

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencję Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Agencję Ochrony Osób i Mienia Argo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi

orzeka:

1. uwzględnić częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załącznikach 2, 2a i 2b do wyjaśnień wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi z dnia 3 czerwca 2020 r., oraz informacji zawartych w załącznikach nr 2, 3, 4 do wyjaśnień wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi z dnia 16 czerwca 2020 r. z powodu niewykazania przez ww. wykonawcę, że informacje te stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Medyczny w Łodzi w części % oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencję Ochrony Eskort Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Agencję Ochrony Osób i Mienia Argo Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi w części % i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencję Ochrony Eskort Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Agencję Ochrony Osób i Mienia Argo Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Uniwersytetu Medycznego w Łodzi na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencji Ochrony Eskort Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Agencji Ochrony Osób i Mienia Argo Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Medyczny w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa ochrony osób i mienia w obiektach Uniwersytetu Medycznego w Łodzi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 kwietnia 2020 r., nr 2020/S 067-160204.

17 czerwca 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Agencji Ochrony Eskort Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Agencji Ochrony Osób i Mienia Argo Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Atos sp. z o.o. w Łodzi, zwanemu dalej „ATOS”.

Wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Atos sp. z o.o.;
- 2) ponownego wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnień co do ceny;
- 3) zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień (w szczególności kalkulacja ceny i inne załączniki do wyjaśnień) złożonych przez Atos sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Atos sp. z o.o., mimo że oferta zawierała rażąco niską cenę, a wyjaśnienia co do ceny były nierzetelne, ogólnikowe i niepoparte dowodami, a podejmowane przez wykonawcę czynności naruszały zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

odwołujący wniósł 26 czerwca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 14 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Atos sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień (w szczególności kalkulacja ceny oraz załączniki do wyjaśnień) złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ATOS sp. z o.o.
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 14 ust. 1 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez wybór oferty Atos Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że złożenie oferty w obecnym kształcie stanowiłoby działania noszące znamiona nieuczciwej konkurencji w postaci zaniżenia kosztów wynagrodzeń pracowników co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia całości wyjaśnień złożonych przez Atos Sp. z o.o. w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wszystkich dowodów oraz wyliczeń do nich dołączonych, unieważnienia czynności wyboru oferty Atos sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Atos sp. z o.o. i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał zbadania, czy wystąpiły przesłanki zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Atos sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia ww. wykonawcy w tym zakresie są ogólnikowe i lakoniczne, a tym samym należy uznać, że wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że dla utajnienia wyjaśnień nie jest wystarczające złożenie oświadczeń przez przedstawicieli Spółki. Okoliczności wskazane w oświadczeniach powinny zostać wykazane dowodami. Jednakże wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia wskazanych w wyjaśnieniach informacji. Przykładowo, powinien był przedstawić dokumenty potwierdzające istnienie procedur postępowania w związku z danymi, które uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa lub umów o zachowanie poufności. Wykonawca nie wykazał, że do zachowania objętych przez niego tajemnicą danych zobowiązani zostali pracownicy i kontrahenci wykonawcy. W związku z powyższym informacje powinny być zostać udostępnione pozostałym wykonawcom. Zastrzeżenie informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę doprowadziło do utrudnienia podmiotom konkurencyjnym weryfikacji ofert wykonawcy.

Dalej odwołujący podniósł, że złożone przez Atos Sp. z o.o. wyjaśnienia co do ceny są nierzetelne ogólnikowe i lakoniczne. Zamawiający nie mógł więc uznać na podstawie wyjaśnień, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy.

Zdaniem odwołującego wysokość kosztów wykonywania usługi na rzecz zamawiającego przedstawia się następująco:

- ☐ wynagrodzenie minimalne pracownika 2.600 zł brutto.
- ☐ godziny nocne (średnio 56 h) - 173,60 zł.
- ☐ składki emerytalne po stronie pracodawcy - 271 zł.
- ☐ składki rentowe po stronie pracodawcy - 180 zł.
- ☐ ubezpieczenie wypadkowe * 35 zł.
- ☐ świadczenie urlopowe - 280 zł.

Razem: 3539,60 zł.

