

Sygn. akt: KIO 26/21

WYROK
z dnia 28 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Magdalena Rams
Ewa Sikorska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających Gminę Lublin, Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie oraz Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, w imieniu i na rzecz których działa Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie przy udziale wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre na rzecz zamawiających Gminy Lublin, Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie oraz Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiających tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Sygn. akt: KIO 26/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lublin, Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie oraz Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, w imieniu i na rzecz których działa Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: „Zintegrowane Centrum Komunikacyjne dla Lubelskiego Obszaru Funkcjonalnego”, planowanego do współfinansowania w ramach Działania 5.6 Efektywność energetyczna i gospodarka niskoemisyjna dla Zintegrowanych Inwestycji Terytorialnych Lubelskiego Obszaru Funkcjonalnego Regionalnego Programu w ramach Operacyjnego Województwa Lubelskiego 2014-2020.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 036-085351. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 stycznia 2021 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej: „ZDI”) w zakresie elementów kosztowych oraz ich wymiarów przyjętych do wyliczenia ceny, mimo że zastrzeżone przez ZDI informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa a ponadto Zamawiający ujawnił analogiczne informacje w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Odwołującego, a ZDI nie wykazało spełnienia wszystkich przesłanek dla skutecznego objęcia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZDI mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, wyjaśnienia budzą wątpliwości, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu; odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez ZDI ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ZDI w całości a w przypadku uznania przez KIO, iż ZDI udowodniło, iż podjęło stosowne działania w celu zachowania informacji w poufności, odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie elementów kosztowych i ich wymiarów przyjętych do wyliczenia ceny (z wyłączeniem poziomu kosztów). Ewentualnie, w przypadku uznania, że zarzut dotyczący nieprawidłowego zastrzeżenia tajemnicy podlega oddaleniu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ZDI.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący podniósł, iż została mu udostępniona jedynie część wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ZDI. Odtajniono wyłącznie: uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wstęp do wyjaśnień, informację, że do kalkulacji oferty przyjęto stawkę godzinową dla personelu nie niższą niż minimalna stawka godzinowa w 2021 r. wynosząca 18,30 zł oraz zakończenie wyjaśnień polegające na złożeniu oświadczenia, że skalkulowana cena nie jest rażąco niską. Wszelkie inne

treści ZDI pozostały utajnione. Tymczasem odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego zostało przeprowadzone odmiennie, przy czym podstawa odtajnienia obu wyjaśnień stanowiły te same okoliczności. Odwołujący wskazał, iż w przypadku jego wyjaśnień rażąco niskiej ceny odtajniono uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wstęp do wyjaśnień i ogólne spostrzeżenia, wszystkie nagłówki wypunktowanych aspektów składanych wyjaśnień, co stanowi dowód odniesienia się do wszystkich składników kosztotwórczych oferty wymaganych przez SIWZ, odtajniono zostały też większe fragmenty tekstu, a utajnione wybiórcze informacje oraz zakończenie wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego z odtajnionych fragmentów jego wyjaśnień da się odczytać, że w kalkulacji oferty Odwołujący uwzględnił wszystkie czynniki kosztotwórcze wymagane przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ. w tym: wydłużenie okresu realizacji kontraktu maksymalnie do 4 lat bez dodatkowego wynagrodzenia, zatrudnienie na wyłączność kontraktu poszczególnych specjalistów, a więc tym samym zapewnienie im co najmniej minimalnego wynagrodzenia, obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę pracowników administracyjno-biurowych oraz 2 specjalistów ds. rozliczeń, zatrudnienie szeregu pozostałych specjalistów wskazanych w SIWZ, obowiązek udziału całego zespołu inżyniera w cotygodniowych naradach, obowiązek prowadzenia laboratorium drogowego, mającego wykonywać badania kontrolne, obowiązek wykonywania pomiarów geodezyjnych kontrolnych, zorganizowanie i zapewnienie funkcjonowania przez cały okres realizacji inwestycji Biura Inżyniera Kontraktu, zapewnienie ciągłości indywidualnej polisy kontraktowej, wniesienie i utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zapewnienie dla personelu Inżyniera pojazdów oraz transportu dla Zamawiającego na narady i z narad oraz w miarę potrzeb na budowę, udział Inżyniera w przeglądach gwarancyjnych inwestycji.

Odwołujący wskazał, iż z odtajnionych wyjaśnień ZDI nie ma możliwości wyczytać, czy w ogóle uwzględniono wszystkie powyższe wymagania Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia ZDI nie zawierają tych danych bądź też Zamawiający nie ujawniając elementów kosztotwórczych wskazanych przez ZDI naruszył przepisy ustawy, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie Zamawiając wymagał od ZDI szczegółowej kalkulacji doprecyzowując co powinno się w niej znaleźć - czyli także z tego powodu przedstawione przez ZDI wyjaśnienia w zakresie elementów cenotwórczych powinny być udostępnione pozostałym wykonawcom. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby dotyczące zastrzegania informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podkreślając, że nie wszystkie nieudostępnione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Działanie takie zdaniem Odwołującego faworyzuje wykonawcę ZDI, utrudniając Odwołującemu weryfikację poprawności działań Zamawiającego w zakresie oceny wyjaśnień i wyboru oferty. Odwołujący wskazał, iż przedstawione przez ZDI uzasadnienie objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa jest ogólne i w żaden sposób nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia. ZDI nie wykazało, że podjęło w stosunku do zastrzeżonych informacji kroki mające na celu zachowanie informacji w poufności. Odwołujący podniósł, iż twierdzenie o podjęciu przez ZDI odpowiednich środków zmierzających do zachowania informacji w poufności pozostało gołosłowne, gdyż do wyjaśnień (w zakresie w jakim zostały one udostępnione) nie zostały dołączone żadne dowody potwierdzające ich podjęcie. *Podkreślił w ślad za orzecznictwem, iż przedstawienie samych wyjaśnień (zwłaszcza ogólnych) bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające.*

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Odwołujący podkreślił rozkład ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, przywołał orzecznictwo odnoszące się do konieczności złożenia wyjaśnień konkretnych, spójnych i wyczerpujących, podnosząc ponadto, że czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ZDI powinien przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez ZDI nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie umowy. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez ZDI wyjaśnienia przyjmując, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący podkreślił, iż w przypadku, gdy wyjaśnienia są ogólnikowe, nieoparte dowodami lub nieodpowiadające na wystosowane wezwanie powinny być uznane za niewystarczające w świetle art. 90 ust. 2 Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności świadczące o tym, że cena zaoferowana przez ZDI ma charakter ceny rażąco niskiej.

Po pierwsze wskazał, iż ZDI zadeklarowało w swojej ofercie, iż całość zamówienia wykona samodzielnie (bez udziału podwykonawców). Przywołał postanowienia wzoru umowy dotyczące udziału osób pełniących funkcję Uprawnionego Geodety, dysponujących odpowiednią ilością zespołów geodezyjnych i odpowiednim sprzętem oraz regulujące wymagania co do pracy Laboratorium Inżyniera Kontraktu oraz pracy Specjalisty ds. materiałowych - technologa, który m.in. odpowiada za pracę Laboratorium. Badania i pomiary kontrolne prowadzone przez Laboratorium do badań kontrolnych wykonywanych robót budowlanych zgodnie z wymaganiami odpowiednich norm, a zatem Laboratorium wyposażone musi być w specjalistyczne narzędzia i urządzenia, w większości certyfikowane i obsługiwane przez specjalnie przeszkolony do tego personel. Wykonawcy kalkulując cenę zobowiązani byli zatem do wzięcia pod uwagę odpowiedni poziom kosztów związanych z bezpośrednim dysponowaniem własnym sprzętem, narzędziami, oprogramowaniem i odpowiednio wykwalifikowanym oraz uprawnionym personelem do wykonania ww. zakresu usługi, a w przypadku braku takich zasobów uwzględnienie wykonania tego zakresu usługi z udziałem odpowiednich podwykonawców. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający zażądał wskazania w Formularzu Oferty zakresów, jakie wykonawca ma powierzyć podwykonawcom. I o ile na etapie przetargu wykonawca jest w pełni uprawniony do tego, by nie mieć jeszcze zawartych umów podwykonawczych (takie umowy bowiem byłyby bezprzedmiotowe przed udzieleniem zamówienia wykonawcy) i tym samym nie mieć pewności, któremu dokładnie podwykonawcy ma podzielić świadczenie usługi, przez co nie może wskazać w ofercie konkretnych firm podwykonawczych, to wiedząc już w momencie składania oferty, że nie posiada się we własnych zasobach kompletnego potencjału technicznego, zawodowego, uprawnień i kwalifikacji wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia oraz ogólnie obowiązujących przepisach, np. nie posiada własnego sprzętu i wykwalifikowanego personelu laboratoryjnego i geodezyjnego, mając wiedzę, że samodzielnie nie wykona całego zakresu przedmiotu zamówienia, winien jest wskazać w ofercie zakres, który musi powierzyć podwykonawcom. Odwołujący zauważył, że wskazał w ofercie zlecenie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom w zakresie wykonywania badań laboratoryjnych oraz geodezyjnych pomiarów kontrolnych. Według jego wiedzy żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie posiada własnego kompletnego wyposażenia w niezbędny sprzęt laboratoryjny i/lub geodezyjny wraz legalnym specjalistycznym oprogramowaniem i zespołami wykwalifikowanego personelu. Zdaniem Odwołującego z treści wyjaśnień ceny złożonych przez ZDI powinno wynikać, iż ZDI dysponuje odpowiednim sprzętem i osobami niezbędnym do zrealizowania tego zakresu oraz przypisany został tego określony poziom kosztów. Brak tych informacji w wyjaśnieniach ZDI powoduje, iż wyjaśnienia te są niewystarczające dla

obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i oferta ZDI powinna zostać odrzucona. Analogiczne konsekwencje powinny zaistnieć w sytuacji, w której ZDI w swoich wyjaśnieniach pokazuje ceny podwykonawców. Skoro na etapie składania ofert wykonawca kalkulował cenę z wyłączeniem podwykonawców to na obecnym etapie nie może uzasadniać swojej ceny ofertami podwykonawców.

Kolejnym czynnikiem, który zdaniem Odwołującego nie został wzięty pod uwagę przy obliczaniu ceny przez ZDI, jest wydłużenie terminu realizacji umowy do 4 lat z uwzględnieniem, że niektórzy specjaliści muszą być pracownikami tego kontraktu na wyłączność, a ponadto obowiązek jest, by co najmniej raz w tygodniu cały Zespół Inżyniera uczestniczył w Radach Technicznych. W załączeniu do odwołania przedstawiono symulację cenową realizacji kontraktu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej lub minimalnego etatu dla każdego pracownika oraz z uwzględnieniem możliwości wydłużenia terminu realizacji do 4 lat. Odwołujący wyjaśnił, iż przedstawiona tabela została sporządzona w oparciu o następujące założenia:

- odnośnie kluczowego zespołu - zatrudnienie na wyłączność kontraktu poszczególnych specjalistów, a więc tym samym zapewnienie im co najmniej minimalnego wynagrodzenia przez 4 lata (zgodnie z pkt 5.5.3. SIWZ dotyczy to Przedstawiciela Inżyniera, 2 inżynierów robót drogowych, 2 inżynierów branży konstrukcyjnej, 2 specjalistów ds. rozliczeń);
- specjaliści ds. rozliczeń i personel biurowy zatrudniony na umowy o pracę - koszt przyjęty na okres 4 lata po minimalnej stawce wynagrodzenia etatowego 2021 wraz z narzutami pracodawcy;
- Inżynier ma obowiązek prowadzenia biura przez cały okres realizacji kontraktu, zatem wspomniany wyżej personel biurowy, mimo że nie jest kluczowym personelem, również powinien być w kalkulowaniu na całe 4 lata - inaczej obowiązek prowadzenia biura będzie iluzoryczny;
- pozostały personel zespołu inżyniera wymagany przez SIWZ nie ma konkretnych regulacji odnośnie tego, w jakim wymiarze czasu ma być zaangażowany, jest wyłącznie wskazanie, że mają być zaangażowani zgodnie z koniecznością nadzorowania i rozliczania ich robót branżowych, ale na potrzeby kalkulacji uwzględniono zaangażowanie 1 pełnej dniówki tygodniowo przez cały okres czasu (4 lata x 52 tygodnie daje średnio 4,33 dniówki w miesiącu);
- niezależnie od powyższego, SIWZ narzuca obowiązek prowadzenia cotygodniowych porad, na których obowiązkowo obecny ma być cały zespół Inżyniera, wobec tego przyjęto, że każdy ze specjalistów spędzi na kontrakcie minimum 8 godzin tygodniowo (co najmniej 2-4 godziny na nadzorowaniu budowy, weryfikowaniu wniosków materiałowych i obmiarowo-rozliczeniowych lub w odwrotnej sytuacji) - należy dodać, że Inżynier Kontraktu będzie nadzorował jednocześnie realizację 3 odrębnych kontraktów (obejmujących łącznie 7 zadań inwestycyjnych), wobec czego takie zaangażowanie czasowe specjalistów innych niż wskazani w tiret 1 należy uznać za minimalne.

Odwołujący wskazał, iż z przedstawionych wycień wynika, że 4-letnie zaangażowanie personelu na warunkach określonych w SIWZ, w tym wliczając ryzyko wydłużenia kontraktu do 4 lat, wymaga nakładu na sam personel w kwocie 1 672 396,80 PLN netto, gdzie cena ta jeszcze nie uwzględnia pomiarów geodezyjnych, badań laboratoryjnych, utrzymania biura, polis OC, zysku itd. Wyciecenia pokazują, że absolutnie minimalną, graniczącą z ceną rażąco niską (przy zerowym zysku i zerowych kosztach zarządu) jest kwota 1 979 296,80 PLN netto, a więc cena ZDI wynosząca 1 692 220,- zł powinna być uznana o całe 287 076,80 zł za niską, by zrealizować kontrakt zgodnie z SIWZ choćby po absolutnie minimalnych stawkach. Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający nie powinien poprzestać na zweryfikowaniu czy wyjaśnienia przedłożone przez ZDI (w tym kalkulacja) zawiera wszelkie niezbędne koszty, w szczególności koszty laboratoriów, geodetów czy też kosztów związanych z wydłużeniem realizacji usługi do 4 lat, ale także zweryfikować czy wskazane w kalkulacjach liczby znajdują odzwierciedlenie w dowodach dołączonych do wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego podana cena przez ZDI wynika albo z nieuwzględnienia wszystkich kosztów lub też znacznego ich zaniżenia a już na pewno nie jest możliwe, aby przedstawić wiarygodne dowody potwierdzające, iż koszty te są realne i możliwe do pokrycia na rynku. Prawidłowa analiza dowodów przedstawionych przez ZDI powinna prowadzić do wniosku, iż ZDI nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i jego oferta jako tak powinna zostać odrzucona.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień ZDI Zamawiający wskazał, iż w stosunku do wyjaśnień Odwołującego i wykonawcy ZDI odtajnił analogiczne elementy i pozostawił utajnione podobne treści, załączył także zestawienie odtajnionych fragmentów wyjaśnień. Zamawiający zwrócił uwagę ponadto na brak konsekwencji po stronie Odwołującego, który kwestionuje zasadność objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę ZDI, jednocześnie samemu zastrzegając treść własnych wyjaśnień. Wskazał również, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że ZDI nie załączyło dowodów potwierdzających podjęcie środków zmierzających do zachowania informacji. Zamawiający wyjaśnił, że zarówno w przypadku Odwołującego, jak i wykonawcy ZDI pozostawił utajnione konkretne dokumenty regulujące u wykonawców procedury mające na celu zapobieganie ujawnieniu informacji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, iż oceniając treść wyjaśnień przedstawionych przez ZDI stwierdził, że są one zupełne, odnoszą się do wszystkich kluczowych kwestii związanych z wyceną zamówienia i odpowiadają w sposób pozytywny na wszystkie wątpliwości Zamawiającego, a dowody potwierdzają wykonanie prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający podkreślił, że wykonawca ZDI załączył do wyjaśnień oferty podmiotów zawierające deklaracje gotowości współpracy przy realizacji zamówienia, a o oferty te datowane są na okres przed złożeniem ofert, co oddala zarzut Odwołującego, że wykonawca ZDI kalkulował cenę dopiero na etapie składania wyjaśnień. Zamawiający wskazał także, iż wartość oferowanych usług znajduje odzwierciedlenie w przedstawionej kalkulacji cenowej, a kalkulując cenę uwzględniono także wydłużenie terminu realizacji. W kwestii konieczności stosowania podwykonawstwa w zakresie badań laboratoryjnych oraz geodezyjnych pomiarów kontrolnych Zamawiający wskazał, iż wielu wykonawców nie kwalifikuje tych usług jako podwykonawstwo. Zamawiający zwrócił także uwagę, że Odwołujący w symulacji cenowej realizacji kontraktu załączony do odwołania przyjął inne założenia niż w kalkulacji cenowej złożonej w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny - w przypadku znacznej ilości osób wchodzących w skład zespołu Inżyniera Kontraktu w symulacji załączonej do odwołania Odwołujący zakłada konieczność wynagrodzenia etatowego (wraz z narzutami pracodawcy) przez pełny 4 letni okres realizacji zamówienia (III.6b oraz tabela z symulacją), natomiast w kalkulacji cenowej załączonej do swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny deklaruje inne sposoby i okresy zatrudnienia poszczególnych specjalistów. Zdaniem Zamawiającego poddaje to w wątpliwość przedstawione w odwołaniu wyciecenia dotyczące koniecznego nakładu finansowego przeznaczonego na personel przewidziany do realizacji zamówienia, a tym samym poddaje w wątpliwość poprawność przedstawionych w odwołaniu wycień minimalnej ceny za jaką możliwa jest realizacja zamówienia.

