

WYROK

z dnia 19 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Członkowie: **Ernest Klauziński**

Ewa Kisiel

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020r. przez Odwołującego - **ArchiDoc S.A. z siedzibą w Chorzowie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Trintab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k., ADS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 8 odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje:
 - odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Trintab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k., ADS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych
 - ponowną ocenę i badanie ofert;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Świadczenie kompleksowych usług pocztowych, usług archiwizacyjnych i usług towarzyszących w Głównym Inspektoracie Transportu Drogowego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 087-207812 z dnia 5 maja 2020r.

W dniu 7 grudnia 2020r. Odwołujący – ArchiDoc S.A. z siedzibą w Chorzowie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części II zamówienia, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2098 r. poz. 1145 ze zm., dalej jako „k.c.”) oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Trintab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k., ADS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum lub Przystępujący) pomimo, że wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) nie wniósł skutecznie wadium oraz nie wniósł go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w Pzp, na co wskazuje wykładnia gwarancji bankowej w sposób uwzględniający całokształt okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje – w związku z zabezpieczaniem gwarancją bankową pozyskaną przez tego Wykonawcę oferty złożonej wyłącznie przez jednego z członków tego Konsorcjum oraz braku wskazania w treści gwarancji bankowej części Postępowania w ramach której zabezpiecza ofertę;

2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) ewentualnie art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi;

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(Dz.U. z 2018r., poz. 419 ze zm.; dalej: „uznk”);

5)art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień ceny z dn. 23 października 2020r. - w zakresie pozycji l.p. I nr 2 i 7 formularza cenowego;

6)art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

7)art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia i poprawienia dokumentów;

8)art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień;

9)art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3)nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum;

4)nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny z dn. 23 października 2020r. - w zakresie pozycji l.p. I nr 2 i 7 formularza cenowego;

5)nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią II SIWZ lit. A pkt 1.2.2.1 (str. 35 SIWZ) dla części II Postępowania Zamawiający postawił warunek: „Wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł brutto, polegające na świadczeniu, przez okres minimum 24 miesięcy, usług polegających na ewidencjonowaniu, skanowaniu, gromadzeniu, porządkowaniu, przechowywaniu, udostępnianiu, przygotowywaniu do brakowania i brakowaniu dokumentacji lub co najmniej 2 (dwa) zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł brutto, przez okres minimum 24 miesięcy każde, polegających łącznie na świadczeniu usług polegających na ewidencjonowaniu, skanowaniu, gromadzeniu, porządkowaniu, przechowywaniu, udostępnianiu, przygotowywaniu do brakowania i brakowaniu dokumentacji”.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie wykazało spełnienia przedmiotowego warunku, ponieważ:

1)nie wykazało, że w zakres zamówień referencyjnych wchodziły wszystkie rodzaje usług wymaganych w warunku,

2)nie wykazało, że wartości zamówień referencyjnych dla okresu ostatnich 5 lat wynoszą dla każdego z nich lub nawet łącznie nie mniej niż 4.000.000,00 zł brutto – wartość każdego z tych zamówień plasuje się poniżej tej kwoty, zaś dodatkowo dla jednego z tych zamówień (Grupa Generali) podano wartość dla okresu dłuższego, niż wskazany w warunku okres 5 lat, co powoduje, że nie wiadomo czy rzeczywista wartość tego zamówienia dla okresu z ostatnich 5 lat dawałaby w ogóle możliwość wykazania spełnienia warunku,

3)nie wykazało, że jest uprawnione do posługiwania się referencjami za okres, kiedy zamówienia referencyjne były realizowane przez inny podmiot, tj. Arteria Document Solutions Sp. z o.o. – spółkę w wyniku podziału której utworzono ADS Sp. z o.o.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał złożenia wykazu zgodnie ze wzorem określonym formularzem numer DP.1. (pkt 13.2.1, str. 40 SIWZ). Konsorcjum nie wypełniło jednak tego dokumentu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bowiem nie podało informacji żądanych w kolumnie wykazu opisanej w następujący sposób: „Informacje pozwalające na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu [...]”. W kolumnie tej Konsorcjum zawarło jedynie - przy każdym z obydwu zamówień ujętych w wykazie - informację o treści: „Udostępnione referencje”. Zatem jedynymi dokumentami, które określają zakres referencyjnych usług i do których Konsorcjum odsyła, są właśnie przedłożone referencje. Odwołujący stwierdził, że analizując treść złożonych przez Konsorcjum referencji zauważył, że w treści każdej z nich określono zakres świadczonych usług, ale zarówno referencja od Nest Bank S.A., jak i referencja od Grupy Generali nie zawiera usług wymaganych w warunku, a polegających na: ewidencjonowaniu, gromadzeniu, porządkowaniu, przygotowywaniu do brakowania i brakowaniu dokumentacji. Tym samym Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu i powinno zostać wezwane do uzupełnienia wykazu usług wraz z załączeniem dowodów, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Kolejno wskazał, że Zamawiający wymagał, aby wykazać się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonaniem zamówień, które były realizowane przez okres co najmniej 24 miesięcy - każde, posiadały łączną wartość nie mniejszą niż 4.000.000,00 zł brutto i polegały na świadczeniu określonych usług. Okres wykonywania zamówienia na rzecz Grupy Generali wykracza poza przyjęty w warunku 5-letni okres, w którym usługi mogły być wykonane. W wykazie usług Konsorcjum wskazało, że to zamówienie jest wykonywane „Od 28-12-2011 do chwili obecnej”. Wartość, którą należało podać w wykazie usług dla tego zamówienia, to wartość w odniesieniu do okresu nie dłuższego niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert, Konsorcjum podało wartość dla okresu dłuższego. Tym samym Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu i powinno zostać wezwane do uzupełnienia lub poprawienia wykazu usług wraz z załączeniem dowodów, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie poprzez uwzględnienie w kolumnie „Wartość (brutto) zamówienia” wartości zamówień przypadających na okres nie dłuższy niż ostatnie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący wskazał także, że Konsorcjum powołuje się na referencje zapewnione przez członka tego konsorcjum, tj. ADS Sp. z o.o. Spółka ta została utworzona w dniu 22.08.2019r. poprzez podział Arteria Document Solutions Sp. z o.o., przez przeniesienie części majątku Arteria Document Solutions Sp. z o.o. na ADS Sp. z o.o. (zgodnie z informacją dostępną w odpisie z KRS). Zamówienia zawarte w wykazie usług obejmują okres, kiedy rzekomo były świadczone przez ADS Sp. z o.o. - od 22.08.2019r., jak i okres kiedy były realizowane przez Arteria Document Solutions Sp. z o.o. Okres ich realizacji przez ADS

Sp. z o.o. jest jednak zbyt krótki do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. ADS Sp. z o.o. świadczyła samodzielnie usługi referencyjne po jej utworzeniu przez okres krótszy, niż wymagany w warunku okres minimum 24 miesięcy dla każdej z usług referencyjnych. Okres rzekomego świadczenia usług przez ADS Sp. z o.o. od momentu jej utworzenia do momentu składania oferty wynosi niecałe 13 miesięcy (od 22.08.2019 do 15.09.2020r.). Tym samym Konsorcjum, aby mieć szansę wykazania spełnienia warunku, musiało powołać się w wykazie również na okres, w którym zamówienia referencyjne świadczyła spółka, z podziału której utworzono ADS Sp. z o.o., tj. Arteria Document Solutions Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum powinno wykazać, że ADS Sp. z o.o. jest uprawnione do powoływania się na referencje z okresu, kiedy usługę na rzecz Nest Bank S.A., jak i Grupy Generali świadczyła Arteria Document Solutions Sp. z o.o. Wyjaśnił, że podział przez wydzielanie jest jedną z form podziału spółki, przewidzianych w art. 529 § 1 kodeksu spółek handlowych (dalej: „ksh”). Polega on w uproszczeniu na przeniesieniu części majątku spółki dzielonej do innej spółki lub spółki nowo utworzonej. W trakcie podziału na spółkę nowo utworzoną przechodzą nie tylko określone prawa, ale także i obowiązki. Kodeks spółek handlowych przewiduje w art. 531 ksh zasadę częściowej sukcesji uniwersalnej. Przepis

art. 531 § 1 ksh wskazuje, iż spółki nowo utworzone wstępują w ogół praw i obowiązków spółki dzielonej, przydzielonych w planie podziału, czyli na spółkę nowo utworzoną – ADS Sp. z o.o. przechodzi tylko część majątku spółki dzielonej. Wskazać należy, że wydzielenie nowej spółki następuje w dniu jej wpisu do rejestru (art. 530 § 1 zd. 2 ksh). Przejście majątku następuje na mocy ustawy, bez konieczności przenoszenia poszczególnych składników majątkowych czy też poszczególnych zobowiązań z osobna. Na spółkę nowo zawiązaną przechodzą w drodze częściowej sukcesji uniwersalnej wszelkie składniki spółki dzielonej przypisane spółce w planie podziału, w tym także prawa rzeczowe, składniki niematerialne i prawne, wierzytelności, roszczenia. Nie zachodzi konieczność zmiany dotychczasowych umów, których stroną była spółka dzielona (wydzielająca), gdyż z mocy prawa jako następca prawny stroną w tych stosunkach – zgodnie z planem podziału stanie się spółka nowo tworzona. W wyniku utworzenia nowej spółki przez podział przechodzi na nią jakaś część przedsiębiorstwa spółki, z którego jest ona wydzielana. Definicję przedsiębiorstwa zawiera art. 551 kc, który stanowi, że: Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że wiedza i doświadczenie, którego wyrazem są referencje również wchodzi w skład przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum powinno wykazać, że zostały przeniesione na ADS Sp. z o.o. takie składniki przedsiębiorstwa spółki Arteria Document Solutions Sp. z o.o., które pozwalają na ocenę, że ADS Sp. z o.o. jest w stanie wykonać zamówienie tak, jakby to uczyniła Arteria Document Solutions Sp. z o.o. i została przeniesiona taka zorganizowana część przedsiębiorstwa (w tym składnik w postaci wiedzy i doświadczenia), która na to pozwala. W świetle powyższych rozważań, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, w ramach których Konsorcjum wykaże, że jest uprawniony do posługiwania się referencjami dla zamówień realizowanych przez Arteria Document Solutions Sp. z o.o.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią II SIWZ lit. C pkt 1.1 lit. b) (str. 47 SIWZ) dla części II Postępowania Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości: 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100). Konsorcjum złożyło gwarancję bankową - Gwarancja nr KLG685361N20 – wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach. Gwarancja ta została jednak wystawiona jedynie na jednego z członków Konsorcjum – Trintab Arteria Management

Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, tymczasem wykonawcą składającym ofertę w Postępowaniu jest konsorcjum, a nie pojedynczy wykonawca. Co więcej, w gwarancji tej nie wskazano dla której części Postępowania została ona wystawiona. Odwołujący wskazał, że kwestię prawidłowości wadium wniesionego przez jednego członka konsorcjum rozstrzygał Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17, uznając, że jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceńodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesione prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 Pzp).

Odwołujący stwierdził, że analizując treść gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum ustalił, że jako „Wykonawcę” jednoznacznie zdefiniowano w niej - Trintab Arteria Management Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie. Z treści tej gwarancji wynika, że gwarancja zabezpiecza ofertę złożoną przez tak zdefiniowanego „Wykonawcę”, o czym świadczą m.in. następujące sformułowania:

„Zostaliśmy poinformowani, że nasz klient - TRINTAB ARTERIA MANAGEMENT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SK Z SIEDZIBĄ W WARSZAWIE, ADRES: UL. STAWKI 2A, 00-193 WARSZAWA, zwany „Wykonawcą”, zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest, [...] -

[...] oferta Wykonawcy została wybrana, lecz:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; lub

2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie [...]”.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, gwarancja bankowa, a w tym treść wszystkich przesłanek płatności, odnoszą się wyłącznie do „Wykonawcy” - Trintab Arteria Management Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie. Załączony do oferty Konsorcjum dokument gwarancji bankowej nie określa w sposób właściwy wykonawcy, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę roszczeń Zamawiającego o wypłatę kwot z tejże gwarancji. Podkreślił, że w treści gwarancji bankowej załączonej do oferty Konsorcjum nie wskazano przy zdefiniowanym „Wykonawcy”, że działa on jako lider, pełnomocnik czy w imieniu własnym i na rzecz innego podmiotu. W treści gwarancji bankowej oferent musi być wskazany prawidłowo, co oznacza, że muszą być w niej wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia a przynajmniej być zachowana „wersja minimum”, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją. Rolą wadium – gwarancji bankowej jest zabezpieczenie oferty. W tym kontekście należy zauważyć, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta złożona przez konsorcjanta - co do tego poglądy w praktyce zamówień publicznych są jednolite. Nie powinno też budzić wątpliwości, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającą powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty - tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej - gwarancja nie została zabezpieczona złożoną ofertą. Tym samym nie ma znaczenia, że w danej gwarancji została podana prawidłowa nazwa postępowania, kwota wadium, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty - jeśli nie ma „tylko” oferty, którą owa gwarancja zabezpiecza.

W opinii Odwołującego, rozszerzająca interpretacja treści gwarancji bankowych polegająca na przyjęciu, że wskazanie jednego z konsorcjantów w treści przedmiotowych dokumentów zabezpiecza interes Zamawiającego w toku postępowania jest niedopuszczalna, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, ani w obowiązujących przepisach prawa, ani tym bardziej w istocie i charakterze przedmiotowego dokumentu. Należy wziąć pod uwagę, że konsorcjum nie jest osobnym podmiotem prawnym, lecz grupą podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Konsorcjum nie jest uważane z mocy prawa za podmiot prawa, mogący we własnym imieniu zaciągać prawa i obowiązki. Wobec powyższego istotne znaczenie może mieć okoliczność, który z członków konsorcjum np. odmówił zawarcia umowy, co powinno skutkować zatrzymaniem wadium. Zatem oświadczenie złożone przez Zamawiającego zawierające wskazanie, że jest ono składane w związku z udziałem ADS Sp. z o.o. w Postępowaniu w ramach Konsorcjum dawałoby wystawcy gwarancji możliwość uchylenia się od zapłaty. Zwłaszcza, że to w oparciu o potencjał tego podmiotu Konsorcjum stara się wykazać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i to przede wszystkim działania i zaniechania tego podmiotu będą ewentualnie powodować zatrzymanie wadium. Takie oświadczenie Zamawiającego byłoby bowiem sprzeczne z treścią

przedmiotowej gwarancji, która jako Wykonawcę definiuje wyłącznie Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Gwarancja bankowa Konsorcjum wymagań tych nie spełnia.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że treść gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum budzi zasadnicze wątpliwości również z tego powodu, że nie określa ona części Postępowania dla której została ona złożona, co może zamykać Zamawiającemu drogę do dochodzenia roszczeń. Abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej powoduje, że powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W takiej sytuacji oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b oraz art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ Wykonawca ten wbrew przepisom prawa nie wniósł skutecznego wadium, a przynajmniej nie wniósł go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 ustawy Pzp, a zaniechanie jej odrzucenia stanowi naruszenie wskazanych przepisów.

Uzasadniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia w zakresie części II na kwotę 35 375 438,83 zł brutto, na podstawie ofert złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na ogłoszenie Zamawiającego zamieszczonego na stronie www GITD dot. szacowania wartości zamówienia na „Świadczenie kompleksowych usług pocztowych, usług wydruku masowego korespondencji, usług archiwizacyjnych i usług towarzyszących w Głównym Inspektoracie Transportu Drogowego”. W przedmiotowym Postępowaniu dla części II zamówienia złożone zostały 3 oferty Wykonawców:

- a) Konsorcjum – wartość oferty: 19 554 811,06 zł brutto,
- b) Odwołujący – wartość oferty: 25 442 249,77 zł brutto,
- c) Iron Mountain Polska Sp. z o.o. – wartość oferty: 27 415 129,40 zł brutto.

Oferta Konsorcjum okazała się niższa w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia powiększonej od podatek VAT o 45 % oraz o 26% od średniej pozostałych ofert. Ceny ofertowe zostały podane na podstawie Formularza cenowego OF.2. stanowiącego załącznik do oferty. W formularzu cenowym wykonawcy obowiązani byli podać ceny jednostkowe netto i brutto wraz wartościami netto i brutto wynikającej z przemnożenia cen jednostkowych i szacowanego wolumenu w okresie 72 miesięcy.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że zgodnie z zapisami §.9 ust. 9.2 ISTOTNYCH POSTANOWIEŃ UMOWY (IPU) CZĘŚĆ II, Zamawiający przewidział rozliczanie miesięczne na podstawie faktycznie zrealizowanych czynności w danym miesiącu kalendarzowym w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe brutto dla usług określonych w l.p. I poz. nr 1, 2, 5, 6 Formularza cenowego OF.2. Usługi określone w l.p. I poz. nr 3, 4 Formularza cenowego OF.2 rozliczane będą po zakończeniu trwania okresu archiwizacji na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych. Usługa określona w l.p. I poz. 7 za przejście dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy rozliczona zostanie po jej wykonaniu na podstawie zaoferowanej ceny jednostkowej i wolumenu przejętej dokumentacji. Usługa integracji określona w l.p. II rozliczona zostanie jednorazowo po jej wykonaniu. W takim przypadku ceny jednostkowe nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen rozliczeniowych, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi jest naliczane wynagrodzenie dla Wykonawcy. Wobec tego, to również ceny jednostkowe powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny oraz pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zgodnie z wymogiem Zamawiającego opisanym w ust. 5.2 części III SIWZ „Cena ma się składać wyłącznie z czynników do niej przynależnych i nie jest dopuszczalne przenoszenie kosztów i wydatków pomiędzy poszczególnymi pozycjami”.

W opinii Odwołującego rażąco niska cena oferty Konsorcjum wynika przede wszystkim z niedoszacowania 2 poniżej wskazanych elementów zamówienia określonych w Formularzu cenowym OF.2:

- 1) Cena za usługę z pozycji l.p. I nr 2 - „Skanowanie i rozpoznawanie w postaci umożliwiającej edycję dokumentów odesłanych, oraz umieszczenie ich wraz z referencją w bazie danych Zamawiającego”.
- 2) Cena za usługę z pozycji l.p. I nr 7 - „Przejście dokumentacji od dotychczasowego Wykonawcy”.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum pismem z dn. 16 października 2020r. zostało wezwane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1) Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty tego Wykonawcy. W przedmiotowym wezwaniu wskazano m.in.: „[...] Zamawiający - Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: [...]”. Wyjaśnił że wyjaśnienia ceny, które złożyło Konsorcjum nie zostały Odwołującemu udostępnione jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego nie ma on możliwości precyzyjnego odniesienia się do ich treści. Jednak w jego ocenie, wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum w pozycjach l.p. I nr 2 i 7 formularza cenowego w są na tyle ogólne, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien uznać, że nie złożono ich w ogóle. Stwierdził, że Konsorcjum zapewne przedstawiło ogólną kalkulację, bez odniesienia się do specyficznych uwarunkowań tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty zostały zapewne przedstawione (być może poza nielicznymi wyjątkami) w sposób ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji. Dlatego też wyjaśnienia te nie poddają się weryfikacji. Konsorcjum przedstawiło zapewne jedynie wartości kosztów rodzajowych. Wyjaśnienia nie zawierały cen jednostkowych czy cen wchodzących w skład kosztów rodzajowych, nie wykazywały co było podstawą takiego skalkulowania ceny oferty, co stanowi o ich wadliwości (podobnie KIO 311/17). Odwołujący zakłada, że Konsorcjum w wyjaśnieniach ceny zaprzeczyło, aby zaoferowana cena była rażąco niska, jednakże nie sprostало ono swojemu obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Konsorcjum bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły jej na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona – czego nie uczyniło.

Odnosząc się do wyjaśnień ceny Konsorcjum w pozycjach l.p. I nr 2 i 7 formularza cenowego należy wskazać, że nie przedstawiono w nich szczegółowej kalkulacji cenowej – co jest niezbędne w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Ogromna różnica cenowa całej wartości oferty, jak i różnice w najistotniejszych pojedynczych pozycjach cenowych powinny być skłonić Zamawiającego do bardzo wnikliwej analizy wszystkich wyjaśnień Konsorcjum pod kątem oceny, z czego wynika taka oszczędność wykonania zamówienia. Skoro Zamawiający nie dopuszczał przenoszenia kosztów i wydatków między poszczególnymi pozycjami cenowymi, to niewątpliwie powinien dokonać wnikliwej analizy, czy każda z cen rażąco niskich składa się ze wszystkich czynności niezbędnych do prawidłowej realizacji usługi zgodnie z wymogami SIWZ oraz czy będzie możliwa realizacja usług za takie ceny w określonym przez Zamawiającego zakresie. W ocenie Odwołującego, Zamawiający takiej analizy zaniechał.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów na możliwość optymalizacji wynikającej z zastosowanych rozwiązań technicznych. Konsorcjum najpewniej, a w szczególności w zakresie pozycji l.p. I nr 2 formularza cenowego powołało się na możliwość optymalizacji ceny wynikającej z zastosowania systemów odczytu

OCR. Najpewniej teza ta nie została w żaden sposób udowodniona. Jest to typowy „wybieg” niektórych wykonawców, którzy próbując za wszelką cenę pozyskać zamówienie zasłaniają się ogólnikowymi tezami o wyjątkowo wydajnych narzędziach, które w praktyce nie są w stanie nawet zbliżyć się do wartości deklarowanych przez producenta czy dystrybutorów. Odwołujący jest przekonany, że w tym przypadku jest podobnie i wyjaśnienia nie zawierają żadnych dowodów potwierdzających możliwość realizacji tej usługi w oparciu wyłącznie lub prawie wyłącznie o system OCR. Konsorcjum nie załączyło do wyjaśnień dowodów potwierdzających wysokość kosztów, co dyskwalifikuje te wyjaśnienia. Jeśli zaś przedstawiono jakieś dowody (zostały one zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa), to są to jedynie wybiórcze dowody w zakresie wybiórczo wybranych kosztów. Konsorcjum nie udowodniło pełnych, a nawet istotnych kosztów wykonania zamówienia. Jeśli natomiast złożono jakieś oferty od dostawców/podwykonawców/usługobiorców, to Odwołujący nie znając treści tych ofert wskazuje, że:

a) utajnione „oferty” nie stanowią wiążących prawnie ofert, lecz są jedynie informacją handlową. Art. 66 k.c. stanowi, iż oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przede wszystkim oferta musi określać adresata oferty, przedmiot oferty oraz termin związania ofertą. Szczególnie istotny jest określony termin związania ofertą, ponieważ art. 66 § 2 k.c. stanowi o braku związania ofertą w przypadku zaniechania jej natychmiastowego przyjęcia: § 2: Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia;

b) „oferty” te nie określają precyzyjnie wolumenu poszczególnego asortymentu niezbędnego do prawidłowej realizacji usług, lecz wolumen ten jest zaniżony, co nie wykazuje ich dostępności w pełnym wymaganym zakresie. Oznacza to, że obecna wycena oferty została dokonana w sposób nierzetelny i nieprawidłowy oraz nie wykazuje rzeczywistych kosztów niezbędnych do poniesienia przez Konsorcjum w celu realizacji zamówienia;

c) „oferty” nie określają precyzyjnie ich przedmiotu i nie sposób na ich podstawie ustalić czego one dotyczą;

d) „oferty” nie zawierają dat ich złożenia lub zawierają daty po złożeniu ofert, co wskazuje, że kalkulacja ceny miała miejsce dopiero po złożeniu oferty w Postępowaniu;

e) podsumowując wystąpienie przynajmniej niektórych z tych okoliczności dyskwalifikuje ten dowód i świadczy o tym, że są to po prostu oferty pozyskane od zaprzyjaźnionych dostawców, lecz bez pokrycia.

Odwołujący podniósł również, że Konsorcjum nie uwzględniło wszystkich kosztów, a ponadto wskazał, że w wyjaśnieniach ceny Konsorcjum prawdopodobnie nie uwzględniło następujących kosztów:

1) koszty pracy – w kalkulacji nie przedstawiono kosztów pracy lub nie wykazało, że koszty pracy - których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę,

2) nie przedstawiono kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników, ani nie przedstawiono żadnych dowodów na wykazanie stawek zatrudnienia. Nie wykazano, aby Konsorcjum zatrudniało osoby po stawkach wyższych niż minimalne, ale również nie wykazano, że stawki po których rzeczywiście zatrudnia osoby pozwalały uznać, że zaoferowana cena pozwala pokryć te koszty. Rzecz w tym, że obowiązek zatrudnienia po stawkach nie niższych, niż minimalne, to obowiązek ustawowy podlegający weryfikacji, ale oprócz tego weryfikacji podlega także okoliczność, czy rzeczywiste stawki zatrudnienia nie wskazują, że realizacja zamówienia odbywa się poniżej kosztów produkcji. W tym zakresie brakuje wyjaśnień, brakuje jakiegokolwiek kalkulacji, która dawałaby jakąkolwiek podstawę do wnioskowania, że została ona dokonana w sposób prawidłowy,

3) koszty ogólnozakładowe – koszty obsługi kadrowej, księgowej, prawnej, kadry kierowniczej, które są normalnymi kosztami funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa oraz wynagrodzenie pracowników i utrzymanie ich biur, które jest związane z realizacją zamówienia,

4) koszty pozyskania/wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania zamówienia. Ponadto zamówienie o tej wartości wymaga najpewniej finansowania zewnętrznego – kredyt obrotowy, co stanowi kolejny istotny koszt. Zauważyć przy tym należy, że jeśli Konsorcjum byłoby w stanie sfinansować zamówienie bez zewnętrznego finansowania, to byłoby to istotna i sprzyjająca dla tego Wykonawcy okoliczność realizacji zamówienia, którą wówczas podniesiono by w wyjaśnieniach ceny.

W zakresie rażąco niskiej ceny usług oferty złożonej przez Konsorcjum dla pozycji l.p. I nr 2 Formularza cenowego OF.2 za „Skanowanie i rozpoznawanie w postaci umożliwiającej edycję dokumentów odesłanych, oraz umieszczenie ich wraz z referencją w bazie danych Zamawiającego” Odwołujący zauważył, że jest to cena najistotniejsza z punktu widzenia całego przedmiotu zamówienia, gdyż szacunkowy wolumen ilości sztuk dokumentów do przeprocesowania w ramach tej usługi jest na tyle duży, że ma największy wpływ na łączną cenę oferty i niedoszacowanie tej ceny przez Konsorcjum powoduje znaczące zaniżenie wartości oferty dla całego zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że należy uwzględnić, że cena określona w pozycji l.p. I nr 2 Formularza OF.2 to cena jednostkowa stanowiąca kryterium oceny ofert, w ramach którego „Cena jednostkowa za usługę skanowania” poddana jest ocenie Zamawiającego. Zgodnie z zapisami określonymi w punkcie B dla części II zamówienia część II SIWZ WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania za cenę jednostkową brutto przez Wykonawcę wynosi 5 pkt. Zdaniem Odwołującego dodatkowa punktacja miała wpływ na przyjętą przez Konsorcjum kalkulację ceny z pozycji l.p. I nr 2 Formularza OF.2 i zaniżenie ceny w celu osiągnięcia wyższej punktacji. W przedmiotowym Postępowaniu wykonawcy zaoferowali ceny jednostkowe za wykonanie usługi „Skanowania i rozpoznawanie w postaci umożliwiającej edycję dokumentów odesłanych, oraz umieszczenie ich wraz z referencją w bazie danych Zamawiającego” - określonej w pozycji l.p. I nr 2 Formularza cenowego OF.2 na następującym poziomie cenowym:

a) Konsorcjum – cena jednostkowa 0,59 zł brutto za szt.,

b) Odwołujący – cena jednostkowa 1,09 zł brutto za szt.,

c) Iron Mountain Polska Sp. z o.o. – cena jednostkowa 1,07 zł brutto za szt.

Wartość brutto ofert wykonawców za wykonanie usługi określonej w pozycji l.p. I nr 2 Formularza cenowego OF.2 w ilości 13 326 940 szt. dokumentów oszacowana została przez Wykonawców na poziomie:

a) Konsorcjum – cena 7 868 225,38 zł brutto.

b) Odwołujący – cena 14 526 364,60 zł brutto.

c) Iron Mountain Polska Sp. z o.o. – cena 14 259 825,80 zł brutto.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wskazał, że cena jednostkowa Konsorcjum jest o 45% niższa od średniej wartości cen pozostałych Wykonawców, co przy tak dużym wolumenie ilościowym na poziomie 13 326 940 szt. obniża wartość oferty Konsorcjum za wykonanie tej usługi o 6 663 470,00 zł brutto w stosunku do ceny Odwołującego. Zaoferowana przez Konsorcjum cena jednostkowa w wysokości 0,59 zł za wykonanie usługi „Skanowania i rozpoznawanie w postaci umożliwiającej edycję dokumentów odesłanych, oraz umieszczenie ich wraz z referencją w bazie danych Zamawiającego” jest ceną rażąco niską, w porównaniu do cen pozostałych wykonawców, nierealistyczną do wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Cena za wykonanie usługi z pozycji l.p. I nr 2 formularza została nierzetelnie

skalkulowana. Konsorcjum nie wyceniło pełnego zakresu czynności określonych w SIWZ. Zgodnie z wymogami Zamawiającego w cenie usługi określonej w pozycji l.p. 1 nr 2 Formularza cenowego OF.2, należało skalkulować koszty realizacji co najmniej takich czynności jak wskazano poniżej. Przy poszczególnych czynnościach wskazano pracochłonność w sekundach na dokument sprawy:

