Sygn. akt: KIO 241/21

WYROK
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu**
przy udziale wykonawcy **Siemens Mobility sp. z o.o. w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących:**
   - ceny oferty wykonawcy Siemens Mobility sp. z o.o. w Warszawie,
   - zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pisma wykonawcy Siemens Mobility sp. z o.o. w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r. wraz z załącznikiem,
   - oświadczenia złożonego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dla pana M. K.
   i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
   a) **odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Siemens Mobility sp. z o. o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,**
   b) **uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pisma wykonawcy Siemens Mobility sp. z o.o. w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r. wraz z załącznikiem,**
   c) **udostępnienie odwołującemu oświadczenia złożonego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dla pana M. K.,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu w części 5/6 i** wykonawcę **CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w części 1/6** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu** na rzecz wykonawcy **CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** kwotę **15.500 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..…
Członkowie: ……..……..
……..……..

Sygn. akt: KIO 241/21

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest gromadzenie i udostępnienie danych o ruchu pojazdów w wybranych lokalizacjach stacji ciągłego pomiaru ruchu (SCPR) w ciągu dróg krajowych na terenie działania GDDKiA Oddział w Poznaniu w latach 2021-2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 października 2020 r., nr 2020/S 212-518392.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 21 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 2 przepisów wprowadzających ustawę NPzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j.), przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) pisma wykonawcy SIEMENS MOBILITY Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie (dalej jako „SIEMENS MOBILITY” lub „przystępujący”) wraz z załącznikiem pn. Rozbici cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR oraz jego niezwłoczne udostępnienie odwołującemu;

b) art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, a także poz. 4a tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez:
   i. niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym wskazanie w treści protokołu postępowania, o którym mowa w art. 96 ustawy Pzp, że „*Osoby wykonujące czynności w postępowaniu złożyły oświadczenie określone w art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych*", podczas gdy oświadczeń takich - co najmniej 12 stycznia 2021 r. - nie złożyli: Pan P. M. (według protokołu odpowiadał za sprawdzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ramach tego postępowania), ani Pan M. K., który według

protokołu nie pełni żadnej funkcji, a którego podpis i pieczęć wskazują, że odpowiadał za sprawdzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ramach tego postępowania;

ii. dopuszczenie przez Zamawiającego Pana P. M. do wykonywania czynności w postępowaniu, który wobec niezłożenia pisemnego oświadczenia o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności uzasadniających jego wyłączenie od udziału w postępowaniu przetargowym dotyczącym udzielenia zamówienia – objęty jest domniemaniem, iż nie zapewnia obiektywizmu i bezstronności;

iii. zaniechanie wskazania przez Zamawiającego wykonywania czynności w postępowaniu przez Pana M. K., który wobec nie złożenia pisemnego oświadczenia o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności uzasadniających jego wyłączenie od udziału w postępowaniu przetargowym dotyczącym udzielenia zamówienia – objęty jest domniemaniem, iż nie zapewnia obiektywizmu i bezstronności;

c) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 151a ust. 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMENS MOBILITY, złożonej na realizację zamówienia, pomimo tego, że przewiduje ona w pierwszym okresie wykonywania zamówienia wynagrodzenie znacząco przekraczające wartość odpowiadającą tej części świadczenia wykonawcy, a więc w istocie swej oferty zastrzegającej w zawoalowanej formie „zaliczkę", rozumianą jako należność przedpłacona, tj. przewyższająca wartość spełnionych świadczeń (tu: uruchomienie, w tym sprawdzenie stacji ciągłego pomiaru ruchu), a pokrywającą faktycznie istotną cześć wynagrodzenia za świadczenia przyszłe (tu: kompleksową obsługę wcześniej uruchomionych i sprawdzonych stacji ciągłego pomiaru ruchu), a przy tym nie podlegającą nawet rozliczeniu, a wręcz skutkującą umniejszeniem odpowiedzialności SIEMENS MOBILITY;

d) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz m.in. art. 145 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMENS MOBILITY, złożonej na realizację zamówienia pomimo tego, że złożenie oferty przewidującej ukrytą „przedpłatę/zaliczkę" stanowi niestypizowany czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie zarówno sprzeczne z prawem, jak i dobrymi obyczajami, które co najmniej zagraża uzasadnionym interesom Zamawiającego, np. w sytuacji wcześniejszego rozwiązania umowy (w świetle art. 145 ust. 2 ustawy Pzp), czy nienależytego wywiązywania się przez wykonawcę z obowiązków dotyczących kompletności danych pochodzących z uruchomionych stacji ciągłego pomiaru ruchu, poprzez zaniżenie ceny jednostkowej, wykorzystywanej do obliczenia wysokości wynagrodzenia uzależnionego od tej jakości;

e) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, art. 14 i art. 151a ust. 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMENS MOBILITY, złożonej na realizację zamówienia, pomimo tego, że złożenie oferty przewidującej uzyskanie świadczenia noszącego znamiona zaliczki jako czynność mającą na celu obejście wyrażonego w ustawie zakazu udzielania zaliczek, a przy tym niewątpliwie sprzeczną z zasadami współżycia społecznego - jest czynnością nieważną; względnie: na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów wskazanych w pkt 1 (c) oraz 1 (d);

f) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z pkt 7.2 lit. a) SIWZ – poprzez zaniechanie wezwania SIEMENS MOBILITY do uzupełnienia oferty złożonej na realizację zamówienia pomimo, że przedłożone referencje nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę SIEMENS MOBILITY wymaganego warunku doświadczenia;

g) art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wezwania SIEMENS MOBILITY do przedłożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za wskazane przez niego w ofercie wynagrodzenie;

h) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo tego, że nie podlegała ona odrzuceniu i była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę SIEMENS MOBILITY,

b) odebrania oświadczeń o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp od osób wykonujących czynności w postępowaniu,

c) odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy SIEMENS MOBILITY,

d) dokonania ponownego zbadania i oceny ofert,

e) dokonania czynności odrzucenia oferty SIEMENS MOBILITY z postępowania, a jednocześnie dokonania wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej, względnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 2 (e):

f) wezwania SIEMENS MOBILITY do przedłożenia wyjaśnień w zakresie:

i. wykazania warunku dysponowania wymaganą przez Zamawiającego doświadczeniem,

ii. możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za wskazane przez niego w ofercie wynagrodzenie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 13 stycznia 2021 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Argumentował, że zamawiający udostępnił mu protokół oraz posiadaną korespondencję dopiero po pięciu dniach, czyli 19 stycznia 2021 r. Zamawiający w przekazanej dokumentacji utajnił część pisma wykonawcy SIEMENS MOBILITY z dnia 18 grudnia 2020 r. oraz pominął w ogóle załącznik do tego pisma, funkcjonujący pod nazwą *Rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR*. Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 19 stycznia 2021 r zwrócił się z wnioskiem do zamawiającego o niezwłoczne udostępnienie pisma wykonawcy SIEMENS MOBILITY z dnia 18 grudnia 2020 r. znak MOL5746/GDDKIA/001/20, a także o odtajnienie załącznika do pisma wykonawcy pn. Rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR oraz jego niezwłoczne udostępnienie.

Odwołujący podniósł ponadto, że wskazał również zamawiającemu, iż protokół postępowania nie został zatwierdzony przez kierownika zamawiającego, a ponadto nie zawiera oświadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do:

(a) Pana P. M., który według protokołu odpowiadał za sprawdzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ramach tego postępowania,

(b) Pana M. K., który według protokołu nie pełni żadnej funkcji, a którego podpis i pieczęć wskazują, że odpowiadał za sprawdzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ramach tego postępowania.

Odwołujący wywiódł, że przyjmując, iż protokół nie wymagał na tym etapie zatwierdzenia przez kierownika zamawiającego, to wówczas nie powinien wskazywać daty i miejsca zatwierdzenia (poz. 30). Niezależnie od powyższego, załącznikami do (projektu) protokołu winny być oświadczenia, o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp złożone przez wyżej wymienione osoby, które wykonywały czynności w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że do dnia złożenia odwołania nie otrzymał odpowiedzi na wyżej wskazane pismo.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący podniósł, że z treści pisma SIEMENS MOBILITY z dnia 18 grudnia 2020 r. wynika, że jego nadawca utajnił wszystkie informacje zawarte w załączniki nr 1 (pn.

Rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR), ale już nie samo pismo. Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie uznał całe pismo wykonawcy SIEMENS MOBILITY z dnia 18 grudnia 2020 r. za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechał mu jego udostępnienia. Odwołujący wskazał, że dotychczas udostępniony zakres pisma wykonawcy SIEMENS MOBILITY z dnia 18 grudnia 2020 r. nie zawiera w ogóle uzasadnienia faktycznego poczynionego zastrzeżenia.

