Sygn. akt: KIO 464/17

WYROK
z dnia 30 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzeszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CAT Traffic Sp. z o.o., ul. 10, 60-586 Poznań, P.H.U. G.K., Botaniczna Telsat ul. J. Dąbrowskiego 1a, 72-300 Gryfice, Telway Sp. z o.o., Kryspinów 357, 32-060 Liszki, APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała, TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. s.j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin**

przy udziale wykonawców:

A. Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat, Barcelona (Hiszpania),

B. Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania czynności odtajnienia przez zamawiającego wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat, Barcelona (Hiszpania) złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) oraz w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat, Barcelona (Hiszpania) do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do kwalifikacji technicznych/zawodowych i nakazuje zamawiającemu – po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – dokonanie czynności odtajnienia wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat, Barcelona (Hiszpania) złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) oraz czynności wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do kwalifikacji technicznych/zawodowych, tj. dotyczących wykazu oraz zaświadczenia należytego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie, w pozostałym zakresie zarzuty się nie potwierdziły,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat, Barcelona (Hiszpania)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CAT Traffic Sp. z o.o., ul. Botaniczna 10, 60-586 Poznań, P.H.U. Telsat G.K., ul. J. Dąbrowskiego 1a, 72-300 Gryfice, Telway Sp. z o.o., Kryspinów 357, 32-060 Liszki, APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała, TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. s.j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od wykonawcy **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Passaige de la Plasmica s/n Nave 9, Cornella de Llobregat, Barcelona (Hiszpania)** kwotę **27 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),
w tym:

2.2.1. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dwieście sześćset złotych zero groszy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CAT Traffic Sp. z o.o., ul. Botaniczna 10, 60-586 Poznań, P.H.U. Telsat G.K., ul. J. Dąbrowskiego 1a, 72-300 Gryfice, Telway Sp. z o.o., Kryspinów 357, 32-060 Liszki, APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała, TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. s.j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków, `stanowiącą** koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.2. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Integracja elementów Systemu Zarządzania Ruchem na drodze ekspresowej S12, S17 i S19 – Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym”* przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin (dalej („zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: 1) CAT Traffic Sp. z o.o., 2) P.H.U. Telsat G.K., 3) TELWAY Sp. z o.o., 4) APM PRO Sp. z o.o., 5) TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. Spółka Jawna (dalej „odwołujący) złożyli odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS VIARIOS, SOCIEDAD ANONIMA, ul. Passatge De La Plásmica s/n nr 9, 08940 Cornelia de Llobregat, ALUMBRADOS VIARIOS, SOCIEDAD ANONIMA S.A. Oddział w Polsce, 32-087 Zielonki, ul. Galicyjska 22 (dalej „ALUMBRADOS") jako oferty najkorzystniejszej,
2. czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS,
3. czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134,02-305 Warszawa (dalej „QUMAK"),

4. zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"],
5. zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
6. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS, pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca ALUMBRADOS nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca ALUMBRADOS nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
7. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę QUMAK, pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca QUMAK nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca QUMAK nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

---

8. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy ALUMBRADOS z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,

czynności wykonawcy do złożenia 9. zaniechania wezwania ALUMBRADOS w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych),

10. zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,

Z ostrożności odwołujący wniósł również odwołanie od zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy ALUMBRADOS do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych).

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia są prace projektowe oraz roboty budowlane dotyczące budowy zadania pn. „Integracja elementów Systemu Zarządzania Ruchem na drodze ekspresowej S12, S17 i S19 – Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym" oraz, że w zakres robót i usług przewidzianych do wykonania w ramach zadania wchodzą następujące asortymenty robót i usług:

1. Zaprojektowanie, dostawa, instalacja i modernizacja urządzeń terenowych Systemu Zarządzania Ruchem na drodze ekspresowej S12 i S17 na odcinku Kurów - Lublin – Piaski.
2. Zaprojektowanie, dostawa i instalacja urządzeń terenowych Systemu Zarządzania Ruchem na drodze ekspresowej S19 na odcinku węzeł Dąbrowica (bez węzła) do węzła Konopnica (wraz z węzłem) i połączeniem do istniejącej drogi nr 19, a także zaprojektowanie i wykonanie aplikacji oraz oprogramowania realizującego obsługę i zintegrowanie zainstalowanych na drodze elementów Systemu Zarządzania Ruchem wraz z dostawą urządzeń centralnych.
3. Zaprojektowanie i wykonanie adaptacji i wyposażenia istniejących pomieszczeń Centrum Zarządzania Ruchem.
4. Świadczenie usługi związanej z eksploatacją i zarządzaniem utrzymania Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem.
5. Świadczenie usługi związanej z Rozwojem Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1-3 tejże ustawy, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 11280 [dalej „rozporządzenie"), poprzez zaniechanie czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
2. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1-3 tejże ustawy, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia, poprzez zaniechanie czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca ALUMBRADOS nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca ALUMBRADOS nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę QUMAK pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca QUMAK nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca QUMAK nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 tejże ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ALUMBRADOS z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS za odrzuconą, pomimo że wykonawca ALUMBRADOS nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu,
6. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ALUMBRADOS do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących wskazanych w uzasadnieniu

---

odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych),

7. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ALUMBRADOS jako oferty najkorzystniejszej oraz, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego oferty jako najkorzystniejszej,
8. z ostrożności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ALUMBRADOS do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy ALUMBRADOS jako oferty najkorzystniejszej,
2. odtajnił (ujawnił) dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS, tj. odtajnił (ujawnił) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i niezwłocznie zawiadomił odwołującego o dokonaniu powyższych czynności,
3. odtajnił (ujawnił) dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnił (ujawnił) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę

QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i niezwłocznie zawiadomił odwołującego o dokonaniu powyższych czynności,

4. dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS,
5. dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę QUMAK, 6. dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
7. dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę QUMAK z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
8. dokonał czynności wykluczenia wykonawcy ALUMBRADOS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z przyczyn wskazanych w odwołaniu i na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznał ofertę złożoną przez wykonawcę ALUMBRADOS za odrzuconą,
9. dokonał czynności wezwania wykonawcy ALUMBRADOS do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków

udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych) i we wskazanym w odwołaniu zakresie,

10. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie wykonawcy ALUMBRADOS w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych) odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby dokonał ww. wezwania i wezwał wykonawcę ALUMBRADOS do złożenia *w* wyznaczonym terminie wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych), a w razie ich nieskutecznego uzupełnienia wykluczył wykonawcę ALUMBRADOS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznał ofertę złożoną przez wykonawcę ALUMBRADOS za odrzuconą.

Odwołujący podał, że w dniu 28 lutego 2017 r. otrzymał od zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający wybrał ofertę wykonawcy ALUMBRADOS, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert, tj. za ofertą złożoną przez wykonawcę ALUMBRADOS i za ofertą złożoną przez wykonawcę QUMAK.

Stwierdził, że w dniu 2 marca 2017 r. otrzymał od zamawiającego drogą elektroniczną skany załączników do protokołu postępowania, tj. skany złożonych wyjaśnień, uzupełnień i wezwań, które nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnił, że zamawiający, w piśmie z dnia 2 marca 2017 r., wskazał, że przekazuje:

- Pismo do Alumbrados Varios Anonima Sociedad S.A. Oddział w Polsce dotyczące wezwania w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,
- Pismo do Qumak S.A. dotyczące wezwania w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Podał także, że zamawiający nie przekazał mu wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawców, wskazując, że: *„(...) z Alumbrados Varios Anonima Sociedad S.A. Oddział w Polsce i Qumak S.A. prowadzona była również korespondencja na podstawie 87 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) oraz korespondencja na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, której nie przekazujemy, z uwagi na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa."*

Uznał, że zamawiający dokonał już zbadania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień ceny przez wykonawcę ALUMBRADOS i wykonawcę QUMAK jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz, że te zastrzeżenia uznaje za prawidłowe i stosuje się do nich.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1-3 tejże ustawy, art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia, poprzez zaniechanie czynności odtajnienia (ujawnienia) przez Zamawiającego jako tajemnica przez dokumentów zastrzeżonych przedsiębiorstwa wykonawcę ALUMBRADOS, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz odnośnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1-3 tejże ustawy, art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia, poprzez zaniechanie czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, co następuje.

Zgodnie z 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 tajemnice przedsiębiorstwa – z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, zaś brak takiego wykazania powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez zamawiającego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15:

„ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie (...). W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie jak również wykazanie, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa - czyli spełnienie obu warunków KIO 464/17

---

ustawowych w określonym terminie - składa się na wykonanie do stronie zastrzegającego tajemnice obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie ż. art. 8 ust 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji".

Powołał się nadto na wyroki:

- *z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2322/16, dotyczącym zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny:* „w *orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców, niż tylko w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczone informacje w istocie stanowią tajemnice przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. W aktualnym stanie prawnym ustawodawca wiec uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest wiec dla rozstrzygnięcia, czy*

określone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa uzasadnienie, a wiec wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.",
z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1743/16: • *„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/wniosków 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 tajemnica przedsiębiorstwa."*

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 6 marca 2017 r. wykonawca ALUMBRADOS, po ponownej analizie zasadności zastrzeżeń wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podtrzymał swoje wcześniejsze wyjaśnienia, ale odtajnił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego kopię zamawiający przekazał odwołującemu, natomiast wykonawca QUMAK w odpowiedzi na pismo zamawiającego także z dnia 6 marca 2017 r. po ponownej analizie zasadności zastrzeżeń wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podtrzymał swoje wcześniejsze wyjaśnienia i nie wyraził zgody na odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i pozostałych dotychczas zastrzeżonych części swojej oferty wraz z przedmiotowymi wyjaśnieniami. Oświadczył, że w rezultacie w przypadku wyjaśnień wykonawcy QUMAK nie udostępniono mu nawet uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zamawiający winien odtajnić (ujawnić) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten, zastrzegając wyjaśnienia nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stwierdził, że z udostępnionego mu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że jedyną przyczyną tego zastrzeżenia była chęć ochrony informacji o rabatach, jakie posiada wykonawca ALUMBRADOS.

Podał, że wykonawca ten oświadczył ponadto, że: *„(...) jesteśmy zobligowani chronić politykę cenową naszych dostawców/ dla których ujawnienie rabatów które otrzymujemy będzie miało negatywny skutek."*

Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawca ALUMBRADOS w żaden sposób nie wykazał, że:

faktycznie otrzymał od swoich dostawców rabaty, •

wysokość tych rabatów jest stała i że tym samym przyznane rabaty nie mają • charakteru jednorazowego,

• faktycznie jest zobligowany chronić politykę cenową swoich dostawców,

dostawcy wykonawcy ALUMBRADOS również zostali zobowiązani do zachowania • w poufności informacji o rabatach, jakie posiada wykonawca ALUMBRADOS.

Podkreślił, że nie zostały przedstawione zamawiającemu umowy o zachowanie poufności ani żadne inne umowy, które potwierdzałby obowiązek chronienia informacji o rabatach, jakie posiada wykonawca ALUMBRADOS.

Wedle odwołującego, aby móc uznać, że wykonawca ALUMBRADOS faktycznie podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, musiał on zobowiązać do zachowania poufności wszystkie podmioty mające dostęp do tych informacji, w tym przede wszystkim samym dostawców, ponieważ nie można przyjąć, że informacja

o rabatach, jakie posiada wykonawca ALUMBRADOS jest chroniona w sytuacji, gdy do zachowania tajemnicy w tej kwestii nie są zobowiązani dostawcy udzielający tych rabatów.

Niezrozumiałe dla odwołującego jest, jaki negatywny skutek dla dostawców mogło by mieć ujawnienie rabatów, które otrzymuje od nich wykonawca ALUMBRADOS. Dodał, że kwestia ta nie została w żaden sposób wyjaśniona przez wykonawcę ALUMBRADOS, nie mówiąc już o wykazaniu prawdziwości twierdzeń wykonawcy ALUMBRADOS.

Podsumował, że wykonawca ALUMBRADOS nie wykazał, iż zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ograniczył się jedynie do zdawkowego i zupełnie nieprzekonywującego wyjaśnienia powyższej kwestii.

W ocenie odwołującego w pełni uzasadnione jest podejrzenie, że również wykonawca QUMAK nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, iż zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego zachodzą także co najmniej uzasadnione podejrzenia, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę ALUMBRADOS jak i przez wykonawcę QUMAK nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co tym samym oznacza, że ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne.