Odwolujący podał, że przy założeniu średniej ilości godzin miesiącu wynoszącej 168 koszt godziny pracy wynosi 21,07 zł. Ponadto występują dodatkowe koszty (składka na fundusz pracy 68 zł, składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 3 zł, kosztów pracowniczych planów kapitałowych 40 zł), z których wyłączeni są jedynie pracownicy kobiety powyżej 55 roku życia i mężczyźni powyżej 60 roku życia, jednak Atos nie wykazał, że zatrudnia takich pracowników. Ponadto wykonawca powinien uwzględnić w szczególności koszty takie jak koszt umundurowania, sprzętu, telefonów komórkowych, kosztów płacy koordynatora (minimum 3600 zł miesięcznie), ubezpieczenia kontraktu, zabezpieczenia wykonania umowy (35.000,00 zł). Dodatkowo Atos w wyjaśnieniach wskazywał, że w związku z wykonaniem zamówienia ponosi koszty prac badawczo- rozwojowych, jednakże nie przedstawił dowodów potwierdzających wysokość ww. kosztów wykonywania usługi i nie uwzględnił ich w swoich wyliczeniach.

Odwolujący podniósł, że zamawiający określił w SIWZ i odpowiedziach do SIWZ, że pracownicy powinni być w pełni sprawni fizycznie i psychicznie co wyklucza pracowników ze znacznym stopniem niepełnosprawności lub specjalnym przejawiającym się np. upośledzeniem lub chorobami neurologicznymi. Wykonawca nie może więc korzystać z oszczędności związanych z zatrudnieniem pracowników o takim stopniu niepełnosprawności. Do podwyższonego dofinansowania uprawniają następujące schorzenia: upośledzenie umysłowe, choroby psychiczne, epilepsja, całościowe zaburzenia rozwojowe np. autyzm. Przy wymogu co do pełnej sprawności psychofizycznej wszystkich pracowników ochrony na wszystkich stanowiskach znacznie ogranicza się możliwość oszczędności w związku z dofinansowaniem wynagrodzeń osób niepełnosprawnych. Koszt pracownika bez odliczeń wynosi ponad 21 zł za godzinę pracy. Natomiast Atos Sp. z o.o. w swojej ofercie przyjął stawkę 18,30 zł. Z pisma wykonawcy z 16 czerwca 2020 r. wynika, że uwzględnia w swojej wycenie dofinansowania z PFRON, które przy zatrudnieniu pracowników wykonujących usługę nie będą mogły być zastosowane. Z powyższego wynika więc, że wykonawca poniesie wyższe koszty świadczenia usługi niż wskazane w wyjaśnieniach i tym samym nie będzie w stanie wykonać usługi za cenę wskazaną w ofercie.

Odwolujący wskazał, że w piśmie z 16 czerwca 2020 r. Atos Sp. z o.o. podał, że składając ofertę bierze na siebie ryzyko zdarzeń przyszłych i niepewnych. Należy więc uznać, że wykonawca nie jest pewien czy wykona usługę za wynagrodzenie wskazane w ofercie. W związku z powyższym wskazana stawka wynagrodzeń jest rażąco niska. Ponadto rażąco niska jest całościowa cena oferty. Przy uwzględnieniu kosztów wykonania usługi, o których mowa powyżej nie jest możliwe wykonanie zamówienia przez Wykonawcę za cenę wskazaną ofercie Atos, wykonawca poniósłby bowiem stratę.

Odwolujący zaznaczył, że zgodnie z SIWZ zamawiający na niektórych stanowiskach wykluczył możliwość zatrudnienia pracowników o jakimkolwiek stopniu niepełnosprawności. Pełnosprawni pracownicy powinni być zatrudnieni na obiektach, na których zatrudnieni są pracownicy kwalifikowani, domach studenckich oraz szatniach. W zakresie pracowników zatrudnionych we wskazanych miejscach wykonawca nie może więc korzystać z dofinansowań z PFRON. Z treści wyjaśnień wynika jednak, że Atos przy kalkulacji oferty zakładał, że w zakresie wszystkich pracowników wykonujących usługę uzyska dofinansowanie. Wykonawca we wskazanym zakresie nie uzyska oszczędności na wynagrodzeniu pracowników, co powoduje, że wskazany koszt wynagrodzenia pracowników został zaniżony. Zaniżenie tak istotnego składnika ceny powoduje bowiem, że całościowa cena, a także istotne części składowe są rażąco niskie.