Według odwołującego, powyższe oznaczać może jedną z dwóch rzeczy:

(a) wykonawca SIEMENS MOBILITY w ogóle nie uzasadnił dokonanego zastrzeżenia, nie mówiąc już o wykazaniu, że zastrzegane dokumenty faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co samo w sobie przesądza o konieczności ich ujawnienia (odtajnienia). Zdaniem odwołującego konsekwencją niewykonania przez wykonawcę SIEMENS MOBILITY obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia jest obowiązek Zamawiającego odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów i informacji, czyli również załącznika pn. Rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR oraz jego niezwłoczne udostępnienie odwołującemu;

(b) uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, również zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego uzasadnienie jest elementem jawnym, ma służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa (ewentualnego) uzasadnienia przedstawionego w piśmie SIEMENS MOBILITY z 18 grudnia 2020 r. należy uznać za bezskuteczne.

Według odwołującego, zaniechanie udostępnienia pisma z 18 grudnia 2021 r. prowadzi do naruszenia zasady jawności postępowania oraz uniemożliwia mu dokonania weryfikacji oceny oferty, przez co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Utajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu wyłącznie utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty danego wykonawcy i nie spełnia przesłanek uznania tego typu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Praktyka zastrzegania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pokazuje, że jeżeli zawiera ono informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, to wykonawca dzieli takie uzasadnienie na część jawną i tajną. Trudno wyobrazić sobie sytuację, że całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera informacje chronione prawem. Żeby skutecznie zastrzec uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać już w samym uzasadnieniu np. zawarcie umowy z klientem, w której zastrzega on nieinformowanie o tym, że doszło do współpracy tych dwóch podmiotów. Ale nawet w takim wypadku informacją chronioną może być tylko nazwa tego kontrahenta. Zdaniem odwołującego, zamawiający pozbawiając go wglądu w uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy SIEMENS MOBILITY, praktycznie uniemożliwia mu realizację jego uprawnień ochronnych. Nie można bowiem zweryfikować kwestii ujęcia określonych informacji jako zastrzeżonych, jeżeli samo uzasadnienie, które powinno wykazać prawidłowość tej czynności, jest również zastrzeżone. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp do skutecznego objęcia konkretnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa niezbędne jest nie tylko zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również wykazanie, że przedmiotowe dane w istocie tego typu informację stanowią.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących niewykazania wymaganego doświadczenia odwołujący podniósł, że zamawiający błędnie uznał, że wykonawca SIEMENS MOBILITY wykazał się wymaganym doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jednego zadania polegającego na obsłudze lub serwisie stacji ciągłych pomiarów ruchu o wartości łącznej nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto (pkt 7.2 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ".

Odwołujący wskazał, że stacja ciągłych pomiarów ruchu, to zgodnie z definicją zamawiającego (pkt 4, słownik, Opis Przedmiotu Zamówienia) stanowisko pomiarowe kompleksowo wyposażone w pętle pomiarowe, licznik i zasilanie. Dalej zamawiający zdefiniował również stanowisko pomiarowe, pętle pomiarowe oraz licznik.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SIEMENS MOBILITY złożył wykaz usług (formularz 3.4) wraz z referencjami Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie (dalej jako: „ZDM w Warszawie") oraz Zarządu Dróg Miejskich w Poznaniu (dalej jako: „ZDM w Poznaniu").

Według odwołującego, referencje ZDM w Warszawie dotyczą realizacji umowy ZDM/UM/DZP.43.PN/38/20 z dnia 21 sierpnia 2020 r., obowiązującej do dnia 12 grudnia 2022 r. Łączne wynagrodzenie wykonawcy SIEMENS MOBILITY wynosi 1.883.751,15 zł brutto. Z treści referencji nie wynika, czy przedmiot umowy obejmował obsługę lub serwis stacji ciągłych pomiarów ruchu za wynagrodzenie nie mniejszym niż 100.000,00 zł brutto. Odwołujący podniósł, że zgodnie ze wzorem umowy ZDM/UM/DZP/43/PN/38/20 stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: *Modernizacja wraz eksploatacją i utrzymaniem infrastruktury systemu Automatycznych Pomiarów Ruchu (APR) w latach 2020-2022* rozliczenie wykonawcy SIEMENS MOBILITY z ZDM w Warszawie następuje kwartalnie (§3 ust. 2 w zw. z §3 ust. 4 Rozliczeniu podlegają wyłącznie faktycznie wykonane prace, przy zastosowaniu cen jednostkowych przypisanych do nich w ramach załącznika nr 3 do umowy ZDM/UM/DZP/43/PN/38/204. Dodatkowo większość prac i przypisanych do nich kosztów jednostkowych nie stanowi obsługi lub serwisu stacji ciągłych pomiarów ruchu. Ponadto tylko stacje typu RPP-6 stanowią stacje ciągłego pomiaru ruchu. W przypadku stacji RPP-3 oraz RPP-5 liczniki są instalowane wyłącznie na czas trwania pomiaru, a ilość dni pomiarowych nie przekraczała 150 w roku.

Zdaniem odwołującego ze złożonych referencji nie wynika czy wykonawca SIEMENS MOBILITY faktycznie zajmował zajmuje się obsługą lub serwisem stacji ciągłych pomiarów ruchu za wynagrodzeniem nie mniejszym niż 100.000,00 zł brutto. Tym bardziej, że pierwszym etapem prac były kompleksowe modernizacje stacji pomiaru ruchu typu RPP-3 i RPP-5, które miały zostać zrealizowane do dnia 15 grudnia 2020 r. W rezultacie wykonawca SIEMENS MOBILITY nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 7.2. lit. a SIWZ w zw. z pkt 9.7 ppkt 1 lit. a SIWZ).

Odwołujący wskazał także, że referencje ZDM w Poznaniu dotyczą wykonania umowy DZ.RS.2313.5.2018 mającej obowiązywać od 1 stycznia 2018 r. do 30 listopada 2020 r. w zakresie obejmującym wykonanie prac utrzymaniowych i konserwacyjnych urządzeń projektu ITS Poznań związanych z systemem zarządzania ruchem tj. systemów oraz urządzeń zlokalizowanych w centrum sterowania ruchem oraz urządzeń zlokalizowanych na terenie miasta obejmującym swoim działaniem:

a)przeglądy i utrzymanie stacji pomiarowych RM do klasyfikacji i zliczania pojazdów do systemu modelu ruchu (20 stacji);
b)przeglądy i utrzymanie stacji pomiarowych ST Stella do klasyfikacji i zliczania pojazdów do systemu modelu ruchu (12 stacji);
c)przeglądy i utrzymanie stacji pomiarowych TEU (Traffic Eye Universal – 30 szt.).

Wartość prac wskazanych w referencjach to 193 761,90 zł brutto, przy czym z referencji nie wynika, jaka część wynagrodzenia jest przypisywana do poszczególnych świadczeń.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 3.8 załącznika nr 6 pn. Opis ogólny ITS do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach postępowania Nr DZ.IS.341.102.2017 w wyniku zakończenia którego zawarta została umowa DZ.RS.3413.5.2018 (dalej jako „Opis ogólny ITS")*Stację pomiarową węzłową typu RM tworzą kamery rozpoznawania tablic rejestracyjnych Sicore zainstalowane na wszystkich wylotach danego skrzyżowania. Urządzenia te wykrywają tablice rejestracyjne i tablice materiałów niebezpiecznych (kod Kemlera) przejeżdżających pojazdów oraz szacują ich średnią prędkość*.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.9 Opisu ogólnego ITS:*Stację pomiarową tranzytową typu SP (STELLA) tworzą kamery rozpoznawania tablic rejestracyjnych Sicore zainstalowane na konstrukcjach wsporczych wysięgnikowych oraz moduł SST5 STELLA wraz z zainstalowanymi wjezdni pętlami indukcyjnymi*.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z pkt 3.14 Opisu ogólnego ITS:*Stacja pomiarowa Traffic Eye Universal 5 (TEU) jest samodzielną stacją pomiaru ruchu. Składa się ona ze skrzynki elektrycznej instalowanej na istniejących konstrukcjach wsporczych (latarnie oświetleniowe, słupy i maszty sygnalizacyjne) oraz z detektorów promieniowania podczerwonego TDC1-PIR umieszczonych nad pasem ruchu lub na poboczu drogi*.