Podał, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zgodnie, z którym przez tajemnicę przedsiębiorstw rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie odwołującego zachodzą co najmniej uzasadnione podejrzenia, że dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę ALUMBRADOS, jak i przez wykonawcę QUMAK nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jeżeli tak faktycznie jest, to zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt NI CZP 74/05) zamawiający winien je odtajnić. Uznał, że zaniechanie zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że powszechną praktyką wśród wykonawców jest zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy tymczasem w świetle orzecznictwa KIO w znakomitej większości wypadków brak jest podstaw do dokonywania takiego zastrzeżenia, gdyż informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy

---

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie wykonawcy dokonując ich zastrzeżenia nie wykazali, że zastrzegane informacje to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Powołał się na:

- wyrok z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2360/14: „na *podstawie dokonanego badania rodzaju informacji zawartych w tym piśmie izba nie stwierdziła* żadnych *informacji noszących znamiona art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest informacji mających wartość gospodarczą, izba na rozprawie przeprowadziła dowód z pisma przystępującego (wykonawcy wybranego) z dnia 20 października 2014 r. jednocześnie je nie odtajniając na czas procesu uznając,* że *nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy. Ze względu na powyższą okoliczność izba przywołując i opisując w ustaleniach Izby pismo z dnia 20 października 2014 r. nie wymienia kwot czy liczb, czy innych danych, które przystępujący zastrzegł odpowiadając na skonkretyzowanie wezwanie zamawiającego z dnia 9 października 2014 r. Wyjaśniając powyższe stwierdzenie,* że żadna *z informacji w tym piśmie nie ma wartości gospodarczej. Izba wywodzi to z faktu,* że *przystępujący nie wyjaśnił, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji a tym bardziej,* że *przyznał w piśmie z dnia 23 października 2014 r.* że *kwoty, liczby, dane stanowiące o kalkulacji ceny zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu. Czyli zastrzeżone informację w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu to jest na użytek konkretnego postępowania. Według oceny przystępującego właśnie ta zmienność liczb, danych, cyfr w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest argumentem na to,* że *informację te nie są upublicznione, ponieważ każdorazowo są zastrzegane, jako tajemnica przedsiębiorstwa (...) Wskazać należy,* że *przedstawione kalkulacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, w związku z czym nie były wcześniej ujawnione do wiadomości*

publicznej" (...). Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej konstrukcji nieupubliczniania informacji nie chroni. W ocenie izby, aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa a nie być zmienna kalkulacyjna na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem informacja powinna posiadać wartość gospodarcza nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarcza przynajmniej w jakimś okresie czasu stała dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia / zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np.: wpływ na wycenę

KIO 464/17

---

przedsiębiorstwo a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. Przystępujący powołuje się również na wynegocjowanie stawek, których nie chce ujawnić, aby nie stracić przychodów. W ocenie Izby nie ma żadnego *logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami a groźbą utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń, co do rażąco niskiej ceny, aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom, jakie stawki i parametry tworzą zaoferowana cenę, czy są one realne czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy, co do źródła tych stawek. Same stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione."*

- wyroku z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14: „odnosząc *się do przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność. Zasada tak służy realizacji innej z naczelnych dyrektyw określonych ustawą, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Art. 8 ust. 3 tej ustawy, jako wprowadzający wyjątek od zasady jawności, nie może być interpretowany rozszerzająco. W ocenie Izby poziom ogólności wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum S. nie pozwala uznać ich całości za skutecznie objęte tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień konkretnych okoliczności pozwalających uznać poszczególne informacje za mające wartość gospodarcza. Tymczasem to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tych informacji. Zdaniem Izby, w zdecydowanej większości treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera, zwłaszcza* że *wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczna ogólnością."* wyrok z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1866/13: „odnośnie • *bezzasadnego utajnienia dokumentów, Izba uznała zarzut za uzasadniony. W ocenie Izby trudno w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 19 lipca 2013 r. dopatrzeć się elementów wskazujących na tajemnice przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia mają charakter ogólny, nie wskazują* żadnych *skonkretyzowanych okoliczności obiektywnych, właściwych tylko dla Przystępującego, z których mogłoby wynikać,* że *może on zaoferować cenę niższą, niż pozostali wykonawcy. Jedyna okolicznością tego rodzaju mógłby być fakt uzyskiwania upustów na produkty spożywcze (chociaż w niniejszym postępowaniu można mieć wątpliwość, czy można obniżyć wartość tzw. "wsadu do kotła", określonego przez Zamawiającego na kwotę 6.50 zł, jako minimalna) - ale trudno się spodziewać,* że *inne duże podmioty, realizujące podobne zamówienia, również*

KIO 464/17

---

nabywające hurtowe ilości produktów spożywczych takich rabatów nie mogłyby uzyskać. Zresztą żadnych *dowodów na pozyskiwane upusty Przystępujący nie przedstawił. W dowodach na potwierdzenie uzyskiwanych konkretnych rabatów od określonych kontrahentów można by ewentualnie dopatrywać się ewentualności zachowania konieczności ich utajnienia,* jednak nie można akceptować ,utajnienia nie popartego niczym samego oświadczenia o uzyskiwanym upuście",

- *wyrok z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11: „przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć* świadomość *konsekwencji,*

jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określona politykę gospodarcza wolałby nie upubliczniać. nie daję jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnice przedsiębiorstwa. ",
wyrok z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08: "Zamawiający • *w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tamy. czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa,* zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. (...) Jednocześnie należy podkreślić; iż *zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy. gdyż zasada jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony."*

Uzupełnił, że identyczny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła również w wyroku z dnia *11* października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08 oraz w szeregu innych orzeczeń.

Podkreślił, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, co potwierdzono przykładowo w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: *„ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić sie ze stanowiskiem przystępujących, że odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania sie z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału".*
KIO 464/17

Podsumował, że jest bardzo prawdopodobne, iż dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę ALUMBRADOS, jak i przez wykonawcę QUMAK nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, co tym samym oznacza, że zamawiający dopuścił się zaniechania ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS, jak i przez wykonawcę QUMAK, co stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że faktycznym powodem zastrzeżenia ww. wyjaśnień przez wykonawcę ALUMBRADOS, jak i przez wykonawcę QUMAK nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji jego oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Wedle odwołującego, poprzez bezprawne zastrzeżenie wykonawca ALUMBRADOS, jak i wykonawca QUMAK chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powołał się na wyrok z dnia 28 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1483/15, zgodnie z którym: „nie *jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością".*

Odwołujący wniósł, w razie uwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez

wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o:

1. nie rozpatrywanie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 tejże ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca ALUMBRADOS jak i wykonawca QUMAK nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym

---

wykonawca ALUMBRADOS, jak i wykonawca QUMAK nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2. nakazanie zamawiającemu, aby:
   - unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy ALUMBRADOS jako oferty najkorzystniejszej,
   - odtajnił (ujawnił) dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS, tj. odtajnił (ujawnił) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i niezwłocznie zawiadomił odwołującego o dokonaniu powyższych czynności,
   - odtajnił (ujawnił) dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnił (ujawnił) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i niezwłocznie zawiadomił odwołującego o dokonaniu powyższych czynności.

Stwierdził, że dzięki temu, po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, znając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, będzie mógł skutecznie sformułować zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 tejże ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca ALUMBRADOS nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca ALUMBRADOS nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 tejże ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę QUMAK pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca QUMAK nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca QUMAK nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, odwołujący wywodził, jak następuje.

Podkreślił, że stawia powyższe zarzuty wyłącznie na wypadek, gdyby Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz 5 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia, poprzez zaniechanie czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów

---

zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W razie uwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica wykonawcę ALUMBRADOS i przez QUMAK, przedsiębiorstwa przez wykonawcę tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy ALUMBRADOS jako oferty

najkorzystniejszej,

2. odtajnił (ujawnił) dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS, tj. odtajnił (ujawnił) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i niezwłocznie zawiadomił odwołującego o dokonaniu powyższych czynności,
3. odtajnił (ujawnił) dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnił (ujawnił) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i niezwłocznie zawiadomił odwołującego o dokonaniu powyższych czynności.

Uzupełnił, dzięki temu, po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, znając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, będzie mógł skutecznie sformułować zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK.

Na wypadek gdyby Izba uznała za niezasadne zarzuty dotyczące zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALUMBRADOS i przez wykonawcę QUMAK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący podał, że zamawiający pismami z dnia 5 stycznia 2017 r. na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do wykonawcy ALUMBRADOS oraz do wykonawcy QUMAK o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ocenił, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy powyższe wezwania były w pełni uzasadnione.

KIO 464/17

Wskazał, że zamawiający w wezwaniu skierowanym do wykonawcy ALUMBRADOS podał: *„całkowita cena Państwa oferty wynosi 23 569 690,50 zł, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i sług, która wynosi 35 850 729,72 zł wskazuje,* że *jest ona niższa o 34,26% od tej wartości oraz jest niższa o 29,74% od* średniej *ceny złożonych ofert, która wynosi 33548 666,19 zł.",* zaś w wezwaniu skierowanym do wykonawcy QUMAK *„całkowita cena Państwa oferty wynosi 25 360 386,00 zł, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i sług, która wynosi 35 850 729,72 zł wskazuje,* że *jest ona niższa o 29,26% od tej wartości oraz jest niższa o 24,41% od* średniej *ceny złożonych ofert, która wynosi 33548 666,19 zł."*

W ocenie odwołującego wskazane przez zamawiającego różnice były niewątpliwie znaczne i wymagały wyjaśnienia.

Odwołujący stwierdził, że zarówno wykonawca ALUMBRADOS, jak i wykonawca QUMAK złożyli zamawiającemu z żądanymi przez zamawiającego wyjaśnieniami.

Podał, że jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 lutego 2017 r., zamawiający uznał powyższe pisma za wystarczające wyjaśnienia i nie odrzucił ze względu na rażąco niską cenę ani oferty wykonawcy ALUMBRADOS, ani oferty wykonawcy QUMAK., z czym odwołujący się nie zgadza.

Zdaniem odwołującego zachodzi co najmniej uzasadnione podejrzenie, że istnieją obszary, które nie zostały w ogóle skalkulowane w cenie oferty przez wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK, względnie które zostały skalkulowane niewłaściwe, co w rezultacie skutkuje zaoferowaniem przez wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał na cztery takie obszary.

I Wycena oznakowania pryzmatycznego

Podkreślił, że oznakowanie pryzmatyczne dróg jest dziedziną bardzo młodą, jego wprowadzanie na polskie drogi następuje w ramach wdrażania modułów Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem, a przedmiotowe zamówienie, obejmując budowę takiego oznakowania już w roku 2017, jest jednym z pierwszych tego typu projektów, realizowanych na polskiej sieci drogowej, z czego – wedle odwołującego – wynika, że wykonawcy oferujący oznakowanie pryzmatyczne dróg mogą mieć niedostateczną wiedzę na temat rzeczywistych kosztów ich wykonania. Zasadniczym elementem budzącym wątpliwości w tej kwestii jest

w ocenie odwołującego rozbieżność pomiędzy wymiarami takiego oznakowania, wynikającymi z obowiązującego rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz.U. z 2003 r., Nr 220, poz. 2181 ze zm.), a oczekiwaniami zamawiającego sformułowanymi w treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej „PFU", Tom III SIWZ: OPIS
KIO 464/17

PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami) w zakresie realizacji znaków przeddrogowskazowych i drogowskazowych zlokalizowanych na jezdni głównej w klasie znaków wielkich. Podał, że w PFU na stronie 74 znajduje się następujące wymaganie: *„Ze względu, iż znaki pryzmowe typu El. E2a i E2b na ciągu głównym dróg, ekspresowych będą stanowiły oznakowanie eksperymentalne należy je wykonać w grupie wielkości znaków wielkich."* Zauważył, że sam wymóg stosowania oznakowania eksperymentalnego nie określa wymagań co do wielkości tych znaków, innych niż wynikające z treści przywołanego rozporządzenia. Zgodnie z nim wymiary liternictwa stosowanego na znakach przeddrogowskazowych i drogowskazowych na drogach klasy ekspresowej powinny wynosić 280 mm (klasa duża), podczas gdy dla znaków w klasie wielkiej już 420 mm. Uznał, że w wyniku tego zróżnicowania różnica wymiarów całkowitych oznakowania wielkiego i dużego może być nawet dwukrotna, co ma zasadniczy wpływ na cenę znaków pryzmatycznych, a także konstrukcji wsporczych, które muszą przenosić istotnie większe obciążenia. Wspomniana rozbieżność pomiędzy treścią przywołanych wymagań PFU i treścią obowiązującego rozporządzenia mogła – uznał odwołujący – wzbudzić u wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK poważne wątpliwości co do rzeczywistej konieczności dostarczenia oznakowania pryzmatycznego w klasie wielkiej, jako niezgodnego z obowiązującymi przepisami, co mogło ich skłonić do skalkulowania w cenach swoich ofert znacznie tańszego oznakowania w klasie dużej, ponieważ przyjęcie takiego założenia zdecydowanie obniża koszty i zwiększa tym samym szanse na pozyskanie zamówienia.

Dodatkowo wskazał, że PFU dopuszcza możliwość wykorzystania istniejących konstrukcji wsporczych obecnego oznakowania stałego, co mogło skutkować przyjęciem przez wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK, że nie będzie konieczna ich wymiana na znacznie droższe konstrukcje pod znaki wielkie.

