sp. z o.o. i Konsorcjum Z., jednakże w tym zakresie nie uzyskał odpowiedzi od Zamawiającego. Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu ww.

---

dokumentów. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ograniczone uzasadnienie czynności odrzucenia ofert ww. wykonawców, z powołaniem się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa tych wykonawców, co oznacza, że Zamawiający uznał, że Wykonawcy A. sp. z o.o. i Konsorcjum Z. w sposób skuteczny zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa względem złożonych przez siebie wyjaśnień.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Konsorcjum, którego liderem jest Z. B. R. D. Z. S.A. oraz przez wykonawcę A. Sp. z o.o., są nieskuteczne.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki (art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji): ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca, składając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien więc wykazać, że każda z wyżej wymienionych przesłanek jest spełniona względem każdej zastrzeganej informacji.

W ocenie Izby, Wykonawca A. sp. z o.o. nie wykazał skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty.
Treść wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy A. sp. z o.o. stanowi kilkunastostronicowy dokument (13 stron). Treść tych wyjaśnień to przywołanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w ujęciu art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przytoczone fragmenty wyroków sądów, wyroków KIO i stanowiska doktryny. W ocenie Izby, nie stanowi o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przywoływanie w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy A. sp. z o.o. wyroków sądów, wyroków KIO, czy stanowiska doktryny. To wykonawca w każdej

poszczególnej sprawie powinien wykazać, co i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, nie zaś przedstawiać, co wg sądów, czy doktryny może zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dalszej części wyjaśnień Wykonawcy A. sp. z o.o. znalazły się stwierdzenia ogólne, które nie opisują przyczyn, dla których konkretne informacje zostały przez tego Wykonawcę uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawierają wyłącznie wyjaśnienia o

charakterze ogólnym, które nie odnoszą się wprost do jednoznacznie wskazanych informacji i przyczyn dla których właśnie te, a nie inne informacje, Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powoływanie się przez Wykonawcę na bliżej nie sprecyzowane know-how, ani też na strategię cenową Wykonawcy, w sytuacji, gdy zaoferowana przez niego cena jest indywidulanie kalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania.

Ponadto, w ocenie Izby nie stanowi o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przywoływane w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy A. sp. z o.o.: opis budynku siedziby spółki, czy też wyposażenie siedziby spółki, jak również kilka ogólnych zdań w podrozdziale środki prawne. Zawarcie w treści wyjaśnień ogólnych haseł, nie wypełnia wymaganej przesłanki (zawartej w treści art. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Stosowanie przez poszczególne firmy zabezpieczeń (w postaci umów z pracownikami, czy zabezpieczeń komputerowych), nie jest niczym nadzwyczajnym. Ponadto tego rodzaju zabezpieczenia, jak niszczenie dokumentów w niszczarce jest powszechnie przyjętą praktyką, stosowaną w odniesieniu do różnego rodzaju dokumentów. Nadto zabezpieczenie ma dotyczyć poszczególnej informacji i wykazane powinno zostać chronienie tej informacji jako wyjątkowej, nie zaś ogólnie opisanie, jakie są procedury zabezpieczające u wykonawcy.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają m.in. opisy, faktury, dzienniki pracy brygady roboczej, a także dokumenty w postaci kopii uprawnień poszczególnych osób. Podkreślić należy, że uprawnienia poszczególnych osób (np. Świadectwo wystawione przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego, czy też zaświadczenie o ukończeniu kursu wydane przez Z.y D. Z. w P. albo Zaświadczenie kwalifikacyjne, wystawione przez Urząd Dozoru Technicznego Oddział w R.) nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to bowiem dokumenty, do treści których można dotrzeć w ramach procedury uzyskania informacji publicznej. Ponadto w ich treści brak jest zastrzeżenia poufności. Są to dokumenty natury ogólnej, jakimi poszczególne osoby mogą wykazywać się w różnych sytuacjach. Podobnie faktury (tak jak ww. dzienniki pracy) również są dokumentami, do których ma dostęp nieograniczona ilość osób. W ich treści także nie wskazano, aby zostały objęte klauzulą poufności. Zdaniem Izby, Wykonawcy winni wykazać zastrzeżenie poszczególnych informacji, jeśli rzeczywiście miałyby one status tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeganie kilkuset stron wyjaśnień nie jest wiarygodne. Podkreślenia wymaga, że to nie dany dokument podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacja jako taka. Wykonawca zatem miał możliwość dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do poszczególnych informacji zawartych w dokumencie, nie