Pismo procesowe na posiedzeniu złożył także wykonawca ZDI, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej także jako „Przystępujący”).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca ZDI podkreślił w szczególności, że argumentacja Odwołującego, jako zasadzająca się na porównaniu uzasadnienia zastrzeżenia przedstawionego przez Przystępującego ze swoim oświadczeniem, jest błędna. Wskazał, że twierdzenia Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, a Zamawiający skrupulatnie weryfikował zasadność zastrzeżenia określonych informacji przez poszczególnych wykonawców. Przystępujący wskazał ponadto, że w treści wyjaśnień uwzględnił postanowienia SIWZ, w tym § 6 IPU, dotyczące wydłużenia okresu obowiązywania umowy, pkt 5.5.3 SIWZ, § 3 ust. 4-16 IPU, § 5 ust. 2 pkt 53-54, a także wszystkie czynniki kosztotwórcze (Przystępujący wymienił te czynniki ze wskazaniem konkretnych stron wyjaśnień i pozycji w kalkulacji cenowej). Podkreślił, że złożone wyjaśnienia wskazują szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty poprzez odniesienie się do kosztów realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, zarówno jeśli idzie o koszty świadczenia zamawianych usług jak też i zysk. Ponadto zastrzeżone informacje wskazują na warunki, na jakich będą współpracować z Przystępującym członkowie jego zespołu świadczący usługi w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia i inne firmy zaangażowane w realizację zamówienia. Wszystkie powyższe informacje mają w ocenie Przystępującego istotną wartość gospodarczą, gdyż stanowią źródło wiedzy o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez osoby i firmy z którymi ZDI współpracuje. W oparciu o powyższe informacje konkurencja byłaby w stanie oszacować jaki może być poziom oferowanych przez Przystępującego cen na podobne zamówienia udzielane przez innych Zamawiających w innych postępowaniach udostępnienie zastrzeżonych informacji konkurencji Przystępującego może spowodować, że firmy konkurencyjne pozyskają dotychczas współpracujące z Przystępującym osoby i firmy do współpracy w innych postępowaniach i w ten sposób uniemożliwią Przystępującemu korzystanie z ich usług, względnie korzystanie z ich usług na tak korzystnych warunkach jak dotychczas. Także sam fakt kooperowania (i wiedza na temat uzyskiwanych cen od kooperantów Przystępującego) ma istotne znaczenie gospodarcze. Ujawnienie tych informacji naraża Przystępującego na ryzyko przechwycenia lub utrudnienia realizacji kontraktów zawartych z jego współpracownikami. W piśmie przedstawiono także dalszą argumentację prawną i orzecznictwo w zakresie dotyczącym wartości gospodarczej informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty. Ponadto wykonawca ZDI podniósł, iż załączył do wyjaśnień dowody potwierdzające zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przywołał orzecznictwo odnoszące się do kwestii wykazywania, że dane informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Wskazano także, że Odwołujący nie udowodnił, że stosowane przez Przystępującego środki ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie są wystarczające, względnie, że w rzeczywistości nie są stosowane. Podkreślił, że o adekwatności i skuteczności stosowanych środków ochrony informacji świadczy to, iż zastrzeżone informacje nie zostały dotąd ujawnione do wiadomości publicznej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazał m.in., iż w ramach wyjaśnień uwzględnił wymagane w treści SIWZ koszty badań, pomiarów kontrolnych oraz obsługę geodezyjną, popierając te wyjaśnienia ofertami podwykonawców. Zauważył także, że Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę jakiegokolwiek części zamówienia. Ewentualne wprowadzenie podwykonawcy i określenie zakresu podwykonawstwa dopiero na etapie realizacji umowy jest w pełni dopuszczalne. Składane w postępowaniu oświadczenia wykonawców dotyczące wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom nie mają istotnego charakteru, zatem ewentualna zmiana stanowiska Przystępującego co do skorzystania z podwykonawców na etapie realizacji zamówienia nie będzie mogła być oceniana jako powodująca istotną zmianę oferty. Brak wskazania w ofercie jakie części zamówienia będą realizowane przez podwykonawców nie oznacza też niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W kontekście uwzględnienia podczas wyceny wydłużonego terminu realizacji zamówienia, Przystępujący wyjaśnił, że § 6 ust 1 IPU wskazuje maksymalny okres w którym ma Inżyniera Kontraktu obowiązek realizować przedmiot Umowy. Natomiast warunkiem determinującym zakończenie usługi jest rozliczenie inwestycji, a terminy realizacji umów na roboty budowlane określone zostały dla zad 1, 3, 4 do dnia 29 lipca 2022 r., dla 5, 6 i wodociąg - 30.06.2022 r., dla zad nr 2 do dnia 25.10.2021 r. Uprawnionym zdaniem ZDI zatem jest pogląd, że Zamawiający zabezpiecza się w ten sposób przed utratą Inżyniera Kontraktu w obliczu przestojów i przerw w robotach, których na obecnym etapie nie jest w stanie przewidzieć, a które mogłyby skutkować znaczącym przesunięciem terminu zakończenia robót. Zamawiający wskazuje, iż będzie miał prawo w tym okresie korzystać z usług IK w przypadkach, gdyby wystąpiły nieprzewidziane okoliczności. To wykonawca zobowiązany jest ocenić ryzyka związane wydłużeniem terminu wraz z określeniem ilości robót budowlanych pozostałych do wykonania, a co za tym idzie zaangażowania personelu własnego. Przystępujący wskazał także na kalkulację prezentowaną przez Odwołującego, z której założeń wynika, iż w okresie ewentualnego wydłużenia realizacji Odwołujący kalkuluje podobną kwotę, co na całą obsługę w okresie realizacji. Idąc tym tokiem myślenia, zdaniem Przystępującego należałoby uznać, że Zamawiający dążył do celowego zawyżenia cen ofert, co jest irracjonalne, bowiem narażałoby Zamawiającego na zarzut niegospodarności. Zakładając nawet skrajnie niekorzystne warunki, prawdopodobieństwo wydłużenia terminu realizacji do 4 lat bez wystąpienia siły wyższej i zawieszenia robót przez Zamawiającego jest nierealne. Wykonawcy musieliby zapłacić tak ogromne kary umowne, że mogłoby to zachwiać ich rentownością. Przystępujący wskazał ponadto, iż na każdym etapie realizacji zamówienia należy dostosować obecność poszczególnych ekspertów do poszczególnych frontów robót oraz powstałych problemów. Odwołujący niewiele uwagi poświęca na meritum usługi tj. nadzór inwestorski oraz rozliczenie inwestycji, w tym zarządzanie ryzykiem, celem dochowania terminu zakończenia terminu realizacji umowy - który z punktu widzenia Zamawiającego jest najważniejszy, wywodząc, iż czynności wspierające tj. narady koordynacyjne itp. stanowią do 50% czasu usługi dla poszczególnych specjalistów branżowych.