1. Ewidencjonowanie dokumentacji:
 - a. nadanie i przekazanie informacji o unikatowym numerze przesyłki/dokumentu – 3 sekundy / dokument,
 - b. przekazanie informacji zawierających co najmniej dane nadawcy przesyłki (imię, nazwisko, adres), datę nadania przesyłki, numer nadawczy przesyłki, datę wpływu korespondencji, numer sprawy której korespondencja dotyczy - część danych może być odczytana w procesie pozyskania danych do wprowadzenia do systemu teleinformatycznego – 6 sekund / dokument,
2. Skanowanie wraz z przygotowaniem korespondencji do skanowania, na którą składają się następujące elementy:
 - a. wypakowanie korespondencji z transportu, wyjęcie listów z worków pocztowych, przekazanie korespondencji na stanowiska do procesowania, przygotowanie wsadów do automatycznego rozcięcia kopert – 4 sekundy / dokument,
 - b. rozcięcie kopert z użyciem automatycznego otwieracza do kopert z odesłaną korespondencją – 1 sekunda / dokument,
 - c. wyjęcie dokumentów z koperty oraz rozłożenie i rozprostowanie zagięć, złożów papieru wyjętego z koperty – 4,5 sekundy / dokument,
 - d. rozszycie dokumentów - usunięcie ewentualnych koszulek, zszywek, spinaczy, części plastikowych, które mogą być umieszczone sporadycznie w korespondencji – 0,1 sekundy / dokument,
 - e. sprawdzenie czy w kopercie znajduje się dokumentacja jednej lub więcej spraw – 1 sekunda / dokument,
 - f. oznaczenie pierwszego dokumentu z przesyłki indywidualnym znacznikiem (np. naklejenie kodu kreskowego) – 3 sekundy / dokument,
 - g. opatrzenie każdego dokumentu pieczęcią kancelaryjną z datą wpływu (zgodnie z instrukcją kancelaryjną) – 2 sekundy / dokument,
 - h. weryfikacja poprawności podziału dokumentów na formularze i niestandardowe pisma przychodzące oraz komórki organizacyjne – 0,4 sekundy / dokument,
 - i. ułożenie dokumentów do skanowania wsadowego – 2 sekundy / dokument,
 - j. skanowanie kompletów dokumentów (4-6 stron) na wysokowydajnych skanerach wsadowych do masowego skanowania dokumentacji – 4,4 sekundy / dokument,
 - k. zastosowanie automatycznego OCR w celu pozyskania części danych drukowanych w części A formularzy oświadczeń oraz danych wypełnionych pismem odręcznym w części B formularzy oświadczeń – 0 sekund / dokument,
 - l. Przywrócenie dokumentów do pierwotnej postaci (w tym rozdzielanie wsadów po skanowaniu na pojedyncze komplety, połączenie dokumentów wraz z kopertą pierwotną) – 7,6 sekundy / dokument,
3. Porządkowanie i segregowanie dokumentów podlegających skanowaniu – 3,5 sekundy / dokument obejmujące poniższe czynności:

- a. weryfikacja kompletów dokumentów po skanowaniu, w celu zachowania poprawności podziału na rodzaje dokumentów oraz komórki organizacyjne
 - b. spakowanie dokumentów do pudła z zachowaniem chronologii oraz podziału na komórki organizacyjne,
 - c. opisanie opakowań zbiorczych etykietami i umieszczenie pudła na magazynie.
4. Wprowadzanie danych do systemu teleinformatycznego z korespondencji przychodzącej - formularzy oświadczeń i niestandardowych pism przychodzących – proces wprowadzania danych z formularzy został opisany odrębnie poniżej z uwagi na kluczowy wpływ na wycenę usługi.

5. Codzienny odbiór i transport korespondencji przychodzącej – odbiór formularzy oświadczeń i niestandardowych pism przychodzących ze skrytek pocztowych i lokalizacji zamawiającego.

Ad. 1-3 - Koszty realizacji usługi w zakresie wykonania wskazanych czynności

Odwolujący wyjaśnił, że czas wykonania poszczególnych czynności oszacowano w oparciu o jego wieloletnie doświadczenie z procesowaniem dziennie setek tysięcy dokumentów wpływających do obsługiwanym przez niego klientów z branży bankowej, ubezpieczeniowej i telekomunikacyjnej, potwierdzonych w przeprowadzonych testach wewnętrznych. Łączny czas wykonania wskazanych czynności procesowych z wyłączeniem czynności wprowadzania danych wynosi 42,5 sek. na dokument. Wyjaśnił, że koszt pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem zgodnym z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku wynosi 2 600,00 zł, co wraz z kosztami pracodawcy wynosi 3 106,48 zł. Z przeliczenia wskazanego wynagrodzenia brutto z kosztami pracodawcy przez średnią ilość 168 h/m-c wynika, że koszt 1 roboczogodziny wynosi 18,49 zł. Jest to minimalny koszt osobowy jaki wykonawca powinien przyjąć do wyceny usługi.

Po zastosowaniu poniższego działania matematycznego: $42,5 \text{ sek. na dokument} \times (18,49 \text{ zł za rbh} / 3\ 600 \text{ sek.}) = 0,2183 \text{ zł}$ otrzymujemy minimalny koszt osobowy netto wykonania czynności procesowych bez wprowadzania danych z dokumentów w wysokości 0,2183 zł netto za dokument, a po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23% wynosi 0,2685 zł brutto.

Ad. 4 – Koszty realizacji usługi w zakresie wprowadzania danych do systemu teleinformatycznego z korespondencji przychodzącej - formularzy oświadczeń i niestandardowych pism przychodzących.

Odwolujący wyjaśnił, że zgodnie z zapisem w OPZ określonym w ust. 4.1.2. pkt r) Wykonawca zobowiązany jest do wprowadzania danych z korespondencji przychodzącej według formularzy wyspecyfikowanych przez Zamawiającego oraz przekazywania danych za pomocą Interfejsu wymiany danych CANARD. Poglądowe wzory formularzy zostały przedstawione przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do OPZ stanowiącego załącznik zmodyfikowanego SIWZ z dnia 13.08.2020 r. Zamawiający oczekuje od Wykonawcy „...wprowadzania wszystkich danych które zostaną nanesione na formularz...” – odpowiedź na pytanie 17 z dnia 25.05.2020 r. W przytoczonej powyżej odpowiedzi Zamawiający również wskazał że, „...wycena tej usługi powinna zostać skalkulowana w pozycji 2 formularza cenowego OF.2.” Ilość dokumentów dla tej usługi ustalona została przez Zamawiającego na poziomie 13 326 940 szt. dokumentów do realizacji w okresie 72 miesięcy trwania usługi. Główną część wskazanego wolumenu stanowią Formularze oświadczeń (nr 1, nr 2, nr 3) w określonej przez Zamawiającego ilości 9 328 858 szt. dokumentów, a pozostałą część stanowi niestandardowa korespondencja przychodząca określona przez zamawiającego na poziomie 3 998 082 szt. dokumentów. Każdy z formularzy oświadczeń, składa się z dwóch stron A4. Na stronie pierwszej formularza umieszczone są oświadczenia nr 1, nr 2, nr 3, które odsyłający powinni właściwie oznaczyć, wpisać miejscowość i datę oraz złożyć podpis. Natomiast na drugiej stronie oświadczenia, w części B umieszczony został zestaw rubryk określających: dane osobowe, dokument tożsamości, adres zamieszkania, adres dla doręczeń, dokument uprawniający do kierowania pojazdem, miejsce zatrudnienia, numer telefonu kontaktowego, które odsyłający wypełniają ręcznie. Odwołujący wskazał, że czynność

wprowadzenia danych do systemu teleinformatycznego z korespondencji przychodzącej jest kluczowa dla pozycji I.p. I nr 2 i stanowi największy koszt tej usługi. W związku z tym przyjęcie przez wykonawcę optymalnego sposobu wprowadzenia danych zgodnych z wymogami Zamawiającego, jak również rzetelna kalkulacja ich wprowadzenia do systemu ma kluczowe znaczenie.

Odwolujący zauważył, że Konsorcjum w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 23 października 2020 r., wskazało w ust. II.1.2, że „...w procesie realizacji usług będzie wykorzystywało licencję na oprogramowanie służące do optycznego rozpoznawania znaków (OCR ang. optical character recognition), które pozwoli na przyspieszenie i obniżenie kosztów realizacji procesów wprowadzania wymaganych danych do systemu”. To wskazuje, że Konsorcjum wykorzysta do wprowadzania danych do systemu CPD CANARD oprogramowanie do automatycznego odczytu i rozpoznania znaków OCR. Odwołujący odnosząc się do powyższego wskazał, że większość profesjonalnych podmiotów zajmujących się masowym wprowadzaniem danych od wielu lat wykorzystuje technologię OCR do optycznego rozpoznawania znaków i pozyskiwania danych z pisma drukowanego. Skuteczność tego typu odczytu jest bliska 100% w przypadku pisma drukowanego, niemniej jednak dla pisma odręcznego skuteczność poprawnego odczytu jest zdecydowanie niższa. Uwarunkowane jest to tym, że pismo odręczne na dokumentach nanoszone jest różnymi charakterami pism o różnorodnym ułożeniu. Duży wpływ na jakość odczytu ma również rodzaj zastosowanego przyboru do pisania (np. długopis, cienkopis, mazak) oraz jego kolor. Także sposób wypełnienia pól formularzy, ewentualne przekreślenia danych na formularzach lub dopiski poza wyznaczonymi obszarami skutkują znacznym obniżeniem skuteczności odczytu. W przypadku dokumentów niestandardowych nieposiadających ustalonych pól do wypełnienia, jak również wypisanych różnorodnymi charakterami pisma jakoś automatycznego odczytu takich pism jest na bardzo niskim poziomie. Odczytywanie pisma ręcznego jest niejednokrotnie trudne dla człowieka, z uwagi na indywidualne cechy pisma oraz jego czytelność. Przykładem mogą być recepty wypisywane ręcznie przez lekarzy, których odczyt dla większości jest niejednokrotnie bardzo trudny. W takich przypadkach nie radzą sobie również nowoczesne technologie. Zastosowanie formularzy, w których poszczególne litery wpisywane są oddzielnie w rubrykach podnosi odczyt treści pisma, wobec czego tylko w przypadku formularzy oświadczzeń stanowiących część dokumentów objętych Postępowaniem rozważyć należy skuteczność automatycznego odczytu. Ponadto wyjaśnił, że z jego doświadczenia wynika, że przy realizacji procesów tożsamy z przedmiotem zamówienia istotnym jest wykonanie analizy wszystkich czynności niezbędnych do wykonania usługi oraz wszystkich wymogów zamawiającego w dokumentacji SIWZ. Takie działanie umożliwia wypracowanie wykonawcy optymalnego modelu realizacji oraz rzetelnej wyceny usługi. Na etapie składania ofert Odwołujący dokonał szczegółowej analizy możliwości pozyskania danych z formularzy wypisanych odręcznie zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Odwołujący wykonał szereg testów dotyczących manualnego i automatycznego wprowadzania danych z formularzy oświadczzeń. Na podstawie przykładowych formularzy oświadczzeń udostępnionych przez Zamawiającego razem z SIWZ Odwołujący opracował materiał testowy składający się z ok. 60 wypisanych odręcznie formularzy, każdy przez inną osobę odmiennym charakterem pisma. Opracowana próbka stanowiła przykładowe odzwierciedlenie odsyłanej korespondencji dla formularzy oświadczzeń Zamawiającego. W wyniku przeprowadzonych testów wewnętrznych z zastosowaniem różnorodnych, dostępnych baz (takich jak baza kodów pocztowych, bazy TERYT, bazy imion oraz walidatory numerów PESEL) uzyskano wiedzę że, skuteczność odczytu jest na zróżnicowanym poziomie wynikającym z ww. uwarunkowań dotyczących jakości pisma ręcznego. W celu dodatkowej weryfikacji Odwołujący zwrócił się do firmy Auto ID, która jest ekspertem i liderem we wdrażaniu rozwiązań OCR opartych o system OCR firmy ABBYY, o dokonanie testów zewnętrznych na tej samej próbce dokumentów. Po przeprowadzeniu testów przez firmę AutoID Odwołujący uzyskał potwierdzenie, że skuteczność poprawnego odczytu danych z testowanych formularzy Zamawiającego jest na poziomie ok. 87%. Uzyskana skuteczność wskazuje na możliwość wykorzystania automatycznego odczytu OCR (OCR – ang. optical character recognition) w niepełnym zakresie dla pisma ręcznego z części B formularzy oświadczzeń. Przy uzyskanym podczas testów wyniku poprawności znaków na poziomie 87%, dla pozostałej części 13% znaków, które system odczytuje jako niepewne lub błędne, należy każdorazowo dokonać weryfikacji poprawności danych oraz manualnej korekty. Na podstawie przeprowadzonych testów dokonano oszacowania średniego czasu weryfikacji lub manualnej poprawy dokumentu w sekundach z których wynika, że dla każdego typu oświadczzeń, po zastosowaniu automatycznego odczytu OCR należy przeprowadzić weryfikację poprawności odczytanych danych i manualną poprawę niepewnych lub błędnych znaków w dokumencie. Przy założeniu, że korekta wymaga weryfikacji przez operatora różnicy występującej pomiędzy danymi na dokumencie i niepewnym wynikiem odczytu, a następnie wprowadzenia lub korekty poprawianego znaku należy przyjąć, że czynność tak wykonanej korekty może być zrealizowana w czasie nie krótszym niż 1,6 sek. na jeden znak. Po przeliczeniu łącznego czasu weryfikacji odczytanych danych i manualnej poprawy, uśredniony czas korekty dla wszystkich rodzajów oświadczzeń szacowanych przez Zamawiającego wynosi 50,41 sekundy na dokument. W przypadku niestandardowych pism przychodzących, jak wskazano powyżej, niski poziom odczytu danych ze względu na brak zachowania struktury formularzy (pismo blokowe znajdujące się dedykowanych okienkach), oraz duża różnorodność charakterów pisma nadawców wymaga manualnego wprowadzania danych z dokumentów. Czas wprowadzenia danych z niestandardowego pisma przychodzącego obliczony został na podstawie średniej ilości znaków do wprowadzenia manualnego (83 znaki) oraz czasu wprowadzenia jednego znaku w ilości 1,2 sekundy. Z przemnożenia tych składników wynika, że na wprowadzenie jednego niestandardowego pisma potrzeba co najmniej 99,60 sekundy.