Odwolujący wskazał, że Atos w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych oferuje usługę tożsamą ze wskazaną niniejszym odwołaniem za kwoty odbiegające od kwot wskazanych w przedmiotowym postępowaniu. Złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu na kwotę w niej wskazaną jest więc działaniem celowym ukierunkowanym na utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Zaoferowana cena jest oderwana od jakichkolwiek realiów cenowych i jej umyślne zniżenie miało na celu polepszenie sytuacji względem innych wykonawców. W przypadku, gdyby Atos podał realne koszty świadczenia usług (np. w zakresie wynagrodzeń pracowników), jego oferta nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Przykładem działania, o którym mowa w niniejszym akapicie przez Atos jest oferta złożona w prowadzonym przez Politechnikę Łódzką postępowaniu o udzielenie zamówienia nr RAP.383.06.2020.AGIM.II. Zniżenie ceny w stosunku do ceny wskazanej w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Łódzką nie ma żadnego uzasadnienia. Czynem nieuczciwej konkurencji jest stosowanie ceny dumpingowej czyli kosztów nierealnych w kontekście przedmiotu umowy i zakresu zamówienia co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Atos sp. z o.o. w Łodzi.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na pytanie dotyczące SIWZ, ofertę Atos i odwołującego, wezwanie zamawiającego z 26 maja 2020 r. skierowane do Atos w toku postępowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia Atos z 3 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego o złożenie wyjaśnień skierowane do ATOS w dniu 9 czerwca 2020 r., wyjaśnienia Atos z dnia 16 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17 czerwca 2020 r., wniosek odwołującego o udostępnienie dokumentów złożonych przez ATOS, odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek, załączniki do odwołania, załącznik do pisma procesowego Atos z 29 czerwca 2020 r., stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby wniósł o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Atos sp. z o.o. Oświadczył, że nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie nie przekazał odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia. Do zgłoszenia przystąpienia załączono wprawdzie dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia na adres . Jednakże, nie był to adres mailowy odwołującego wskazany w odwołaniu czy ofercie odwołującego () . W tej sytuacji, wobec niespełnienia przesłanek z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że postanowienia SIWZ zawierają m.in. następujące postanowienia:

3.1. Przedmiotem zamówienia są usługi polegające na ochronie osób i mienia w obiektach Uniwersytetu Medycznego w Łodzi.

3.2. Usługa została szczegółowo opisana w poniższych załącznikach:

3.2.1. Opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 2 do SIWZ;

3.2.2. Zakres ochrony i wykaz obiektów Uniwersytetu Medycznego w Łodzi podlegających ochronie - załącznik nr 2.1. do SIWZ;

3.2.3. Instrukcja ochrony obiektów - załącznik nr 2.2 - 2.5 do SIWZ

W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający wskazał m.in.:

5. Dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca winien dysponować pracownikami posiadającymi wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz pracownikami ochrony nie posiadającymi wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej - w ilościach wynikających z zał. nr 2.1 „Zakres ochrony, wykaz obiektów Uniwersytetu Medycznego podlegających ochronie”.

5a. W ramach realizacji umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zatrudnienia przez Wykonawcę osób z niepełnosprawnościami, które wykażą się aktualnym, ważnym orzeczeniem lekarskim dopuszczającym ich do pracy na

stanowisku pracownika ochrony posiadającego zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania tego zawodu.

Ze względu na specyfikę wykonywania czynności związanych z ochroną fizyczną osób i mienia, osoby przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z SIWZ muszą posiadać zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, w szczególności zdolność:

- do swobodnej komunikacji z użytkownikami obiektów,
- do pracy z instrukcjami i dokumentami typu instrukcje ochrony itp.,
- fizyczną do szybkiego przemieszczania się po obiektach i ewentualnego podejmowania interwencji.

Dopuszczenie możliwości zatrudnienia przez Wykonawcę osób z niepełnosprawnościami na zasadach określonych w niniejszym ustępie:

- nie dotyczy pracowników ochrony, w stosunku do których Zamawiający wymaga posiadania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej,
- nie dotyczy pracowników skierowanych przez Wykonawcę do wykonywania usługi w Domach Studenta i przy obsłudze szatni.

6.(...).