Przystępujący zwrócił też uwagę, że we wszystkich przetargach dot. pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu ogłaszanych przez Zamawiającego znajdują się niemal identyczne postanowienia dotyczące okresu realizacji zamówienia oraz kadry głównej. Powołał się na fakt wykonania na rzecz Zamawiającego innego zamówienia w sposób należyty. Ponadto Przystępujący wskazał na fakt zlecenia mu przez Odwołującego części usługi realizowanej na rzecz Zamawiającego z uwagi na brak wystarczających zasobów lokalowych. Podkreślił, że je spółką pracowniczą i posiada Biuro Regionalne w Lublinie, w którym zatrudnia na podstawie umowy o pracę około 40 wykwalifikowanych ekspertów, których w każdym momencie może wesprzeć wieloletnimi współpracownikami. Wskazał, iż pomimo faktu, że Odwołujący próbuje część z nich pozyskać, a część już pozyskał - m.in. osoby przedstawione w ofercie Odwołującego), to Przystępujący nadal jest w uprzywilejowanej pozycji tj. dysponuje dużo większą ilością specjalistów z poszczególnych branż, zatrudniając ich na podstawie umowy o pracę lub umowy o współpracy, co przekłada się choćby na możliwości

świadczenia usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia po konkurencyjnych stawkach, na poziomie niższym niż wycena ofertowa dokonana przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, oferty Odwołującego i Przystępującego oraz korespondencję Zamawiającego z Odwołującym i Przystępującym w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 stycznia 2021 r.

Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego w załączeniu do pisma procesowego, tj.:

- poświadczenia należytego wykonania usługi przez Przystępującego obejmującej pełnienie funkcji IK oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji zadania „Rozbudowa ul. A. Grygowej w Lublinie (...)” z dnia 4 lutego 2020 r. wystawionego przez Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie;
 - poświadczenia należytego wykonania usługi przez Przystępującego obejmującej pełnienie funkcji IK oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji projektu „Budowa skrzyżowania ul. Diamentowej w Lublinie (...)” z dnia 21 maja 2020 r. wystawionego przez Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie;
 - protokołu odbioru ostatecznego usługi z dnia 2 września 2019 r. dotyczącego usługi pełnienia funkcji IK oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji projektu „Budowa nowego odcinka drogi łączącej ul. Kunickiego z ul. Wrotkowską w Lublinie wraz z budową bezkolizyjnego skrzyżowania z bocznica kolejową”;
 - poświadczenia należytego wykonania usługi przez Przystępującego obejmującej pełnienie funkcji IK oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji projektu „Budowa nowego odcinka drogi łączącej ul. Kunickiego z ul. Wrotkowską w Lublinie wraz z budową bezkolizyjnego skrzyżowania z bocznica kolejową” z dnia 26 listopada 2019 r. wystawionego przez Gminę Lublin i Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie;
 - poświadczenia należytego wykonania usługi przez Odwołującego i Przystępującego obejmującej pełnienie funkcji IK oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji projektu „Budowa i rozbudowa drogi gminnej – ul. Muzycznej w Lublinie (...)” z dnia 31 lipca 2017 r. wystawionego przez Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie;
- na okoliczność posiadania przez Przystępującego doświadczenia w kalkulowaniu cen realizowanych na rzecz Zamawiającego zamówień publicznych w oparciu o podobne do przedmiotowego postępowania wymagania i należytego ich wykonywania za zaoferowaną cenę.

Ponadto Izba wskazuje, iż nie stanowi dowodu, lecz oświadczenie własne strony, załączona do odwołania szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia za realizację usługi sporządzona przez Odwołującego (symulacja cenowa), jak i załączone do odpowiedzi na odwołanie zestawienie odtajnionych fragmentów wyjaśnień Odwołującego i Przystępującego sporządzone przez Zamawiającego na potrzeby postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji Projektu: „Zintegrowane Centrum Komunikacyjne dla Lubelskiego Obszaru Funkcjonalnego”, planowanego do współfinansowania w ramach Działania 5.6 Efektywność energetyczna i gospodarka niskoemisyjna dla Zintegrowanych Inwestycji Terytorialnych Lubelskiego Obszaru Funkcjonalnego Regionalnego Programu w ramach Operacyjnego Województwa Lubelskiego 2014-2020.” Zgodnie z pkt 4 SIWZ oraz 6 ust. 1 wzoru umowy termin wykonania zamówienia określono na maksymalnie 4 lat od dnia zawarcia umowy, w tym: 1) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór w trakcie realizacji inwestycji i jej rozliczenie po zrealizowaniu wszystkich robót budowlanych - od dnia zawarcia umowy do dnia 30.10.2022 r.; 2) Termin określony w pkt 1) może ulec skróceniu lub wydłużeniu (maksymalnie do 4 lat od daty zawarcia umowy) w zależności od przebiegu procesu budowlanego i wystąpienia zdarzeń których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy; 3) W przypadku wydłużenia terminu określonego w pkt 1), Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie do ich nadzorowania zgodnie z postanowieniami umowy. Wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu z uwagi na wydłużenie terminu nie ulegnie zmianie.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ oraz § 2 ust. 2 wzoru umowy zakres zamówienia obejmuje m.in. organizowanie Rad Budowy i Narad Technicznych, sporządzanie z nich protokołów i przekazywanie ich zainteresowanym stronom,

prowadzenie Niezależnego Laboratorium do badań kontrolnych wykonywanych robót przewidzianych w STWiORB i umową, zorganizowanie i zapewnienie funkcjonowania przez cały okres realizacji inwestycji, Biura Inżyniera Kontraktu. Ponadto w § 5 umowy uregulowano szczegółowe obowiązki Inżyniera Kontraktu, w tym w ust. 4 wymagania dotyczące Laboratorium Inżyniera Kontraktu, a w ust. 5 wymagania w zakresie pomiarów kontrolnych – geodezji.

Zgodnie z 3.6 SIWZ Zamawiający zastrzegł, aby czynności w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy były wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, w szczególności wszelkie czynności administracyjno-biurowe związane z pełnieniem funkcji przez personel biurowy administracyjny (sekretariat) oraz czynności związane z pełnieniem funkcji specjalisty ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości. W pkt 14.6.2 SIWZ Zamawiający wymagał ponadto wskazania w formularzu ofertowym części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na 3 652 279,07 zł netto (powiększona o wartość podatku VAT - 4 492 303,26 zł). Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 4 492 303,26 zł. W postępowaniu wpłynęło sześć ofert, w tym Odwołującego z ceną 2 972 848,50 zł i Przystępującego z ceną 2 081 430,60 zł. Przystępujący w formularzu ofertowym nie wskazał zakresu zamówienia, jaki zamierza zlecić podwykonawcom.

W toku postępowania Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość oferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności o wyjaśnienie, czy zaproponowana cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny. Zamawiający wskazał, iż jego wątpliwości wzbudza niska cena realizacji zamówienia, która jest o ponad 30% niższa zarówno od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W wezwaniu wskazano, iż wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyjaśnień powodów zaofiarowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki ww. czynnikom cena została obniżona. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Zasadnym jest, aby złożone wyjaśnienia były odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Zamawiający poprosił o udzielenie informacji, czy dokonując kalkulacji ceny ofertowej wykonawca uwzględnił takie czynniki jak np.: dojazd inspektorów na budowę, zysk, organizowanie roboczych narad koordynacyjnych na terenie budowy, obniżenie stawki roboczogodziny pod warunkiem, że przedstawiona została kalkulacja stawki i została uznana za rynkową. Ponadto zaleca się załączenie do składanych wyjaśnień dowodów w granicach ich celu. Wykonawca powinien przedstawić kalkulację ceny ofertowej (czynność obliczeniowa zmierzająca do ustalenia kosztów przypadających na przedmiot zamówienia) w zakresie wykonania poszczególnych prac wynikających z zakresu rzeczowego zamówienia z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Kalkulacja powinna w szczególności zawierać:

- 1)koszty usług nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach (z wyszczególnieniem):
 - a)zadanie 1, 2, 3 i 5: Roboty branży drogowej, Roboty branży konstrukcyjno-budowlanej, Roboty branży mostowej, Roboty branży sanitarnej, Roboty branży teletechnicznej, Roboty branży elektrycznej i elektroenergetycznej;
 - b)zadanie 4, 6 i rozbudowa wodociągu: Roboty branży drogowej, Roboty branży konstrukcyjno-budowlanej, Roboty branży sanitarnej, Roboty branży teletechnicznej, Roboty branży elektrycznej i elektroenergetycznej;
- 2)koszty przeprowadzenia wszystkich wymaganych badań, pracy laboratorium drogowego oraz pracy specjalisty ds. materiałowych - technologa;
- 3)koszty pozostałych usług niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz prac specjalistów nadzorujących przedmiotową inwestycję (z wyszczególnieniem): kosztu nadzoru i koordynacji prowadzonego przez przedstawiciela Inżyniera -Koordynatora; kosztu pracy i usług wykonywanych przez specjalistę ds. rozliczeń robót i sprawozdawczości z podziałem na część drogową (zadania: 1, 2, 3 i 5) i kubaturową (zadania: 4, 6, i rozbudowa wodociągu); kosztu pracy i usług wykonywanych przez uprawnionego geodetę, kosztu pracy i usług wykonywanych przez zespół ds. ochrony środowiska - specjalista ds. zieleni/ochrony środowiska, dendrolog, ornitolog; kosztu pracy i usług wykonywanych przez specjalistę ds. formalno - prawnych; kosztu pracy i usług wykonywanych przez specjalistę ds. nadzoru geotechnicznego; kosztu pracy i usług wykonywanych przez specjalistę ds. nadzoru archeologicznego; kosztu pracy i usług wykonywanych przez personel biurowy do obsługi biura Inżyniera Kontraktu; koszty utrzymania i wyposażenia biura Inżyniera, środki transportu; kosztu pracy innych pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia; kosztu pozostałych usług/pozostałych kosztów ponoszonych przez wykonawcę - niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (o ile nie zostały uwzględnione w ww. pozycjach);
- 4)koszty za nabycie majątkowych praw autorskich;
- 5)zysk Wykonawcy.