Zdaniem odwołującego, jedynie stacje typu SP STELLA spełniają wymagania opisowe definicji, jaką posługuje się Zamawiający. Stąd dla ustalenia, czy spełniony został warunek doświadczenia, kluczowe znaczenie ma wysokości wynagrodzenia wykonawcy SIEMENS MOBILITY za obsługę stacji SP STELLA. Zamawiający wymagał nie tyl wykonania, czy też wykonywania określonych prac, ale jednocześnie ustalił ich wartość, jako co najmniej 100.000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że w trybie dostępu do informacji publicznej uzyskał umowę DZ.RS.3413.5.2018 zawartą w wyniku postępowania nr DZ.IS.341.102.2017:

(a) suma wynagrodzeń wykonawcy z tytułu prac dotyczących stacji pomiaru SP STELLA mogła wynieść maksymalnie 73.440 zł netto, to jest 90.331,20 zł brutto, a zatem poniżej progu wymaganego przez Zamawiającego;

a nadto:

b) stroną umowy jest SIEMENS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KRS 0000031854), a nie wykonawca SIEMEN MOBILITY (KRS 0000713334)10; co prawda z pełnego odpisu KRS wykonawcy SIEMENS MOBILITY wynika, że Spó ta przejęła część majątku SIEMENS Sp. z o.o., nie mniej jednak skutek sukcesji uniwersalnej dotyczy wyłącznie tych praw i obowiązków, które zostały określone w planie podziału.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia obejmował szereg świadczeń w zakresie (i) uruchomienia, a następnie (ii) kompleksowej obsługi 20 stacji ciągłego pomiaru ruchu (pkt 5.1 OPZ), (iii) dostarczania danych w zakreślonej w ofercie grupie dokładności (pkt 5.2 OPZ), (iv) archiwizację tych danych (pkt 5.3 OPZ), (v) przeprowadzanie pomiarów sprawdzających (pkt 5.4 OPZ). Odwołujący wskazał, że zamawiający w ramach pkt 5.4 OPZ oraz §4 istotnych dla stron postanowień umowy (dalej jako: „IPU") dokonał podziału wynagrodzenia na dwie części, które odpowiadały postanowieniom kosztorysu ofertowego. Odwołujący podniósł, że część I obejmowała kompleksową obsługę stacji ciągłego pomiaru ruchu, a wysokość wynagrodzenia z tego tytułu została powiązana z jakością dostarczanych danych (§5 IPU) przez cały okres realizacji przedmiotu umowy, tj. do dnia 31 grudnia 2024 r. Zadeklarowana jakość dostarczanych danych (ich minimalna ilość i grupa dokładności) stanowiła również kryterium oceny ofert o wadze 40%. Z tą częścią wynagrodzenia zostały również powiązane zasady kalkulacji kar umownych. Z kolei część II obejmowała uruchomienie 20 stacji ciągłego pomiaru ruchu, które zostały podzielone na cztery grupy (pkt. 2.1 – 2.4 OPZ). W każdej kolejnej grupie zakres prac obejmował działania z grupy poprzedniej i dodatkowe.

Odwołujący podniósł, że wbrew sugerowanej kolejności odpowiadającej zaprezentowanemu podziałowi: wynagrodzenie z tytułu Części II jest wypłacane w pierwszej kolejności, po zakończeniu prac związanych z doprowadzeniem stacji ciągłego pomiaru ruchu do stanu zapewniającego prawidłowe i zgodne z OPZ jej funkcjonowanie oraz po wykonaniu pomiarów sprawdzających po uruchomieniu stanowiska. Z kolei wynagrodzenie z tytułu Części I jest wypłacane miesięcznie, a jego wysokość jest uzależniona od jakości dostarczanych danych, czyli wskaźnika kompletności danych pochodzących z funkcjonujących (a zatem uruchomionych i sprawdzonych) stacji ciągłego pomiaru ruchu oraz zapewnionej grupy dokładności danych.

Odwołujący przedstawił porównanie ważnych ofert:

	Siemens Mobility	Odwołujący	Neurosoft	Zamawiający	Średnia	
					bez Siemens	z Siemens
Część I	672.000 zł	1.372.800 zł	1.248.000 zł		1.310.400 zł	1.097.600 zł
Udział w całości	53,50 %	85,08%	77,64%		81,36%	72,08%
Część II	584.000 zł	240.700 zł	359.324 zł		300.012 zł	394.674,67 zł
Udział w całości	46,50%	14,92%	22,36%		18,64%	27,92%
Suma netto	1.256.000 zł	1.613.500 zł	1.607.324 zł		1610.412 zł	1.492.274,67 zł
Suma brutto	1.544.880 zł	1.984.605 zł	1.977008,52 zł	2.389.275 zł	1.980.806,76 zł	1.835.497,84 zł
% budżetu	64,66%	83,06%	82,75%	100,00 %	82,90%	76,82%

Zdaniem odwołującego, z przedstawionych danych wynika, że:
(a) cena oferty wykonawcy SIEMENS MOBILITY jest niższa o 35,34% od wartości zamówienia powiększonej o należn podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
(b) koszt oferty wykonawcy SIEMENS MOBILITY w zakresie dotyczącym Części I przedmiotu zamówienia (672 000,0 zł) jest niższy o 38,78% od średniej arytmetycznej kosztów ofert dotyczących części I (1 097 600,00 zł);

(c) oferta wykonawcy SIEMENS MOBILITY w zakresie dotyczących Części II przedmiotu zamówienia (584 000,00 zł) jes wyższa o 47,97% od średniej arytmetycznej kosztów ofert dotyczących części II (394 674,67 zł).

Zdaniem odwołującego, rozbieżności w ramach oferty wykonawcy SIEMENS MOBILITY w stosunku do średnic arytmetycznych wszystkich ofert uprawniają wniosek, że wykonawca ten przeniósł koszt kompleksowej obsługi (część I) do kosztów uruchomienia (część II). Nie sposób bowiem twierdzić, że cena zaoferowana w ramach części I pokrywa koszty wykonania tego zakresu zamówienia. Rażąco niska jest zarówno cała oferta, jak i wycena Części I. Stąd wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2020 r. powinno dotyczyć wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny (całej oferty) oraz kosztu (części I).

Cena jednostkowa za kompleksową obsługę jednej stacji ciągłego pomiaru ruchu, zaoferowana przez wykonawcę SIEMENS MOBILITY, wynosi 700 zł netto miesięcznie, czyli 8.400 zł netto rocznie. W ramach tej kompleksowej obsług wykonawca jest zobowiązany m.in. do przeprowadzenia co najmniej dwukrotnie w ciągu roku (przy czym w 2021 r. tylko jeden raz) pomiarów sprawdzających metodą wideo-rejestracji (pkt 5.4. lit. a OPZ). Każdy taki pomiar trwa 24 godziny i jest realizowany według zasad ogólnych zawartych w Instrukcji o sposobie przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 roku na drogach krajowych (pkt 6 załącznika nr 5 do OPZ pn. Tryb zbierania danych ze stacji ciągłych pomiarów ruchu w roku 2021 r.). Oprócz takich 24 godzinnych sprawdzeń Zamawiający przewidział również krótsze, 8 godzinne sprawdzenia, które wykonawca jest zobligowany zrealizować w terminie do 7 dni od daty montażu licznika w ramach uruchamianej stacji. Takie 8 godzinne sprawdzenia zostały wycenione w części II kosztorysu ofertowego. W pozycji 2.1 dotyczącej 6 z 20 stacji ciągłego pomiaru ruchu 8 godzinne sprawdzenie stanowi jedyną pozycję cenotwórczą. Wykonawca SIEMENS MOBILITY zaoferował takie 8 godzinne sprawdzenie, za wynagrodzeniem ryczałtowym 8.000 zł netto. W okresie obowiązywania umowy wykonawca powinien wykonać co najmniej 7 sprawdzeń (1 w 2021 r. i po 2 w kolejnych latach) trwających 24 godziny. Jeśli jedno sprawdzenie 8 godzinne kosztuje 8.000 zł to logika i doświadczenia życiowe nakazują przyjąć, że sprawdzenie realizowane przez 24 godziny będzie droższe, a już z pewnością nie będzie tańsze. Wobec tego, cena wszystkich 7 sprawdzeń jednej stacji ciągłego ruchu wyniesie 56.000,00 zł netto (7 x 8.000,00 zł), czyli 1.166,66 zł netto miesięcznie. Same sprawdzenia są o 466,66 zł miesięcznie droższe od ceny jednostkowej całej kompleksowej obsługi stacji ciągłego pomiaru ruchu, której są częścią. Przy czym poza sprawdzeniami wykonawca jest zobowiązany m.in. do:

(a) napraw, konserwacji i utrzymania w ciągłej sprawności i właściwym stanie technicznym wszystkich elementów składających się na daną stację ciągłego pomiaru ruchu,
(b) zbierania i transmisji danych ze stacji,
(c) zapewnienia liczników własnych Wykonawcy, urządzeń do transmisji danych zainstalowanych na stanowiskach pomiarowych na czas wykonania umowy, w tym ponoszenia kosztów ich naprawy i wymiany,
(d) dostarczania danych ze wszystkich stacji ciągłego pomiaru ruchu w zadeklarowanej w ofercie grupie dokładności i wymaganych formatach,
(e) przechowywania kopii danych źródłowych oraz danych w innych wymaganych formatach w okresie trwania umowy oraz 3 miesiące po jej zakończeniu, a także ich udostępniania na każdą prośbę Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, działania SIEMENS MOBILITY opisane należy uznać za sprzeczne z prawem i dobrym obyczajami, a nadto zagrażające interesowi zarówno Zamawiającego, jak i innych przedsiębiorców. Nie tylko wbrew treści SIWZ, ale również wbrew dobrym obyczajom jest bowiem przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnymi zakresami zamówienia i w ten sposób (i) domaganie się od klienta wynagrodzenia za zakres, który nie został jeszcze wykonany, a nadto (ii) umniejszanie swoje finansowej odpowiedzialności. Taka sytuacja może nastąpić w toku realizacji umowy np. w przypadku przedwczesnego rozwiązania umowy rodzącego konieczność wzajemnego rozliczenia się stron za usługi dotychczas świadczone. W sytuacji przyjęcia oferty SIEMENS MOBILITY, gdzie koszt „uruchomienia" określony jest na kwotę 584.000,00 zł (46,5% całości), w razie rozwiązania umowy (po wykonaniu „uruchomienia") świadczenia Zamawiającego i wykonawcy nie byłyby ekwiwalentne.

Odwołujący wskazał, że wbrew interesowi Zamawiającego, jak i treści SIWZ, jest sytuacja, w której wykonawca otrzymuje maksymalną ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert za zadeklarowaną jakość danych (20 pkt za grupę dokładności danych oraz 20 pkt za minimalną ilość danych), a jednocześnie zaniża cenę jednostkową, wykorzystywaną do obliczenia wysokości wynagrodzenia uzależnionego od tej jakości. Tym bardziej, że tak zaniżona cena służy obliczeniu (i) wynagrodzenia miesięcznego per stacja, jak i (ii) kar umownych (za zwłokę w dostarczeniu danych – §8 ust. 2 umowy; za dostarczenie danych, które nie spełniają standardów jakościowych – §8 ust. 3 umowy; za dostarczenie niespójnych danych, albo w niewłaściwym formacie – §8 ust. 4 lit. a umowy; za zaniechanie przeprowadzenia albo błędne przeprowadzenie archiwizacji danych – §8 ust. 4 lit. b umowy). Skoro podstawą do ustalenia wysokości kary umownej jest wynagrodzenia wskazane w części I oferty, to porównanie finansowej odpowiedzialności za dany przypadek naruszenia obrazuje poniższa tabela:

Umowa	j.m.	Siemens Mobility	Odwołujący	Neurosoft
§ 8 ust. 2 - > 0,1%	dzień	672 zł	1.372,80 zł	1.248 zł
§ 8 ust. 3 - > 0,1%	miesiąc / stacja	672 zł	1.372,80 zł	1.248 zł
§ 8 ust. 4 lit. a - > 0,05%	zdarzenie	336 zł	686,40 zł	624 zł
§ 8 ust. 4 - > 0,05%	zdarzenie	336 zł	686,40 zł	624 zł

Odwołujący podniósł, że dokonując podziału wynagrodzenia z części I każdego z oferentów, przez ilość dni planowego trwania umowy (1460 dni w okresie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2024 r.) otrzymamy stawkę za dzień poprawnego działania kompleksowo obsługiwanej stacji:

(a) SIEMENS MOBILITY – 23,01 zł,
(b) CAT TRAFFIC – 47,01 zł,
(c) NEUROSOFT – 42,74 zł.

Odwołujący wskazał, że w §8 ust. 3 umowy zamawiający zastrzegł uprawnienie do rozwiązania umowy, jeśli wykonawca będzie notorycznie dostarczał dane na poziomie kompletności poniżej 50%. Wówczas też będzie mógł naliczyć karę umowną od całości wynagrodzenia (suma Części I i Części II). A zatem, jeśli wykonawca będzie dostarczał dane na poziomie 50% to jedyną konsekwencją będzie obniżenie przez Zamawiającego – już i tak zaniżonego przez Wykonawcę – miesięcznego wynagrodzenia za kompleksowe utrzymanie.

Według odwołującego zaprezentowane zestawienia symulują porównanie wszystkich trzech ważnych ofert w sytuacji spełniania kryterium kompletności na poziomie zapewniającym trwanie umowy (powyżej 50%) i poniesienia odpowiedzialności z tytułu kar umownych raptem 5 razy w trakcie całego trwania umowy:

Umowa		j.m.	ilość	Siemens Mobility	Odwołujący	Neurosoft

§ 8 ust. 2	0,10 %	dzień	5	3.360 zł	6.864 zł	6.240 zł
§ 8 ust. 3	0,10 %	Miesiąc / stacja	5	3.360 zł	6.864 zł	6.240 zł
§ 8 ust. 4 lit. a	0,05 %	zdarzenie	5	1.680 zł	3.432 zł	3.120 zł
§ 8 ust. 4 lit. b	0,05 %	zdarzenie	5	1.680 zł	3.432 zł	3.120 zł
Suma kar umownych				10.080 zł	20.592 zł	18.720 zł
§ 5 ust. 4 (powyżej progu 50%)		dniostacje	14458	332.732,05 zł	679.724,05 zł	617.930,96 zł
Suma kar i obniżenia				342.812,05 zł	700.316,05 zł	636.650,96 zł
Różnica sumy ofert				0,00 zł	357.500,00 zł	351.324,00 zł
Symulacja wynagrodzenia cz. I i cz. II				913.187,95 zł	913.183,95 zł	970.673,04 zł

Zdaniem odwołującego, wbrew interesowi Zamawiającego, jak i treści SIWZ, jest sytuacja w której Zamawiający płaci wykonawcy wynagrodzenie za dany zakres zamówienia, który w praktyce nie został jeszcze wykonany. Jak zostało to już wskazane, SIEMENS MOBILITY faktyczne koszty „kompleksowej obsługi" (Część I) przerzucił do kosztu „uruchomienia" (Część II). Takie działanie jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami, z treścią SIWZ, a także dobrymi obyczajami i oznacza konieczność odrzucenia oferty SIEMENS MOBILITY.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 15 lutego 2021 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Siemens Mobility sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwanie zamawiającego z 15 grudnia 2020 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego z dnia 18 grudnia 2020 r. złożone w odpowiedzi na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z dnia 23 grudnia 2020 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującego 4 stycznia 2021 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej z dnia 12 stycznia 2021 r., wniosek odwołującego o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami z dnia 13 stycznia 2021 r., uzupełnienie wniosku o udostępnienie protokołu z dnia 14 stycznia 2021 r., protokół postępowania udostępniony odwołującemu przez zamawiającego w dniu 18 stycznia 2021 r., wniosek odwołującego o udostępnienie mu pisma przystępującego z dnia 18 grudnia 2021 r. z załącznikiem oraz o udostępnienie kompletnego, zatwierdzonego protokołu, załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp". Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *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.*
2. *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*

Art. 17 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:
   1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
   2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
   3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
   4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
   5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

2. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

Art. 8 ustawy Pzp stanowi, że:

1.Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

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.

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) stanowi, że *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.*

Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

1)jest niezgodna z ustawą;

2)jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) stanowi, że *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Art. 90 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (…)

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 151a ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp". Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 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.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 21 stycznia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że zamawiający wskazał w pkt 7.2.3 lit. a) SIWZ, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który *wykaże się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jednego zadania polegającego na obsłudze lub serwisie stacji ciągłych pomiarów ruchu o wartości łącznej nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto.*

Ustalono ponadto, że zgodnie z pkt 9.7 ppkt 1 lit. a) SIWZ, celem wykazania ww. warunku wykonawca był zobowiązany na wezwanie Zamawiającego do złożenia *wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*

Ustalono, że w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącym załącznik do SIWZ, znajduje się słownik m.in. następujących pojęć:

a) stanowisko pomiarowe - *przygotowane miejsce w obrębie drogi, pasa drogowego lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie z zapewnionym zasilaniem w energię elektryczną i z zapewnionym miejscem usytuowania licznika, wyposażone w pętle pomiarowe*;

b) pętle pomiarowe - *pętle indukcyjne umieszczane w nawierzchni drogi stanowiące detektor pojazdów*,

c) licznik - *sterownik/kontroler elektroniczny, tj. urządzenie elektroniczne zliczające ruch pojazdów w przekroju drogi*;

d) stacja SCPR -*stacja ciągłych pomiarów ruchu - stanowisko pomiarowe kompleksowo wyposażone w pętle pomiarowe, licznik i zasilanie.*

Ustalono również, że we wzorze umowy (tom II SIWZ), znajdują się m.in. następujące postanowienia:

§ 4 Wynagrodzenie wykonawcy

2. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy:

1) Część I kompleksowa obsługa SCPR

……netto zł,

2) Część II uruchomienie SCPR

….netto zł,

3.Wynagrodzenie o którym mowa:

1) w ust. 2 pkt 1 wypłacane będzie miesięcznie w wysokości obliczonej zgodnie z § 5 przy uwzględnieniu zapisów § 4 ust. 5 – 14;

2) w ust. 2 pkt 2 wypłacone będzie jednorazowo na podstawie protokołu odbioru uruchomionych wraz z zamontowanymi pętlami pomiarowymi SCPR.