Ponadto Odwołujący dokonał wyliczeń minimalnego kosztu osobowego netto niezbędnego do przeprowadzenia weryfikacji lub manualnej poprawy znaków dla jednego dokumentu uwzględniającego szacunkowe wolumeny dokumentów wskazane przez Zamawiającego, z których wynika, że minimalny koszt osobowy realizacji tych czynności wynosi 0,5533 zł netto a po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23%, wynosi 0,6806 zł. Należy podkreślić, że to tylko wyłącznie minimalny koszt osobowy niezbędny do wykonania usługi zgodnie z wymogami Zamawiającego, uwzględniający ustawowo określone minimalne wynagrodzenie. Kluczowym w ocenie jest to, że Konsorcjum w pkt. II.1.4 złożonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z oświadczyło, że „...wszystkie wynagrodzenia są wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa...”. Cena jednostkowa zaoferowana przez Konsorcjum wynosi 0,59 zł brutto. Cena ta nie pokrywa zatem nawet minimalnych kosztów osobowych realizacji usługi określonej w poz. I.p. I nr 2. Pomimo wykorzystania do realizacji usługi nowoczesnych technologii w zakresie optycznego rozpoznawania znaków należy wykonać szereg prac weryfikacyjnych i procesowych opartych na pracy ludzkiej, której koszt wprost wynika z obowiązujących przepisów prawa. Ponadto obok czystych kosztów osobowych konieczne jest uwzględnienie kosztów codziennych odbiorów i transportu dokumentacji ze skrzytek pocztowych i lokalizacji Zamawiającego oraz koszty materiałów niezbędnych do realizacji usługi poz. I.p. I nr 2, tj. ofertówek lub dużych kopert, koszt kodów kreskowych, materiałów biurowych w tym pieczęci kancelaryjnych, tuszu do pieczęci, papieru, rozszywaczy itp. Co więcej, dla obsługi miesięcznego wolumenu w ilości ok. 185 000 dokumentów (wolumen szacunkowy wskazany przez Zamawiającego w okresie 72 miesięcy świadczenia usługi wynosi 13 326 940, wobec czego założyć można, że miesięcznie będzie to ok. 185 000 dokumentów) przy uśrednionym czasie procesowania pojedynczego dokumentu na poziomie ok. 107 sekund, koniecznym będzie zapewnienie powierzchni biurowej dla 33 osób realizujących usługę z pozycji I.p. I nr 2 w trybie dwuzmianowym, koszty mediów (prąd, gaz, woda), koszty łączu informatycznego, koszt

sprzątania, ochrony, monitoringu, koszty sprzętu informatycznego niezbędnego do realizacji usługi, w tym koszt amortyzacji skanerów przemysłowych wraz z kosztem ich obsługi serwisowej, koszt kilkudziesięciu komputerów i oprogramowania oraz koszty obsługi IT (HelpDesk, obsługa sieciowa niezbędna dla zapewnienia ciągłości realizowania usługi) oraz koszty zarządcze i koszt rezerwy projektowej, a które to koszty należy bezsprzecznie skalkulować w cenie realizacji usługi. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że stosunek tych kosztów pośrednich do kosztów osobowych wynosi co najmniej 20% kosztów osobowych. Po ich uwzględnieniu minimalny koszt jednostkowy netto przepracowania dokumentu wynosi 0,6640 zł, a po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23%, wynosi 0,8167 zł. Ponadto każdy z wykonawców wykorzystujący nowoczesną technologię do optycznego rozpoznawania znaków (OCR – ang. optical character recognition) powinien w swej cenie uwzględnić koszt licencji takiego oprogramowania. Odwołujący nie podzielił stanowiska wyrażonego przez Konsorcjum w piśmie z dnia 23.10.2020r. w wyjaśnieniu ceny poglądem, jakoby różnica wynikała z możliwości uzyskania przez Konsorcjum preferencyjnych cen na zakup materiałów z uwagi na hurtowy charakter zakupów. Odwołujący, jak również firma Iron Mountain Polska Sp. z o.o., będąca trzecim oferentem w postępowaniu, to profesjonalni wykonawcy działający od wielu lat na rynku archiwistycznym oraz rynku masowego wprowadzania danych, a skala ich działalności w tym sektorze wielokrotnie przekracza skalę biznesu prowadzoną przez Trintab, wchodzących w skład Konsorcjum. Dla hurtowych ilości pudeł, kodów kreskowych, kopert, sprzętu, czy innych materiałów można uzyskać zbliżone ceny, wobec czego koszt materiałów nie stanowi istotnej przewagi konkurencyjnej, a jeżeli takie różnice istnieją z uwagi na hurtowy charakter zakupów, to patrząc na wielokrotnie większą skalę działalności, a co za tym idzie również skalę realizowanych zakupów przez pozostałych oferentów, wskazany argument nie działa na korzyść Konsorcjum. Każdy z wykonawców może uzyskać indywidualne rabaty, niemniej jednak nie powodują one istotnej różnicy cenowej pomiędzy cenami wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu różnica cenowa pomiędzy ceną Konsorcjum oraz cenami pozostałych wykonawców jest ogromna i jak wykazano powyżej wynika przede wszystkim z niedoszacowania oferty Konsorcjum w zakresie kosztów osobowych. Zauważył również, że na etapie szacowania wartości dla II części przedmiotu zamówienia przeprowadzonej w I kwartale 2020 r., Wykonawcy dokonywali szacowania cen usług na Formularzu cenowym, odpowiadającym w pełni swym zakresem Formularzowi cenowemu OF.2. z przedmiotowego postępowania. Wobec tego ceny jednostkowe oraz ilość i wartość poszczególnych usług z etapu szacowania wartości zamówienia są porównywalne ze złożonymi ofertami w ramach przedmiotowego postępowania. Zaoferowane na etapie szacowania wartości zamówienia ceny jednostkowe za wykonanie usługi „Skanowania i rozprowadzanie w postaci umożliwiającej edycję dokumentów odesłanych, oraz umieszczenie ich wraz z referencją w bazie danych Zamawiającego” – poz. l.p. I nr 2 Formularza kształtowały się na poziomie od 1,00 zł do 1,11 zł brutto. Ceny wszystkich wykonawców nieznacznie od siebie odbiegały co potwierdza, że wykonanie tej usługi za cenę poniżej 1,00 zł brutto jest nierealne.

Odwołujący odnosząc się kolejno do kalkulacji ceny w pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 „Przejęcie dokumentacji od dotychczasowego Wykonawcy” wskazał, że Konsorcjum zaoferowało cenę jednostkową w wysokości 3,69 zł brutto za 1 metr bieżący (m.b.). Przy szacowanym wolumenie 6444 m.b. dokumentacji do przejęcia, całkowita wartość brutto tej usługi zaoferowana przez Konsorcjum wynosi 23 778,36 zł. Pozostali wykonawcy zaoferowali wykonanie usługi w cenie: 396 306,00 zł brutto firma Iron Mountain Polska Sp. z o.o. oraz Odwołujący - 415 702,44 zł brutto. Cena Konsorcjum znacznie odbiega od cen pozostałych wykonawców, których ceny za wykonanie tej usługi są na zbliżonym poziomie. Cena Konsorcjum jest o 94,14% niższa od średniej cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. To ogromna różnica cenowa, która jednoznacznie wskazuje, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest nieadekwatna do wymaganego przez Zamawiającego zakresu usługi. Jest to cena rażąco niska, w stosunku do cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Różnica wartości tej usługi pomiędzy ofertą Konsorcjum, a ofertą Odwołującego wynosi ponad 391 000,00 zł co wskazuje, że cena tej usługi została skalkulowana nierzetelnie i niezgodnie z postanowieniami SIWZ.

Podkreślił, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego określonym w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dn. 25.05.2020 r. „.... porządkowanie i segregowanie dokumentacji należy skalkulować w pozycji 7 formularza OF.2 w zakresie porządkowania i segregacji dokumentacji przejętej od obecnego Wykonawcy...”. W dalszym toku wyjaśnień Zamawiający na zadane przez wykonawcę pytanie „...czy odbierana dokumentacja będzie uporządkowana wg. wytycznych, wg. których ma być przechowywana w ramach nowej umowy?” – Pytanie nr 111 z dn. 22.06.2020 r., w odpowiedzi opisał stan obecny i określił zakres porządkowania dokumentacji przejętej od obecnego wykonawcy: „Zamawiający informuje, że dokumentacja przechowywana u obecnego wykonawcy jest przechowywana w ramach składu chronologicznego razem dla CANARD, BF oraz BKOE (w jednym opakowaniu zbiorczym mogą znajdować się ofertówki zawierające dokumentację różnych biur, w jednej ofertówce znajduje się dokumentacja tylko jednego biura). Dokumentacja podzielona jest na pudła wg rodzajów tj. oddzielnie pisma przychodzące, ZPO oraz zwroty niedoręczonej korespondencji. Zamawiający oczekuje wydzielania ze wspólnego składu dokumentacji BKOE (ok. 760 mb) oraz BF (ok. 160 mb). ... Po przejęciu dokumentacji BF z siedziby Zamawiającego i od dotychczasowego Wykonawcy, Zamawiający oczekuje skompletowania przejętej dokumentacji z wydzieloną ze składu chronologicznego dokumentacją BF. Zamawiający oczekuje, że komplety dokumentów BF, które będą stanowiły pisma wychodzące oraz odpowiadające im ZPO/zwroty niedoręczonej korespondencji, zostaną ułożone chronologicznie zgodnie z numerami spraw.” Odwołujący uwzględniając powyższe wskazał, że Zamawiający precyzyjnie określił w pkt. 5 Część III SIWZ (OPZ) sposób obliczania ceny oraz postawił wymóg „Cena ma się składać wyłącznie z czynników do niej przynależnych i nie jest dopuszczalne przenoszenie kosztów i wydatków pomiędzy poszczególnymi pozycjami”. W cenie za „Przejęcie dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy” wskazanej w pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 zgodnie z wymogami SIWZ należało więc skalkulować:

- 1) przejęcie i transport 6 444 m.b. dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy, w tym:
 - a. protokolarny odbiór pudeł z dokumentacją od dotychczasowego wykonawcy,
 - b. transport dokumentów do lokalizacji nowego wykonawcy w celu przechowywania zasobu Zamawiającego oraz wykonania czynności opisanych w pkt. 2 i 3 poniżej,
 - c. przyjęcie pudeł do archiwum i ułożenie pudeł na regałach;
- 2) wydzielenie z przejętego od dotychczasowego wykonawcy zasobu ok. 760 m.b. dokumentacji BKOE oraz 160 m.b. dokumentacji BF;

- 3) przeprowadzenie porządkowania, segregacji i skompletowania dokumentacji BF.

Ad. 1 – Wylczenie kosztu przejęcia i transportu 6 444 m.b. dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy

Zgodnie z zapisami SIWZ, w ramach usługi przejęcia dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy Zamawiający oczekuje przejęcia zasobu dokumentacyjnego w ilości 6444 m.b. To bardzo duży zasób dokumentacyjny, który umieszczony jest w ok. 11 238 pudach zbiorczych ułożonych na ok. 408 paletach. W ramach usługi przejęcia należy załadować palety na samochód ciężarowy, zweryfikować i potwierdzić protokolarnie odbiór poszczególnych pudeł oraz przetransportować i dokonać rozładunku pudeł zbiorczych w magazynie archiwalnym nowego wykonawcy oraz ułokowania ich na regałach. Tak duży zasób dokumentacyjny do przejęcia wymaga wykonania co najmniej 13 kursów samochodem ciężarowym z naczepą typu TIR o ładowności 32 palet (408 palet / 32 palety). Rynekowy koszt wynajmu samochodu ciężarowego z naczepą kształtuje się w cenie 861,00 zł brutto za kurs (cena ryczałtowa obowiązująca dla

transportu nie przekraczającego 200 km z dodatkiem postojowym na czas załadunku i rozładunku pojazdu). Dodatkowo należy wykonać co najmniej 2 kursy z paletami, które należy zwrócić dotychczasowemu wykonawcy. Koszt transportu składającego się z 15 kursów to 12 915,00 zł brutto (15 kursów * 861,00 zł brutto). Dla każdego z transportów należy skalkulować koszt osobowy załadunku i rozładunku w ilości 10 roboczogodzin na kurs (2 osoby po 5 rbh) oraz koszty przyjęcia do magazynu i rejestracji w systemie informatycznym przejętych 11 238 pudeł, sformatowania palet w celu dostosowania objętości palet do wymiarów pół magazynowych nowego wykonawcy oraz koszty obsługi wózka widłowego i umieszczenia palet na regałach, w tym także koszt sformatowania i załadunku pustych palet podlegających zwrotowi, w ilości 8 roboczogodzin (2 osoby po 4 rbh na każde 32 palety). Wobec wymaganych 15 kursów łączna ilość rbh do przejęcia dokumentacji zamawiającego od obecnego wykonawcy, w tym załadunek i rozładunek samochodów ciężarowych oraz przyjęcie dokumentacji do magazynu wynosi 252 roboczogodzin. Koszt pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem zgodnym z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku wynosi 2 600,00 zł, co wraz z kosztami pracodawcy wynosi 3 106,48 zł. Z przeliczenia wskazanego wynagrodzenia brutto z kosztami pracodawcy przez średnią ilość 168 h/mc wynika, że koszt 1 roboczogodziny wynosi 18,49 zł z kosztami pracodawcy. Jest to minimalny koszt osobowy jaki wykonawca powinien przyjąć do wyceny usługi. Z przemnożenia natomiast sumy ilości roboczogodzin potrzebnych do załadunku, rozładunku oraz przyjęcia dokumentacji do magazynu (252 rbh) oraz minimalnego kosztu 1 rbh (18,49 zł z kosztami pracodawcy) wynika, że minimalny koszt osobowy realizacji wynosi 4 659,48 zł netto, a po doliczeniu 23% podatku VAT wynosi 5 731,16 zł brutto. Z podsumowania kosztów odbioru i transportu dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy wynika więc, że łączny koszt samego odbioru i transportu wynosi 18 646,16 zł brutto (Koszt transportu składającego się z 15 kursów samochodem ciężarowym z naczepą – 12 915,00 zł brutto oraz koszt osobowy załadunku i rozładunku oraz przyjęcia dokumentacji do magazynu w ilości 252 rbh – 5 731,16 zł brutto). Z powyższego podsumowania wynika, że koszt samego transportu, załadunku i rozładunku oraz przyjęcia pudeł do nowego magazynu kształtuje się na poziomie 18 646,16 zł brutto przy założeniu, że wykonawcy będą sprzyjały wyjątkowo korzystne okoliczności w zakresie możliwości zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób z minimalnym wynagrodzeniem. Zaoferowana przez Konsorcjum wartość usługi w pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 wynosi 23 778,36 zł brutto, co wskazuje, że Konsorcjum w tej pozycji wyceniło jedynie przejęcie i przetransportowanie dokumentacji do nowego archiwum, pomijając czynności związane z wydzielaniem dokumentacji BKOE i BF oraz porządkowaniem i segregowaniem dokumentacji BF.

Ad. 2 – Wyliczenie kosztu wydzielenia z przejętego od dotychczasowego wykonawcy zasobu ok. 760 m.b. dokumentacji BKOE oraz 160 m.b. dokumentacji BF.

Odwolujący wskazał, że w odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 25 maja 2020 r. Zamawiający wskazał, że w ramach usługi określonej w pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 „....oczekuje wydzielenia ze wspólnego składu dokumentacji BKOE (ok. 760 mb) oraz BF (ok. 160 mb)”. Przy czym Zamawiający oczekuje wydzielenia tego zasobu na poziomie dokumentu co zostało doprecyzowane w odpowiedzi na pytanie nr 68 z dnia 8 września 2020 r. Większość dokumentów jest przechowywana grupowo w wydzielonych koszlukach/ofertówkach, w oddzielnych pudłach. To oznacza, że wykonawca w ramach usługi „Przejęcia dokumentacji od dotychczasowego Wykonawcy” powinien skalkulować koszt przeszukania wśród przejętego zasobu 6444 m.b. dokumentów, w celu wydzielenia ze wspólnego składu dokumentacji BKOE (ok. 760 m.b.) oraz BF (ok. 160 m.b.). Według SIWZ dokumentacja przechowywana u dotychczasowego wykonawcy jest przechowywana w ramach składu chronologicznego razem dla CANARD, BF oraz BKOE. W jednym pudle mogą znajdować się ofertówki zawierające dokumentację z różnych biur, a dokumentacja podzielona jest na pudła wg rodzajów tj. oddzielnie pisma przychodzące, ZPO oraz zwroty niedoręczzonej korespondencji. Wobec tego do wydzielenia z całego zasobu dokumentacji BKOE i BF, niezbędne jest wykonanie co najmniej takich czynności:

1)wyjęcie palet z dokumentacją z pół magazynowych, dostarczenie pudeł na stanowiska archiwistyczne celem wydzielenia dokumentacji;

2)przeszukanie wśród 6 444 m.b. przejmowanej dokumentacji (ok. 11 238 pudeł) zawierających dokumentację CANARD, BKOE oraz BF, w celu wydzielenia z tych pudeł wszystkich ofertówek z dokumentacją BKOE, w ilości 760 m.b. oraz BF 160 m.b. (ok. 15% całego zasobu);

3)wydzielenie dokumentacji BKOE i BF ze zbiorczych pudeł, obejmujące wyciągnięcie każdej ofertówki z pudła. Podczas wydzielenia należy przeanalizować przyporządkowanie każdej ofertówki do określonej komórki organizacyjnej, poprzez wyjęcie i sprawdzenie co najmniej jednego dokumentu po numerze sprawy. Po pozytywnej weryfikacji odłożenie ofertówek (BF i BKOE) do osobnych pudeł i odłożenie pozostałej dokumentacji (CANARD) do pudła pierwotnego;

4)odbiór pudeł ze zweryfikowaną oraz wydzieloną dokumentacją ze stanowisk archiwistycznych w celu umieszczenia pudeł na paletach, przypisania kodów kreskowych pudeł do palet, ofoliowanie palet oraz przypisanie i umieszczenie palet w polach magazynowych;

5)przekazanie Zamawiającemu informacji o numerach kodów kreskowych (numerach identyfikacyjnych) pudeł i ich zawartości po wydzieleniu dokumentacji.