zaś całości dokumentów. Kwestią podstawową w niniejszej sprawie jest fakt, że ocena winna dotyczyć każdej z zastrzeganej informacji. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z dokumentów wykazać, które z informacji zawartych w danym dokumencie mają charakter poufny. Tego wykonawca nie uczynił. Trudno uznać za wiarygodne, aby np. cała faktura zawierała taką tajemnicę. Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że informacje na temat ilości soli, częstotliwości koszenia, jakie są używane do realizacji poszczególnych kontraktów (historycznie) jest dostępna u Zamawiającego w ramach dostępu do informacji publicznej. Zatem obejmowanie tego rodzaju danych tajemnicą przedsiębiorstwa jest bezzasadne, bowiem mogą być one uzyskane w drodze dostępu do informacji posiadanych przez Zamawiającego. Ponadto dane, jakie Wykonawcy przyjmują do kalkulacji, służą na potrzeby wyliczenia ceny w

niniejszym zamówieniu – a zatem objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Cena w postępowaniu jest bowiem jawna, a tym samym jej składowe nie korzystają z zastrzeżenia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezpodstawne jest zatem stwierdzenie Wykonawcy zawarte w treści wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że odtajnienie modelu kalkulacji ceny zawartego w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, spowoduje poznanie know-how Wykonawcy, czy też może wpłynąć na osłabienie pozycji Wykonawcy na rynku.
W treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca A. sp. z o.o. nie odniesiono się do poszczególnych cen, nie wykazano zastrzeżenia co do każdej z podawanych informacji. Trudno zatem uznać, także w świetle powyższego, że przyjmowane poszczególne dane dla realizacji niniejszego kontraktu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywanie cen za poszczególne elementy także nie stanowi tajemnicy. Jak wskazano wyżej, kalkulacja została sporządzona na potrzeby niniejszego zamówienia i jako taka nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność. Zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od tej zasady. Ponadto winno być należycie wykazane spełnienie każdej z przesłanek art. 16 u.o.z.n.k., co w niniejszym przypadku nie ma miejsca (także ze względu na wyjaśnienia o charakterze ogólnym i brak odniesienia do każdej z informacji w dokumencie).

W ocenie Izby, również Wykonawca Konsorcjum Z. nie wykazał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez tego Wykonawcę, zawiera jedynie ogólne stwierdzenia o tym, że sporządzona kalkulacja zawiera dane, które nie są ujawniane do wiadomości konkurencji oraz wiadomości ogólnej. Upublicznienie tych informacji może skutkować wykorzystaniem

ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji tego Wykonawcy na rynku.
W ocenie Izby są to ogólne stwierdzenia. Ponadto nie wykazano, która konkretnie informacja stanowić ma tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako tajemnica przedsiębiorstwa został bowiem zastrzeżony cały kosztorys sporządzony jako treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest, że kalkulacja ta została sporządzona na potrzeby niniejszego postępowania (jako obliczenie ceny w postępowaniu). Podkreślić należy, ze kalkulacja w postaci kosztorysu jest to przedstawienie kalkulacji ceny, która jest w postępowaniu jawna. Jako taka, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić ponownie należy, że zasadą postępowania jest jego jawność i przejrzystość. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy i winno odnosić się do jednej, konkretnej informacji. Nie jest wiarygodne zastrzeganie przez wykonawców całej kalkulacji cenowej w danym postępowaniu. Oczywistym jest, że zastrzeżenie takie ma tylko i wyłącznie na celu utrudnienie konkurencji weryfikacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a tym samym służy do ewentualnego utrudnienia możliwości wniesienia środków ochrony prawnej. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Wykonawca ten nie wykazał, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony takiej tajemnicy. Wskazanie poszczególnych okoliczności w rodzaju: wydzielenie miejsc do spotkań z gośćmi, kontrahentami, czy wprowadzenie indywidualnych haseł dostępu do komputerów i systemu informatycznego, nie może zostać uznane za takie szczególne środki. Są to bowiem ogólne zasady stosowane na codzień u większości wykonawców funkcjonujących na rynku. Nie wykazano stosowania przez tego Wykonawcę szczególnego postępowania dla zabezpieczenia tego, co Wykonawca przedstawiał jako tajemnica przedsiębiorstwa (kosztorysu). Dlatego należało uznać, że również Wykonawca Konsorcjum Z. nie wykazał spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazanych w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Izba miała także na uwadze fakt, że Wykonawca Konsorcjum Z. zgłosił przystąpienie do niniejszego postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca ten (po wezwaniu Izby) wniósł pismo, w którym oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Nie zgłosił zatem chęci obrony swoich racji i nie bronił prawidłowości dokonanego przez siebie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie nakazała w sentencji wyroku odtajnienia dokumentów stanowiących wyjaśnienia, mając na uwadze art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym postepowaniu samo odtajnienie ww. dokumentów nie będzie miało żadnego wpływu na wynik postępowania. Oferta Konsorcjum Z. została przez Zamawiającego odrzucona, podobnie jak oferta Wykonawcy A. sp. z o.o. Izba oddaliła odwołanie Wykonawcy A. sp. z o.o. Obaj ci Wykonawcy nie biorą zatem udziału w dalszym postępowaniu, co oznacza, że sam fakt odtajnienia dokumentów pozostanie bez wpływu na wynik postępowania. Stosownie zatem do treści art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze 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. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……