§ 8 Kary umowne

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu, karę umowną w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt 1 , za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu danych w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1.

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu dostarczenia danych niespełniających standardów jakościowych określonych w pkt 7.2 do OPZ, których ocena przeprowadzana jest zgodnie z pkt. 7.1 OPZ, w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt 1, za każdy miesiąc, w którym wystąpiła sytuacja nie spełnienia standardów jakościowych, tj. zapewnienia założonej GDD określonych dla danej stacji SCPR w pkt 4 OPZ.

W/w wysokość kary umownej będzie naliczana odrębnie za każdą stację SCPR, która nie spełnia założonego kryterium jakości za każdy miesiąc rozliczeniowy, aż do momentu osiągnięcia wymaganej grupy dokładności, która zostanie określona w wyniku kolejnych pomiarów sprawdzających.

Jeżeli Wykonawca będzie notorycznie dostarczał dane niezgodne z GDD lub będą występowały braki (przez 6 kolejnych miesięcy) tj. kompletność poniżej 50 %, wówczas Zamawiający może rozwiązać z nim umowę a Wykonawca zapłaci karę w wysokości określonej w ust. 6.

4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu, karę umowną w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt. każdorazowo z tytułu:

a) braku spójności danych lub braku dostarczenia zbiorów danych w wymaganym formacie lub błędnie dostarczone dane;

b) braku lub błędnie przeprowadzonej archiwizacji danych zapisanych w pkt. 5.3.OPZ.

Ustalono, na podstawie treści złożonych ofert (w aktach sprawy), że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

oferta odwołującego z ceną brutto 1.984.605,00 zł, w tym ceną za część I (kompleksową obsługę SCPR) w wysokości 672.000 zł netto, oraz ceną za część II (uruchomienie SCPR) w wysokości 584.000 zł netto,

a)oferta przystępującego z ceną brutto 1.544.880,00 zł, w tym ceną za część I (kompleksową obsługę SCPR) w wysokości 1.372.800 zł netto, oraz ceną za część II (uruchomienie SCPR) w wysokości 240.700 zł netto,

b)oferta wykonawcy Neurosoft sp. z o.o. we Wrocławiu z ceną brutto 1.977.0098,52 zł, w tym ceną za część I (kompleksową obsługę SCPR) w wysokości 1.248.000 zł netto, oraz ceną za część II (uruchomienie SCPR) w wysokości 359.324 zł netto.

Ustalono również, że pismem z dnia 15 grudnia 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1, 1a i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia *wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie:*

Pytanie 1: Proszę o podanie szczegółowego rozbicia cenowego ceny jednostkowej netto (podanie kosztów składowych) dla części I - kompleksowa obsługa SCPR. Jakie czynniki wpływają na zaproponowaną cenę jednostkową netto?

Pytanie 2:

Czy Wykonawca ujął w kalkulacji cenowej zapisy pkt 5 zał. 5 (Tryb zbierania danych ze Stacji Ciągłego Pomiaru Ruchu) do Opisu przedmiotu zamówienia i jest świadomy jego przestrzegania na etapie realizacji zamówienia?

Zamawiający prosi o wyczerpującą i szczegółową informację, oraz wnosi o podanie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów jakie Wykonawca przedstawił w danej pozycji w kosztorysie. Prosimy o przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość podanej pozycji, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie wartości, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać wymienioną pozycje kosztorysu. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, dla oceny sposobu obliczenia przez Państwa ceny tych pozycji, a także tych których Zamawiający nie wymienił powyżej.

Zamawiający, oceniając Państwa: wyjaśnienia, weźmie pod uwagę obiektywne czynniki mające wpływ na cenę oferty, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy. których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005r. Nr 157, poz. 1314); pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2020 r., do których jako załącznik nr 1 załączył plik „*rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR*". W piśmie tym oświadczył, że „na podstawie art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, utajnia *wszystkie informacje zawarte w załączniku nr 1 do niemniejszego pisma, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U z 2019 poz. 1010 ze zm.)*.". W piśmie przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 23 grudnia 2020 r., skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący w dniu 4 stycznia 2021 r., celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 lit. a) SIWZ złożył wykaz usług. W wykazie tym wymienił:

1)zadanie wykonywane przez siebie na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie (dalej jako: „ZDM w Warszawie") o nazwie: „*Modernizacja wraz z eksploatacją i utrzymaniem infrastruktury systemu Automatycznych Pomiarów Ruchu (APR) w latach 2020-2022*", w którym wykonano modernizację wraz z eksploatacją i utrzymaniem infrastruktury systemu automatycznych pomiarów ruchu drogowego APR za kwotę 1.883.751,15 zł;

*2)*zadanie wykonywane przez siebie na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Poznaniu (dalej jako: „ZDM w Poznaniu") o nazwie: „*Wykonanie prac utrzymaniowych i konserwacyjnych urządzeń projektu ITS Poznań w latach 2018 – 2020 –*

umowa Dz.RS.3413.5.2018 – zadanie I", w którym wykonano „*prace utrzymaniowe i konserwacyjne urządzeń projektu ITS Poznań związanych z systemem zarzadzania ruchem tj., systemów oraz urządzeń zlokalizowanych w centrum sterowanie ruchem oraz urządzeń zlokalizowanych na terenie miasta obejmującym swoim działaniem:*

a)przeglądy i utrzymanie stacji pomiarowych RM do klasyfikacji i zliczania pojazdów do systemu modelu ruchu 920 stacji);

b)przeglądy i utrzymanie stacji pomiarowych ST Stella do klasyfikacji i zliczania pojazdów do systemu modelu ruchu (12 stacji)

c)przeglądy i utrzymanie stacji pomiarowych TEU (Traffic Eye Uniwersal – 30 szt.)

za kwotę 193.761,90 zł brutto.".

Do wykazu załączono referencje wystawione przez ZDM w Warszawie z dnia 3 grudnia 2020 r. dotyczące zadania z pkt 1 wykazu. Do wykazu załączono też referencje wystawione ZDM w Poznaniu z dnia 30 listopada 2020 r. dotyczące zadania z pkt 2 wykazu, wystawione na rzecz przystępującego.

W dalszej kolejności ustalono, że 12 stycznia 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Ustalono również, że w dniu 13 stycznia 2021 r. odwołujący skierował do zamawiającego wniosek o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami. W dniu 14 stycznia 2021 r. odwołujący uzupełnił ww. wniosek wskazując, że wnosi również o udostępnienie oferty przystępującego oraz oferty wykonawcy Neurosoft sp. z o.o. wraz z całą korespondencją z zamawiającym w ramach postępowania.

Ustalono, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego zamawiający przesłał odwołującemu protokół postępowania. W protokole tym w pkt 4.5. znajduje się informacja, że pan P. M. wykonywał w postępowaniu czynność polegającą na „*sprawdzeniu SIWZ*". W pkt 20 przesłanego protokołu znajduje się informacja, że prace komisji przetargowej osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz wynik postępowania w dniu 12.01.2021 r. zatwierdził kierownik zamawiającego. W pkt 30 protokołu znajduje się informacja o zatwierdzeniu protokołu z datą 12.01.2021 r., bez podpisu osoby zatwierdzającej. Do przesłanego protokołu załączono druk oświadczenia składanego na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dla pana P. M., opatrzony datą 02.12.2020 r., który jest jednak niepodpisany. Do protokołu nie załączono oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dla pana M. K., Z-cy Naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych, którego nazwisko widnieje na 1 stronie SIWZ z adnotacją „*sprawdził/sprawdziła*".

Ustalono także, że Zamawiający nie udostępnił odwołującemu części pisma przystępującego z dnia 18 grudnia 2020 r. obejmującej uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załącznika nr 1 do pisma (pn. rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR).

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w piśmie przystępującego z dnia 18 grudnia 2020 r. wraz załącznikiem zatytułowanym „*rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR*".