Odwolującego wyjaśnił, że szacunkowy czas wydzielenia spośród 6 444 m.b. zasobu dokumentacyjnego dokumentacji komórek BKOE i BF w łącznej ilości 920 m.b. został oszacowany przez niego na bazie wieloletniego doświadczenia archiwistycznego w zakresie realizacji dużych projektów o podobnym zakresie na ok. 310 sekund dla każdego z 11 238 pudeł, co łącznie przekłada się na 968 roboczogodzin. We wskazanej ilości roboczogodzin uwzględniono koszt obsługi magazynowej związanej z zapewnieniem dostawy palet z pudłami na stanowiska oraz ich odbiór i inne czynności niezbędne do sprawnego przeprowadzenia procesu wydzielenia dokumentacji. Koszt pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem zgodnym z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku wynosi 2 600,00 zł, co wraz z kosztami pracodawcy wynosi 3 106,48 zł. Z przeliczenia wskazanego wynagrodzenia brutto z kosztami pracodawcy przez średnią ilość 168 h/mc wynika, że koszt 1 roboczogodziny wynosi 18,49 zł z kosztami pracodawcy. Jest to minimalny koszt osobowy jaki wykonawca powinien przyjąć do wyceny usługi.

Z przemnożenia sumy ilości roboczogodzin potrzebnych do wydzielenia zasobu BKOE i BF (968 rbh) oraz kosztu 1 rbh (18,49 zł z kosztami pracodawcy) wynika, że minimalny koszt osobowy realizacji usługi wynosi 17 898,32 zł netto, a po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23% wynosi 22 014,93 zł brutto.

Ad. 3 - Wyliczenie kosztu przeprowadzenia porządkowania, segregacji i skompletowania dokumentacji BF.

Odwolujący wskazał, że w świetle wymagań SIWZ oraz wyjaśnień Zamawiającego precyzujących zakres porządkowania należy podkreślić, że „....porządkowanie i segregowanie dokumentacji należy skalkulować w pozycji 7 formularza OF.2 w zakresie porządkowania i segregacji dokumentacji przejętej od obecnego Wykonawcy...” - odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 25.05.2020 r. Z przytoczonej odpowiedzi wynika, że w ramach pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 należało skalkulować porządkowanie i segregowanie dokumentacji. W cenie usługi należało również skalkulować koszt skompletowania przejętej dokumentacji od dotychczasowego wykonawcy i z siedziby Zamawiającego z wydzieloną ze składu chronologicznego dokumentacją BF. W ramach skompletowania niezbędne jest wykonanie poniższych czynności:

1) wyszukanie w wydzielonym zasobie BF wszystkich dokumentów dotyczących danego numeru sprawy w celu utworzenia kompletów dokumentacji dla poszczególnych numerów spraw. Oznacza to, że dla każdego numeru sprawy należy wyszukać w pudłach zawierających ZPO (zwrotne potwierdzenia odbioru) wszystkie ZPO z numerami tej sprawy, po czym w pudłach ze zwrotami korespondencji należy wyszukać wszystkie zwroty nieodebranej korespondencji z numerami tej sprawy, a następnie w pudłach z pismami wychodzącymi należy wyszukać wszystkie pisma z numerami tej sprawy.

a. Standardowy komplet akt powinien zawierać od 3 do 5 dokumentów, czyli średnio 4 dokumenty na komplet (odpowiedź na Pytanie 77 z dn. 08.09.2020 r.), co przy założeniu, że 1 dokument składa się co najmniej z 1-2 kartek, stanowi że komplet dokumentów dotyczący jednej sprawy może zawierać około 8 kartek. Na podstawie powyższych informacji, jak również długoletniego doświadczenia Odwołującego do kalkulacji przyjęto, że na 1 metr bieżący należy przyjąć ok 2 500 dokumentów.

b. Z powyższych szacunków wynika, że kompletowaniu podlegać będzie ok. 400 000 dokumentów BF, z których należy skompletować i ułożyć chronologicznie po numerach spraw ok. 100 000 kompletów;

2) w ramach usługi porządkowania dokumentacji BF należy po wyszukaniu wszystkich dokumentów dotyczących danej sprawy połączyć je w celu utworzenia kompletu dokumentów danej sprawy a w kolejnym kroku wszystkie utworzone komplety ułożyć chronologicznie po numerach spraw;

3) spakowanie i przypisanie ułożonych kompletów spraw BF do pudeł;

4) przekazanie Zamawiającemu kodów identyfikacyjnych pudeł ze skompletowanymi sprawami BF;

5) przekazanie pudeł do archiwum - relokacja lub transport pudeł z miejsca procesowania do archiwum, ułożenie pudeł na paletach i regałach.

Na podstawie długoletniego doświadczenia Odwołującego w zakresie porządkowania i archiwizacji dokumentacji dokonano oszacowania niezbędnego czasu porządkowania, segregacji i skompletowania dla jednego kompletu na poziomie 239 sekund (ok. 4 minuty). Do utworzenia 100 000 kompletów składających się na 160 m.b dokumentacji BF niezbędna jest pracochłonność w ilości 6 638,89 roboczogodzin (239 sek. x 100 000 kompletów / 3600 sek.).

Koszt pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem zgodnym z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku wynosi 2 600,00 zł, co wraz z kosztami pracodawcy wynosi 3 106,48 zł. Z przeliczenia wskazanego wynagrodzenia brutto z kosztami pracodawcy przez średnią ilość 168 h/mc wynika, że koszt 1 roboczogodziny wynosi 18,49 zł z kosztami pracodawcy. Jest to minimalny koszt osobowy jaki wykonawca powinien przyjąć do wyceny usługi. Z przemnożenia ilości roboczogodzin potrzebnych do porządkowania, segregacji i kompletowania dokumentacji BF (6 638,89 rbh) oraz kosztu 1 rbh (18,49 zł z kosztami pracodawcy) wynika, że minimalny koszt osobowy realizacji usługi wynosi 122 753,08 zł netto, a po doliczeniu podatku VAT w wysokości 23% wynosi 150 986,29 zł brutto. Z sumowania wszystkich kosztów wykonania usługi „Przejęcia dokumentacji od dotychczasowego Wykonawcy” z pozycji l.p. I nr 7 Formularza ofertowego OF.2 zgodnie z wymogami Zamawiającego wynika, że minimalny łączny koszt wykonania tej usługi wynosi: 191 647,38 zł brutto (Koszt transportu składającego się z 15 kursów samochodem ciężarowym z naczepą - 12 915,00 zł, koszt osobowy załadunku i rozładunku oraz przejęcia dokumentacji do magazynu - 5 731,16 zł, wydzielenie z zasobu dokumentacji BKOE i BF - 22 014,93 zł, Porządkowanie i segregacja dokumentacji BF - 150 986,29 zł). Odwołujący wyjaśnił, że powyższy koszt obejmuje jedynie minimalne koszty osobowe, a przy wycenie każdy z ofertów powinien oprócz powyższych kosztów w wycenie usługi l.p. I poz. 7 Formularza cenowego OF.2 uwzględnić koszt materiałów niezbędnych do realizacji usługi, takich jak koszt ofertówek lub dużych kopert, koszt kodów kreskowych na ofertówki, koszt kilku tysięcy pudeł na uporządkowane dokumenty, koszt folii stretch, koszt materiałów biurowych, w tym papieru, rozszywaczy itp., kosztów obiektu w którym realizowana będzie usługa, koszty mediów (prąd, gaz, woda), koszty łączności informatycznej, koszt sprzątnięcia, ochrony, monitoringu, koszty sprzętu informatycznego niezbędnego do realizacji usługi, koszt kilkudziesięciu komputerów i oprogramowania oraz koszty obsługi IT (HelpDesk, obsługa sieciowa niezbędna dla zapewnienia ciągłości realizowania usługi) oraz koszty zarządcze i koszt rezerwy projektowej.

Podkreślił, że cena ofertowa brutto za wykonanie tej usługi przez Odwołującego wynosi 415 702,44 zł a przez firmę Iron Mountain Polska Sp. z o.o. 396 306,00 zł. W świetle wymaganego przez Zamawiającego zakresu usługi obaj wskazani wykonawcy dokonali rzetelnej wyceny usługi. Natomiast z wartości zaoferowanej przez Konsorcjum ceny za usługę „Przejęcia dokumentacji od dotychczasowego Wykonawcy” wskazanej w pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 jednoznacznie wynika, że nie uwzględnia ona wszystkich wymaganych przez Zamawiającego czynności. Wycena tej pozycji została sporządzona przez Konsorcjum niezgodnie z wymaganiami SIWZ. W świetle zapisów Zamawiającego, które nie dopuszczają możliwości przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami Formularza cenowego OF.2 należy uznać, że w cenie 23 778,36 zł brutto (w przeliczeniu na 1 m.b. 3,69 zł brutto) nierealnym jest wykonanie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący uzasadniając zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji wskazał, że Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Sankcja określona w powołanym wyżej przepisie wynika ze złamania jednej z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji, odnoszącej się nie tylko do działań Zamawiającego, ale również do działań podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Aby dokonać właściwej interpretacji wskazanego przepisu należy sięgnąć do przepisów uznk. Zgodnie z art. 3 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem Zamawiający jest zobowiązany w danym stanie faktycznym podjąć decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie kryteriów, które kwalifikują działanie tego wykonawcy jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Istotne jest również to, że nie ma znaczenia czy takie działanie miało czy też nie wpływu na wynik postępowania.

W opinii Odwołującego, Konsorcjum wskazało drastycznie zaniżone koszty za usługi w pozycji 2 i 5 formularza cenowego, oderwane od rzeczywistych kosztów i nakładów jakie musi ponieść Wykonawca, co świadczy o ziszczeniu się przesłanki uznania takiego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum oferując wykonanie usług na tak niskim poziomie cenowym działała w sposób świadomy w celu uzyskania możliwie jak największej ilości punktów w kryterium oceny ofert. Takie działanie Wykonawcy należy uznać za podjęte w celu eliminacji pozostałych ofertów w Postępowaniu. Zaznaczenia zatem wymaga, że czynem nieuczciwej konkurencji może być w takim wypadku złożenie oferty zawierającej – oceniane w ramach dodatkowego kryterium – zobowiązanie wykonawcy do świadczenia nierealnego, biorąc pod uwagę okoliczności związane z wykonaniem zamówienia. Wyjaśnienia ceny Konsorcjum mogą wskazywać, że koszty usług zostały ułożone w innej pozycji a zatem Konsorcjum mogło dokonać tzw. „przerzucenia” kosztów do innych pozycji cenowych – niezależnie od tego, że całkowita cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska. Takie działanie jest sprzeczne z pkt 5.2 (str. 63 SIWZ): „Cena ma się składać wyłącznie z czynników do niej przynależnych i nie jest dopuszczalne przenoszenie kosztów i wydatków pomiędzy poszczególnymi pozycjami”. Mając zatem na uwadze powyższe oraz orzecznictwo Izby należy wskazać, że manipulowanie cenami, polegające m.in. na zaniżaniu ceny częściowej, czy też „przerzucanie” kosztów w ramach pozycji w wycenach stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co

uzasadnia odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności jeżeli ceny cząstkowe są uwzględniane w ramach oceny ofert (przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert).

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum – w zakresie pozycji l.p. 1 nr 2 i 7 formularza cenowego Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie wykazało, że wyjaśnienia ceny w zakresie pozycji l.p. 1 nr 2 i 7 formularza cenowego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 uznk w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem muszą być spełnione następujące:

1) muszą to być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

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

W ocenie Odwołującego żadna z powyższych trzech przesłanek nie została spełniona i wykazana przez Konsorcjum w dokonanych zastrzeżeniach. Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą), należy wskazać, że konieczne jest wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Odwołujący zakłada, że Konsorcjum takich okoliczności nie wykazało. Ponadto Konsorcjum takiego związku przyczynowo skutkowego nie wykazało. Konsorcjum nie wykazało również, aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą – poza ogólnymi tezami o wartości gospodarczej, w dokonanych zastrzeżeniach brak jakiegokolwiek argumentacji wykazującej taką wartość. Nie wykazano, aby wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji przejawiała się w zaoszczędzeniu kosztów lub możliwości osiągnięcia przychodów. Tymczasem każda zastrzegana informacja taką wartość musi posiadać. Odwołujący wskazał, że członkowie Konsorcjum realizują, w porównaniu do pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty w części II Postępowania, niewielką liczbę kontraktów na analogiczny przedmiot zamówienia. Spółka ADS Sp. z o.o. dzięki wydzieleniu jej z innej spółki stała się stroną 2 umów – wskazanych zresztą w wykazie usług. Dlatego sformułowania: „W konsekwencji doprowadziłoby to do sytuacji, w której pozycja rynkowa Konsorcjum ulegałaby znacznemu osłabieniu” jest sformulowaniem znacznie na wyrost. Zwłaszcza, że członkowie Konsorcjum w na niniejszym rynku są mało aktywni, a ich zdolność pozyskiwania nowych kontraktów jest niska. Dlatego tym bardziej ogólne tezy o metodologii, know-how i doświadczeniu członków tego Konsorcjum nie mogą stanowić wystarczającego uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywiście Odwołujący nie twierdzi, że te podmioty nie mają doświadczenia, ale niewątpliwie ogólne tezy zawarte w zastrzeżeniu powinny zostać skonfrontowane z informacjami, które zastrzeżono.

Odwołujący wskazał także, że Konsorcjum dla pozycji l.p. 1 nr 2 i 7 formularza cenowego przedstawiło ogólną kalkulację ceny, bez odniesienia się do specyficznych uwarunkowań tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty zapewne zostały przedstawione (być może poza nielicznymi wyjątkami) w sposób ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji, co także powinno mieć znaczenie dla uznania zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa za bezpodstawne. Ponadto podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia odnosi się do całych wyjaśnień. Być może jest ono adekwatne do niektórych wyjaśnianych pozycji, ale w tych dwóch konkretnych pozycjach l.p. 1 nr 2 i 7 formularza cenowego wyjaśnienia nie zawierają żadnych konkretnych informacji, żadnej konkretnej, szczegółowej metodologii wyliczenia kosztów i dodatkowo nie wykazano ich wartości gospodarczej.