7.Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj.: ochrony fizycznej osób i mienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 1040, z późn. zm.).

Ustalono, że w załączniku nr 2.1 do SIWZ zamawiający opisał m.in. co następuje:

Lp.	Adres obiektu	Zakres ochrony	Dodatkowe czynności
1.	Łódź, Al. Kościuszki 4 R1	całodobowo 1 pracownik ochrony kwalifikowany	PUNKT ALARMOWANIA (PA) UM 1.obsluga centrali telefonicznej 2.obsluga szatni 3.obsluga bramy wjazdowej
2.	Łódź, Pl. Hallera 1 H54	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany 1 pracownik ochrony kwalifikowany (posterunek obchodowy) punkty monitorowania czasu obchodu kampusu	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA) Bud.1,2,7 2.obsluga szlabanu przy bramie wjazdowej, raporty dotyczące wjazdów i wyjazdów, (w razie potrzeby)
3.	Łódź, Pl. Hallera 1 IV Dom Studenta DS. IV	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany ze znajomością języka angielskiego w stopniu komunikatywnym	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA) 2.obsluga centrali telefonicznej
4.	Łódź, ul. 6-go Sierpnia 69 Hala sportowa Posterunek przy bramie wjazdowej H55	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany Poniedziałek-piątek w godz.16 ⁰⁰ - 7 ⁰⁰ 1 pracownik niekwalifikowany soboty i niedziele -całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA)

5.	Łódź, ul. Żeligowskiego 7/9 posterunek przy bramie wjazdowej Z1	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany punkty monitorowania czasu obchodu kampusu poniedziałek - piątek w godz. 7 ³⁰ - 16 ³⁰ 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga szlabanu, raporty dotyczące wjazdów i wyjazdów, (w razie potrzeby)
6.	Łódź, ul. Jaracza 63 J1	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA)
7.	Łódź, ul. Lindleya 6 L1	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA)
8.	Łódź, ul. Narutowicza 60 N1	całodobowo 1 pracownik ochrony Niekwalifikowany punkty monitorowania czasu obchodu budynku	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga szlabanu
9.	Łódź, ul.Kopcińskiego20 K1	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga szlabanu (w razie potrzeby)
10.	Łódź, ul. Sędziowska 18a S1	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga bramy wjazdowej 3.przyjmowanie zwłok i preparatów do Z-du Medycyny Sądowej
11.	Łódź, ul. Muszyńskiego 2 MB4	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga szlabanu (w razie potrzeby)
12.	Łódź, ul. Muszyńskiego 1 M1 OBSŁUGA SZATNI	poniedziałek-piątek: w godz. 15.30-73° 1 pracownik ochrony niekwalifikowany soboty i niedziele -całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany punkty monitorowania czasu obchodu kampusu poniedziałek-piątek: w godz. 73° - 203° 1 pracownik z wyłączeniem w okresie wakacji od 15.06 do 30.09 każdego roku trwania umowy	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga szlabanu, raporty dotyczące wjazdów i wyjazdów, (w razie potrzeby)
13.	Łódź, ul. Strajku Łódzkich Studentów 1981 r. nr2 II Dom Studenta DSII	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany ze znajomością języka angielskiego w stopniu komunikatywnym	1.obstuga Punktu Alarmowania(PA) 2.obstuga centrali telefonicznej

14.	Łódź, ul. Lumumby 5 I Dom Studenta DSI	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany ze znajomością języka angielskiego w stopniu komunikatywnym	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA) 2.obsluga centrali telefonicznej
15.	Łódź, ul. Mazowiecka 6/8 CKD 6/8	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA) 2.obsluga bramy wjazdowej 3.obsluga centrali telefonicznej 4.obsluga szatni
16.	Łódź, ul. Pomorska 137 P1	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA) 2.obsluga bramy wjazdowej 3.obsluga centrali telefonicznej 4.obsluga szatni
17.	Łódź, ul. Pomorska 251 CKD A4	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	1.obsluga Punktu Alarmowania(PA) - Bud.C7,C2 oraz patrol obchodowy 2.obsluga centrali Telefonicznej
18.	Łódź, ul. Pomorska 251 CKD C5	całodobowo 1 pracownik ochrony niekwalifikowany	I.obsluga Punktu Alarmowania(PA)
19.	Łódź Pomorska 251 (Aula wschodnia) CKD AW	od poniedziałku do niedzieli 1 pracownik ochrony niekwalifikowany w godz.7 ⁰⁰ -21 ⁰⁰	I.obsluga Punktu Alarmowania(PA)
20.	Łódź Pomorska 251 (Centrum Dydaktyczne -Aula Północna) CKD AP	całodobowo 2 pracowników ochrony niekwalifikowanych punkty monitorowania czasu obchodu budynku	I.obsluga Punktu Alarmowania(PA)
21.	Łódź Pomorska 251 Teren zewnątrzny	całodobowo 2 pracowników ochrony kwalifikowanych tzw. patrol obchodowy na całym terenie CKD punkty monitorowania czasu obchodu kampusu	I.obsluga szlabanu, raporty dotyczące wjazdów i wyjazdów (w razie potrzeby)

Ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 19.296.460,17 zł brutto. Szacunku dokonano w miesiącu lutym 2020 r. na podstawie cen, które w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia na rok 2020 wynegocjowano z obecną firmą (szacunek zamawiającego z 25 lutego 2020 r. w aktach sprawy).

Ustalono, na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 13 maja 2020 r., że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli wykonawcy oferując następujące ogólne ceny brutto:

- a)przystępujący - 15.756.394,29 zł brutto,
- b)odwołujący - 17.703.274,29 zł brutto.

Ustalono, że zamawiający w dniu 26 maja 2020 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na powstałe wątpliwości czy istotna część składowa ceny zaoferowanej przez przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie:

- a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu o pracę (Dz. U. 2015 poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazał, że Celem złożonych wyjaśnień jest zweryfikowanie przez Zamawiającego poprawności dokonanej kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że Wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. W związku z powyższym, wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, w szczególności:

- 1. Koszt osób skierowanych do realizacji zamówienia;*
- 2. Koszt zaangażowania materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, sprzętu itp.;*
- 3. Marżę/zysk Wykonawcy;*

Wyjaśnienia powinny być przedstawione oddzielnie dla każdej z 21 pozycji opisanych w Ofercie Wykonawcy w Formularzu Oferty zał. nr 1 do SIWZ, bowiem zgodnie ze SIWZ Zamawiający wymagał podania osobno dla każdej lokalizacji / pozycji ceny ryczałtowej za miesiąc usługi netto.

Przy udzielaniu wyjaśnień powinny zostać uwzględnione odpowiednie zapisy SIWZ, w tym, w szczególności postawiony przez Zamawiającego wymóg, iż przy wykonaniu usługi na obiektach z pozycji 1-3, 12-16 oraz 21, nie jest możliwe skierowanie przez Wykonawcę pracowników, którzy legitymowaliby się orzeczoną jakimkolwiek stopniem niepełnosprawności.

W dalszej części ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z 3 czerwca 2020 r. W wyjaśnieniach wskazał, co następuje.

Atos sp. z o.o. podtrzymuje oświadczenie, że jest zdolna do realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach przewidzianych w SIWZ oraz w złożonej ofercie.

Nie ukrywamy, że zdziwieni jesteśmy prośbą o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny skoro cena naszej oferty nie kwalifikuje się w żaden sposób do takiego określenia. (...)

W tym miejscu pragniemy podkreślić, że w przepisie tym jest mowa o rażąco niskiej cenie „w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Chodzi zatem o cenę całkowitą odnoszącą się do całości zamówienia. Owszem w przepisie art. 90 ust 1 ustawy p.z.p, na który powołują się Państwo w piśmie (regulującym przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniającej), jest co prawda mowa o sytuacji, w której cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości, jednakże w orzecznictwie KIO doprecyzowano, że może podlegać odrębnemu badaniu pod kątem ceny rażąco niskiej wyodrębniona część ceny oferty, ale tylko wtedy gdy ta część stanowi odrębne kryterium oceny ofert. A z taką sytuacją nie mamy tutaj do czynienia.

Dostrzeżenia wymaga dodatkowo fakt, że wynagrodzenie za wykonanie usługi ma charakter ryczałtowy. Przy takich zapisach istotnych warunków zamówienia istniała możliwość przenoszenia kosztów w ramach ceny ofertowej pomiędzy poszczególnymi pozycjami.