Nie było sporne między stronami, że zamawiający nie przekazał odwołującemu w odpowiedzi na dwukrotnie kierowany wniosek nie tylko samego załącznika do pisma z dnia 18 grudnia 2020 r., ale również uzasadnienia zastrzeżenia ww. załącznika jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które znajdowało się w ww. piśmie (por. wnioski odwołującego z 13 stycznia 2021 i 19 stycznia 2021 r.). Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że bezprawnie zaniechał odtajnienia i przekazania odwołującemu sporządzonego przez przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia załącznika jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodne stanowisko stron nie budziło wątpliwości Izby, gdyż – jak wynikało z treści samego pisma z dnia 18 grudnia 2020 r. – przystępujący zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa jedynie sam załącznik do tego pisma. W treści uzasadnienia wykonawca usiłując wykazać spełnienie przesłanek definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" odnosił się jedynie do „informacji, zawartych w załączniku nr 1 do pisma". Analiza pisma nie powinna budzić wątpliwości zamawiającego, że wolą wykonawcy nie było zastrzeżenie jako tajemnicy również samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, co przystępujący potwierdził w trakcie rozprawy. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do zaniechania odtajnienia uzasadnienia tego zastrzeżenia okazał się zasadny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika do pisma przystępującego z 18 grudnia 2020 r. „rozbicie cenowe ceny jednostkowej netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR", Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp,*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.* Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „*Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są*

podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.".

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego informacji prawidłowo ustalił, że przystępujący wykazał, iż informacje zawarte w załączniku do pisma z dnia 18 grudnia 2020 r. stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" *(S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaja Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa* (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Izba stwierdziła, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ograniczył się do wskazania jedynie, co następuje: *„Informacje zawarte w ww. załączniku nr 1 do niniejszego pisma zawierają informacje na temat przyjętego przez Wykonawcę sposobu budowania i kalkulacji ceny, przyjętej strategii cenowej i informacji, które mogłyby być wykorzystane przez konkurencję Wykonawcy w innych postępowaniach. Z powyższych względów informacje te mają dla Siemens Mobility Sp. z o.o. (jako Wykonawcy) bardzo istotną wartość gospodarczą, i jako takie mieszczą się w pojęciu „tajemnicy przedsiębiorstwa".*

Analiza przywołanego uzasadnienia co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji prowadziła do wniosku, że wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania tego elementu definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie okazało się lakoniczne, wręcz szczątkowe, mające co najwyżej charakter deklaracji (zapewnienia).

Dostrzeżenia wymagało, że zastrzegane „rozbicie cenowe" stanowiło zestawienie ośmiu kwot, na jakie podzielono cenę jednostkową netto dla części I – kompleksowa obsługa SCPR i przybrało postać oświadczenia własnego wykonawcy. W kalkulacji nie ujawniono założeń stanowiących podstawę dla przyjęcia elementów cenowych na takim, a nie innym poziomie. Nie przedstawiono też żadnego materiału dowodowego, w postaci na przykład ofert dostawców, podwykonawców, sprzętu, źródeł zaopatrzenia, faktur itp.

Zdaniem Izby, w oparciu o treść zastrzeżonych informacji nie można powziąć jakiejkolwiek wiedzy na temat unikalności i wyjątkowości elementów cenotwórczych ujawnionych w rozbiciu cenowym. W związku z powyższym, w oparciu o przywołane uzasadnienie, nie można było w żaden sposób wywnioskować, dlaczego przystępujący uważa, że którakolwiek z ośmiu cyfr składających się na rozbicie posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jeśli przystępujący powoływał się na argument co do konieczności chronienia sposobu kalkulacji ceny to powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji da się ustalić w oparciu o złożone wyjaśnienia, a także, że jest to system unikalny, wyjątkowy, niespotykany i nieznany innym wykonawcom. Podkreślenia wymagało też, że przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych ofert poddostawców, podwykonawców, ani nawet nie ujawnił nazw swych kontrahentów. Wobec powyższego trudno uznać, że lektura tego rodzaju ogólnych informacji posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Zdaniem Izby przystępujący nie udowodnił także podjęcia skutecznych działań celem zachowania w poufności sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca wprawdzie opisał w piśmie z dnia 18 grudnia 2020 r. działania, jakie podejmuje celem zachowania informacji w poufności. Dostrzeżenia wymagało jednak, że na poparcie swych oświadczeń nie przedstawił żadnego dowodu. Przykładowo wykonawca powoływał się na obowiązujące w jego przedsiębiorstwie regulacje „Zasady postępowania w firmie (BCG)", jednak nie przedstawił zamawiającemu tego dokumentu, w oparciu o który można byłoby wnioskować, że działania podjęte na podstawie tej regulacji rzeczywiście zagwarantują, że zastrzegane informacje pozostaną w poufności. Dostrzeżenia wymagało, że – mając na uwagę przedmiot ochrony w postaci bardzo ogólnych danych kalkulacyjnych składających się z ośmiu cyfr - nie przedstawiono zamawiającemu żadnego przekonującego wyjaśnienia, w jaki sposób mogą być zachowane w poufności akurat takie dane jak np. wysokość stosowanej marży. Jeżeli jest to specyficzny sposób kalkulacji ceny, który ma być elementem przyjętej i stosowanej, wyjątkowej i nieznanej innym wykonawcom strategii cenowej, to wykonawca nie wykazał, że konsekwentnie podejmował w przeszłości działania celem zachowania tak wrażliwych danych w poufności. Przystępujący nie wykazał, czy wszyscy jego kontrahenci, w tym również kontrahenci publiczni, których umowy co do zasady są jawne, zostali

poinformowani o tym, że nie mogą ujawniać tak kluczowych elementów cenotwórczych zawartych w tych umowach.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.*

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w piśmie przystępującego z dnia 18 grudnia 2020 r. i w załączniku do tego pisma. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp nie udostępniając spornych dokumentów odwołującemu, pomimo złożenia stosownych wniosków w tej sprawie.

Znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu oświadczenia składanego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dla pana M. K..

Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że pan M. K. – Zastępca Naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych, wykonywał w postępowaniu czynności polegające na sprawdzeniu treści SIWZ. Powyższy fakt można było ustalić także na podstawie skanu podpisu ww. osoby, znajdującego się na stronie 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z adnotacją „sprawdził". W tej sytuacji pan M. K., powinien zostać ujawniony w protokole postępowania w pkt 4 „osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia". Ponadto, zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany był złożyć w formie pisemnej oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej, o braku istnienia lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest jedynie wyrazem formalizmu. Stanowi gwarancję, że czynności w postępowaniu będą wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm w rozumieniu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 7 ust. 2 ustawy Pzp został zamieszczony w dziale I rozdziale II ustawy Pzp, zatytułowanym „zasady". Przejawem tej zasady jest przepis art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący przypadki, w których osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu z mocy ustawy. Czynności w postępowaniu podjęte przez osoby podlegające wyłączeniu, co do zasady, powtarza się (por. art. 17 ust. 3 ustawy Pzp). Wagę, jaka ustawodawca przywiązuje do konieczności wyeliminowania konfliktu interesów podkreśla również konieczność złożenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczenia, o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, pod rygorem odpowiedzialności karnej.

Nie było sporne między stronami, że odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie protokołu i w przesłanym dokumencie próżno było szukać oświadczenia złożonego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez pana M. K. . Oświadczenie to, opatrzone datą 2 grudnia 2020 r., zamawiający okazał dopiero w trakcie rozprawy. W treści tego oświadczenia pan M. K. poinformował, że nie podlega wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby okazanie tego dokumentu dopiero na rozprawie, a nie niezwłocznie w odpowiedzi na wniosek odwołującego, kierowany do zamawiającego dwukrotnie, należy uznać za spóźnione. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 96 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie niezwłocznego przekazania odwołującemu ww. dokumentu. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu udostępnienie odwołującemu spornego dokumentu.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu oświadczenia składanego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dla pana P. M.. Jak wyjaśnił zamawiający, pan P. M. nie pełnił jakiejkolwiek funkcji w trakcie przygotowania i prowadzenia postępowania, a jego nazwisko znalazło się w protokole postępowania w wyniku błędu. Izba nie znalazła żadnych podstaw aby ustalić, że pan M. pełnił jakąkolwiek funkcję w postępowaniu. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu. Jedyne uchybienie, jakiego dopuścił się zamawiający, polegało na niestarannym prowadzeniu protokołu postępowania.

Zasadne okazały się zarzuty odwołującego dotyczące nieprawidłowości cen zaoferowanych przez przystępującego za część I zamówienia (kompleksowa obsługa stacji ciągłego pomiaru ruchu) i część II zamówienia (uruchomienie stacji ciągłego pomiaru ruchu).