Podsumował, że w pełni uzasadnione jest podejrzenie, iż w ofercie zarówno wykonawcy ALUMBRADOS jak i wykonawcy QUMAK nie zostały uwzględnione koszty

znaków pryzmatycznych w klasie wielkiej, jak również nie zostały uwzględnione koszty konstrukcji wsporczych o odpowiednich parametrach technicznych, gwarantujących stabilne i bezpieczne ich posadowienie. Uzupełnił, że błędne założenie wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK co do możliwości wykorzystania istniejących konstrukcji wsporczych dla pryzmatycznych znaków przeddrogowskazowych i drogowskazowych mogło skutkować nieuwzględnieniem przez nich kosztów związanych z wymianą fundamentów i konstrukcji wsporczych, czyli kosztów demontażu konstrukcji i fundamentów, budowy nowych fundamentów, transportu i montażu nowych konstrukcji itp. – biorąc pod uwagę wymaganą ilość tablic pryzmatycznych, nieuwzględnienie konieczności wymiany fundamentów i konstrukcji wsporczych oraz dostawy oznakowania w klasie wielkiej mogło skutkować istotnym zaniżeniem ceny oferty.
KIO 464/17

II Integracja protokołów komunikacyjnych z istniejącymi urządzeniami

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca winien dokonać integracji oprogramowania systemu zarządzania ruchem nie tylko z urządzeniami terenowymi, których dostawa jest objęta zakresem niniejszego zamówienia, ale także z urządzeniami terenowymi, które eksploatowane są obecnie na drogach S12, S17 i S19. Integracja ta ma między innymi polegać na implementacji spójnego protokołu komunikacyjnego, co wobec ilości obecnie eksploatowanych urządzeń stanowiących podstawę takiej integracji powoduje istotne koszty związane z niezbędnymi modyfikacjami sprzętowymi i programowymi. W rezultacie w pełni uzasadnione jest podejrzenie, że konieczność dokonania takiej integracji, a co za tym idzie związane z nią koszty, nie zostały uwzględnione w cenach zaoferowanych przez wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK. Brak uwzględnienia ww. kosztów niewątpliwie miał istotny wpływ na poważne zmniejszenie ceny oferty.

III Ryzyko przejęcia zobowiązań gwarancyjnych

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyłoniony w postępowaniu wykonawca będzie zobowiązany w zadeklarowanym w ofercie okresie gwarancji do ponoszenia odpowiedzialności za wady ujawnione w urządzeniach i oprogramowaniu nie tylko w odniesieniu do urządzeń terenowych, które zainstaluje, ale także w odniesieniu do obecnie eksploatowanych urządzeń, które podlegać będą integracji w ramach realizowanego zamówienia. Uzupełnił, że dotyczy to urządzeń zainstalowanych na drogach S12, S17 i S19 w latach 2012 - 2016, których ilość jest porównywalna z ilością urządzeń, których dostawa i instalacja objęta jest obecnym zamówieniem. Podał, że odpowiedzialność gwarancyjna dostawców tych urządzeń upływa, w zależności od terminu dokonania ich instalacji, w latach 2018 -2022, podczas gdy zgodnie z ofertami złożonymi w aktualnie prowadzonym postępowaniu odpowiedzialność gwarancyjna wykonawców wynosi 72 miesiące od daty dokonania odbioru, z czego wynika z tego,

że wykonawcy winni wziąć pod uwagę ryzyka związane z kosztami obsługi gwarancyjnej w stosunku do urządzeń dostarczonych przez innych dostawców, których okres eksploatacji na dzień zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia będzie wynosi od pół roku do 5 lat, a z chwilą upływu okresu gwarancyjnego wynikającego z realizacji obecnego zamówienia wynosić będzie od 6 do 11 lat. Podniósł, że 3 celu zapewnienia właściwego poziomu usług z tytułu odpowiedzialności gwarancyjnej za wady w przedłużonym okresie gwarancji w stosunku do urządzeń już eksploatowanych wykonawcy powinni właściwie oszacować związane z tym ryzyko, dotyczące przede wszystkim napraw oraz wymiany podzespołów, a w niektórych przypadkach także wymiany kompletnych urządzeń, co będzie skutkować poważnymi kosztami. W ocenie odwołującego w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że wykonawcy ALUMBRADOS i QUMAK nie uwzględnili powyższego ryzyka i związanych z nim

---

kosztów, a brak uwzględnienia ww. kosztów niewątpliwie miał istotny wpływ na poważne zmniejszenie ceny oferty.

IV Odpowiedzialność za zdarzenia losowe

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego wszelkie uszkodzenia urządzeń zainstalowanych przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia, a także obecnie eksploatowanych urządzeń, w stosunku do których zamawiający wymaga przejęcia odpowiedzialności gwarancyjnej, będą musiały być usuwane na koszt wykonawcy, co oznacza to, że wykonawca powinien przewidzieć ryzyko poniesienia kosztów z tym związanych, uwzględnić koszty zawarcia odpowiednich umów ubezpieczenia, itp. W ocenie odwołującego w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że wykonawcy ALUMBRADOS i QUMAK nie uwzględnili powyższego ryzyka i związanych z nim kosztów, a brak uwzględnienia ww. kosztów niewątpliwie miał istotny wpływ na poważne zmniejszenie ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO jak i Sądów Okręgowych rażąco niska to przede wszystkim taka cena, która nie pozwala na pokrycie kosztów prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnego z wymaganiami zamawiającego i obowiązującymi przepisami (przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

W ocenie odwołującego ceny zaoferowane przez wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK są właśnie rażąco niskie, gdyż nie wystarczą na pokrycie kosztów należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawcy ALUMBRADOS i QUMAK nie złożyli wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym wykonawcy ci nie wykazali,

że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Stwierdził, że zastosowanie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest czynnością zamawiającego, od której w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną odstąpić nie może. Podał, że w niniejszym postępowaniu zamawiający pismami z dnia 5 stycznia 2017 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do wykonawcy ALUMBRADOS oraz do

wykonawcy QUMAK o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ocenił, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy powyższe wezwania były w pełni uzasadnione, co wykazano powyżej.

KIO 464/17

Podniósł, że ani wykonawca ALUMBRADOS, ani wykonawca QUMAK nie zakwestionował w żaden sposób dokonanego przez zamawiającego wezwania, w szczególności nie wniósł odwołania, mimo że ze względu na wartość zamówienia miał taką możliwość. Uznał, że ma to zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania z dwóch względów. Po pierwsze, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co wynika z art. 90 ust. 2 ustawy i co – stwierdził odwołujący – potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Po drugie, wykonawca, składając żądane przez zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie obalić, o czym stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu.

Podał, że na takie skutki wezwania do wyjaśnień ceny Izba zwróciła uwagę w szeregu swoich orzeczeń, m.in. w wyroku z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2242/10, wyroku z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12 i wielu innych.

Przypomniał, że ze względu na zastrzeżenia wyjaśnień ceny, dokonane przez wykonawców ALUMBRADOS i QUMAK, nie miał możliwości zapoznać się z powyższymi wyjaśnieniami, jednak w ocenie odwołującego jest jednak niezwykle prawdopodobne, że powyższe wyjaśnienia nie tylko, że nie obaliły domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, ale w ogóle nie mogą być uznane za wyjaśnienie w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący ponownie podkreślił, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne *(praesumptio iuris)* zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wedle odwołującego w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że zarówno wyjaśnienia wykonawcy ALUMBRADOS jak i wyjaśnienia wykonawcy QUMAK są zbyt ogólnikowe, aby mogły obalić domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną, wobec czego zastosowanie znaleźć powinien art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach konsekwentnie wskazuje, iż niewystarczające jest ograniczenie się przez wykonawcę do wyliczenia w składanych wyjaśnieniach przykładowych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę. Jeżeli zatem wykonawca ALUMBRADOS lub wykonawca QUMAK w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń i nie wskazał w jaki konkretnie sposób powołane przez niego okoliczności wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny – wywodził odwołujący – to nie można złożonego przez niego pisma uznać za wyjaśnienia ceny.

KIO 464/17

Przykładowo – wskazał – w wyroku z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 314/12, Izba zwróciła uwagę, że: „(...) *wykonawca wybrany poza tym, że wymienił czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę to ich nie wyjaśnił, nie opisał, nie przedstawił na okoliczność ich wystąpienia* żadnych *dowodów, czyli nie skonkretyzował obiektywnych czynników, zgodnie z wymogiem art.90 ust.2 i 3 ustawy Pzp. (...) Wykonawca wybrany wskazując na oszczędność metody wykonania powinien wyjaśnić na czym ta metoda polega np.: zamiast maszyny do odśnieżania czy maszyny do koszenia trawy, które powodują koszt w określonej wysokości w szczególności koszt inwestycji czy amortyzacji* środków, *czy koszt paliwa, zastosował do wyceny np.: ręczne odśnieżanie przy użyciu łopaty i ręczne koszenie trawy przy użyciu kosy i uzyskał przez to różnicę pomiędzy metoda mechaniczną a ręczną odśnieżania i koszenia w kwocie w wysokości ..... przedstawiając stosowne wyliczenie rachunkowe. Z kolei z lokalizacji bazy jego działalności w miejscu wykonywania usługi*

uzyskuje następujące oszczędności w następującej wysokości w stosunku do sytuacji gdy do kosztów trzeba doliczyć np.: noclegi, diety, bilety miesięczne, dowóz na stanowiska pracy, posiłki regeneracyjne itd., biorąc pod uwagę innych wykonawców, których baza jest odległa o x km od miejsca świadczenia *usługi. Dalej dla przykładu: co do korzystnej umowy z kompostownią i upustami cenowymi hurtowni to polegają na tym,* że *kompostownia i hurtownia oferuje przeciętnie następujące ceny a uzyskane przez wykonawcę wybranego ceny na przedmiotowe postępowanie odbiega od przeciętnych cen o określony procent. W złożonej odpowiedzi również brak jest jakichkolwiek dowodów na wystąpienie wymienionych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, znacznie poniżej wyceny zamawiającego. Natomiast odpowiedź wykonawcy wybranego polega na powtórzeniu lub dodaniu innych czynników wpływających na ceną, ale bez ich wyjaśnienia na czym konkretnie one polegają i jaki mają wpływ w porównaniu do kosztów innych ofert (...) Reasumując użyte w art.90 ustawy Pzp słowo „wyjaśnienie" oznacza opisanie, przedstawienie, wykazanie, uzasadnienie, a nie tylko wskazanie, wyliczenie"*

Powołał się także na stanowisko Izba wyrażone w:

wyroku z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 882/12, zgodnie z którym: • *„wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za wyjątkowo ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie nawet próby przesądzenia; czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawca posłużył się ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności w oparciu o które nie sposób wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności (oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. preferencyjne warunki zakupu, amortyzacja i spłacenie sprzętu) przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu."*

KIO 464/17

---

wyroku z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1124/11: • *„w* świetle *powyższego podzielono stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu dotyczące niezłożenia przez przystępującego wymaganych wyjaśnień. Za takim wnioskiem przemawiały lakoniczne, ogólne formuły wyjaśnienia, odwołujące się do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt* że *nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, w jaki sposób zasygnalizowane przez przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności przekładała się na cenę zaoferowana w postępowaniu. Powyższe* świadczy *o niezłożeniu przez przystępującego wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp."*

wyroku z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2465/10: „w • *ocenie Izby, w sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty na o odstawie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl. Celem, dla którego wykonawca wzywany jest do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powinny one zatem osadzać sie na konkretnych uwarunkowaniach, jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia i pozwalać na ocenę stopnia, w jakim wpływały na ustalenie poziomu kosztów. Jeżeli wykonawca powołuję się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać w jaki sposób zostały one uwzględnione przy kalkulacji kosztów. Informacji takich nie zawierały wyjaśnienia złożone przez Mirbud S.A., przez co nie było możliwe stwierdzenie dopuszczalności ich uwzględnienia przez zamawiającego."*

Podniósł, że zamawiający zarówno wezwanie skierowane do wykonawcy ALUMBRADOS, jak i wezwanie skierowane do wykonawcy QUMAK bardzo rozbudował, precyzyjnie wskazując, które pozycje Kosztorysu ofertowego budzą jego wątpliwości i dlaczego oraz formułując konkretne pytania, na które ww. wykonawcy w swoich wyjaśnieniach powinni udzielić wyczerpujących odpowiedzi, co oznacza, że nie było żadnych wątpliwości jakich wyjaśnień oczekuje zamawiający, tj. wyjaśnień konkretnych, rzeczowych i wyjaśniających wątpliwości sformułowane przez zamawiającego.