Wobec powyższego Odwołujący, z ostrożności podnosi, że powinny zostać odtajnione te części dokumentów, które nie zawierają informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie mogą zostać utajnione informacje, które świadczą wyłącznie o spełnieniu wymogów SIWZ, takiej jak, np. brak uwzględnienia niektórych czynności do wykonania w ramach usług. Powinny zostać odtajnione w całości wszystkie pozycje nie zawierające tajemnicy przedsiębiorstwa oraz te informacje w zakresie poszczególnych pozycji, które takiego waloru nie posiadają.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut nr 8 odwołania dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że oceniając prawidłowość zabezpieczenia oferty Konsorcjum wadium, w szczególności posiłkował się uzasadnieniem wyroku Sądu Najwyższego o sygn. IV CSK 86/17. Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy, przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (m.in. obowiązek podpisania umowy w sprawie zamówienia, obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy) są świadczenia niepodzielne. Wykonawcy, tworząc konsorcjum, wspólnie ubiegają się o udzielenie jednego zamówienia, wspólnie składają jedną ofertę, a co za tym idzie, wszelkie obowiązki związane ze złożeniem oferty i zabezpieczeniem jej wadium powinny być postrzegane jako wspólne. Nawet jeżeli jeden z członków konsorcjum wykonałby dany obowiązek w odniesieniu do siebie samego (np. złożyłby podpis na umowie w sprawie zamówienia), bez wykonania tego obowiązku przez pozostałych członków konsorcjum, to ta czynność nie ma wartości dla Zamawiającego, gdyż nie umożliwia Zamawiającemu wyboru oferty lub zawarcia umowy. Z kolei zgodnie z art. 380 § 1 k.c. dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. W takim przypadku niewykonanie któregokolwiek z obowiązków przez konsorcjanta, który nie został wymieniony w treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, powodowałoby powstanie odpowiedzialności również po stronie konsorcjanta, którego dane znajdują się w gwarancji. Zamawiający zwrócił także uwagę na podobieństwo pomiędzy treścią gwarancji będącą przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w cytowanym wyroku do treści gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum w postępowaniu. Podobnie jak wykonawca w sprawie finalnie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy, Konsorcjum złożyło gwarancję bankową (dalej „Gwarancja”), w której widnieją dane jedynie lidera Konsorcjum Trimtab Arteria Management sp. z o.o., sp. k. Oferta została złożona wspólnie przez dwa podmioty: wspomnianą Trimtab Arteria Management sp. z o.o. sp. k. oraz ADS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W treści Gwarancji został wskazany jedynie Lider Konsorcjum.

Zamawiający wyjaśnił, że uznał prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium treścią gwarancji dzieląc stanowisko Sądu Najwyższego. Zadał sobie bowiem pytanie, co stałoby się w sytuacji, gdyby niewymieniona w treści Gwarancji ADS sp. z o.o. uchybiła któremukolwiek z obowiązków wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 i np. odmówiła zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Biorąc pod uwagę stanowisko Sądu Najwyższego, odpowiedzialność z tego tytułu poniosłaby również literalnie wskazana w treści Gwarancji Trimtab. W takiej sytuacji Zamawiający złożyłby ING Bank

Śląski S.A. pisemne żądanie wypłaty kwoty Gwarancji, zaś sam gwarant byłby zobowiązany do zapłaty „nieodwołalnie, bezwarunkowo, bezzwłocznie, bez sprzeciwu i bez zastrzeżeń”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wystawca Gwarancji nie mógłby uchylić się od obowiązku zapłaty, nawet jeżeli nie wiedział, że Trintab ubiega się o udzielenie zamówienia wraz z ADS sp. z o.o., co podkreślił Sąd Najwyższy: „Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceńodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17).

Według Zamawiającego, za kluczowy dla oceny gwarancji bankowej Przystępującego należy uznać wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd o niepodzielności zobowiązań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i wynikającej z tego solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za zobowiązania obciążające ich w postępowaniu przetargowym. Przyjmując za Sądem Najwyższym istnienie solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, należy dojść do wniosku, że w razie niewykonania przez któregośkolwiek z wykonawców obowiązków wynikających z Pzp, odpowiedzialność za to ponosiłby także drugi z konsorcjantów, co w konsekwencji dawałoby Zamawiającemu prawo do zatrzymania wadium, nawet gdy bezpośrednią podstawą zatrzymania były zaniechania wykonawcy niewymienionego w treści gwarancji.

Odnosząc się do wskazanej przez Sąd Najwyższy potrzeby interpretacji określenia z przyczyn leżących po jego stronie zgodnie z art. 65 k.c., zwłaszcza w świetle ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym takich ustalonych zwyczajów czy powszechnej praktyki gwarantów, która potwierdzałaby, że w przypadku tak ukształtowanej gwarancji wadialnej nastąpi odmowa wypłaty sumy gwarancyjnej. Nie jest wystarczającym dowodem na powyższą okoliczność złożony przez Odwołującego wydruk z korespondencji mailowej z jego brokerem ubezpieczeniowym, który może potwierdzać jedynie wymagania dotyczące gwarancji w relacji między konkretnym brokerem i jego klientem.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. KIO 2529/18).

Odnosząc się zaś do zarzutu, że w treści Gwarancji nie zaznaczono wyraźnie, że dotyczy ona części II Postępowania Zamawiający wskazał, że postępowanie zostało podzielone na dwie części, w których Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości:

- 1) 1.500.000,00 zł dla części I Postępowania, w której ani Konsorcjum, ani Trintab Arteria Management sp. z o.o. sp. k., nie złożyli oferty,
- 2) 150.000,00 zł dla części II Postępowania, w której Konsorcjum złożyło ofertę zabezpieczoną Gwarancją na sumę 150.000,00 zł.

W takich okolicznościach Zamawiający nie miał i nie mógł mieć wątpliwości, której części dotyczy Gwarancja.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny oferty Konsorcjum oraz jej wyjaśnień Zamawiający wskazał, że wobec skutecznego zastrzeżenia przez Konsorcjum w poufności fragmentów wyjaśnień ceny z 23 października 2020 r. Odwołujący nie ma pełnej wiedzy na temat złożonych wyjaśnień i dowodów. Odwołujący jedynie dywaguje o rzekomych brakach w wyjaśnieniach Konsorcjum, opierając swą argumentację na własnych doświadczeniach w kalkulowaniu cen ofert, jednocześnie nie mając wiedzy na temat m.in. zasobów, doświadczenia oraz metodologii pracy Konsorcjum. Wyjaśnił, że dokonał rzetelnej analizy obszernych (liczących 49 stron), złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień ceny oraz dowodów do niej dołączonych, co skutkowało uznaniem, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest realną i uwzględnia wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego znajdujące się w wyjaśnieniach stwierdzenia, zestawienia oraz załączone dowody, pozwoliły Zamawiającemu na poznanie metodologii kalkulowania ceny przez Konsorcjum oraz weryfikację jej rzetelności. Zamawiający stoi zatem na stanowisku, że Konsorcjum prawidłowo skalkulowało cenę ofertową.

Zamawiający nie podzielił także zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jego zdaniem argumentacja Odwołującego jest oparta jedynie na przypuszczeniach co do treści wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum. Wobec skutecznego zastrzeżenia w poufności przez Konsorcjum części wyjaśnień ceny z 23 października 2020 r., Odwołujący nie zna pełnej treści wyjaśnień i wobec tego nie ma wiedzy na temat sposobu oszacowania ceny oferty przez Konsorcjum. Ponadto jego zdaniem, twierdzenia Odwołującego są gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami. Zaś gołosłowne stwierdzenie dopuszczenia się przez danego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji nie może implikować odrzucenia jego oferty, bo takie zachowanie świadczyłoby o „przerzuceniu” na wykonawcę obowiązku dbania o prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Również Zamawiający za niezasadny uznał zarzut dotyczący naruszenia art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał, że wraz ze złożeniem wyjaśnień dotyczących ceny, Konsorcjum wykazało, że część informacji w nich zawartych stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 42-49 wyjaśnień ceny). Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum skutecznie wykazało zaistnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Uzasadnienie zastrzeżenia w poufności jest związane z treścią wyjaśnień dotyczących ceny, a jego treść wskazuje, że nie jest „szablonowym” uzasadnieniem, tak często nadużywanym przez wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie doszło do ziszczenia się przesłanki pozwalającej mu na wystosowanie do Konsorcjum wezwania w tym trybie. Natomiast po ponownym przeanalizowaniu stanu faktycznego, Zamawiający uznał, że zasadnym jest wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości i zakresu zamówień referencyjnych, a także w zakresie prawa ADS sp. z o.o. do posługiwania się referencjami wystawionymi dla Arteria Document Solutions sp. z o.o., co skutkowało uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu nr 8.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2021r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego warunków udziału w Postępowaniu wskazał, że zarzut ten dotyczy referencji przedłożonych przez Konsorcjum na wykazanie spełnienia następującego warunku udziału w postępowaniu, który został postawiony w części II SIWZ lit. A pkt 1.2.2.1. Na spełnienie wskazanego warunku Konsorcjum przedstawiło 2 usługi wykonane na rzecz Nest Bank S.A. oraz Grupy Generali, które zdaniem Odwołującego nie potwierdzają spełnienia powyższego warunku.

Odnosząc się do powyższego Przystępujący wskazał, że w zakres przedmiotu umowy z Nest Bank S.A. oraz Grupą Generali wchodził bardzo szeroki zakres usług związany z archiwizacją dokumentów w tym wszystkie z elementów wskazanych w warunku udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej Konsorcjum pragnie zaznaczyć, że dokonując interpretacji przedłożonych referencji, można wyczytać podane w warunku wymagania. Niemniej jednak dokument referencji nie jest składany w celu wykazania zakresu usługi referencyjnej, stąd też nawet ewentualne braki w tym zakresie nie mają żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunku przez Konsorcjum.

Przystępujący odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że Konsorcjum nie wykazało, że wartości zamówień referencyjnych dla okresu ostatnich 5 lat wynoszą dla każdego z nich lub nawet łącznie nie mniej niż 4.000.000,00 brutto. Zdaniem Odwołującego problematyczna jest wartość wskazana w wykazie usług dla Grupy Generali. Zgodnie z referencją

jeden z konsorcjantów świadczy na rzecz Grupy Generali usługi od 28 grudnia 2011 roku i podano wartość odnosi się do tego okres (tj. dłuższego niż 5 lat). Twierdzenie takie nie koresponduje z prawdą. Faktem jest, że termin rozpoczęcia realizacji usług to grudzień 2011 roku, jednak kwota 1 434 536,62 zł.

Kolejno Przystępujący wyjaśnił, że członek konsorcjum - ADS Sp. z o.o. stała się następcą Arteria Document Solutions Sp. z o.o. z mocy prawa. W tej konkretnej sprawie możemy mówić o pełnej sukcesji praw i obowiązków wynikających z poszczególnych kontraktów, co zostało zawarte w planie podziału. Zgodnie z art. 531 ksh:

§ 1. Spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem podziału bądź z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, określone w planie podziału.

§ 2. Na spółkę przejmującą lub spółkę nowo zawiązaną powstałą w związku z podziałem przechodzą z dniem podziału bądź z dniem wydzielenia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, pozostające w związku z przydzielonymi jej w planie podziału składnikami majątku spółki dzielonej, a które zostały przyznane spółce dzielonej, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej.

Od decyzji samego przedsiębiorcy zależy rozdzielenie majątku spółki dzielonej pomiędzy spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem. Co ważne przejście tych praw i obowiązków następuje z mocy prawa z dniem podziału lub z dniem wydzielenia, co oznacza, że spółki uczestniczące w podziale nie mają obowiązku zawierania odrębnych umów lub uzyskiwania zgody osób trzecich (np. w postaci uzyskania zgody wierzycieli na zmianę dłużnika). Należy także zwrócić uwagę, że kontrahenci jednoznacznie uważają, że doszło do pełnej sukcesji. W referencji Grupy Generali wskazane jest, że ADS Sp. z o.o. świadczy na ich rzecz usługi od 2011 roku, co przemawia za pełną ciągłością w zakresie obowiązków i doświadczenia. Spółka ADS przejęła całość kapitału osobowego (a więc bezspornie także doświadczenie) Arterii Document Solutions Sp. z o.o. oraz realizuje po tym podmiocie kontrakty związane z archiwizacją dokumentacji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożonej przez niego gwarancji wadialnej Konsorcjum na wstępie wskazało, że wskazany brak podania „części” powinien być uznany raczej jako „pominięcie” literowe, które nie wywiera żadnych skutków prawnych. Przede wszystkim nie można uznać, że interes Zamawiającego będzie naruszony. Gwarancja przedstawiona przez Konsorcjum na pełną kwotę wadium wymaganą w części II, tj. 150.000 zł jest w pełni prawidłowa. Ponadto wyjaśniło, że w formularzu ofertowym Konsorcjum jednoznacznie wskazało na gwarancji wadialnej a także część postępowania, którą gwarancja zabezpiecza.

Kolejno, Przystępujący wskazał, że niesporne w sprawie jest, iż w treści gwarancji bankowej z firmy jako wykonawcę wymieniono jedynie Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. Kk. Podkreślił, że ustawa Pzp nie zawiera definicji wadium, a pojęcie to jest zdefiniowane w art. 704 § 1 k.c., zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Pzp w art. 45 ust. 6 określa jedynie dopuszczalne formy wadium, wskazując w pkt 3 formę gwarancji bankowej, nie wskazując jednak żadnych szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji bankowej. Z kolei zgodnie z przepisem art. 36 pkt 8 Pzp wymagania dotyczące wadium muszą być określone w SIWZ, zaś informacja na temat wadium musi znaleźć się w Ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 8 Pzp). Z powyższego zestawienia przepisów wynika wprost, że przepisy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym w szczególności przepisy prawa nie wymagają, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum. Jedynym ograniczeniem mogą być tutaj, postanowienia SIWZ - Zamawiający uprawniony jest wskazać w SIWZ specyficzne, dodatkowe wymagania dotyczące wadium. W przedmiotowym postępowaniu SIWZ z jednej strony dopuszczała wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony - SIWZ nie wprowadzała w tym przypadku obowiązku wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej, w której wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byłiby wymienieni jako wykonawcy. Zamawiający mógł wskazać w SIWZ, że w przypadku wnoszenia wadium w postaci gwarancji bankowych bądź ubezpieczeniowych w treści gwarancji powinny znajdować się wszystkie podmioty działające wspólnie, co w przypadku Przystępującego oznaczałoby konieczność wymienienia obu konsorcjantów. Skoro jednak takiego wymogu w SIWZ nie postawiono, to nie powstał taki obowiązek.

Kolejno Przystępujący wskazał, że podmioty Konsorcjum tj. Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k. oraz ADS Sp. z o.o. odpowiadają solidarnie od chwili złożenia wspólnej oferty. Wynika to z szeregu orzeczeń, ale także z Umowy Konsorcjum zawartej przez te dwa podmioty. Solidarna odpowiedzialność wykonawców, którzy wspólnie złożyli ofertę, przewidziana w tym przepisie ma charakter odpowiedzialności solidarnej dłużników w rozumieniu art. 366k.c. W świetle tego przepisu wierzyciel (zamawiający) może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani do świadczenia. Wobec tego interes Zamawiającego bezspornie jest w pełni zabezpieczony. Taka konstrukcja (solidarność) powoduje, że w przypadku ziszczenia się przesłanek utraty wadium Zamawiający może wystąpić z roszczeniem (np. uruchomieniem gwarancji) do członka konsorcjum, którego wybierze. Dłużnicy solidarni odpowiadają w takim samym zakresie co do wspólnego długu (tak np. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 25 marca 2015 r., I ACa 1044/14, Legalis). Pozostają oni zatem zobowiązani aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela. Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 22.11.1994 r. (I ACr 676/94, OSA 1995, Nr 5, poz. 23), z istoty solidarności wynika zaś, że dłużnicy odpowiadają za ten sam dług do pełnej jego wysokości.