(...)

Dlatego też, zgodnie z powyżej przytoczonymi przepisami, Atos Sp. z o.o. w swych wyjaśnieniach odnosi się do przedstawionej w ofercie ceny całkowitej zamówienia i przełożenia tej ceny na poszczególne pozycje formularza ofertowego.

Mając na uwadze zawartość pisma Wnioskodawcy i zawartość naszej kalkulacji zmuszeni jesteśmy załączniki stanowiące dalszą szczegółową część odpowiedzi uznać za Tajemnicę Przedsiębiorstwa Atos Sp. z o.o. i wnosimy o jej utajnienie. Spółka Atos na własny koszt od lat przeprowadza szereg prac badawczo rozwojowych w zakresie organizacji ochrony oraz zaawansowanego wyposażenia pracownika ochrony. Efektem tego są rozwiązania o wartości (niezależni biegli) 4 mln złotych, wnioski patentowe i wiele nagród na Konferencjach i Targach. Jako pierwsi na świecie użyliśmy rzeczywistości rozszerzonej w komercyjnej ochronie. Atos jako jedyna firma ochrony w Polsce posiada własny ośrodek

badawczo - rozwojowy. Uważamy za zasadną ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, a kalkulacja ceny i oferta to efekt bardzo wielu czynników wypracowanych przez personel firmy. Wskazujemy, iż wypracowany przez ATOS sposób wyceny jest efektem zdobytego przez Spółkę know-how i stanowi dla Spółki istotną wartość gospodarczą albowiem pozwala na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w branży ochrony. Informacje będące podstawą kalkulacji mają dla ATOS charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Spółka składa ofertę - a zatem ich analiza przez podmioty konkurujące z ATOS pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych metodach kosztów wykonania zamówienia.

Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez ATOS zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie ATOS szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurencyjnego o zamówienia. Przedmiotowe dane nie są także ujawniane do wiadomości publicznej. Pragniemy wskazać w tym miejscu, iż żądanie przez ATOS utajnienia niniejszych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest w pełni uzasadnione, albowiem zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w określonych przypadkach. Z kolei zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności”. A zatem tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2013 r.; sygn. akt KIO 2602/13 należy uznać, iż dane liczbowe zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, podlegają ochronie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku o sygn. akt XIX Ga 167/07, który uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Potwierdza to również Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2018 r. KIO 1186/18.

Do pisma przystępujący załączył jako załącznik nr 1 - oświadczenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczył, co następuje: oświadczamy, że zastrzegamy złożone wyjaśnienia i dowody jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone przez naszą Spółkę dane zawarte zostały w załącznikach do pisma z dnia 03.06.2020 r. i zawarte są na Załącznik nr 2 str. 1-3, załącznik nr 2A str. 1-2, załącznik nr 2B str. 1-4.

Zastrzeżone dane dotyczą informacji handlowych i organizacyjnych przedsiębiorstwa i nie są powszechnie dostępne tzn. nie są publikowane w materiałach drukowanych bądź w internecie, w związku z tym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 16.05.2019 r. Dz. U. z 2019 r., poz.1010 ze zm.).

Utajnienie danych nie ma na celu utrudnienia uczciwej konkurencji w przedmiotowym zamówieniu publicznym oraz nie dotyczy informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 p.z.p.

Do pisma z 3 czerwca 2020 r. załączono załącznik nr 2, załącznik nr 2A i załącznik nr 2b, które zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i ich treść nie zostanie przytoczona.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 9 czerwca 2020 r. przesłał do przystępującego wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W wezwaniu wskazał, że w związku ze złożonym w dniu 3.06.2020 r. pismem mającym wyjaśnić wątpliwości czy zaoferowana przez Wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wzywa do uzupełnienia dotychczasowych wyjaśnień i złożenia dokumentów, z których wynikałoby, że Wykonawca ATOS Sp. z o.o. korzysta z dofinansowania z PFRON na poziomie wskazanym w zał. nr 2A str. 1, dla wskazanej w zał. nr 2A str. 1 liczby pracowników.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący przesłał pismo z dnia 16 czerwca 2020 r. W piśmie wskazał, że Działając w imieniu ATOS Sp. z o.o., w związku pismem z dnia 09.06.2020 r. wzywającym do uzupełnienia dotychczasowych wyjaśnień ATOS sp. z o. i złożenia dokumentów potwierdzających korzystanie przez ATOS sp. z o. dofinansowania PFRON na poziomie wskazanym w załączniku nr 2A w załącznikach do niniejszego pisma składamy dokumenty potwierdzające powyższe.