Podkreślił, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp i poparcie ich dowodami, przy czym niewystarczające

---

jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, przeciwnie, wyjaśnienia złożone w tym trybie powinny być precyzyjne, szczegółowe i konkretne, a nie sprowadzać się do powtórzenia ogólników, które mógłby się znaleźć w każdych innych wyjaśnieniach składanych w każdym innym postępowaniu; wyjaśnienia muszą być też poparte dowodami, co wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz z wezwania wystosowanego przez zamawiającego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w razie przedłożenia przez wykonawcę ALUMBRADOS lub przez wykonawcę QUMAK ogólnikowych wyjaśnień nie popartych dowodami, należy uznać, iż wykonawcy ci *defacto* żądanych wyjaśnień nie złożyli i tym samym nie obalili domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem ich oferty podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – niewystarczające jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień. Powołując się na wyrok sygn. akt: KIO 1587/11 wskazał, że: „wyjaśnienia *wykonawcy winny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do* konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. *Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty; które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze".*

Powołał się nadto na stanowisko Izby wyrażone w:

wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1568/11: „w • *ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia realności zaoferowanej ceny, wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Zamawiający nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień gdyż nie zawierały one* żadnych *obszerniejszych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Izba stoi na stanowisku, iż udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust 2 ustawy p.z.p. prowadzi do przyjęcia,* że *wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał,* że *zaoferowana cena nie jest cena rażąco niska",*

wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12: „Zamawiający • *ma obowiązek ocenić wyjaśnienia w kontekście całego przedmiotu zamówienia i tym samym przedmiotu oferty. Wykonawca ma natomiast obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu,* że *cena oferty nie jest rażąco niska.",*

wyroku z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 882/12: „wykonawcy • *wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem,* że *mają one charakter obiektywny; dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności*

---

dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego oświadczenia, że *wykonawca wykona zamówienia za oszacowana przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być one poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marże wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane,*

przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art.90 ust. 3 pzp". (por, wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r.. sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10."

Podsumował, że o konieczności uznania, że wykonawca ALUMBRADOS i QUMAK w rzeczywistości nie złożył wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny będzie przesądzać nie tylko ich lakoniczność, lecz również to, że wykonawcy ci nie wyjaśnili, w jaki konkretnie sposób okoliczność powołane w wyjaśnieniach przekładają się na zaoferowaną przez niego cenę.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia, aby uznać je za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ustawy Pzp, muszą coś wnosić do sprawy; innymi słowy wyjaśnienia takie muszą zawierać pełne informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ tak właśnie sformułowane wyjaśnienia są niezbędne, aby zamawiający miał choćby potencjalną szansę je ocenić. Uznał, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie może się ograniczyć do ogólnikowych stwierdzeń, lecz powinien przedstawić i udowodnić

obiektywne czynniki, które ukształtowały cenę jego oferty, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS jak i przez wykonawcę QUMAK zawierają wyłącznie niczego niewyjaśniające ogólniki, wobec czego uznać trzeba, że wykonawcy ci faktycznie wymaganych wyjaśnień nie złożyli, jak też nie dostarczyli dowodów, które by potwierdziły, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Według odwołującego brak niezbędnych informacji na temat kalkulacji ceny i szczególnych okoliczności, które pozwoliły zaoferować wykonawcy ALUMBRADOS i wykonawcy QUMAK tak niską cenę, powoduje, że wyjaśnienia tych wykonawców trzeba oceniać jako wyłącznie gołosłowne zapewnienia, iż wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia faktycznie uwzględnił w cenie oferty.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12: *„wyjaśnienia dotyczące elementów oferty. które miały wpływ na kalkulacje ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, składające się na koszt wykonania zadania jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wartości niematerialnej i prawnych, czy wreszcie zysk wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen."*

Podsumował, że w konsekwencji zamawiający był obowiązany zastosować w niniejszej sprawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z przepisów ustawy oraz utrwalonego orzecznictwa KIO i Sądów Okręgowych wynika, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp i poparcie ich dowodami, tym samym za niedopuszczalne uznać należy takie postępowanie wykonawcy, który składa wyjaśnienia niewystarczające, uniemożliwiające ocenę prawidłowości dokonanej przez niego kalkulacji ceny, a dopiero później, np. na etapie odwołania, broniąc się przed zarzutem zaoferowania rażąco niskiej ceny, *de facto* przedstawia żądane przez zamawiającego wyjaśnienia i tłumaczy, w jaki sposób skalkulował cenę.

Powołał się na wyrok:

z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11: • *„zasadnie wskazywał Zamawiający, iż na etapie wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał szczególnie korzystnych cen oferowanych*

mu przez jego dostawców. Powołał się on na cenniki mu zaoferowane, nie przedłożył ich
KIO 464/17

---

jednak Zamawiającemu. Składanie ich Izbie w toku rozprawy jest działaniem spóźnionym, stad też nie mogą one zostać uwzględnione jako argument przemawiający za słusznością twierdzeń Odwołującego.",
z dnia 29 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1512/11, KIO 1515/11: • *„(...) w postępowaniu mającym na celu ustalenie czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia wezwanych wykonawców, nie jest właściwe wykazywanie dopiero na rozprawie, przez uczestników postępowania, że istnieją również inne o odstawy np. w formie dowodów potwierdzających prawidłowość skalkulowanej ceny, izba oceniając Te wyjaśnienia i dowody winny być przedstawione w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu i to Zamawiający winien bronić swojego stanowiska w postępowaniu przed Izbą, Izba w tym zakresie przywołuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 2604/10 gdzie stwierdzono, że "rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny". W podobnej sprawie SO w Warszawie w wyroku sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdził, że składanie przez skarżącego na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sad Okręgowy. Termin z art. 90 ust. 1 oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę musza być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania odwoławczego lub skargowego". W tym zakresie Sąd stwierdził ponadto iż w tej sytuacji nie ma zastosowania przepis /po nowelizacji ustawy/ art. 190 ust. 2 dotyczący możliwości przedstawiania przez strony i uczestników postępowania dowodów, aż do czasu zamknięcia rozprawy."*
z dnia z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, • KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12: „(...) *ocenie Zamawiającego jak również KIO i sądu podlegają tylko te wyjaśnienia które zostały złożone przez wykonawcę we wskazanym w wezwaniu terminie. Tym samym brak jest możliwości skutecznego wykazywania iż zaoferowana cena nie jest cena rażąco niska poprzez składanie dokumentów i wyjaśnień w tym przedmiocie, dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r. stwierdził iż: „W ocenie Sadu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez izbę, ani tym bardziej przez Sad Okręgowy. Definicja „określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu*
KIO 464/17

---

na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego" (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09). (...) Zdaniem Izby stwierdzić należy, że pomimo iż te dodatkowe wyjaśnienia rzucają trochę inne światło *na zasadność kalkulacji ceny przez tegoż Odwołującego, to jednak nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Izbę. Za przywołanym powyżej wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, oraz wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11 należy stwierdzić, że „rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajowa Izba Odwoławcza stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny".*
• z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 974/13: *„obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie zamawiającemu wyjaśnień szczegółowych i kompletnych - prowadzących do przekonania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Również to właśnie zamawiającemu winny być złożone dowody, którymi wykonawca dysponuje w dacie otrzymania wyjaśnień (ara, z art 90 ust. 3 P.z.p.). Zamawiający nie może domyślać się treści wyjaśnień, ani też istnienia dowodów*

potwierdzających prawidłowość ceny oferty. Wykonawca. Który nie składa zamawiającemu wyjaśnień charakter jego ani wykazujących poważny oferty, posiadanych dowodów, czyni to na własne ryzyko i ponosi konsekwencje takiego zaniechania. Uwzględnienie takich dodatkowych wyjaśnień oraz dowodów złożonych dopiero na etapie postępowania odwoławczego jest niedopuszczalne, lamie bowiem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, których zamawiający jest zobowiązany przestrzegać. Powołane na rozprawie nowych dowodów lub wskazanie okoliczności uzasadniających wysokość ceny oferty nie przywołanych we wcześniejszych wyjaśnieniach nie może być wzięte pod rozwagę przez Izbę."
Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08: „w • *ocenie Sadu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogą być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sad Okręgowy. Definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust 1 ustawy p.z.p.) oznacza,* że *informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę musza być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia)"*
Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt sygn. akt V Ca • 459/06: *„przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej*

---

okoliczności w postaci zeznań świadków *i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust 3 p.z.p.. z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w zakreślonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty."*

Na powyższej podstawie podniósł, że w złożonych wyjaśnieniach, wskutek ich lakoniczności i ogólnikowości, wykonawcy Alumbdados i Qumak zapewne nie obalili domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Za niedopuszczalną uznał próbę naprawienia tego zaniechania na etapie postępowanie odwoławczego, poprzez „uzupełnienie" wyjaśnień ceny o informacje i dowody, których w nich zabrakło. Dodał, że wszelkie okoliczności, informacje i dowody wcześniej zamawiającemu nieprzedstawione oceniać trzeba jako spóźnione.

Powołał się na wyrok z dnia 6 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16: *„dowody z rozprawy z kolei winny mieścić się w ramach udzielonych wcześniej wyjaśnień, a nie ich przekraczać. Z tej przyczyny, tak istotna rola wyjaśnień i dowodów. Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje,* że *można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich załączenia do wyjaśnień) - braku współpracy ze strony Wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów - brak ich załączenia do wyjaśnień - to brak współpracy ze strony Wykonawcy."*

Podkreślił, że wszelkie informacje i dowody powinny stanowić element wyjaśnień ceny złożonych zamawiającemu w toku badania i oceny ofert, a nie dopiero reakcję na odwołanie. Przedstawianie informacji i dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego będzie dowodzić natomiast tylko tego, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę ALUMBRADOS i wykonawcę QUMAK nie stanowiły wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym ani wykonawca ALUMBRADOS, ani wykonawca QUMAK nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że we wszystkich wyrokach, w których Izba dopuściła kilkukrotne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość ta została

uzależniona od spełnienia dodatkowych warunków, a przede wszystkim od złożenia przez wykonawcę odpowiednich wyjaśnień ceny już na pierwsze wezwanie zamawiającego, tj. wyjaśnień kompletnych, wyczerpujących i odpowiadających wezwaniu. Podał, że takie stanowisko Izba wyrażała wielokrotnie Tytułem przykładu wskazał na wyrok z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 150/16, w którym podkreślono, że: *„powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy;* że *uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust 1 P.z.p. może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często. Nie można jednak wykluczyć też sytuacji, gdy bardziej szczegółowe wyjaśnienia w określonym zakresie mogą okazać się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Konieczność taka musi wynikać jednak z okoliczności obiektywnych, przy jednoczesnym spełnieniu przez wykonawcę obowiązku rzetelnego wyjaśnienia w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponawianie wezwań nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Kolejne wezwania nie moża bowiem stanowić de facto przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu."*

Powołał się także na stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14: „wezwanie *wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 P.z.p., powoduje przesuniecie na wykonawcę ciężaru dowodu, na okoliczność;* że *zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dlatego zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do momentu, gdy wykonawca wykaże,* że *cena nie jest rażąco niska. Przepis, co prawda nie ogranicza ilości możliwych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p.. jednak zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki Dostępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniają wniosek,* że *ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione - nie może stanowić "ratowania" oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami. Wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty."*

Podsumował, że możliwość wezwania do uzupełnienia wyjaśnień ceny, do wyjaśnienia nowych wątpliwości może jedynie dotyczyć takiej sytuacji, gdy wykonawca całościowo zajmie stanowisko wobec wcześniejszego wezwania zamawiającego – KIO 464/17

---

wątpliwości zamawiającego mogą się ewentualnie pojawić na tle złożonych wyjaśnień, które w sposób wyczerpujący odpowiadają na pierwsze wezwanie zamawiającego. Nie może być jednak na tle art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp akceptowana sytuacja, gdy wykonawca ignoruje wezwanie zamawiającego, względnie wybiera sobie jedynie te zakresy wezwania, które mu odpowiadają, resztę pomijając ogólnikami lub w ogóle pozostawiając bez komentarza.

Podkreślił, że w wezwaniach z dnia 5 stycznia 2017 r. zamawiający precyzyjnie wskazał, które pozycje kosztorysu ofertowego budzą jego wątpliwości i dlaczego oraz sformułował konkretne pytania, na które wykonawcy ALUMBRADOS i QUMAK w swoich wyjaśnieniach powinni udzielić wyczerpujących odpowiedzi, wobec czego nie było żadnych wątpliwości, jakich wyjaśnień oczekuje zamawiający, tj. wyjaśnień konkretnych, rzeczowych i wyjaśniających wątpliwości sformułowane przez zamawiającego.

Jeżeli zatem, pomimo tak jednoznacznie sformułowanego wezwania zamawiającego – wywodził odwołujący – wykonawca ALUMBRADOS lub wykonawca QUMAK ograniczył się do zdawkowego wskazania okoliczności mających rzekomo wpływ na wysokość zaoferowanych przez niego cen, bez żadnych konkretnych informacji i wyliczeń i bez poparcia swoich twierdzeń dowodami, to uznać trzeba, że w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione warunki dopuszczalności ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia ceny.