Koszty przedstawione przez wykonawcę powinny uwzględniać wszystkie obowiązki wynikające z przedmiotu zamówienia. W przypadku kosztów pracy kadry Inżyniera Kontraktu należy uwzględnić w szczególności obowiązki Wykonawcy wynikające z § 3 ust. 12-16 wzoru umowy. Zamawiający wskazał także, iż dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, zaleca się załączenie do składanych wyjaśnień dowodów w granicach ich celu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując, że informacje zawarte w piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i przedstawiając na tę okoliczność uzasadnienie. Przedmiotowe pismo zostało następnie częściowo odtajnione przez Zamawiającego i udostępnione Odwołującemu. Zamawiający odtajnił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w znacznej części (z wyłączeniem informacji dotyczących stosowanych przez Przystępującego środków w celu zachowania poufności informacji). W części odtajnionej uzasadnienia wskazano m.in., iż informacje zawarte w wyjaśnieniu jak i załącznikach, posiadają konkretną wartość

gospodarczą dla przedsiębiorstwa, podlegającą na ochronie jego konkurencyjności. Powzięcie takich informacji przez spółki działające w tym samym obszarze gospodarczym, mogłoby doprowadzić do naśladownictwa, a tym samym umożliwiłoby przeciwdziałanie prowadzonej przez ZDI polityce w zakresie stosowanej strategii rynkowej a także prowadzonych działań mających na celu zwiększenie konkurencyjności i miałyby realny wpływ na sytuację rynkową ZDI. Informacje wskazane przez ZDI w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny jak i w załącznikach posiadają wymierną wartość gospodarczą dla ZDI, mają charakter technologiczny i organizacyjny, wskazując na procesy jakie ZDI stosuje w zakresie metodologii prowadzonej działalności gospodarczej. Tym samym informacje wskazane przez ZDI stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie podlegają ochronie tj. 1) Kalkulacja ceny ofertowej, zawierająca wysokość stawek wynagrodzenia pracowników ZDI, wysokości wynegocjowanych stawek na podstawie Umów cywilnoprawnych, ilość roboczogodzin niezbędnych do wykonania poszczególnych elementów zamówienia, procedury i inne informacje ujawniające schemat kalkulacji ceny ofertowej ZDI, 2) Informacje o kontrahentach, zawartych umowach, podmiotach współpracujących, nawiązanych kontaktach handlowych, zobowiązaniach, zatrudnieniu, 3) Informacje o dostawcach oraz oferty dostawców, 4) Informacje o personalu ZDI i posiadanym przez niego doświadczeniu, a także wynegocjowanych stawkach wynagrodzenia, 5) Opis zaplecza sprzętowego i organizacyjnego ZDI, wraz z poszczególnymi zestawieniami, 6) Opis sposobu zachowania poufności danych technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych obowiązujących w ZDI, 7) Opis kosztów pracy wraz danymi obowiązującymi w ZDI, 8) Opis kosztów ogólnych ZDI, 9) Opis zaplecza sprzętowego jakim dysponuje ZDI. Powyższe informacje zawierają technologię organizacji i metodologię procesu związanego z prowadzeniem przez Spółkę działalności. Przyjmuje się że „technologia” to metoda przygotowania i prowadzenia procesu wytworzenia lub przetwarzania jakiegoś dobra lub informacji. Informacje wskazane w powyższych dokumentach mają dla ZDI charakter technologiczny, gdyż dotyczą procesu wytwórczego stosowanego przez ZDI, a także prowadzonych metod działania, posiadanego zaplecza (w tym środków transportu, sprzętu itp.) jakim w sposób bezpośredni i pośredni dysponuje ZDI, a także metod organizacji pracy. Stała baza współpracowników jaką dysponuje ZDI pozwoliła Wykonawcy na wynegocjowanie korzystnych stawek wyrażonych w ofertach współpracy. Podanie takich informacji jak: wysokość wynegocjowanego wynagrodzenia pracowników lub współpracowników, imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji znając stawki wynegocjowanego wynagrodzenia, prowadzi do stosowania procedury „podkupywania” pracowników. Przystępujący wskazał także, że samo zdobycie informacji o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie, ma wartość gospodarczą. Wskazać należy, że poszukiwanie odpowiedniej osoby posiadającej skonkretyzowane doświadczenie zawodowe to proces trwający w czasie i wymagający niejednokrotnie zaangażowania do niego firmy rekrutującej, w załączeniu kopia oferty. Powołał się na wyrok Izby o sygn. akt KIO 1032/14.

Następnie w uzasadnieniu wskazano, iż zarówno współpracownicy jak i pracownicy zobowiązani są do przestrzegania zasad związanych z przestrzeganiem tajemnicy przedsiębiorstwa, obowiązujących w ZDI. Powyższym celem służyć „[...]”, które to są zawarte z pracownikami i współpracownikami spółki mającymi dostęp do informacji niejawnych tj. objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zachowanie poufności w tym zakresie może oszczędzić ZDI kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu na zadania w sytuacji podkupienia pracowników. Powyższe informacje posiadają określoną wartość gospodarczą i jako takie podlegają ochronie poprzez wyłączenie jawności. Ujawnienie powyższych informacji narazi ZDI na realną utratę pozycji na rynku, gdyż konkurencyjne przedsiębiorstwa, znając metodologię i technologię działania ZDI, mogły by zastosować techniki polityki wyprzedzającej lub naśladowczej (poprzez pozyskanie gotowej bazy współpracowników z wynegocjowanymi stawkami oraz metod organizacyjnych w tym założonej metodologii). Powyższe działania mogą być kierowane zarówno w stosunku do osób jak i też podwykonawców świadczących usługi na rzecz ZDI. Ujawnienie informacji chronionych tajemnicą przez ZDI, przyczyniłoby się do straty wyrażonej finansowo szacowanej przez ZDI na [...] a w dłuższej perspektywie skutkowałoby, przekazaniem na rzecz konkurencji budowanej przez długi okres bazy współpracowników wraz z wynegocjowanymi stawkami. Tym samym przyszłe oferty ZDI byłyby mniej konkurencyjne w stosunku do współoferentów. Przystępujący wskazał na wyrok NSA z 26 kwietnia 2016r., sygn. akt. II GSK 2806/14. Dodał, że kalkulacja ceny ofertowej zawiera konkretne obliczenia, zastosowane upusty, marże oraz koszty, wypracowanych kontaktów, które stanowią element organizacji przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą. Ujawnienie ich mogłoby w sposób oczywisty narazić ZDI na starty, gdyż powzięcie przez konkurencję takich informacji od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach umownych dany podwykonawca świadczy usługi, pozwoliłoby konkurencyjnym przedsiębiorstwom podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi usługodawcami i pozyskać podobne ceny, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność ZDI. Wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur stosowanych przy kalkulacji ceny ofertowej jak i realizacji usługi, wymagało poniesienia zaangażowania czasowego i finansowego po stronie ZDI, które jako wartość gospodarczą ma prawo chronić. Pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów bez poniesienia jakichkolwiek nakładów zniwelowałoby obecną różnicę wynikającą z w/w przyczyn. Z tych też względów zrozumiałe jest, że te szczegółowe wyliczenia dotyczące ceny zostały przez ZDI objęte tajemnicą, gdyż ich ujawnienie zagrażałoby interesom ekonomicznym Spółki ZDI. Przystępujący wskazał także na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 995/12.