Wskazujemy, że wykonawca dokonując kalkulacji ceny na etapie składania oferty wykonuje ją w oparciu o pewne

założenia. Nie muszą one występować już na etapie ofertowania np. mieć zatrudnione osoby niepełnosprawne przy braku wymagań w tym zakresie w SIWZ. Ryzyko gospodarcze wykonawcy, który kalkuluje cenę ofertową w oparciu o określone przesłanki ponosi sam wykonawca, który za wskazaną cenę ofertową będzie zmuszony realizować przedmiot zamówienia. To wykonawca bierze na siebie ryzyko związane z realizacją zdarzeń przyszłych i niepewnych. Niemniej jedna spółka Atos składa wyjaśnienia i dodatkowe dokumenty w tym zakresie.

Już tylko gwoili przypomnienia wskazujemy, iż ATOS sp. z o.o. posiada status zakładu pracy chronionej i korzysta z dofinansowanie PFRON. Dodatkowo mając na uwadze, że zawartość pisma spółki z dnia 03.06.2020 r., którego część (załączniki do pisma zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz fakt, że załączniki do niniejszego pisma stanowią uzupełnienie dotychczasowych wyjaśnień zmuszeni jesteśmy ponownie zastrzec złożone wyjaśnienia i dowody jako Tajemnicę Przedsiębiorstwa ATOS Sp. z o.o. w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wnosimy o ich utajnienie. Ponawiamy argumentację uzasadniającą wniosek o potraktowanie załączonych dokumentów i informacji jako Tajemnicy Przedsiębiorstwa ATOS sp. z o.o.

Spółka ATOS na własny koszt od lat przeprowadza szereg prac badawczo rozwojowych w zakresie organizacji ochrony oraz zaawansowanego wyposażenia pracownika ochrony. Efektem tego są rozwiązania o wartości (niezależni biegli) 4 mln złotych, wnioski patentowe i wiele nagród na Konferencjach i Targach. Jako pierwsi na świecie użyliśmy rzeczywistości rozszerzonej w komercyjnej ochronie. Atos jako jedyna firma ochrony w Polsce posiada własny ośrodek badawczo - rozwojowy. Uważamy za zasadną ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, a kalkulacja ceny i oferta to efekt bardzo wielu czynników wypracowanych przez personel firmy. Wskazujemy, iż wypracowany przez ATOS sposób wyceny jest efektem zdobytego przez Spółkę know-how i stanowi dla Spółki istotną wartość gospodarczą albowiem pozwala na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w branży ochrony. Informacje będące podstawą kalkulacji mają dla ATOS charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Spółka składa ofertę - a zatem ich analiza przez podmioty konkurujące z ATOS pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych metodach kosztów wykonania zamówienia. Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez ATOS zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie ATOS szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania o zamówienia. Przedmiotowe dane nie są także ujawniane do wiadomości publicznej.

Do pisma 16 czerwca 2020 r. przystępujący załączył jako załącznik nr 1 - oświadczenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczył, co następuje: oświadczamy, że zastrzegamy złożone wyjaśnienia i dowody jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone przez naszą Spółkę dane zawarte zostały w załącznikach do pisma z dnia 16.06.2020 r. i zawarte są na Załącznik nr 2 str. 1, załącznik nr 3 str. 1, załącznik nr 4 str. 1.

Zastrzeżone dane dotyczą informacji handlowych i organizacyjnych przedsiębiorstwa i nie są powszechnie dostępne tzn. nie są publikowane w materiałach drukowanych bądź w internecie, w związku z tym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 16.05.2019 r. Dz. U. z 2019 r., poz.1010 ze zm.).

Utajnienie danych nie ma na celu utrudnienia uczciwej konkurencji w przedmiotowym zamówieniu publicznym oraz nie dotyczy informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 p.z.p.