Powołał się na wyrok z 17.07.2015 r., sygn. akt KIO 1410/15: *„Żądanie ponownych*

*wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 p.z.p. jest możliwie o tyle, o ile nie prowadzi do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Żą*danie *ponownych wyjaśnień jest zatem dopuszczalne, o ile wcześniej, na pierwsze* żądanie *zamawiającego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania, [...] Ponowne* żądanie *wyjaśnienia od wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 p.z.p. nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień "do skutku", aż wykonawca "usprawiedliwi" swoją wycenę ofertową, czy też wreszcie nie może prowadzić do przywrócenia terminu na. złożenie wyjaśnień."*

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a odpowiednikiem tego przepisu na etapie postępowania odwoławczego jest art. 190 ust. 1a ustawy, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1. wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego,

---

2. zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania,

co oznacza, że to nie odwołujący ma udowodnić, że cena oferty wykonawcy ALUMBRADOS i wykonawcy QUMAK jest rażąco niska, tylko to wykonawca ALUMBRADOS i wykonawca QUMAK, poprzez złożenie odpowiednich wyjaśnień i poparcie ich dowodami miał udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska; jeżeli wykonawca ALUMBRADOS lub wykonawca QUMAK nie uczynił zadość powyższemu obowiązkowi, przesądza to o konieczności odrzucenia jego oferty.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 tejże ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ALUMBRADOS z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą, pomimo że nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu odwołujący podał, że zamawiający wskazał w SIWZ (Tom I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW, pkt 7.2 ppkt 3), że: „7.2. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)*

3. *zdolności technicznej lub zawodowej:*

Wykonawcy:

Wykonawca zamówienia musi wykazać; że wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

a) budowę i wdrożenie systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym, o wartości nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto, obejmującego łącznie wszystkie niżej wymienione elementy:

- *centrum operacyjne (centrum sterowania/zarządzania), które musiało umożliwiać prezentację danych z systemu zarządzania/sterowania ruchem na wielkoformatowej* ścianie *wizyjnej oraz wybór scenariusza i procedury zarządzania ruchem w trybie ręcznym, półautomatycznym i automatycznym;*
- *minimum 6 znaków o zmiennej treści realizujących scenariusze zarządzania ruchem, które zostały opracowane i zaimplementowane do systemu centralnego;*
- *system wizyjny zbudowany z co najmniej 15 kamer monitoringu wizyjnego, w skład którego wchodziła cyfrowa transmisja i rejestracja obrazu, transmisja za pomocą sieci* światłowodowej;
- *system pomiaru ruchu z instalacją co najmniej 10 punktów detekcji określającej stan i parametry ruchu;*
- *minimum 2 stacje meteorologiczne, które przesyłały dane do centralnego systemu informatycznego;*

- *system GIS jako podstawa do prezentacji danych o ruchu, sieci drogowej, danych meteorologicznych i danych diagnostycznych o urządzeniach terenowych Systemu*

Zarządzania Ruchem;

b) jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa kanału technologicznego i sieci światłowodowej o łącznej długości minimum 3 km;

c) jedno zamówienie polegające na dostawie i instalacji, serwerów, systemów backup, infrastruktury sieciowej dla sieci lokalnej (LAN) sprzętowej jak i programowej o wartości nie mniejszej niż 500 tys. PLN brutto każde;

d) jedno zamówienie polegające na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem, o wartości nie mniejszej niż 500 tys. PLN brutto, obejmujących łącznie wszystkie niżej wymienione elementy:

- *znaki o zmiennej treści,*
- *drogowe stacje meteorologiczne,*
- *kamery monitoringu wizyjnego,*
- *stacje pomiaru ruchu drogowego.*

Zamawiający dopuszcza wykazanie spełnienia warunków opisanych w lit a) do d) w ramach jednego zadania/zamówienia."

Odwołujący wskazał, że wykonawca ALUMBRADOS na potwierdzenie spełniania warunków opisanych od lit. a) do d) powołał się na jedno zadanie, wykonane w stolicy Nikaragui, mieście Managua, na zlecenie Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A, polegające na budowie i wdrożeniu systemu zarządzania i sterowania ruchem drogowym i na szeregu innych prac.

W odniesieniu do tego zadania do wykazu robót budowlanych załączył referencje, zgodnie z którymi obejmuje ono również usługi związane z utrzymaniem wszystkich wyżej wymienionych systemów, w tym Centrum Sterowania, a budżet na usługi związane z utrzymaniem przez okres trzech lat wynosi 328 560,23 USD.

Podniósł, że skoro z referencji wynika, że budżet na usługi związane z utrzymaniem przez 3 lata wynosi 328.560,23 USD to na jeden rok przypada 109.520,08 USD, co przy kursie średnim NBP dla dolara amerykańskiego wynoszącym w terminie składania ofert (29.12. 2016 r.) 4,2161 daje 461.747,60 zł na rok.

Dodał, że wykonawca ALUMBRADOS wskazał ponadto w wykazie robót budowlanych, że budowa i wdrożenie systemu zarządzania i sterowania ruchem drogowym zakończyła się 1 czerwca 2016 r., co oznacza – skoro według informacji z wykazu budowa i wdrożenie systemu zarządzania i sterowania ruchem drogowym zakończyła się 01.06.2016 r. – że zamówienie polegające na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów

terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem (warunek opisany w lit. d) jest realizowane nie wcześniej niż od 01.06.2016 r.

Biorąc pod uwagę, że termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 29 grudnia 2016 r. – wywodził dalej odwołujący – to na dzień składania ofert zamówienie polegające na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem było realizowane przez wykonawcę ALUMBRADOS przez niecałe 7 miesięcy, czyli przez mniej niż rok (od 01.06.-29.12.2016 r.), wobec czego stwierdzić trzeba, że na dzień składania ofert wartość wykonanej części zamówienia polegającego na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem była niższa niż 109.520 dolarów amerykańskich (roczna część budżetu na usługi związane z utrzymaniem), czyli niższa niż 461.747,60 zł.

Stwierdził, że ponieważ zamawiający wymagał wartości nie mniejszej niż 500 tys. PLN brutto, to wykonawca ALUMBRADOS nie wykazał spełniania ww. warunku ze względu na zbyt niską wartość wykonanej części zamówienia.

Uzupełnił, że nie ma przy tym żadnych podstaw do tego, aby wykonawca ALUMBRADOS mógł się powoływać na całą wartość zamówienia polegającego na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem przewidzianą na 3 lata, czyli na 328.560,23 USD, ponieważ nie wykonał jeszcze zamówienia w całości, a jedynie w części.

Powołał się na wyrok z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2939/12, KIO 2942/12: „warunek *udziału w postępowaniu spełni zatem wykonawca, który wykonał umowę w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia".*

Podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się

m.in. wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, to podlega wykluczeniu z postępowania.

Powołał się na wyrok z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt KIO 2220/12: „ciężar *udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on - na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im* środków. *Takie działanie należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp."*

Podkreślił, że nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawiony przez zamawiającego warunek, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez zamawiającego sposób.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 4 tejże ustawy, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ALUMBRADOS do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych), odwołujący wskazał, że z referencji załączonej do wykazu robót budowlanych wynika, że wykonawca ALUMBRADOS był podwykonawcą Asocio Aluvisa S.A, Master Construction S.A., tzn. że Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A. wygrała przetarg publiczny pn. „MODERNIZAGA SIECI SYGNALIZAGI ŚWIETLNEJ – ETAP 1" o wartości brutto 5.625.777,07 USD, natomiast wykonawca ALUMBRADOS wykonał wskazane w referencji dostawy, instalacje i usługi wchodzące w skład projektu „MODERNIZAGA SIECI SYGNALIZAGI ŚWIETLNEJ - ETAP 1".

Powołując się na powszechnie dostępne informacje, w tym także prasowe, podał, że wartość projektu „MODERNIZAGA SIECI SYGNALIZAGI ŚWIETLNEJ - ETAP I" wynosiła 4,69 mln USD, co przy kursie średnim NBP dla dolara amerykańskiego wynoszącym w terminie składania ofert (29.12.2016 r.) 4,2161 daje 19,773509 mln zł, czyli mniej niż wymagane przez zamawiającego minimum 20 mln PLN brutto. Za oczywiste uznał to, że wartość wskazanych w referencji dostaw, instalacji i usług wykonanych przez wykonawcę ALUMBRADOS nie mogła być większa niż wysokość wynagrodzenia, jakie otrzymała Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A. za wykonanie całego projektu „MODERNIZACJA SIECI SYGNALIZAGI ŚWIETLNEJ - ETAP I" – wynagrodzenie wykonawcy ALUMBRADOS mogło być co najwyżej równe wynagrodzeniu otrzymanemu przez Asocio Aluvisa S.A.
Master Construction S.A., choć taka ewentualność jest, stwierdził odwołujący, niezwykle mało prawdopodobna, gdyż wówczas Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A. nic by nie zarobiło na realizacji projektu, a całe jego wynagrodzenie zostałoby przetransferowane do wykonawcy ALUMBRADOS.

Zauważył, że referencja załączona do wykazu robót budowlanych nie pochodzi od podmiotu, który zlecił Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A. wykonanie projektu – wystawcą referencji jest pełnomocnik Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A., pan Carlos Guillamon Pena.

Powołując się na informacje własne podał, że pan Carlos Guillamon Pena posiada akcje wykonawcy ALUMBRADOS, który jest spółką akcyjną, i jednocześnie posiada akcje Aluvisa S.A., która jest spółką akcyjną i wchodzi w skład Asocio Aluvisa S.A. Master

---

Construction S.A. Wyjaśnił, że Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A. to odpowiednik polskiego konsorcjum, czyli jak to ujęto w referencji *„spółka powstała z tymczasowego połączenia firm".* Stwierdził, że wobec powyższego zachodzą poważne wątpliwości co do bezstronności i obiektywizmu pana Carlos Guillamon Pena.

Podsumował, wszystkie wskazane okoliczności powinny wzbudzić u zamawiającego wątpliwość, czy wartość wskazanych w referencji dostaw, instalacji i usług, wchodzących

w skład projektu „MODERNIZACJA SIECI SYGNALIZACJI ŚWIETLNEJ - ETAP I"
i wykonanych przez wykonawcę ALUMBRADOS, nie jest mniejsza niż 20 mln PLN brutto
i zamawiający winien wezwać wykonawcę ALUMBRADOS do wyjaśnienia ile faktycznie
wyniosła wartość wskazanych w referencji dostaw, instalacji i usług, wchodzących w skład
projektu i wykonanych przez wykonawcę ALUMBRADOS, a wyjaśnienia te powinny zostać
poparte dokumentami pochodzącymi od podmiotu, który zlecił Asocio Aluvisa S.A. Master
Construction S.A. wykonanie projektu, gdyż to ten podmiot będzie miał najlepszą wiedzę co
do wartości projektu.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku
z art. 91 ust. 1 tejże ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ALUMBRADOS
jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej
przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, stwierdził że zarzut stanowi
konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej – ponieważ oferty złożone przez
wykonawcę ALUMBRADOS oraz przez wykonawcę QUMAK podlegają odrzuceniu,
a ponadto wykonawca ALUMBRADOS podlega wykluczeniu z postępowania, zamawiający
jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę odwołującego, która przedstawia
najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia
publicznego.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku
z art. 26 ust. 3 tejże ustawy, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy
ALUMBRADOS do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów
potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów
podmiotowych), podkreślił, że stawia zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek
gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych dopuszczalne jest
wezwanie wykonawcy ALUMBRADOS w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia
dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę ALUMBRADOS podlega odrzuceniu
ze względu na rażąco niską cenę, co przekreśla możliwość wezwania wykonawcy
ALUMBRADOS do uzupełnienia, gdyż w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie zaznaczono, że

---

nie wzywa się do uzupełnienia, jeżeli mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega
odrzuceniu.