Dalej Przystępujący wskazał, iż podane przez ZDI w załącznikach jak i wyjaśnieniu informacje, zawierają także informacje o charakterze organizacyjnym dla przedsiębiorstwa. Jako stronę organizacyjną przedsiębiorstwa można zakwalifikować informacje na temat osób biorących udział w realizacji zamówienia (na etapie oferty), opis wyposażenia i sprzętu, kosztów pracy, opis zaplecza sprzętowego i organizacyjnego dotyczące stanu posiadania, a także zawartych porozumień z poddostawcami, źródłach pozyskiwania materiałów, wynegocjowanych cenach, pozwalających na przygotowanie konkurencyjnej oferty i budowy przewagi nad konkurencją. Informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa to informacje dotyczące w szczególności sposobu wytwarzania określonych dóbr, wielkości produkcji lub sprzedaży, zasad finansowania działalności, a także źródeł pozyskiwania surowców. Tym samym konkurencyjna cena skalkulowana przez ZDI opiera się na wieloletnich doświadczeniach w realizacji podobnych projektów, oraz unikalnym know-how, wypracowanym w relacjach handlowych i biznesowych z podwykonawcami, współpracownikami, oraz umiejętności skutecznego optymalizowania biznesowego, widocznego w takich wyjaśnieniach, czy obliczeniach ceny. Powyższe stanowi informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy, tj. sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu który jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował na przestrzeni lat, świadcząc usługi na rynku a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Ich ujawnienie pokazałoby konkurencji te wypracowane sposoby, narażając ZDI na utratę pozycji rynkowej a tym samym złożenia oferty z ceną konkurencyjną, tak więc wartość gospodarcza takich informacji jest niewątpliwa i

bezspona. Wskazał na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 6/10. Zastrzeżone informacje dotyczą kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację ZDI sp. z o.o. gdyż informacje opisane przez ZDI stanowią wymierną wartość gospodarczą. Ujawnienie powyższych informacji naraziłoby ZDI na poniesienie konkretnej szkody, jaką może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów [...] Wskazane informacje posiadające dla ZDI wartość gospodarczą, charakteryzują się względnie stałym walorem z którego to zasobu ZDI korzysta wielokrotnie, jako elementu kształtowania ceny konkurencyjnej. Wartość gospodarczą przedstawiają informacje dotyczące zasad kalkulacji, rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakresu praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z ZDI te zadania realizować. Wartość gospodarczą posiadają także szczegółowe informacje co do doboru podwykonawców i dostawców, a co za tym idzie strategii pozyskiwania materiałów oraz sposobu realizacji usług, co niewątpliwie stanowi przemyślaną i sprawdzoną, właściwą wyłącznie dla ZDI strategię kalkulacji. Informacje te dotyczą także funkcjonowania spółki, w tym kontaktów handlowych, organizacji pracy (pracochłonności i czasochłonności stosowanych procesów), metod kalkulacji cen stosowanych w ramach działalności operacyjnej, wysokości kosztów własnych, wysokości rabatów przysługujących firmie, wysokości stosowanych marż. Ujawnienie tego typu informacji mogłoby prowadzić do przewidywalności działań i strategii sprzedażowych firmy i tym samym wpływać na obniżenie jej konkurencyjności rynkowej. Informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa posiadają dla ZDI wartość ekonomiczną, tym samym ich wykorzystanie przez inne podmioty naraziłoby ZDI na utratę zysków a także poniesienie szkody, jaką Spółka może doznać w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Przystępujący wskazał ponadto, że podjął niezbędne działania, w celu zachowania poufności aby informacje zastrzeżone w ww. zakresie w całości nie zostały ujawnione do informacji publicznej, co oznacza, że nie mogą to być informacje znane ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały udostępnione wyłącznie wąskiemu gronu pracowników odpowiednio przeszkolonych i zobowiązanych do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Spółka ZDI skutecznie wdrożyła i prowadzi system ochrony danych objętych „tajemnicą przedsiębiorstwa”, wyrażony poprzez [...]. Informacje na temat sposobu kalkulacji ceny ofertowej jak i stosowanych rabatów, upustów, wynegocjowanych stawek wynagrodzenia, zawartych umów, kosztów ogólnych ZDI, warunków współpracy, udostępnione są tylko wąskiemu gronu pracowników posiadających podpisane odpowiednie klauzule poufności. Obieg informacji niejawnych odbywa się na zasadach szczegółowo określonych przez ZDI i uregulowanych w [...] Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa ZDI nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, w szczególności informacji tych nie można zdobyć i zweryfikować za pomocą danych publikowanych na stronach internetowych. Umowy współpracy z podmiotami świadczącymi usługi na rzecz ZDI zawierają [...] gwarantujące zachowanie poufności przekazywanych informacji. Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zawarte w powyższym piśmie stanowią informacje techniczne i technologiczne, organizacyjne, odznaczające się wartością gospodarczą dla ZDI Sp. o.o. dlatego też nie mogą być ogólnie udostępniane. Odtajnienie przedmiotowych danych ujawniłoby innym uczestnikom postępowania informacje, jakimi zasobami Wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni, a także całokształt jaki składa się na unikalne know-how ZDI, które wypracowane przez lata pozwoliło ZDI na kalkulowanie ceny konkurencyjnej. ZDI podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności danych stanowiących dla ZDI wartość gospodarczą, między innymi poprzez: [...] Tym samym ZDI w celu zachowania poufności informacji niejawnych, stosuje zarówno środki ochrony prawnej jak i fizycznej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Środki ochrony prawnej znajdują odzwierciedlenie w zobowiązaniach pracowników i współpracowników do zachowania poufności, wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami, oznakowaniu dokumentów i innych szczegółowo opisanych [...]. Fizyczne środki ochrony informacji stosowane przez ZDI polegają w szczególności na ograniczeniu dostępu i fizycznej ochronie miejsc przechowywania informacji, zabezpieczeniu nośników i innych opisanych w [...]. Przystępujący wskazał, że w celu zachowania informacji w poufności, Spółka podjęła niezbędne działania stosując odpowiednie procedury, które mają na celu zapobieganie ujawnieniu informacji tajnych. Wdrażając odpowiednie procedury bezpieczeństwa informacji, ZDI stosuje ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, zabezpieczając je przed dostępem osób nieuprawnionych. W świetle przedstawionych dowodów i okoliczności wskazać należy, że przedłożone przez ZDI wyjaśnienia i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie podlegają ochronie prawnej zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający odtajnił i udostępnił Odwołującemu w ograniczonym zakresie także treść wyjaśnień odnośnie elementów mających wpływ na wysokość oferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Odtajniona treść wskazywała iż: „Zaferowana w ofercie cena w wysokości 2 081 430,60 zł wraz z podatkiem VAT, została skalkulowana należycie. Nie jest zaniżona poniżej kosztów zamówienia, a jest wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania. Zawiera wszelkie koszty związane z realizacją całości zamówienia, mieści się w granicach prawa tj. nie jest skierowana przeciwko jakimkolwiek innym podmiotom, nie jest ceną dumpingową i zawiera w sobie zysk, a tym samym nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 90 ustawy Pzp. Wartość wynagrodzenia Wykonawcy została skalkulowana po dokładnej analizie zakresu usługi przedstawionym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zapisów zawartych w projekcie umowy, uwzględniając specyfikę, termin, a także ryzyka realizacji usługi w odniesieniu do oczekiwanego celu oraz w oparciu o doświadczenia wynikające z wykonywanych wcześniej lub wykonywanych obecnie usług, których zakres jest lub był zbliżony do zakresu niniejszego zamówienia. ZDI Sp. z o.o. posiada wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu zadań z zakresu pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu lub podobnych, w tym podczas projektów inwestycyjnych realizowanych przez Zarząd Dróg i Mostów, Urząd Marszałkowski itp.. Wykonawca ma wieloletnie doświadczenie w zarządzaniu zastępstwem inwestycyjnym i nadzorowaniu inwestycji z zakresu obiektów kubaturowych o różnym przeznaczeniu (w tym użyteczności publicznej), ochronie środowiska oraz dróg i mostów. Nabyte na ww. inwestycjach doświadczenie, pozwala Wykonawcy na optymalizację ceny ofertowej poprzez identyfikację rzeczywistych kosztów obsługi wraz z oceną ryzyk wykonania usługi i gwarantuje prawidłowe wyliczenie ceny realizacji usługi z uwzględnieniem założonego zysku, jak również utrzymaniem standardów określonych dokumentami przetargowymi. Kalkulacja ceny ofertowej Wykonawcy jest pochodną całkowitych kosztów personelu Wykonawcy zatrudnionego w oparciu o umowy o pracę oraz oferty stałych współpracowników Spółki działających na podstawie długoterminnych zobowiązań cywilnoprawnych, których wartość znajduje odzwierciedlenie w postaci ofert współpracy. [...] Koszty przedstawione przez Wykonawcę uwzględniają wszystkie obowiązki wynikające z przedmiotu zamówienia, w tym obowiązki wynikające w szczególności z§ 3 ust. 12-16 wzoru umowy. Dla poszczególnych specjalistów do wyliczeń stawki przyjęto wynagrodzenie w kwocie [...]. Tym samym Wykonawca oświadcza, że żadna z zatrudnionych i podanych w ofercie osób nie wykonuje swojej pracy za wynagrodzenie niższe niż minimalne wynagrodzenie określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15