W konsekwencji, zdaniem Konsorcjum, w sytuacji niewykonania przez ADS Sp. z o.o. wezwań lub nie przystąpienia przez niego do zawarcia umowy Zamawiający miałoby prawo złożyć oświadczenie o niewykonania przez Trimtab obowiązków, których uchybienie rodziło możliwość uzyskania płatności z gwarancji wadialnej. W razie wezwania ADS Sp. z o.o. do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregośkolwiek uczestnika oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez Zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony jako wykonawca. W wyniku bowiem wniesienia do wspólnej oferty wadium przez jednego z uczestników konsorcjum dochodzi do przyjęcia przez niego ryzyka utraty wadium również w przypadku, gdy odpowiedzialność tę przyczynę zatrzymania wadium będzie ponosił inny uczestnik konsorcjum. Przystępujący dodatkowo powołał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie (wyrok z dnia 14 października 2015 r. XXIII Ga 1313/15), który mówi, że całkowicie bezpodstawny jest pogląd opierający się na rozumowaniu a contrario, iż w zakresie wykraczającym poza art. 141 Pzp brak jest podstaw do przyjmowania solidarności współkonsorcjantów. W doktrynie odpowiedzialność tę wywodzi się z różnych źródeł. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, iż solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów za konsekwencje uchylenia się od zawarcia umowy jest objęta treścią zobowiązania związanego ze złożeniem oferty (tak: S. Włodyka, M. Spyra, w: System prawa handlowego. Tom 5. Prawo umów handlowych, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 621; D. Szczepański, Jeszcze o konsorcjum, Zamówienia Publiczne Doradca 2008, nr 5, s. 41) lub ową solidarność wywodzą z mocy czynności prawnej pomiędzy wykonawcami występującymi wspólnie, którzy przy wniesieniu

wadium mają wiedzę jaki jest jego cel i godzą się (w drodze porozumienia) na ryzyko jego utraty w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn po stronie któregośkolwiek z nich (K. Muchowska- Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). Inni wskazują, iż w wyniku złożenia wspólnej oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. (tak też: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 134; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26; a także: Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt I I Ca 489/06). W ocenie Sądu Okręgowego solidarność tę należy przede wszystkim wyprowadzić z art. 370 k.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Należy zaś zaznaczyć, iż pojęcie mienia zostało zdefiniowane w art. 44 k.c. przez które rozumie się własność i inne prawa majątkowe. Zgodnie zaś z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej 'I umowami E', stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ma więc w tym przypadku zastosowanie również art. 703 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c. zgodnie z którym, jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator aukcji, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. Ponieważ w przedmiotowym przypadku ważność umowy, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP, zależy od formy pisemnej, toteż ma zastosowanie art. 703 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c. Powyższe z kolei oznacza, że najpóźniej z chwilą wyboru oferty powstaje po stronie konsorcjantów prawo podmiotowe (wierzytelność), którego treścią jest zawarcie umowy. Prawo to ma charakter majątkowy, i jak już podnoszono w oparciu o art. 23 ust. 3 ustawy PZP, przysługuje ono łącznie wszystkim uczestnikom konsorcjum, a wobec tego stanowi ich wspólne mienie w rozumieniu art. 44 k.c. Prawu temu towarzyszy jednocześnie zobowiązanie do zawarcia umowy z zamawiającym. Ostatecznie Wpę zobowiązanie to dotyczy wspólnego mienia konsorcjantów i także z tego względu w ocenie Sądu Okręgowego zasadnym jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów za zawarcie umowy, co tym bardziej potwierdza wniosek, że gwarancja wadialna z wymienieniem tylko jednego uczestnika konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego.

Przystępujący wskazał również, że z art. 23 ust. 3 Pzp wszelkie obowiązki, których niewykonanie może spowodować powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium spoczywają łącznie na wszystkich podmiotach wchodzących w skład konsorcjum, a w szczególności na podstawie art. 703 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w razie wyboru oferty konsorcjum łącznie obciąża obowiązek zawarcia umowy. Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście należy zaznaczyć, iż wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum łącznie i nie jest dopuszczalnym zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami, np. w sytuacji gdyby po wyborze oferty konsorcjum doszło do zerwania umowy konsorcjum przez któregośkolwiek z jego uczestników. W ocenie Sądu Okręgowego w tych okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych nie budzi wątpliwości, iż świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy mają charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajduje zastosowanie art. 380 § 1 k.c. zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania również należy stwierdzić, iż odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś również będzie oznaczać, iż każdy z dłużników uznawanych za odpowiedzialnych jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczenia przez któregośkolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a więc będzie umożliwiał zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w której treści jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Sądu Okręgowego także więc z tych względów nie sposób przyjąć, że przedstawiona w niniejszej sprawie przez Konsorcjum (...) gwarancja wadialna w sposób nieprawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego. Poza tym należy wskazać, że instytucja gwarancji bankowej jest uregulowana w ustawie Prawo bankowe w art. 81, zgodnie z którym gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załącza do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z art. 84 teŹ ustawy do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Ponadto przyjmuje się, że gwarancja bankowa ma charakter abstrakcyjny, tzn. jest oderwana od umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą (stosunku podstawowego), co wskazuje na samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta i konieczności wypłaty w momencie zgłoszenia żądania. Ustawa Prawo bankowe nie przewiduje materialnoprawnych warunków zapłaty. Gwarancja wystawiona na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny. Wskazano w niej ponadto, iż wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie Zamawiającego po złożeniu pisemnego oświadczenia przez Zamawiającego o treści wskazanej w dokumencie gwarancyjnym (k. 170). JuŹ z literalnej treści przepisów ustawy Prawo bankowe oraz treści gwarancji wynika, że wypłata kwoty wskazanej w gwarancji nie jest uzależniona od podjęcia przez bank czynności sprawdzających, lecz od złożenia oświadczenia przez Zamawiającego. Zamawiający nie musi w Źaden sposób wykazywać roszczenia. Na abstrakcyjny charakter ukształtowanej w ten sposób gwarancji bankowej zwraca się uwagę w orzecznictwie, np. wyrok Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2014 r. IV CSK 683/13, niepubl. Takie stanowiska są również prezentowane w doktrynie, która podkreśla, iż "Gwarancja na pierwsze żądanie sprowadza się do tego, że bank-gwarant powinien dokonać wypłaty sumy gwarancyjnej niezwłocznie po wystąpieniu z takim roszczeniem przez beneficjenta gwarancji, który nabywa uprawnienia do Źądania wypłaty dopiero w momencie niezrealizowania zobowiązania w ramach stosunku podstawowego. Uprawnienie beneficjenta gwarancji „na pierwsze Źądanie” realizuje się w Źądaniu zapłaty sumy gwarancyjnej ze wskazaniem, że okoliczność uprawniajaca do takiego Źądania wystapiła, bez konieczności realizacji dodatkowych przesłanek, jak np. przedłoŹenia określonych dokumentów bądź przeprowadzenia innych dowodów. Funkcja gwarancji "na pierwsze Źądanie" polega na w miarę szybkim dostarczeniu beneficjentowi środków pieniężnych" (cyt. komentarz do art. 81, Z. Ofiarski, Prawo bankowe. Komentarz, LEX 2013), oraz "Szczególne praktyczne znaczenie uzyskują gwarancje zawierające klauzulę "na pierwsze Źądanie". Pomimo powszechności ich stosowania w doktrynie prawa bankowego występują znaczne rozbieŹności co do znaczenia, jakie należy przypisać omawianej klauzuli. PrzewaŹa pogląd, zgodnie z którym powoduje ona, że gwarant zobowiązany jest do świadczenia juŹ z momentem przedstawienia przez beneficjenta Źądania zapłaty sumy gwarancyjnej, bez prawa do oceny stosunku podstawowego (tak I. Heropolitańska (w:) B. Andrzejuk, I. Heropolitańska, Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe, Warszawa 2013, s. 99; M. Król, Charakter prawny, rodzaje i funkcje gwarancji

bankowych., Prawo Spółek 1997, nr 4, s. 38). Niekiedy nawet twierdzi się, że oznacza ona zobowiązanie do zapłaty bez względu na to, czy nastąpił zabezpieczony rezultat (G. Tracz (w:) S. Włodyka (red.), Prawo..., s. 216)," (cyt. komentarz do art. 81, [w:] F. Zoll (red.), Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II, Zakamycze 2005, LEX). Przystępujący powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów mającą moc zasady prawnej z dnia 16 kwietnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 16/93), zgodnie z którą umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami U nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" jest umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje - odmiennie od innych rodzajów gwarancji - abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego powyżej zdefiniowany charakter gwarancji bankowej również skutkuje tym, iż w sposób należyty zabezpiecza ona interesy zamawiającego na wypadek, gdyby zrealizowały się podstawy zatrzymania wadium. Bank gwarant nie będzie mógł w szczególności powołać się na fakt, iż winę za niewykonanie obowiązków przez sp. z o.o. ponosi inny uczestnik konsorcjum, a nawet nie będzie miał podstawy do badania prawdziwości oświadczenia Zamawiającego. Zważywszy bowiem na charakter wnoszonego wadium wpłata nastąpi automatycznie po złożeniu oświadczenia o którym mowa w dokumencie gwarancji. Podkreślenia w tym miejscu jeszcze wymaga fakt, że w treści gwarancji prawidłowo została wskazana nazwa postępowania o udzielenie zamówienia, do którego przystępuje (...) sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ogólnikowości złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wyjaśnił, że dołączył do Wyjaśnień RNC dowody w zakresie kosztów, a spis załączników zawarto na str. 49 wyjaśnień. Ponadto wskazał, że uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty, w tym koszty pracy, koszty ogólnozakładowe, koszty finansowe. Jednocześnie wyjaśnił, że nie przewiduje konieczności skorzystania z finansowania zewnętrznego, a ponadto, że w jego opinii okoliczność realizacji zamówienia bez finansowania zewnętrznego nie jest okolicznością, która w ogóle wpływa na cenę oferty i o której należy wspominać w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kalkulacji ceny w pozycji l.p. I nr 2 Formularza cenowego OF.2 Konsorcjum wskazało, że Odwołujący przedstawił swoją własną metodykę obliczenia pracochłonności realizacji tej części przedmiotu zamówienia, która jest inna niż przyjęta przez niego. Stwierdziło ponadto, że Odwołujący nie może oczekiwać, aby wszyscy wykonawcy dokonywali szacowania pracochłonności w identyczny sposób, jak on to uczynił, a ponadto wskazało, że Zamawiający nie narzucił w SIWZ żadnych wytycznych co do szacowania tej pracochłonności.

Wyjaśnił także, że uwzględnił w szacowaniu pracochłonności wszystkie elementy wskazywane przez Odwołującego, tj.: 3 różne typy formularzy, wskazaną w SIWZ liczbę dokumentów — 13.326.940 dokumentów oraz niższą niż 100% skuteczność odczytu dla pisma odrębnego. Co więcej na etapie przygotowania ofert przeprowadził odpowiednie testy wewnętrzne, co znalazło swoje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach.

Wyjaśnił także, że uwzględnił też takie koszty jak koszty odbiorów i transportu, materiałów biurowych.

Odnosząc się kolejno do kalkulacji ceny w pozycji l.p. I nr 7 Formularza cenowego OF.2 Konsorcjum wskazało, że koszty związane z realizacją przedmiotowej usługi wskazano na str. 11, 14 - 15 i 40 - 41 wyjaśnień, a ponadto, że uwzględniło wszystkie wymagania Zamawiającego na które wskazywał Odwołujący. Wyjaśnił, że przy szacowaniu ceny uwzględnił nawet większą liczbę kursów dla przewiezienia dokumentacji niż wskazuje Odwołujący, a liczba kursów wskazana jest w Tabeli 10a.). Podkreśliło, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia wynajmowanie samochodu ciężarowego TIR, a samo dostarczenie palet może się odbywać w ramach zwykłych kursów, nie są potrzebne kursy dodatkowe. Odwołujący w jego opinii zdaje się mnożyć koszty, aby wykazać rzekome zaniżenie ceny przez Przystępującego, czego przykładem jest pracochłonność załadunku/rozładunku. Zdaniem Przystępującego wynosi ona ok. 20 minut (max 30) na 1 transport, a nie jak wskazywał Odwołujący 4 godziny i 2 osoby. Zdaniem Konsorcjum Odwołujący mnoży koszty, poprzez podawanie nierealnej i zawyżonej pracochłonności czy kosztu, który nie jest konieczny do poniesienia (najem samochodu), aby wykazać rzekomą niską cenę Przystępującego. Podkreślić jednak należy, że Przystępujący prawidłowo zidentyfikował wszystkie koszty, a zatem nie można mu postawić zarzutu, że cena jego oferty jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Konsorcjum stwierdziło, że cena jego oferty dla usług z pozycji I pkt 2 i 7 obejmują wszystkie koszty realizacji tych usług — a zatem Przystępujący nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

W jego opinii, Odwołujący nie udowodnił, aby którykolwiek element ceny został w Formularzu ofertowym wyceniony poniżej kosztów świadczenia danej usługi.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień podkreślił, że nie objął on tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia dla zastrzeżenia jawności części wyjaśnień. Uzasadnienie to zawarto na stronach 42-48 i Odwołujący miał możliwość zapoznać się z uzasadnieniem. Tymczasem treść przedmiotowego zarzutu wskazuje, że Odwołujący nie odnosi się do tego konkretnego uzasadnienia, ale ogranicza się do ogólnych stwierdzeń, tak jakby w ogóle nie znał treści przedmiotowego uzasadnienia. Wbrew twierdzeniu Odwołującego Przystępujący wskazał wartość gospodarczą dla każdej z zastrzeganych informacji osobno. Zatem cała argumentacja w tym zakresie powinna zostać pominięta, jako sprzeczna ze stanem faktycznym. Ponadto wskazał, że wbrew twierdzeniu Odwołującego Przystępujący realizuje taką liczbę kontraktów, że ma wystarczające doświadczenie, aby samodzielnie spełniać warunki udziału w postępowaniu. Już sama ta okoliczność wskazuje, że ma doświadczenie nie gorsze od innych uczestników rynku. W związku z powyższym stosowana przez niego metodyka i know-how, na które powołuje się Przystępujący są informacjami podlegającymi ochronie.