Zamawiający winien wezwać wykonawcę ALUMBRADOS do złożenia
w wyznaczonym terminie dokumentów podmiotowych, a w razie ich nieskutecznego
uzupełnienia wykluczyć wykonawcę ALUMBRADOS z postępowania na podstawie art. 24
ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznać ofertę złożoną przez wykonawcę ALUMBRADOS za
odrzuconą.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia
publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność
z oryginałem przy piśmie z dnia 16 marca 2017 r., w tym:

1. Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia – Tom I Instrukcja dla wykonawców
   (dalej „IDW"),
2. *Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu*
   nieograniczonego,
3. Oferty odwołującego
4. Oferty wykonawcy Alumbrados,
5. wezwania zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 r., skierowanego do wykonawcy
   Alumbrados na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp,
6. wezwania zamawiającego z dnia 10 stycznia 2017 r., skierowanego do wykonawcy
   Alumbrados w przedmiocie oznaczenie wykonawcy, który złożył ofertę,
7. odpowiedzi wykonawcy Alumbrados z dnia 11 stycznia 2017 r. na wezwanie z dnia
   5 stycznia 2017 r.),
8. odpowiedzi wykonawcy Alumbrados z dnia 12 stycznia 2017 r. na wezwanie

z dnia 10 stycznia 2017 r., 9. wezwania zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 r., skierowanego do wykonawcy

Alumbrados na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

10. odpowiedzi wykonawcy Alumbrados z dnia 31 stycznia 2017 r. na wezwanie z dnia 25 stycznia 2017 r.),
11. Oferty wykonawcy Qumak,
12. wezwania zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 r., skierowanego do wykonawcy Qumak na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
13. odpowiedzi wykonawcy Qumak z dnia 12 stycznia 2017 r. na wezwanie z dnia 5 stycznia 2017 r.),
14. wezwania zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 r., skierowanego do wykonawcy Qumak na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

15. odpowiedzi wykonawcy Qumak z dnia 31 stycznia 2017 r. na wezwanie z dnia 25 stycznia 2017 r.),
16. wezwania zamawiającego z dnia 15 lutego 2017 r., skierowanego do wykonawcy Alumbrados do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postepowaniu,
17. odpowiedzi wykonawcy Alumbrados z dnia 21 lutego 2017 r. na wezwanie z dnia 15 lutego 2017 r.),
18. wezwania zamawiającego z dnia 23 lutego 2017 r. do wyjaśnienia, czy zadania wskazane w Wykazie robót budowlanych i zaświadczeniu „jest *tym samym zamówieniem",*
19. odpowiedzi wykonawcy Alumbrados z dnia 27 lutego 2017 r. na wezwanie z dnia 23 lutego 2017 r.),
20. Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – pismo zamawiającego z dnia 28 lutego 2017 r.,

także: *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo zamawiającego z dnia 24 marca 2017 r., *Pisma przystępującego w toku postępowania* – pismo wykonawcy Qumak z dnia 24 marca 2017 r., pisma wykonawcy Alumbrados z dnia 24 marca 2017 r., złożonych na rozprawie: przez przystępującego Alumbrados – zaświadczenia Głównego Inżyniera Centrum Sterowania Urzędu Miasta Managua z dnia 16 marca 2017 r., przez odwołującego – Decyzji administracyjnej Nr 014 dotyczącej zamówienia publicznego Nr 137/2013 „Modernizacja sieci sygnalizacji świetlnej Etap I", a nadto fragmentów artykułów opublikowanych 2 maja 2015 r., 12 czerwca 2015 r., 21 sierpnia 2015 r., 24 sierpnia 2015 r. na www.laprensa.com. oraz stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Alumbrados i Qumak oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem

materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaznaczenia przy tym wymaga, że choć cena ofertowa odwołującego (36 662 368,92 zł – Formularz „Oferta" odwołującego) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (35 900 000 zł – pkt 11 *Protokołu postępowania),* to – jak oświadczył zamawiający w toku rozprawy – nie wyklucza możliwości jej zwiększenia (pod koniec lutego 2017 roku zamawiający wystąpił z wnioskiem o zwiększenie budżetu o kwotę przewyższającą o 10% wysokość ceny ofertowej odwołującego).

Zamawiający, w Odpowiedzi na odwołanie, uwzględnił część zarzutów, tj.:

- zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Alumbrados dotyczących rażąco niskiej ceny,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Alumbrados z tego powodu, • że nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postepowaniu,
- zaniechania wezwania wykonawcy Alumbrados do złożenia wyjaśnień dotyczących • tzw. dokumentów podmiotowych.

Na posiedzeniu przystępujący Alumbrados oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów.

Skład orzekający Izby wskazuje, że *Pismo przystępującego w toku postępowania* – pismo wykonawcy Qumak z dnia 24 marca 2017 r. miało dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenie o tyle tylko, że wykonawca podtrzymał w nim wniosek o oddalenie odwołania, uznając zarzuty odwołującego się konsorcjum skierowane wobec tego wykonawcy za całkowicie bezzasadne. Bez znaczenia natomiast pozostały wskazane przez tego przystępującego okoliczności, które odnosiły się do zarzutów, które nie zostały podniesione w rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie o sygn. akt KIO 464/17.

Skład orzekający Izby pominął złożoną przez przystępującego Alumbrados „Deklarację *poufności",* ponieważ nie była ona znana zamawiającemu na etapie badania zasadności dokonanego zastrzeżenia informacji składanych w ramach wyjaśnień co do rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny.

Skład orzekający Izby pominął także złożony przez odwołującego artykuł „Kwestionowana *inteligencja sygnalizacji* świetlnej *w Managui"* z 12 dnia czerwca 2016 r., ponieważ odwołujący złożył jedynie jego tłumaczenie na język polski.

KIO 464/17

Zarzut zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Alumbrados, tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Alumbrados w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1-3 tejże ustawy, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. [Dz.U. z 2016 r., poz. 11280] potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wykonawca Alumbrados w piśmie z dnia 11 stycznia 2017 r., będącym odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 r. skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp w pierwszej części pisma zaprezentował swoje stanowisko – podał szereg informacji (2,5 strony – str. 1-3), a jednocześnie, w drugiej części pisma, zastrzegł informacje „zawarte *w niniejszym piśmie oraz załącznikach",* jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (1,5 strony – str. 3-4) i, począwszy od zdania o treści: „Jednocześnie *zastrzegamy,* że *zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach informacje, nie mogą być udostępniane, bowiem stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa."* zaprezentował uzasadnienie zastrzeżenia.

W uzasadnieniu (str. 3-4) wskazał:

- sposób rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu • nieuczciwej konkurencji,
- „Informacje • *(…) określają wielkości rabatów (…)", „Rabaty nie zostały wyszczególnione w cenach ryczałtowych zawartych w ofercie. Konkurencja uzyskując dostęp do w uzyska informacji zawartych wyjaśnieniach informacje o rabatach jakie posiada nasza firma. Konkurencja znając tylko cenę całości zadania nie jest w stanie uzyskać informacji o wysokości rabatów na poszczególne urządzenia, między innymi dlatego, iż na cenę całkowitą składa się ogromny asortyment urządzeń, robocizna oraz zysk.", „(…) rabaty cenowe mają wpływ na pierwsze cztery podpunkty" (dotyczy elementów otoczenia bliższego przedsiębiorstwa),*

• że informacje gospodarcze to m.in. takie informacje, „które *wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności*

gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej",
sposób rozumienia i znaczenie „reguły • *otoczenia przedsiębiorstwa",* dzieląc to otoczenie na „bliższe" i „bliższe" – krótko je scharakteryzował",
Powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2011 r. zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 1243/11, podając że rodzaj chronionych informacji może

---

mieć różny charakter: techniczny, technologiczny oraz organizacyjny np. struktura, przepływ dokumentów, sposoby kalkulacji cen lub zabezpieczenie danych.

Ponadto wykonawca Alumbrados oświadczył:
• „jesteśmy *zobligowani chronić politykę cenową naszych dostawców, dla których ujawnienie rabatów które otrzymujemy będzie miało negatywny skutek.",*
„Informacje • *te nie są przekazywane na zewnątrz ani upubliczniane. Ma do nich dostęp tylko kadra menedżerska oraz są dobierane do każdego zadania indywidualnie"*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.
Z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „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."* wynika (wnioskowanie a contrario), że nie korzystają z ochrony (ujawnia się) zastrzeżone przez wykonawcę informacje, o ile wykonawca nie wykazał, zastrzegając je, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej.
Oznacza to, że zamawiający nie bada samodzielnie – wyłącznie na podstawie treści samych informacji podawanych przez wykonawcę, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale że zamawiający ocenie poddaje to, czy wykonawca wykazał, zastrzegając informacje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
I choć ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek „jedynie" wykazania (nie zaś obowiązek udowodnienia), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń, czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu „wykazać" w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący.
Wykonawcy wolno więc zrobić więcej, tj. udowodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu – o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że ocenie zamawiającego, czy wykonawca Alumbrados wykazał, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podlegała druga część pisma z dnia 11 stycznia 2017 r. począwszy od zdania „Jednocześnie *zastrzegamy, że zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach informacje, nie mogą być udostępniane, bowiem stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa.",* przy czym podkreślenia wymaga, że w samym zastrzeżeniu informacji wykonawca Alumbrados nie skonkretyzował, jakie (które) informacje przez niego podane wymagają ochrony („zastrzegamy, że *zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach informacje, nie mogą być udostępniane").*
Po zacytowanym powyżej zdaniu, w dalszej kolejności wykonawca Alumbrados sprecyzował – co wynika z następujących sformułowań: „Informacje *(…) określają wielkości rabatów (…)", „Rabaty nie zostały wyszczególnione w cenach ryczałtowych zawartych w ofercie. Konkurencja uzyskując dostęp do informacji zawartych w wyjaśnieniach uzyska informacje o rabatach jakie posiada nasza firma. Konkurencja znając tylko cenę całości*

zadania nie jest w stanie uzyskać informacji o wysokości rabatów na poszczególne urządzenia, między innymi dlatego, iż na cenę całkowitą składa się ogromny asortyment urządzeń, robocizna oraz zysk.", „(…) rabaty cenowe maja wpływ na pierwsze cztery podpunkty" (dotyczy elementów otoczenia bliższego przedsiębiorstwa) – tyle, iż chodzi o wielkości rabatów, za jakie może nabyć towary i usługi oraz zakwalifikował je zarówno jako informacje gospodarcze, jak i organizacyjne.

W ocenie składu orzekającego Izby wykonawca Alumbrados nie wykazał, że wielkości rabatów, za jakie może nabyć towary i usługi stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym skład orzekający Izby zastrzega, że co do zasady nie neguje możliwości kwalifikacji informacji o udzielonych rabatach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie też stanowisko zajął odwołujący na rozprawie („O

ile przyznaje możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa udzielonych przez inne podmioty rabatów to (…)"

Jednak w przedmiotowej sprawie wykonawca Alumbrados poprzestał na oświadczeniu o ciążącym na nim obowiązku ochrony polityki cenowej swoich dostawców, nie wskazując nawet z czego obowiązek ów wynika, ani nie wyjaśniając, jakież to negatywne skutki będzie miało dla tych dostawców ujawienie udzielonych mu rabatów, co tym samym przesądza o uznaniu, że wykonawca ten nie wykazał istnienia przesłanek niezbędnych do zachowania informacji w poufności.

Podnieść przy tym należy, że jedynie niektóre z ofert załączonych do pisma wykonawcy Alumbrados z dnia 11 stycznia 2017 r. wskazywały wysokość rabatu.

KIO 464/17

Wykonawca Alumbrados złożył także wyjaśnienia z dnia 31 stycznia 2017 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 r. skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), zastrzegając informacje w nich zawarte, po czym powielił treść uzasadnienia z pisma z dnia 11 stycznia 2017 r. (nadając uzasadnieniu jedynie inną „szatę graficzną").

Wobec tego za aktualne skład orzekający Izby uznaje poczynione już rozważania.

Dodatkowo skład orzekający Izby podkreśla nieadekwatność treści uzasadnienia do informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 31 stycznia 2017 r., ponieważ wykonawca Alumbrados nie ujął tam informacji o jakichkolwiek rabatach.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że dokonane przez wykonawcę Alumbrados zastrzeżenie informacji zwartych w wyjaśnieniach z dnia 11 stycznia 2017 r. i 31 stycznia 2017 r. jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa nie było skuteczne, wobec czego zamawiający winien ujawnić treść tych wyjaśnień, co skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu.

Zarzuty:

- zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów jako tajemnica przez Qumak, zastrzeżonych przedsiębiorstwa wykonawcę tj. odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Qumak w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Qumak pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca Qumak nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 5 stycznia 2017 r. skierowanym przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wezwał wykonawcę Qumak do złożenia wyjaśnień, wskazując że szczególne wątpliwości zamawiającego budzi wycena jednej z 5 pozycji kosztorysu ofertowego, tj. pozycja 1: „Zaprojektowanie, *dostawa, instalacja i modernizacja urządzeń terenowych Systemu Zarządzania Ruchem na drodze ekspresowej S12 i S17 na odcinku Kurów – Lubin – Piaski".*

Zamawiający postawił dwa pytania (nr 1 i 2) oraz oczekiwał wyjaśnień co do kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i elementów rozliczeniowych w tych pozycjach (nr 3).

Wskazał także, że wykonawca winien przedłożyć „wyczerpującą *i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji kosztorysu ofertowego, mając na uwadze m.in. wykonanie prac projektowych, wykonanie robót budowlanych, instalację wszystkich urządzeń terenowych ZSZR, zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty"* oraz „wszelkie *informacje oraz dowody, które uzna za istotne, dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty, a których Zamawiający nie wymienił powyżej"* (str. 2 wezwania, ostatni akapit).

W piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r., będącym odpowiedzią na wezwanie z 5 stycznia 2017 r., wykonawca Qumak zastrzegł informacje składające się na wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i zaprezentował swoje stanowisko – podał szereg informacji, załączył dowody.