września 2020r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 roku. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że przyjęte stawki godzinowe osób zatrudnionych na umowę o pracę nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej określonej Rozporządzeniem. Minimalna stawka godzinowa w 2021 r. wynosi 18,30 zł brutto/ 1 godzina. Koszty wynagrodzenia osób zatrudnionych na zasadzie umowy o pracę i/lub zlecenie obejmują wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, w tym płace zasadnicze, dodatkowe i uzupełniające, obligatoryjne obciążenia płac, koszty wynikające z ubezpieczenia społecznego [...]. Podsumowując Wykonawca oświadcza, że wysokość zaproponowanej ceny ofertowej została ustalona z należytą starannością i gwarantuje wykonanie usługi na odpowiednim poziomie, z zachowaniem należytej staranności, zgodnie z wiedzą techniczną oraz zapisami dokumentacji przetargowej.”

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w zakresie elementów kosztowych oraz ich wymiarów przyjętych do wyliczenia ceny, mimo że zastrzeżone przez ZDI informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto Zamawiający ujawnił analogiczne informacje w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Odwołującego, a ZDI nie wykazało spełnienia wszystkich przesłanek dla skutecznego objęcia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z art. 8 ust. 1 postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jak stanowi ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z ust. 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.

Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiał się z ciężaru wykazania ich poufnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W konsekwencji w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze okoliczność, iż Odwołującemu udostępniona została prawie pełna treść uzasadnienia dołączonego przez Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazującego poufność informacji przedstawionych w tych wyjaśnieniach. Wyłączeniu podlegały jedynie fragmenty wskazujące na konkretne, podane z nazwy, materialne środki, jakie Przystępujący podjął w celu zachowania informacji w poufności. Zadaniem Odwołującego, który z zaniechania udostępnienia mu przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wywodził skutek prawny w postaci naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, było przedstawienie twierdzeń, popartych w granicach celu dowodami, które wykazywałyby, że przedstawienie przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdza spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. To na Odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp i to Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje zaniechania podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (...) Kontrydiktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej

zaniechania."

Izba stwierdziła, że wskazana w odwołaniu argumentacja, sprowadzająca się w znacznej mierze do przywołania poglądów orzecznictwa, w zasadzie nie odnosi się do treści uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego. Uzasadnienie to było obszerne, stosunkowo szczegółowe, zwłaszcza w obszarze odnoszącym się do wartości gospodarczej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zaś w żadnym miejscu odwołania w sposób merytoryczny nie referuje do jego treści, poprzestając na lakonicznej tezie, że uzasadnienie to jest ogólne i nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia. Powyższa teza nie została poparta żadną konstruktywną argumentacją, co samo w sobie przesądza o bezzasadności stawianego zarzutu. Być może przyczyną takiego zachowania Odwołującego był fakt, że sam objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny o analogicznym ciężarze gatunkowym, jak informacje zastrzeżone przez Przystępującego. Jedynym aspektem poruszonym w odwołaniu był brak wykazania przez Przystępującego podjęcia kroków mających na celu zachowanie informacji w poufności, stanowisko Odwołującego oparte zostało jednak nie na przedstawionej przez Przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa argumentacji, lecz wyłącznie na podejrzeniu braku dołączenia dowodów potwierdzających podjęcie takich kroków. Dowody takie (dokumenty potwierdzające wdrożone przez Przystępującego procedury służące zachowaniu informacji w poufności) zostały jednak załączone przez Przystępującego do treści pisma – stanowiły załączniki nr 1-3 i odpowiadały środkom opisanym przez Przystępującego w treści uzasadniania. Na powyższe w toku postępowania odwoławczego zwracał uwagę także Zamawiający i Przystępujący. Tym samym twierdzenia Odwołującego nie znalazły potwierdzenia na gruncie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Za nieuzasadnione Izba uznała również twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający nie zachował zasady równego traktowania wykonawców podczas odtajniania części wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego. Argumentacja Odwołującego w omawianym zakresie została oparta przede wszystkim na tym, że na gruncie odtajnionych fragmentów wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wykonawcy są w stanie ustalić czy uwzględnił on wszystkie czynniki kosztotwórcze wymagane w świetle SIWZ, czego nie sposób uczynić na gruncie odtajnionych części wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący pominął jednak okoliczność, że zarówno w jednym, jak i drugim przypadku Zamawiający nie udostępnił merytorycznej argumentacji odnoszącej się do uwzględnienia w cenie oferty wymaganych na gruncie SIWZ elementów kształtujących cenę. Zamawiający w zakresie wyjaśnień Odwołującego odtajnił wyłącznie nagłówki oraz informacje odnoszące się do brzmienia postanowień SIWZ, wymagań wynikających z dokumentacji postępowania, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę czy też ogólne wywody dotyczące powierzenia podwykonawcom prowadzenia badań laboratoryjnych i geodezyjnych pomiarów kontrolnych przy braku wskazania zakresu podwykonawstwa w ofercie (nie mające wszak żadnego znaczenia z perspektywy kalkulacji ceny oferty Odwołującego, lecz mające na celu zwrócenie Zamawiającemu uwagi na konsekwencje ewentualnych działań konkurentów Odwołującego).

Informacje *stricto* merytoryczne zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego i Przystępującego, dotyczące elementów kształtujących wysokość ceny, o analogicznym ciężarze gatunkowym, nie zostały odtajnione w przypadku żadnego z tych wykonawców. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył dodatkowo szczegółowe zestawienie obrazujące zakres rodzajowy informacji udostępnionych w odniesieniu do wyjaśnień oby wykonawców, mające odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, z czym Odwołujący w zasadzie nie polemizował. W ocenie Izby Odwołujący, bazując jedynie na tym, że wyjaśnienia obu wykonawców miały inny format i treść, w konsekwencji czego inaczej wyglądały ich odtajnione fragmenty (w przypadku wyjaśnień Odwołującego dało się wyodrębnić nagłówki), próbuje forsować tezę o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Izba poddała analizie zakres udostępnionych i nieudostępnionych informacji zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego i Przystępującego, uznając, iż teza odwołania nie znajduje żadnego oparcia w dokumentach zamówienia. Powyższe nie zmienia faktu, że – jak opisano już powyżej – Odwołujący nie podważył skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, domaganie się zatem odtajnienia ich części przez pryzmat informacji odtajnionych w przypadku wyjaśnień Odwołującego nie jest uzasadnione.

Mając na uwadze powyższe, wobec oddalenia zarzutu odnoszącego się do zaniechania udostępnienia pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, Izba rozpoznała drugi z zarzutów, podniesiony jako zarzut ewentualny, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZDI mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, wyjaśnienia budzą wątpliwości, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Izby również ten zarzut nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zgodnie z ust. 3 tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie, że Odwołujący nie znał pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wobec odmowy udostępniania ich fragmentów z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co niewątpliwie utrudniało podniesienie w odwołaniu argumentacji referującej do treści tych wyjaśnień. Powyższa okoliczność nie zmienia jednak zasady, że postępowanie odwoławcze ma ściśle określone granice, wyznaczone przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy nPzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że to na wykonawcy (w tym wypadku Przystępującym) spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wyczerpujące i wykazujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Nie budzi bowiem wątpliwości Izby, że Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową

wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SIWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia. Tak określone podstawy faktyczne zarzutów odwołania stają się następnie punktem odniesienia dla weryfikacji wyjaśnień przedstawionych przez konkurencyjnego wykonawcę, przy czym ciężar wykazania ich bezzasadności spoczywał będzie w postępowaniu odwoławczym co do zasady na uczestniku postępowania, który złożył ofertę podlegającą ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na względzie Izba poddała analizie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, uznając że brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, iż Przystępujący sprostował spoczywającemu na nim zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i w postępowaniu odwoławczym obowiązki dowiedzenia, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Izba zweryfikowała, iż Przystępujący udzielając wyjaśnień dotyczących ceny oferty po pierwsze przedstawił informacje w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w treści wezwania, po drugie wynikające z treści SIWZ elementy cenotwórcze zostały w wyjaśnieniach omówione i przedstawione w szczegółowej kalkulacji załączonej do wyjaśnień, a po trzecie koszty przyjęte w tej kalkulacji miały odzwierciedlenie w załączonych do wyjaśnień dowodach.