Zdaniem Izby odwołujący udowodnił, że wystąpiły poważne wątpliwości co do wzajemnych relacji pomiędzy zaoferowanymi przez przystępującego cenami za część I oraz część II. Jak prawidłowo wskazał odwołujący, cena jednostkowa za kompleksową obsługę jednej stacji ciągłego pomiaru ruchu (część I zamówienia), zaoferowana przez przystępującego zgodnie z kosztorysem ofertowym wyniosła 700 zł netto miesięcznie, czyli 8.400 zł netto rocznie. W ramach tej kompleksowej obsługi przystępujący zobowiązał się m.in. do przeprowadzenia co najmniej dwukrotnie w ciągu roku pomiarów sprawdzających metodą wideo-rejestracji (pkt 5.4. lit. a OPZ). Każdy taki pomiar miał zaś trwać 24 godziny.

Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący jednocześnie zaoferował 8 - godzinne sprawdzenia, realizowane w terminie do 7 dni od daty montażu licznika w ramach uruchamianej stacji. Takie 8 godzinne sprawdzenia zostały wycenione w części II kosztorysu ofertowego (uruchomienie stacji ciągłego pomiaru ruchu). W pozycji 2.1. formularza ofertowego, dotyczącego części II, przystępujący wycenił takie 8 godzinne sprawdzenie, za wynagrodzeniem ryczałtowym 8.000 zł netto. Ponieważ takich 8 godzinnych sprawdzeń w ramach części II zamówienia będzie 7, to cena wszystkich 7 sprawdzeń jednej stacji ciągłego ruchu wyniesie 56.000,00 zł netto (7 x 8.000,00 zł), czyli 1.166,66 zł netto miesięcznie. Słusznie zatem odwołujący wywiódł, że same sprawdzenia 8 godzinne zostały przez przystępującego wycenione jako o 466,66 zł miesięcznie droższe od ceny jednostkowej całej kompleksowej obsługi stacji ciągłego pomiaru ruchu, której są częścią.

Izba ustaliła także, że cena całej oferty przystępującego (1.544.880,00 zł brutto) okazała się niższa o 35,34% od oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT (2.389.275 zł). Ustalono również, że cena oferty przystępującego w zakresie dotyczącym części I przedmiotu zamówienia (672.000,00 zł) okazała się niższa o 38,78% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert dotyczących części I, to jest 1.097.600,00 zł

(672.000 + 1.372.800 + 1.248.000 / 3 = 1 097 600,00 zł). Co istotne, oferta przystępującego w zakresie dotyczącym części II przedmiotu zamówienia (584 000,00 zł) okazała się jednak wyższa o 47,97% od średniej arytmetycznej kosztów ofert dotyczących części II, to jest 394.674,67 zł (584.000 + 240.700 + 359.324 / 3 = 394 674,67 zł).

Zdaniem Izby tak ukształtowane proporcje między ceną za część I i część II zamówienia, a także zaniżenie ceny za część I zamówienia budziły poważne wątpliwości. Na uwagę zasługiwał również fakt, że podział wynagrodzenia za część I i cześć II nie miał jedynie charakteru formalnego. Dostrzeżenia wymagało, że wynagrodzenie za część II zamówienia, które w ofercie przystępującego było o prawie 50% wyższe od średniej, miało być płacone przez zamawiającego w pierwszej kolejności. Powyższe uprawniało do wniosku, że w razie ewentualnego rozwiązania umowy po zakończeniu części I zamówienia, zamawiający zobowiązany byłby wypłacić przystępującemu kwotę 584.000,00 zł, stanowiącą aż 46,5% całości wynagrodzenia, podczas gdy w przypadku ofert konkurentów wynagrodzenia za tę część stanowiło odpowiednio 14,92 % (w przypadku odwołującego) i 22,36% (w przypadku wykonawcy Neurosoft) całości wynagrodzenia.

Z kolei zaniżone przez przystępującego wynagrodzenie za część I zamówienia, miało być wypłacane później. Na uwagę zasługiwał fakt, że to z wynagrodzeniem za część I zamówienia związana była zasadnicza odpowiedzialność kontraktowa wykonawcy. Jak słusznie wskazał odwołujący, cena za część I zamówienia służyła obliczeniu (i) wynagrodzenia miesięcznego per stacja, jak i (ii) kar umownych (za zwłokę w dostarczeniu danych – §8 ust. 2 umowy; za dostarczenie danych, które nie spełniają standardów jakościowych – §8 ust. 3 umowy; za dostarczenie niespójnych danych, albo w niewłaściwym formacie – §8 ust. 4 lit. a umowy; za zaniechanie przeprowadzenia albo błędne przeprowadzenie archiwizacji danych – §8 ust. 4 lit. b umowy).

W tej sytuacji Izba uznała za wiarygodne przedstawione w odwołaniu porównanie finansowej odpowiedzialności wykonawców za dany przypadek naruszenia:

Umowa	j.m.	Przystępujący	Odwołujący	Neurosoft
§ 8 ust. 2 - > 0,1%	dzień	672 zł	1.372,80 zł	1.248 zł
§ 8 ust. 3 - > 0,1%	miesiąc / stacja	672 zł	1.372,80 zł	1.248 zł
§ 8 ust. 4 lit. a - > 0,05%	zdarzenie	336 zł	686,40 zł	624 zł
§ 8 ust. 4 - > 0,05%	zdarzenie	336 zł	686,40 zł	624 zł

Wreszcie, zamawiający opisał we wzorze umowy mechanizm obniżania wynagrodzenia w razie niesprostania zadeklarowanej w ofercie jakości przekazywania danych. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający przewidział w treści SIWZ dwa jakościowe kryteria oceny ofert: „grupa dokładności danych" o wadze 20% oraz „minimalna ilość danych" o wadze 20%. Co istotne, w kryterium dokładność grupy danych przystępujący zaoferował najwyższą dokładność. Zadeklarował też najwyższy z możliwych procent minimalnej ilości danych (por. oferta przystępującego, pkt 4 i 5). Obniżenie wynagrodzenia za niespełnienie zaoferowanego pułapu jakości danych zostało powiązane z wysokością wynagrodzenia za część I zamówienia (por. § 5 ust. 4 wzoru umowy). Stawka wynagrodzenia za część I zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy będzie pomniejszana w razie spadku kompletności danych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że działania przystępującego polegające na ukształtowaniu opisywanych proporcji wynagrodzenia za część I i część II zamówienia budziły poważne wątpliwości. Jako, że wynagrodzenie za część I zaproponowane przez przystępującego okazało znacznie obniżone wobec szacunków zamawiającego, zamawiający pismem z 15 grudnia 2020 r. wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1a i ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień co do ceny za część I zamówienia – kompleksowa obsługa stacji ciągłego pomiaru ruchu (SCPR).

W świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień także w sytuacji, w sytuacji gdy „istotna część składowa ceny" budzi wątpliwości. Przypomnienia wymaga, że w tej sytuacji, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przystępujący zobowiązany był wykazać realność badanego składnika cenowego oraz ujawnić dowody na poparcie swych twierdzeń. Na powyższe zwrócił uwagę zamawiający w treści wezwania prosząc przystępującego o podanie danych o zaangażowaniu osobowym, rzeczowym, sprzętowym, finansowym, kosztach pracy, rozwiązaniach technicznych itp. Zdaniem Izby, przystępujący temu obowiązkowi nie sprostał. Przystępujący pomimo wezwania zamawiającego w żaden sposób nie wyjaśnił zasadności ceny jednostkowej netto dla części I zamówienia. Przedstawił jedynie 8 liczb składających się na rozbicie cenowe tej ceny jednostkowej. Pomimo wyraźnego wezwania zamawiającego, nie sprostał jednak obowiązkowi wyjaśnienia czynników, które wpływają na zaoferowaną cenę za ten element ani powodów takiego rozbicia. Niezależnie od tego wykonawca nie przedstawił także żadnych dowodów celem potwierdzenia przedstawianych przez siebie liczb. W związku z powyższym zamawiający po lekturze spornych wyjaśnień zobowiązany był dojść do wniosku, że cena za część I zamówienia zaoferowana przez przystępującego jest zaniżona w sposób rażący, czego jednak nie uczynił.