Zastrzegł także treść (informacje) samego uzasadnienia zastrzeżenia.

Pismo liczy 15 stron (14 + jedno zdanie na stronie 15). Do pisma załączono dokumenty/materiały – łącznie 35 stron.

Pismem z dnia 25 stycznia 2017 r. zamawiający, ponownie powołując się na przepis art. 87 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Qumak do złożenia wyjaśnień, wskazując, że „Przedstawione *przez Państwa w piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r. informacje i dowody nie przedstawiają szczegółowych kalkulacji poszczególnych elementów wchodzących w skład danej pozycji kosztorysu ofertowego, które pozwoliłyby Zamawiającemu ocenić, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska i czy gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego."*

Zażądał „szczegółowych *wyjaśnień wraz z pełnym wyliczeniem lub kalkulacją cenową dla każdego elementu wchodzącego w skład danej pozycji kosztorysu ofertowego".*

Zażądał nadto złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami i kalkulacjami cenowymi dla każdego z wymaganych elementów oprogramowania, przekazując przez siebie modułów pomocniczo przygotowane zestawienie scentralizowanych i aplikacji.

Oczekiwał „wskazania *kwot wykonania danego elementu oprogramowania"* oraz *zażądał „wskazania, które oprogramowanie będzie oprogramowaniem dedykowanym, a które standardowym."*

Postawił 5 pytań.

W piśmie z dnia 31 stycznia 2017 r., będącym odpowiedzią na wezwanie z 25 stycznia 2017 r., wykonawca Qumak zastrzegł informacje składające się na wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i zaprezentował swoje stanowisko. Zastrzegł także treść (informacje) samego uzasadnienia zastrzeżenia.

Pismo liczy 4 strony i zawiera m.in. 5 odpowiedzi na postawione przez zamawiającego pytania oraz uzasadnienie dokonania modyfikacji przekazanego przez zamawiającego zestawienia modułów. Do pisma załączono wyliczenia i kalkulacje w tym dotyczące wszystkich 5 pozycji kosztorysu ofertowego (Załączniki 1-5), a także elementów oprogramowania – łącznie 7 stron.

Wykonawca Qumak: wyszczególnił oprogramowanie, wskazując, które stanowi oprogramowanie standardowe, a które dedykowane, wprowadził dodatkową „kategorię" oprogramowania (odniósł się do tego w piśmie na str. 3, trzeci akapit), podał koszty wykonania, uruchomienia, wdrożenia i wymaganych licencji (Załącznik III Oprogramowanie).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania przez zamawiającego odtajnienia informacji składających się na uzasadnienie zastrzeżenia i nie żądał ich odtajnienia (postawił „jedynie" zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Qumak w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Przypomnienia wymaga, o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykonawcy Alumbrados, że zamawiający nie bada samodzielnie – wyłącznie na podstawie treści samych informacji podawanych przez wykonawcę, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale że zamawiający ocenie poddaje to, czy wykonawca wykazał, zastrzegając informacje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając fakt, że zarówno informacje składające się na uzasadnienie zastrzeżenia, jak i informacje stanowiące wyjaśnienia co do wysokości zaoferowanej ceny pozostały poufnymi, skład orzekający Izby, oceniając złożone przez wykonawcę Qumak wyjaśnień i dowody pod kątem tego, czy jest ona rażąco niska, nie może podać i wprost odnieść się do samych informacji, co ma wpływ na prezentowane poniżej rozważania Izby.

W ocenie składu orzekającego Izby, uwzględniając ustalony stan faktyczny, informacje i dowody złożone przez wykonawcę Qumak przy pismach z dnia

---

12 i 25 stycznia 2017 r., a także treść wezwań (zakres zainteresowań zamawiającego) i stopień ich szczegółowości uznać należało, że wykonawca Qumak złożył wyjaśnienia na wezwania zamawiającego z dnia 5 i 25 stycznia 2017 r., których zamawiający żądał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz, że wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W odniesieniu do wezwania zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 r.:
po pierwsze, skład orzekający Izby uznał, że zgodnie z żądaniami zamawiającego wykonawca w swoim piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r. odniósł się do wątpliwości zamawiającego dotyczących pozycji 1 kosztorysu ofertowego (str. 2-3) oraz złożył dowody, w tym oferty podmiotów zewnętrznych, potwierdzające wycenę stanowiącą bardzo znaczącą wartość ceny ofertowej,
po drugie, nie pozostawił żadnego z pytań bez odpowiedzi (str.3-4),
po trzecie, odniósł się do sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, przy czym skład orzekający Izby podnosi – co istotne – że z treści wezwania zamawiającego nie wynikało oczekiwanie złożenia samej kalkulacji (żądanie takie zamawiający jasno wyartykułował w piśmie z 25 stycznia 2017 r.), lecz wyjaśnień co do kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i elementów rozliczeniowych w tych pozycjach.

W odniesieniu do wezwania zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 r.:
po pierwsze, zgodnie z żądaniami zamawiającego wykonawca w swoim piśmie z dnia 31 stycznia 2017 r. złożył wyjaśnienia (str. 1-2) wraz z kalkulacją cenową dla każdego elementu wchodzącego w skład danej pozycji kosztorysu ofertowego (Załączniki 1-5),
po drugie, udzielił odpowiedzi na wszystkie (5) pytania zamawiającego (str. 3-4),
po trzecie, złożył wyjaśnienia (str. 3) wraz z kalkulacjami cenowymi dla każdego z wymaganych elementów oprogramowania, modyfikując nieco, ze względu na przyjęty przez siebie sposób realizacji zamówienia, pomocniczo przygotowane przez zamawiającego zestawienie modułów scentralizowanych i aplikacji, podał kwoty wykonania danego elementu oprogramowania (Załącznik III Oprogramowanie oraz Załącznik 2),
po czwarte, wskazał oprogramowanie dedykowane i standardowe.

Dla oceny charakteru zaoferowanej przez wykonawcę ceny ofertowej w świetle złożonych przez wykonawcę Qumak wyjaśnień niezbędne jest uwzględnienie następujących okoliczności:
1. zamawiający żądał podania ceny ryczałtowej, oczekując jedynie podziału ceny na 5 zasadniczych, zbiorczych pozycji,
2. przedmiot zamówienia wymaga tak zaprojektowania, jak i wykonania,

---

co uzasadnia przyjęcie w prezentowanych zamawiającemu kalkulacjach pozycji zagregowanych, nie poddających się całkowitemu uszczegółowieniu,

3. systemy zarządzania ruchem stanowią, zwłaszcza w warunkach polskich, novum, stąd znaczenie, przy projektowaniu, a w konsekwencji wycenie, ma dotychczas zdobyte przez wykonawcę doświadczenie w realizacji zamówień zbliżonych do zakresu przedmiotowego zamówienia; sam odwołujący w odwołaniu przyznał, że „oznakowanie *pryzmatyczne dróg jest dziedziną bardzo młodą, jego wprowadzenie na polskie drogi następuje w ramach wdrażania modułów Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem, a przedmiotowe zamówienie (…), jest jednym z pierwszych tego typu projektów realizowanych na polskiej sieci drogowej"* (str. 19-20 odwołania),
4. znaczącą wartość zamówienia stanowi wartość materiałów i urządzeń.

Uwzględniając powyższe okoliczności skład orzekający Izby uznał, że złożone przez wykonawcę Qumak wyjaśnienia i dowody nie dają podstaw do kwalifikacji ceny ofertowej tego wykonawcy jako rażąco niskiej.

Przede wszystkim wskazać należy, że bardzo znacząca wysokość ceny ofertowej wykonawcy Qumak znajduje potwierdzenie w złożonych ofertach podmiotów zewnętrznych (załączniki do pisma z dnia 12 stycznia 2017 r.).

Złożone oferty nie budzą wątpliwości, ponieważ pochodzą z okresu poprzedzającego termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu oraz są – co wynika z ich treści – „dedykowane" do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto oferta o kluczowej (największej) wartość pochodzi od podmiotu wskazanego także przez wykonawcę Qumak (w zastrzeżonej części dokumentu JEDZ) jako podwykonawca.

Złożone wyjaśnienia i dowody są wystarczająco szczegółowe, adekwatne do wezwań zamawiającego, spójne i korelują z całkowitą ceną ofertową wykonawcy Qumak.

Za okoliczność mającą wpływ na wysokość zaoferowanej ceny skład orzekający Izby uznał, a to ze względu na akcentowany powyżej fakt, że systemy zarządzania ruchem stanowią novum, wskazane przez wykonawcę Qumak dotychczas zdobyte doświadczenie w realizacji zamówień zbliżonych do zakresu przedmiotowego zamówienia (str. 4-5 wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2017 r.).

Odnosząc się do podejrzeń odwołującego, że wykonawca Qumak nie uwzględnił w swojej wycenie:

- oznakowania pryzmatycznego,
- integracji protokół komunikacyjnych z istniejącymi urządzeniami,
- ryzyka przejęcia zobowiązań gwarancyjnych,

- odpowiedzialności za zdarzenia losowe,

skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zostały oparte na błędnym założeniu, sprowadzającym się w istocie do tego, że wykonawca Qumak nie zapoznał się wystarczająco starannie z postanowieniami SIWZ i załącznikami do niej, co nie zostało jednak w odniesieniu do tego wykonawcy w żadnym stopniu uprawdopodobnione.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że systemy zarządzania ruchem stanowią, zwłaszcza w warunkach polskich, novum, skłania raczej do wniosku, iż wykonawcy bardziej wnikliwie (niż w wielokrotnie powielanych zamówieniach) zapoznają się z wymaganiami SIWZ.

Dostrzeżenia także wymaga, że podając rzekomo pominięte przez wykonawcę Qumak ww. pozycje, odwołujący nie wskazał żadnych, choćby orientacyjnych wartości, co oznacza, że nie wiadomym jest, jakie znaczenie, wedle odwołującego, dla wyceny pozycje te mają. Odwołujący poprzestał na sformułowaniach: „istotne *zaniżenie ceny oferty"* (str. 21, pierwszy akapit, zdanie ostatnie), „istotny *wpływ na poważne zmniejszenie ceny oferty"* (str. 21 odwołania, drugi akapit, ostatnie zdanie oraz str. 22, pierwszy akapit, zdanie ostatnie, str. 22, pierwszy akapit, zdanie ostatnie).

Odwołujący nie sprecyzował także żadnych zastrzeżeń co do wysokości (cen cząstkowych) 5 pozycji kosztorysu ofertowego, pomimo że były jawne.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzuty zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Qumak w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej nie potwierdziły się.

Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że wykonawca Alumbrados nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca Alumbrados nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł „wyłącznie *na wypadek, gdyby Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. (…) poprzez zaniechanie czynności odtajnienia (ujawnienia) przez Zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS"* (str. 18 odwołania), prezentując argumentację w odniesieniu do tego zarzutu „na *wypadek gdyby Izba uznała za niezasadne zarzuty dotyczące zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez Zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALUMBRADOS".*

Wobec powyższego oraz uznania przez skład orzekający Izby zarzutu zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Alumbrados za zasadny (zarzut się potwierdził) skład orzekający Izby poprzestał na rozpoznaniu zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Alumbrados.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia wykonawcy Alumbrados z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados za odrzuconą, pomimo że wykonawca Alumbrados nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu – zarzut się nie potwierdził,
- zaniechania czynności wezwania wykonawcy Alumbrados do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych), czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – zarzut się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 15 lutego 2017 r. zamawiający, wskazując że oferta wykonawcy Alumbrados została oceniona najwyżej, wezwał tego wykonawcę do złożenia – w celu potwierdzenia spełniania przez tegoż wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, o której mowa w pkt. 7.2.3) IDW – wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, mogły być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty. Zamawiający zastrzegł, że wykaz należy złożyć zgodnie z treścią załączonego do wezwania formularza (załącznik nr 1).

W odniesieniu do oczekiwanej od wykonawcy zdolności technicznej / zawodowej zamawiający, w pkt. 7.2.3) IDW wskazał:

„O *udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (…):*

3) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawcy:

Wykonawca zamówienia musi wykazać; że *wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co*

najmniej:

e) budowę i wdrożenie systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym, o wartości nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto, obejmującego łącznie wszystkie niżej wymienione elementy:

• centrum operacyjne (centrum sterowania/zarządzania), które musiało umożliwiać prezentację danych z systemu zarządzania/sterowania ruchem na wielkoformatowej ścianie *wizyjnej oraz wybór scenariusza i procedury zarządzania ruchem w trybie ręcznym, półautomatycznym i automatycznym;*

• minimum 6 znaków o zmiennej treści realizujących scenariusze zarządzania ruchem, które zostały opracowane i zaimplementowane do systemu centralnego;

• system wizyjny zbudowany z co najmniej 15 kamer monitoringu wizyjnego, w skład którego wchodziła cyfrowa transmisja i rejestracja obrazu, transmisja za pomocą sieci światłowodowej;

• system pomiaru ruchu z instalacją co najmniej 10 punktów detekcji określającej stan i parametry ruchu;

• minimum 2 stacje meteorologiczne, które przesyłały dane do centralnego systemu informatycznego;

• system GIS jako podstawa do prezentacji danych o ruchu, sieci drogowej, danych meteorologicznych i danych diagnostycznych o urządzeniach terenowych Systemu Zarządzania Ruchem;

f) jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa kanału technologicznego i sieci światłowodowej *o łącznej długości minimum 3 km;*

g) jedno zamówienie polegające na dostawie i instalacji, serwerów, systemów backup, infrastruktury sieciowej dla sieci lokalnej (LAN) sprzętowej jak i programowej o wartości nie mniejszej niż 500 tys. PLN brutto każde;

h) jedno zamówienie polegające na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem, o wartości nie mniejszej niż 500 tyś PLN brutto, obejmujących łącznie wszystkie niżej wymienione elementy:

• znaki o zmiennej treści.