Argumentację odwołania odnoszącą się do sposobu uwzględnienia w ofercie kosztów badań laboratoryjnych i pomiarów geodezyjnych Izba uznała za chybioną z perspektywy zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. O powyższym świadczy przede wszystkim fakt, że z informacji wynikających ze szczegółowej kalkulacji kosztów załączonej przez Przystępującego do wyjaśnień jednoznacznie wynika, że przyjął on odpowiedni w świetle twierdzeń Odwołującego poziom kosztów – nie są one niższe od wartości wskazanych przez Odwołującego jako minimalne w kalkulacji załączonej do odwołania, a ponadto - wbrew przypuszczeniom Odwołującego wyrażanym na rozprawie - ich wysokość znajduje odzwierciedlenie w dowodach złożonych przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami. Tym samym nie można mówić o tym, aby do zrealizowania tego zakresu zamówienia nie przypisano odpowiedniego poziomu kosztów. Teza Odwołującego jakoby Przystępujący na etapie składania oferty kalkulował cenę z wyłączeniem podwykonawstwa w zakresie badań laboratoryjnych i pomiarów geodezyjnych i zamierzał tę część zamówienia realizować samodzielnie, stanowi jedynie przypuszczenie, nie znajdujące jednak potwierdzenia w załączonych do wyjaśnień ofertach podwykonawców, datowanych na okres przed upływem terminu składania ofert. Sam fakt niewskazania zakresu podwykonawstwa w ofercie pozostaje bez znaczenia z perspektywy oceny, czy cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską w obliczu faktu, że Zamawiający nie zastrzegł określonych części zamówienia do osobistego wykonania. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu argumentacji mającej wykazać, dlaczego przedmiotowa okoliczność miałaby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego, nie polemizował także z przedstawioną w tym zakresie przez Przystępującego w piśmie procesowym szczegółową argumentacją odnoszącą się do prawnego znaczenia oświadczenia o zakresie podwykonawstwa zawartego w ofercie, nie kwestionował także stanowiska Zamawiającego odnoszącego się do braku konieczności wskazania w ofertach wykonywania badań laboratoryjnych i geodezyjnych pomiarów kontrolnych jako podwykonawstwa. Tym samym twierdzenia Odwołującego nie zostały wykazane. Kluczowe znaczenie dla oceny czy cena oferty jest ceną rynkową, umożliwiającą należyłą realizację zamówienia, ma uwzględnienie przez wykonawcę wszystkich wymagań wynikających z SIWZ i przyjęcie odpowiedniego dla danego zakresu poziomu kosztów, a tego Odwołujący nie podważył. Na gruncie przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień, jak wskazano powyżej, brak jest podstaw do stwierdzenia, aby przyjęte przez wykonawcę, poparte dowodami, koszty w zakresie geodezyjnych pomiarów kontrolnych i badań laboratoryjnych były rażąco niskie.

Nie potwierdziła się także teza Odwołującego, jakoby Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej możliwości wydłużenia terminu realizacji zamówienia do maksymalnie czterech lat. Wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego, jak i załączona do nich szczegółowa kalkulacja wskazują, że Przystępujący uwzględnił tę okoliczność podczas kalkulacji ceny oferty (str. 9 wyjaśnień, kalkulacja cenowa). Ponadto, jak wynika z pkt 4 SIWZ, zbieżnego w swej treści z § 6 ust. 1 wzoru umowy, wydłużenie okresu pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, jest pewnym odstępstwem w stosunku do pierwotnych założeń opisu przedmiotu zamówienia, w którym określono konkretne terminy realizacji poszczególnych zadań, w tym konkretny okres pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu (od dnia zawarcia umowy do dnia 30.10.2022 r.). Jak zwrócił uwagę Przystępujący, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i co nie było kwestionowane, warunkiem determinującym zakończenie usługi jest rozliczenie inwestycji (usługa obejmuje pełnienie funkcji IK oraz nadzór w trakcie realizacji inwestycji i jej rozliczenie po zrealizowaniu wszystkich robót budowlanych), a to z kolei zależne jest od terminów realizacji umów na roboty budowlane, które zostały określone oddzielnie dla poszczególnych zadań, przy czym okolicznością bezsporną było, że nadzór nad robotami będzie trwał nie dłużej niż do końca lipca 2022 r. Możliwość wydłużenia okresu realizacji umowy jest zatem niczym innym jak jednym z ryzyk kontraktowych, jakie wykonawcy powinni uwzględnić w procesie kalkulacji ceny oferty. Zadaniem wykonawców jest dokonanie odpowiedniej oceny tego ryzyka, w szczególności prawdopodobieństwa jego zmaterializowania się podczas realizacji zamówienia, a następnie dokonanie wyceny tego ryzyka, tak aby przyjęta cena oferty umożliwiała realizację zamówienia w ewentualnie wydłużonym okresie. Sposób prezentacji tych kosztów w kalkulacji może różnić się, w zależności od metodologii przyjętej przez danego wykonawcę.

Symulacja cenowa złożona przez Odwołującego zdaje się wskazywać, że wykonawca ma przyjąć do wyceny pełne koszty realizacji zamówienia przez okres maksymalny, tj. okres czterech lat, niezależnie od faktycznego ryzyka zaistnienia takiej sytuacji i niezbędnego zakresu zaangażowania personelu. Niemniej już tylko w oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego należy stwierdzić, że stopień prawdopodobieństwa wydłużenia okresu realizacji umowy o kilka, kilkanaście miesięcy będzie wyższy niż prawdopodobieństwa jego wydłużenia do maksymalnego okresu czterech lat od daty zawarcia umowy. Wykonawca co do zasady powinien dokonać wyceny ryzyka związanego z koniecznością wydłużenia okresu realizacji usługi z uwzględnieniem przewidywanego faktycznego okresu o jaki realizacja robót budowlanych (a w konsekwencji realizacja usługi nadzoru nad tymi robotami) może się wydłużyć, przewidywanej ilości pozostałych do wykonania nadzorowanych robót budowlanych i wiążącego się z tym zakresu zaangażowania personelu. Tymczasem Odwołujący w symulacji cenowej załączonej do odwołania przyjął koszty realizacji zamówienia w okresie wydłużonym do lat czterech na poziomie dorównującym kosztom realizacji zamówienia w okresie podstawowym,

jednocześnie nie wykazując zasadności takiego rozumowania. Wątpliwości co do rzetelności załączonej do odwołania symulacji kosztów są tym większe, jeśli weźmie się pod uwagę informacje zawarte w kalkulacji cenowej, jaką przedstawił sam Odwołujący składając wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty, a w szczególności proporcję przyjętej tam wysokości kosztów realizacji usługi w wydłużonym okresie w stosunku do kosztów realizacji usługi w okresie podstawowym (z uwagi na objęcie tych danych tajemnicą przedsiębiorstwa Izba proporcji tej nie wskazuje). W ocenie Izby słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, iż przedstawiona na potrzeby poparcia zarzutów odwołania symulacja cenowa w znacznej mierze odbiega od założeń, jakie przyjął Odwołujący kalkulując cenę oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uznała argumentację Odwołującego o braku uwzględnienia przez Przystępującego kosztów wiążących się z możliwością wydłużenia okresu realizacji usługi za bezzasadną. Izba nie stwierdziła także podstaw do poddania w wątpliwość przyjętego przez Przystępującego sposobu wyceny ryzyka wiążącego się z wydłużeniem okresu realizacji zamówienia. Przystępujący przedstawił także na rozprawie dowody celem potwierdzenia posiadania doświadczenia w kalkulacji cen ofert w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego w oparciu o podobne postanowienia dotyczące okresu realizacji zamówień i zaangażowania personelu oraz należytej realizacji tych zamówień. Doświadczenia Przystępującego w powyższym zakresie Odwołujący nie kwestionował.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....
.....