Podkreślenia wymagało również, że zamawiający ani przystępujący, pomimo szerokiej argumentacji odwołującego, nawet na etapie postępowania odwoławczego nie przedstawili jakiejkolwiek argumentacji przemawiającej za realnością ceny zaoferowanej za wykonanie części I zamówienia. Argumentacja zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie i i przystępującego przedstawiona na rozprawie ograniczała się jedynie do stwierdzenia, że postanowienia SIWZ nie narzucały wykonawcom żadnych wzajemnych proporcji między cenami oferowanymi za wykonanie części I i II zamówienia. Zdaniem Izby taka argumentacja, w okolicznościach danej sprawy, okazała się niewystarczająca. Okoliczność, że coś nie jest niezgodne z SIWZ nie oznacza jeszcze, że wykonawca nie zaniżył ceny ofertowej za istotny składnik ceny, ani że nie dopuścił się manipulacji składnikami ceny ofertowej.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że złożenie oferty przez przystępującego, w okolicznościach danej sprawy wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca z naruszeniem interesu zamawiającego z niewyjaśnionych powodów przeszacował wynagrodzenie za część II zamówienia, które miał otrzymać w pierwszej kolejności w sposób, co spowodowało nieadekwatność świadczeń. Następnie, z nieznanych powodów zaniżył wynagrodzenia za część I zamówienia, które stanowiło podstawę do kształtowania jego odpowiedzialności kontraktowej za nienależyte wykonanie zamówienia i mimo wezwania zamawiającego nie wyjaśnił realności kalkulacji. Poprzez zaniżenie kalkulacji dla części I zamówienia zminimalizował ryzyko gospodarcze w sytuacji, gdy jednocześnie, celem uzyskania wyższej liczby punktów, przyjął na

siebie zobowiązanie do ponadstandardowej jakości przekazywanych danych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, godząc w interesy innych oferentów i samego zamawiającego.

Z ww. powodu Izba uznała za zbyteczne nakazywanie zamawiającemu wzywania przystępującego w trybie art. 90 ust.1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do elementów składowych całej ceny ofertowej, pomimo spełnienia ustawowych przesłanek do takiego wezwania, o co wnioskował odwołujący.

Izba nie rozpoznała zarzutu z pkt 1e odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 i art. 5 ustawy Kodeks cywilny, art. 14 i art. 151a ust. 1 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że złożenie oferty przewidującej uzyskanie świadczenia noszącego znamiona zaliczki jako czynność mającą na celu obejście wyrażonego w ustawie zakazu udzielania zaliczek, a przy tym sprzeczną z zasadami współżycia społecznego - jest czynnością nieważną. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że zgłasza ten zarzut wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów m.in. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten, jak wskazano wcześniej, podlegał uwzględnieniu, co eliminowało konieczność rozpoznawania zarzutu z pkt 1e odwołania.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. 3) lit. a SIWZ. Zgodnie z tym warunkiem, zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zadania polegającego na obsłudze lub serwisie stacji ciągłych pomiarów ruchu o wartości łącznej nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto

Jak słusznie wskazał odwołujący, odkodowanie znaczenia pojęcia „*stacja ciągłego pomiaru ruchu*", użytego w przywołanym warunku, możliwe było przez odwołanie się do definicji zamieszczonej przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 4, słownik, Opis Przedmiotu Zamówienia). Zgodnie z tą definicją „*stacja ciągłego pomiaru ruchu*" to *stanowisko pomiarowe kompleksowo wyposażone w pętle pomiarowe, licznik i zasilanie*. W tym samym punkcie OPZ znalazły się także definicje:

a) stanowisko pomiarowe - *przygotowane miejsce w obrębie drogi, pasa drogowego lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie z zapewnionym zasilaniem w energię elektryczną i z zapewnionym miejscem usytuowania licznika, wyposażone w pętle pomiarowe*;
b) pętle pomiarowe - *pętle indukcyjne umieszczane w nawierzchni drogi stanowiące detektor pojazdów*;
c) licznik - *sterownik/kontroler elektroniczny, tj. urządzenie elektroniczne zliczające ruch pojazdów w przekroju drogi*;

Wbrew stanowisku odwołującego wyrażonym na rozprawie, z definicji pojęcia „*stacja ciągłego pomiaru ruchu"* nie wynikało, że stacja ta musiała być stacją pracującą non stop od 1 stycznia do 31 grudnia. Na uwagę zasługiwał fakt, że słowo „ciągły" pojawia się tylko w nazwie stacji, a już nie w samej definicji. Definicja ta w żaden sposób nie precyzowała długości okresu. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał spełnienie spornego warunku wykonując należycie umowę na rzecz ZDM Warszawa, zaś wartość usługi wpisującej się w warunek przewyższała wymagane 100 tysięcy zł.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że spośród stacji obsługiwanych przez przystępującego na rzecz ZDM Warszawa tylko stacje typu RPP-6 mogą być uznane za stacje ciągłego pomiaru ruchu. Wskazał, że wartość wykonanej przez przystępującego obsługi i serwisu tych stacji wyniosła jedynie 37.219,00 zł brutto i nie przekraczała wymaganego przez zamawiającego w warunku progu 100.000 zł. W oparciu o przedstawiony przez odwołującego na rozprawie załącznik do umowy oraz przedstawiony przez przystępującego protokół odbioru częściowego można było uznać za ustalone, że wartość usługi obsługi i serwis tego rodzaju stacji odpowiadała ww. kwocie.

Odwołujący podniósł, że za obsługę lub serwis stacji ciągłych pomiarów ruchu w rozumieniu warunku nie może być uznana obsługa i serwis stacji RPP-3 oraz RPP-5 wykonywana przez przystępującego na rzecz ZDM Warszawa. Argumentował, że w przypadku tych stacji liczba dni pomiarowych nie przekraczała 150 w roku. Izba ustaliła, że w załączonym do odwołania opisie przedmiotu zamówienia dla zadania *Modernizacja wraz eksploatacją i utrzymaniem infrastruktury systemu Automatycznych Pomiarów Ruchu (APR) w latach 2020-2022*(załącznik nr 5 do odwołania) znalazła się definicja stacji RPP-3 i RPP-5.

Stacje typu RPP-3 - umożliwiają pozyskiwanie danych o natężeniu ruchu pojazdów. Liczniki ruchu drogowego typu RPP-3 instalowane są w stacjach na czas trwania pomiaru; •

Stacje typu RPP-5 - umożliwiające pozyskiwanie danych o natężeniu ruchu, prędkościach chwilowych pojazdów w podziale na szereg rozdzielczy oraz strukturę rodzajową ruchu w podziale na 4 grupy. Liczniki ruchu drogowego typu RPP-5 instalowane są w stacjach na czas trwania pomiaru.

Z powyższych definicji wynikało, że w stacjach tych liczniki są montowane na czas pomiaru. Przystępujący przyznał w trakcie rozprawy, że przedmiot usługi wykonywanej przez niego na rzecz ZDM Warszawa obejmuje obsługę i serwis stacji RPP 5 i RPP-3, które są przestawiane co 7 dni w inne miejsce i w sposób ciągły wykonywany jest pomiar przez tydzień.

Biorąc pod uwagę ww. ustalenia faktyczne, a także przedstawioną wcześniej wykładnię pojęcia „stacja ciągłego pomiaru ruchu", Izba stwierdziła, że również obsługa i serwis stacji RPP 3 i RPP 5 wykonana przez przystępującego na rzecz ZDM Warszawa może być uwzględniona przy ocenie spełnienia warunku. Stacje te mogą być bowiem uznawane za stanowiska pomiarowe kompleksowo wyposażone w pętle pomiarowe, licznik i zasilanie. Okoliczność, że licznik jest montowany w tych stacjach na czas pomiaru a liczba dni pomiarowych w roku nie przekracza 150, nie zmienia tej kwalifikacji. Nie było zaś sporne między stronami, że wartość obsługi i serwisu tych stacji, w połączeniu z wartością obsługi i serwisu stacji RPP-6 przewyższała wymagane przez zamawiającego 100 tysięcy złotych. Powyższe wynikało także z analizy protokołu częściowego odbioru usługi z 14.12.2020 r. nr ZDM IV/2020, złożonego przez przystępującego na posiedzeniu i załącznika do umowy łączącej ZDM z przystępującym, złożonego przez odwołującego na posiedzeniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami stwierdzono, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3) lit. a SIWZ. Celem wykazania ww. warunku wystarczało powołanie się na wykonanie jednej usługi referencyjnej. Wobec powyższego zbyteczne okazało się rozpoznawanie zarzutów odwołania dotyczących usługi wykonanej przez przystępującego na rzecz ZDM Poznań.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza*uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

Stwierdzone przez Izbę naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, art. 8 ust. 1 i ust. 3, a także art. 96 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *uwzględniając odwołanie Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

a)odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

b)uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pisma przystępującego z dnia 18 grudnia 2020 r. wraz z załącznikiem,

c)udostępnienie odwołującemu oświadczenia złożonego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dla pana M. K. .

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie zarzutów, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp,*w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*

Stosownie do § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437):

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród sześciu grup rozpoznawanych zarzutów zasadnych okazało się pięć zarzutów (1a, 1b, 1c, 1d, 1h), zaś bezzasadny – jeden zarzut (1f). Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 5/6 do 1/6. Odpowiedzialność za 1/6 kosztów

postępowania odwoławczego ponosił odwołujący, zaś za 5/6 – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, podlegające ww. stosunkowemu rozdzieleniu zgodnie z powołanymi wyżej przepisami.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3.100 zł (18.600 zł x 1/6). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.500 zł (18.600 zł – 3.100 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……