KIO 464/17

• drogowe stacje meteorologiczne,

• kamery monitoringu wizyjnego,

• stacje pomiaru ruchu drogowego.

Zamawiający dopuszcza wykazanie spełnienia warunków opisanych w lit a) do d) w ramach jednego zadania/zamówienia."

Wykonawca Alumbrados, przy piśmie z dnia 21 lutego 2017 r., złożył wykaz, w którym ujął jedno zadanie o wartości 21 550 664, 20 zł brutto, tj. *Budowę i wdrożenie systemu zarządzania i sterowania ruchem drogowym* o wartości ponad 21,5 mln złotych brutto, zrealizowane w okresie od dnia 3 listopada 2014 r. do dnia 1 czerwca 2016 r., które obejmowało „naprawę *i konserwację elementów terenowych systemu zarządzania i sterowania ruchem"* o wartości ponad 1,25 mln złotych ze wszystkim żądanymi przez zamawiającego elementami.

Załączył do wykazu zaświadczenie dotyczące *„Modernizacji sieci sygnalizacji* świetlnej – *ETAP I",* w którym m.in. podano, że „Projekt *został w pełni zrealizowany i znajduje się w fazie eksploatacji i utrzymania"* oraz, że wskazany „projekt *obejmuje również usługi związane z utrzymaniem wszystkich wyżej wymienionych systemów, w tym Centrum Sterowania. Budżet na usługi związane z utrzymaniem przez okres trzech lat wynosi 328 560,23 USD."*

Opisując szerzej dostawy, instalacje i usługi projektu wystawca zaświadczenia wskazał także: „Dostarczenie, *instalacja, zaprogramowanie i późniejsze utrzymanie 52 skrzyżowań sterowanych przy użyciu sygnalizacji* świetlnej", *„Dostarczenie, instalacja, konfiguracja i późniejsze utrzymanie 56 kamer monitoringu wizualizacyjnego i bezpieczeństwa typu (…) i 169 kamer stałych", Dostarczenie, instalacja, konfiguracja i późniejsze utrzymanie 7 paneli informacji o ruchu drogowym (…)", „Dostarczenie, instalacja, konfiguracja i późniejsze utrzymanie sieci komunikacyjnej (…)", „Dostarczenie, instalacja, konfiguracja i późniejsze utrzymanie 32 punktów detekcji i pomiaru ruchu", „Dostarczenie, instalacja i późniejsze utrzymanie 5 stacji meteorologicznych (…)",*

„Dostarczenie, instalacja i późniejsze utrzymanie systemu awaryjnego zasilania UPS oraz systemu awaryjnego zasilania dla zespołu prądotwórczego w Centrum Sterowania".

Zamawiający ocenił, że złożone przez wykonawcę Alumbrados dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej / zawodowej i, pismem z dnia 28 lutego 2017 r., poinformował wszystkich wykonawców o wyborze oferty wskazanego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Wykonawca Alumbrados ujął w wykazie projekt „Budowa *i wdrożenie systemu zarządzania i sterowania ruchem drogowym",* którego nazwa (wyraz *„Budowa")* wskazuje na stworzenie całkiem nowego systemu (systemu, który dotychczas nie istniał). Takiego też doświadczenia oczekiwał zamawiający, żądając w pkt. 7.2.3) IDW wykazania wykonania właśnie budowy systemu (o podanych cechach).

W treści zaświadczenia, opisując zrealizowany projekt, wystawca wielokrotnie użył zwrotu „późniejsze *utrzymanie",* co – wobec podanego w wykazie 1 czerwca 2016 r. jako terminu zakończenia realizacji zamówienia – uzasadnia wniosek, że usługi polegające na utrzymaniu systemu zaczęto wykonywać od tego dnia, a w dalszej kolejności, że usługi te były wykonywane przez niespełna 7 miesięcy (do terminu składnia ofert, tj. do dnia 29 grudnia 2016 r.) i rodzi wątpliwości co do wartości usługi utrzymania w tym okresie (jaka jest wartość usługi utrzymania systemu w okresie pierwszych 7 miesięcy w sytuacji, gdy wartość usługi utrzymania w okresie 3 lat to niespełna 1,3 mln złotych).

W zaświadczeniu złożonym na potwierdzenie należytego wykonania wskazanego w wykazie zamówienia posłużono się inną nazwą, tj.„ *Modernizacja sieci sygnalizacji* świetlnej – *Etap I",* co w zestawieniu z nazwa podaną w wykazie przez wykonawcę Alumbrados budzić mogło wątpliwości co do tożsamości tego zamówienia.

Wątpliwość ta została już przez wykonawcę Alumbrados wyjaśniona (jest to to samo zamówienie) w piśmie z dnia 27 lutego 2017 r. – na wezwanie zamawiającego z dnia 23 lutego 2017 r.

Istnienie wątpliwości co do wartości świadczonych usług utrzymania realizowanych w przypadku wskazanego w wykazie zamówienia przesądza o tym, że nie można uznać, iż wykonawca Alumbrados wykazał spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej / zawodowej co do jednego zamówienia polegającego na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem o wartości 500 tys. złotych brutto skoro zasadnym jest wniosek, iż świadczenie usługi utrzymania rozpoczęto po zakończeniu budowy systemu (niespełna 7 miesięcy) oraz racjonalnym jest przypisanie wartości usługi utrzymania systemu przez okres 7 miesięcy, proporcjonalnie do całkowitej, trzyletniej wartości tejże usługi (1 258 615, 67 zł / 36 miesięcy = 34 961,55 zł miesięcznie; 34 961,55 x 7 = 244 738,85 w okresie 7 miesięcy).

Złożone przez przystępującego Alumbrados na rozprawie zaświadczenie Głównego Inżyniera Centrum Sterowania Urzędu Miasta Managua z dnia 16 marca 2017 r., w którym

---

podaje się wartość kontraktu: 5 625 777,07 USD oraz, że utrzymanie systemu było świadczone od 3 listopada 2017 r., a wartość tej usługi w okresie od 3 listopada 2014 r. do 3 grudnia 2016 r. wynosiła 228 166,83 USD nie została przedstawione zamawiającemu na etapie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (wymaga więc oceny zamawiającego, którego czynności dopiero w dalszej kolejności ocenia Izba), a nadto wymaga dalszego zbadania (wyjaśnienia), a to wobec złożonej przez odwołującego Decyzji administracyjnej Nr 14 wskazującej inną, niższą (4 690 186,26 USD) niż w zaświadczeniu z dnia 16 marca 2017 r. (5 625 777,07 USD) wartość kontraktu, co może mieć znaczenie dla wartości świadczonej usługi utrzymania systemu.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „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 udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że *mimo* że *mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania",* a nadto zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp „Zamawiający *wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1".*

Pomimo uznania, że wykonawca Alumbrados nie wykazał spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej / zawodowej co do jednego zamówienia, polegającego na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem, ze względu na wynikające z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp obowiązki zamawiającego (użyto „zamawiający wzywa"), skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Alumbrados z postępowania i w następstwie tego uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą w sytuacji, gdy zamawiający nie kierował dotychczas do wykonawcy Alumbrados wezwania z żądaniem wyjaśnień w ww. zakresie, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Alumbrados z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej, a w toku postępowania uczestnicy nie podnosili istnienia jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania.

Skład orzekający Izby, wobec wątpliwości co do wartości świadczonych usług utrzymania realizowanych w przypadku wskazanego w wykazie złożonym przez wykonawcę

Alumbrados zamówienia, uznał natomiast, że potwierdził się zarzut zaniechania czynności wezwania wykonawcy Alumbrados do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych), tj. wykazu i zaświadczenia, wobec czego nakazał zamawiającemu wezwanie wykonawcy Alumbrados do złożenia wyjaśnień co do tych dokumentów.

Odwołujący kwestionował także wartość wskazanego w wykazie przez wykonawcę Alumbrados projektu, tj. wartość 21 550 664,20 zł brutto, twierdząc, że wskazana w zaświadczeniu wartość projektu, tj. 5 625 777,07 USD winna zostać przeliczona wg kursu średniego NBP dla dolara amerykańskiego z dnia 29 grudnia 2016 r.(termin składania ofert), co daje wartość 19 773 509 złotych (poniżej wartości 20 mln złotych wskazanej jako minimalna przez zamawiającego).

Jednak odwołujący nie wskazał postanowienia SIWZ, które narzucałoby zastosowanie kursu, będącego podstawą jego przeliczeń, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że kwestionowanie wskazanego w wykazie przez wykonawcę Alumbrados projektu jest nieuzasadnione, a zamawiający nie dopuścił się zaniechania wezwania wykonawcy Alumbrados do złożenia wyjaśnień co do wartości projektu.

Nieuzasadnione jest oczekiwanie odwołującego, aby „referencja" pochodziła od „odbiorcy docelowego" projektu, nie zaś od Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A., który został przez „odbiorcę docelowego" wyłoniony w przetargu na wykonanie ujętego w wykazie projektu, ponieważ to ten podmiot zlecił wykonawcy Alumbrados wykonanie zamówienia, będąc tym samym dla tego wykonawcy zamawiającym / zlecającym, którego podania oczekiwał zamawiający w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do wezwania z dnia 15 lutego 2017 r. i dysponując wystarczającą (jeśli nie większą niż odbiorca docelowy) wiedzą co do zrealizowanego projektu.

Za niewystarczające do podważenia zaświadczenia podpisanego przez inżyniera Carlosa Guillamon Pena – pełnomocnika Asocio Aluvisa S.A. Master Construction, tj. podmiotu wyłonionego przez odbiorcę docelowego do wykonania wskazanego w wykazie projektu uznał skład orzekający Izby gołosłowne twierdzenia odwołującego co do braku bezstronności i obiektywizmu tej osoby (str. 41 odwołania, pierwszy akapit: "Zgodnie

z informacjami posiadanymi przez Odwołującego pan Carlos Guillamon Pena posiada akcje wykonawcy Alumbrados, który jest spółka akcyjną, i jednocześnie posiada akcje Aluvisa S.A., która jest spółka akcyjną i wchodzi w skład Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A.").

KIO 464/17

Tak też w przypadku twierdzenia, iż niezwykle mało prawdopodobna jest, aby całe wynagrodzenie Asocio Aluvisa S.A. Master Construction S.A. zostało przetransferowane do wykonawcy Alumbrados.

Przypomnienia wymaga, że odwołujący jest zobowiązany wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Zarzuty:

- niezasadnego dokonania wyboru oferty wykonawcy Alumbrados jako oferty najkorzystniejszej – zarzut się potwierdził,
- zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej – zarzut nie potwierdził się.

Uznanie przez skład orzekający Izby, że wykonawca Alumbrados nie wykazał spełniania postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej / zawodowej co do jednego zamówienia, polegającego na utrzymaniu, naprawie i konserwacji elementów terenowych systemu zarządzania lub sterowania ruchem przesądza jednocześnie o tym, że wybór oferty takiego wykonawcy jest niedopuszczalny (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp: „Zamówienia *udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy")* – doszłoby bowiem do udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jednakże uznanie przez skład orzekający Izby (zarzuty wcześniejsze), że wykluczenie wykonawcy Alumbrados z postępowania i uznanie oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą nie jest możliwe (zamawiający dotychczas nie kierował do wykonawcy Alumbrados wezwania czy to w trybie art. 26 ust. 3, czy to w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) przesądza o tym (niezależnie od faktu, że skład orzekający Izby stwierdził brak podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Qumak S.A. sklasyfikowanej przed ofertą odwołującego), że także wybór oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej jest niemożliwy (a zarzut niezasadny).

Zarzut zaniechania czynności wezwania wykonawcy Alumbrados do uzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych skład orzekający Izby uznał za przedwczesny, a to z tego względu, iż nie stwierdzono dotychczas zaoferowania przez wykonawcę Alumbrados ceny rażąco niskiej (brak podstaw do odrzucenia oferty) oraz z tego względu, że złożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie wątpliwości, o których mowa w zarzucie powyżej mogą być wystarczające do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu wobec czego wzywanie na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów może okazać się zbędne.

KIO 464/17

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

KIO 464/17