W jego ocenie, nie są prawdziwe stwierdzenia Odwołującego, że zastrzeżenia odnosi się do całych wyjaśnień, co więcej — Odwołujący zna treść uzasadnienia, a zatem zdaje sobie sprawę, że osobno uzasadniono zastrzeżenie tajemnicy dla pracochłonności, a osobno — dla stawek kosztowych osobowych i kosztów rzeczowych. Ogólnikowe zatem jest nie tyle uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, co sam przedmiotowy zarzut. Odwołujący nie zadał sobie trudu dostosowania treści zarzutu do stanu faktycznego. Warto wskazać, że to sam Odwołujący nie zawarł uzasadnieniu zastrzeżenia jawności swoich wyjaśnień żadnych konkretnych, odnoszących się do poszczególnych części wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowody jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozpraw, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k., ADS Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, treści gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego, treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23 października 2020r., wezwania Zamawiającego do złożenia przez Konsorcjum wyjaśnień ceny oferty, a także z przedłożonego przez Konsorcjum wykazu zrealizowanych zamówień wraz z referencjami wystawionymi przez Grupę Generali oraz Nest Bank, a także z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba w składzie orzekającym za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że wykładnia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 dokonana przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, w wyniku ponownego rozpoznania skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, pozwała na uznanie, że w każdym przypadku, w którym ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum), dokument gwarancji wadialnej złożony przez konsorcjum, podlega wykładni w oparciu o przepis art. 65 k.c. Za każdym więc razem, w sytuacji odnoszącej się do konkretnego wykonawcy w danym postępowaniu, konieczne jest odtworzenie oświadczenia woli, jakie zostało złożone w dokumencie gwarancji wadialnej. Jak słusznie wskazał SO w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18: „Znaczenie takie ma bowiem wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r. późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie zadania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 ww. ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. Z pewnością zaś rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść także i do gwarancji ubezpieczeniowej, mając na względzie zarówno podobieństwo jak i charakter oraz cel obu dokumentów. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Zatem nawet jeśli, jak w niniejszej sprawie, członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanых sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę”.

Natomiast treść gwarancji bankowej z dnia 15 września 2020r. przedłożonej przez Konsorcjum nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż Gwarant miał wiedzę, że wykonawca Trimtab Arteria Management sp. z o.o., sp. k. będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników Konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik tego Konsorcjum. Co więcej z treści przedłożonego przez Przystępującego na rozprawie dowodu wprost wynika, że Gwarant do dnia 22 grudnia 2020r. nie miał wiedzy w tym zakresie. Powyższe potwierdza również treść gwarancji, z której wynika, że to tylko sam wykonawca Trimtab składa ofertę w niniejszym postępowaniu.

Zauważyć należy, że analogiczna sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia wskazanego wyżej wyroku SO w Gdańsku, w którym Sąd wskazał, że „próżno szukać w treści gwarancji ubezpieczeniowej (...) takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego jako lidera konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejście odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceńbiorky, i leżące po "jego" stronie (nie "ich", czy "podmiotów powiązanych" czy "współwykonawców"), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparcji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów definicją "przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy". Przeciwnie - z jej treści, ani wprost ani w sposób domniemany, nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej "przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy". Wyłącznie zatem od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, iż obejmowała także przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie "jest odpowiedzialny".

Podkreślić należy, iż ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także i "przyczyn, za które zleceniodawca odpowiada" istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. A wziąć pod rozważenie należy, iż z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem

szczególności kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności.". „Tym samym uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywiście jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów".

Tymczasem z treści przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji bankowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób je wyinterpretować w drodze wykładni gwarancji. Izba za niezasadne uznała stanowisko Przystępującego, według którego interpretacji gwarancji wadialnej należy dokonywać z uwzględnieniem innych dokumentów w tym umowy konsorcjum.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że złożona przez Konsorcjum gwarancja, nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, a tym samym nie jest prawidłowa. W ocenie Sądu Odwoławczego (wyrok SO w Gdańsku), z czym Izba się zgadza, „koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany – zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w mniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścisłości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.".

Skład orzekający uznał, że przedłożone przez Przystępującego na rozprawie oświadczenie gwaranta z dnia 14 stycznia 2021r., że odpowiedzialnością gwaranta objęte są działania i zaniechania Konsorcjum firm: Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k., ADS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie zostało wystawione już po upływie terminu składania ofert, a zatem nie było przedłożone Zamawiającemu wraz z ofertą, co pozwoliłoby Zamawiającemu uznać złożoną gwarancję wadialną za prawidłową i potwierdzałoby okoliczność, że Gwarant miał wiedzę że wykonawca Trimtab działa w imieniu Konsorcjum. Co istotne, w ramach zgłoszonego zarzutu Izba zobowiązana była do dokonania wykładni oświadczeń woli stron ale jedynie w oparciu o treść dokumentu wadialnego a nie jego treść wraz z późniejszym dokumentem pochodzącym od gwaranta, który został przedłożony przez Przystępującego dopiero w toku rozprawy.

Izba uznała ponadto, że brak wskazania w treści dokumentu wadialnego części postępowania, którą gwarancja ta zabezpiecza nie powodował jego wadliwości. Wskazać należy, że Przystępujący złożył w postępowaniu ofertę jedynie w zakresie części II postępowania, a ponadto w treści Formularza Ofertowego w punkcie 9 Przystępujący wskazał że wadium zostało wniesione dla II części postępowania oraz podał numer gwarancji bankowej. Powyższe umożliwiałoby Zamawiającemu ustalenie, że złożone wadium zabezpiecza ofertę złożoną na II część postępowania.

Skład orzekający za niezasadny uznał zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji gdy cena oferty Konsorcjum jest rażąco niska, a Przystępujący nie wykazał, że cena jest ceną realną.

Podkreślić należy, że aby dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp musi zostać spełniona jedna z dwóch przesłanek wymienionych w tym przepisie, tj. albo brak złożenia wyjaśnień (co nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu) albo jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Ponadto wskazać należy, że ustalenia, iż dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje Zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 Pzp), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z art. 90 ust. 1 Pzp wynika ponadto, że Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu danego zamówienia przez Zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczególność złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Podkreślenia również wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba oceniała prawidłowość czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu. Tym samym weryfikacji podlegała zatem czynność, oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum, a następnie prawidłowość decyzji podjętej przez Zamawiającego.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należało, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień Przystępującego z dnia 23 października 2020r. dotyczących ceny oferty.

Z uwagi na uznanie przez Izbę za skuteczne zastrzeżone fragmenty wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego jako zawierających informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa Izba przedstawia swoją argumentację z natury rzeczy w sposób ogólny. Konsorcjum odpowiadając na wezwanie Zamawiającego złożyło w dniu 23 października 2020 r. wyjaśnienia a zatem nie zachodziła pierwsza z przesłanek odrzucenia oferty wskazana w przepisie art. 90 ust. 3 Pzp. Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący nie wykazał, aby zachodziła druga z przesłanek odrzucenia, a więc aby cena zaoferowana przez Konsorcjum za realizację zamówienia mogła zostać zakwalifikowana jako rażąco niska.

Izba w składzie orzekającym uznała, że Zamawiający sposób prawidłowy i z należytą starannością dokonał oceny wyjaśnień tego wykonawcy. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie ograniczały się do ogólnego przedstawienia sprzyjających okoliczności realizacji zamówienia, które w jego ocenie wpływają na możliwość zaoferowania niższej ceny, bowiem w części niejawniej wyjaśnień wykonawca ten przedstawił poszczególne elementy

uwzględnione przez niego przy kalkulacji ceny oferty i założenia te pozwoliły w sposób pozytywny ocenić ich treść, jak również wywieść wniosek co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zawierały konkretne wycenienia poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę za realizację zamówienia, uwzględniając wymagania wskazane w SIWZ jak np. wskazaną liczbę dokumentów, czy też uwzględniając 3 różne typy formularzy oraz niższą niż 100% skuteczność odczytu dla pisma odręcznego. Przystępujący dokonał również wyceny kosztów pracy z uwzględnieniem pracochłonności oszacowanej w sposób szczegółowo opisany w wyjaśnieniach i przedstawionych w tabelach, wycenił również dodatkowe koszty takie jak odbiorów i transportu oraz koszty materiałów biurowych. Ponadto złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień. Podkreślić należy, iż wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie obiektywne czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, wykazał, iż realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie mu straty, jak również przedstawił sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą wykonawcy polityką cenową.

Podkreślić również należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał, w jaki sposób należy kalkulować koszty zamówienia. Każdy z wykonawców miał możliwość dowolnego skalkulowania kosztów, w oparciu o własne doświadczenie, możliwości i przyjętą ekonomikę. Przedłożył również dowód w załączniku nr 2 do wyjaśnień dotyczący podmiotu, który dostarczy program do OCR.

Stwierdzić również należało, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący w sposób szczegółowy opisał sposób kalkulacji ceny także w pozycji l.p. nr 7 Formularza cenowego OF.2. Konsorcjum do kalkulacji ceny przyjęło do szacowania większą liczbę kursów niż wskazywana przez Odwołującego, wykazało w jako sposób będzie organizowało kursy i z wykorzystaniem jakich samochodów. Również w odniesieniu do tej pozycji Formularza Przystępujący wskazał metodologię obliczania pracochłonności, którą przyjął przy szacowaniu ceny oferty w tej pozycji.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że nie można uznać, że przyjęty przez Przystępującego sposób przedstawienia wyjaśnień i kalkulacji jest nieprawidłowy.

Podsumowując, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Konsorcjum składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodniło Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 Pzp.

Przechodząc następnie do kwestii, jakoby złożenie przez Przystępującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wskazać należy, iż Odwołujący wywodził zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uznania, że oferta ww. wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto, że cena jego oferty w pozycjach l.p. nr 2 oraz 7 FO.2 nie uwzględniała wszystkich kosztów.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego takiego wniosku nie można wyprowadzić z treści obszernych wyjaśnień ceny złożonych przez tego wykonawcę, z których wynika realność zaoferowanej ceny a także okoliczność uwzględnienia przy jej szacowaniu wszystkich wymaganych kosztów.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odnosząc się do niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych przez Przystępującego w dniu 23 października 2020r., to wskazać należy, że Izba zarzut ten również uznała za niezadany.

Uwzględniając wymogi formalne uznania wniosku o ochronę informacji wynikających z art. 11 ust. 2 uznk Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie dochował należytej staranności przy ochronie informacji objętych klauzulą tajemności, co jest jego obowiązkiem w myśl postanowień art. 6 k.c. Odwołujący nie udowodnił, że informacje objęte tajemnicą są publicznie dostępne, a to wykonawca decyduje o formie zabezpieczeń przed wyciekiem informacji z firmy. Zakres zabezpieczenia i sposób zabezpieczenia informacji jest sprawą indywidualną każdego przedsiębiorcy, ocenianą pod kątem należytej staranności w sytuacjach gdy informacje staną się zwłaszcza wbrew woli przedsiębiorcy ogólnie dostępnymi. Przystępujący w uzasadnieniu wskazał, jakie środki przedsięwziął aby zabezpieczyć treść informacji przed ich ujawnieniem, a Odwołujący nie udowodnił, że ochrona ta jest niewspółmierna, nie wykazująca należytego zabezpieczenia. Izba rozważając wykazany w piśmie Przystępującego opis zastosowanych zabezpieczeń stwierdziła, że jest on wystarczający i nie powoduje wpływu informacji chronionych na zewnątrz. Podkreślić należy, że zachowanie należytej staranności przewidzianej w art.11 ust. 2 uznk należy oceniać nie tylko w aspekcie podjętych zabezpieczeń co do zasady ale przede wszystkim do sytuacji, gdy wpływ informacji chronionych wystąpił, czego Odwołujący nie udowodnił.

Podsumowując spełnienie warunków formalnych, koniecznych do osiągnięcia celu w postaci możliwości skorzystania z utajnienia informacji, wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp jak i art. 11 ust. 2 uznk, Izba nie stwierdziła w postępowaniu Przystępującego naruszeń w tym zakresie. Po pierwsze w odpowiednim czasie Konsorcjum zgłosiło ochronę informacji niejawnych to jest w dacie złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jak i wskazało jak te informacje chroni, co wypełnia działania w celu utrzymania ich w poufności. Wyjaśnienia co do skutecznej procedury ochrony informacji niejawnych, przed osobami nieuprawnionymi, także są wiarygodne.

Odnosząc się do merytorycznego uzasadnienia ochrony informacji jako niejawnych Izba stwierdziła, że kalkulacja ceny na usługę będącą przedmiotem niniejszego postępowania, tj. usługę pocztową i usługę archiwizacyjną zawiera informacje posiadające określoną wartość gospodarczą, umożliwiające Przystępującemu uzyskanie zamówienia (art. 11 ust. 2 uznk). Kalkulacja ceny tego wykonawcy stanowi szczególne zestawienie elementów kosztotwórczych i przyjętej metodologii szacowania ceny oferty. Skład orzekający stwierdził, że Przystępujący słusznie powołał się na konieczność ochrony kalkulacji poszczególnych elementów ceny jako informacji stanowiącej tajemnicę jego przedsiębiorstwa, gwarantującą konkurencyjność i uzyskanie zamówienia dla realizacji celów gospodarczych. Ponadto wyjaśnienia Konsorcjum zawierają informacje dotyczące warunków handlowych w zakresie współpracy Przystępującego z konkretnie wskazanymi podmiotami. Tym samym informacje te w sposób precyzyjny obrazują sposób działania tego wykonawcy na rynku i jednoznacznie wskazują na sposób budowania ceny oferty.

Podsumowując, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że kalkulacja ceny ofertowej wypełnia również pod względem merytorycznym przesłanki z art. 11 ust.2 u.z.n.k w związku z art. 8 ust. 3 Pzp dla ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy utajnienie kalkulacji ceny nie naruszało art. 7 ust.1 Pzp w zakresie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ponieważ Odwołujący nie wykazał, że inny wykonawca został pozbawiony w relatywnych okolicznościach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również naruszenia zasady proporcjonalności czyli

nadmierności ochrony informacji wykonawcy wybranego co do sposobu budowania ceny jak i przejrzystości wobec wyczerpania w sytuacji wykonawcy wybranego prawa do ochrony tajemnicy przewidzianej art. 8 ust.3 Pzp. Ponadto, co istotne, również Odwołujący Fagus objął tajemnicą przedsiębiorstwa swoją kalkulację zawierającą szczegółowe zestawienie elementów cenotwórczych.

W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie ujawniając zastrzeżonej przez Przystępującego części wyjaśnień zawartych w piśmie z 23 października 2020r. nie naruszył zasady jawności postępowania.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie składu orzekającego z przedłożonego przez Przystępującego wykazu wykonanych zamówień nie wynikało, że spełnia ono warunek udziału w postępowaniu określony w części II SIWZ lit. A pkt 1.2.2.1. dla części II postępowania. Z przedłożonego bowiem wykazu nie sposób ustalić jaki był zakres wykonanych zamówień ani, czy wskazana w wykazie wartość zamówienia realizowanego przez spółkę ADS dotyczyła okresu od początku realizacji usługi, czy też kwota ta obejmowała wymagany w warunku okres. W konsekwencji wobec braku możliwości ustalenia, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien był na podstawie ww. przepisu wezwać go do poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Rację ma bowiem Odwołujący, że zastosowanie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp nie zrealizowałoby celu uzupełnienia ww. dokumentu o wymagane informacje, bowiem powołany przepis pozwala jedynie wyjaśnić wątpliwości, które mogą się zrodzić po stronie Zamawiającego, w sytuacji niejasności treści dokumentu a nie umożliwia na uzupełnienie treści, które się w nim nie znajdują. W trybie art. 26 ust. 4 Pzp możliwe było zwrócenie się do Przystępującego jedynie o wyjaśnienie co do możliwości posługiwania się przez ADS sp. z o.o. referencjami wystawionymi na rzecz Arteria Document Solutions sp. z o.o. Nie mniej jednak z uwagi na fakt, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, Izba nie nakazywała Zamawiającemu wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....