Do pisma z 16 czerwca 2020 r. załączono załącznik nr 2, załącznik nr 3 i załącznik nr 4, które zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i ich treść nie zostanie przytoczona.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 17 czerwca 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Ustalono także, że odwołujący w dniu 18 czerwca 2020 r. złożył wniosek o umożliwienie elektronicznego wglądu do dokumentów, które zamawiający otrzymał po wezwaniu przystępującego oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający przesłał odwołującemu w dniu 18 czerwca 2020 r. pismo przystępującego z dnia 3 czerwca 2020 r. wraz z załącznikiem nr 1 oraz pismo przystępującego z dnia 16 czerwca 2020 r. wraz z załącznikiem nr 1. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu załączników nr 2, 2A i 2B do pisma z dnia 3 czerwca 2020 r. ani załączników nr 2-4 do pisma z dnia 16 czerwca 2020 r. Swą decyzję o zaniechaniu utajnienia i udostępnienia ww. załączników zamawiający potrzymał w kolejnym piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w takim zakresie, w jakim zarzuty te opisano w odwołaniu.

W pierwszej kolejności odwołujący zarzucił w odwołaniu, że wyjaśnienia wykonawcy Atos sp. z o.o. co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny są ogólnikowe i lakoniczne. Argumentował, że Atos nie przedstawił w swych wyjaśnieniach szczegółowej kalkulacji kosztów i nie poparł jej dowodami. Zarzucił również, że wykonawca nie wykazał, jak założenia poczynione w kalkulacji przekładają się na konkretną wartość liczbową.

Odnosząc się do tak sformułowanych zarzutów Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się o w zebranym w sprawie materiale dowodowym sprawy.

Stwierdzono, że wyjaśnienia Atos z 3 czerwca 2020 r. nie okazały się ogólne i lakoniczne. Wyjaśnienia obejmowały część opisową, ujawniono w nich przyjęty sposób obliczenia ceny. Do wyjaśnień załączono szczegółowe kalkulacje, w których wskazano na wszystkie elementy cenotwórcze. Ujawniono także założenia do kalkulowania, przykładowo np. ilość systemów obchodowych do montażu, liczbę osób przewidzianych do zatrudnienia w trakcie realizacji umowy wraz z informacją o liczbie osób posiadających wskazane stopnie niepełnosprawności, wysokość kwoty dofinansowania z PFRON, przyjęte wskaźniki urlopowo-chorobowe, szacowane wynagrodzenie pracowników, pozostałe koszty, a także koszty ogólne i zysk.

Przy ocenie zarzutu wzięto pod uwagę, że odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu jakich konkretnie szczegółów miała nie obejmować kalkulacja Atos. Dostrzeżenia wymagało, że kalkulacja wykonawcy Atos okazała się bardziej szczegółowa niż kalkulacja załączona do pisma procesowego odwołującego z 16 sierpnia 2020 r. złożonego na rozprawie. Dostrzeżenia wymagało, że do wyjaśnień z dnia 16 czerwca 2020 r. Atos załączył dowody na poparcie założeń do kalkulowania (załączniki nr 3 i 4 do ww. pisma).

W odniesieniu do zarzutu, jakoby Atos miał nie wykazać, jak założenia poczynione w kalkulacji przekładają się na konkretną wartość liczbową. Odwołujący nie wskazał, jakie to konkretnie założenia z kalkulacji miały nie znaleźć przełożenia na wartość liczbową. Izba stwierdziła, że Atos w odniesieniu do każdej pozycji podał wartość, więc nie można utrzymywać, że nie wiadomo, jak poczynione założenia przekładają się na konkretną wartość liczbową. Zarzuty zatem nie potwierdziły się.

W dalszej kolejności odwołujący zarzucił w odwołaniu, że zamawiający nie miał podstaw do ponownego wzywania wykonawcy Atos do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zarzut ten okazał się chybiony.

Wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. nie wzywał Atos do złożenia nowych wyjaśnień. Jak wynikało z pisma zamawiającego, powodem wezwania było uściślenie dotychczas złożonych wyjaśnień Atos z dnia 3 czerwca 2020 r. w odniesieniu do poziomu dofinansowania z PFRON na poziomie wskazanym w załączniku nr 2A d str. 1 dla wskazanej w załączniku nr 2a liczby pracowników. Jak wynikało z powyższego zamawiający nie wzywał wykonawcy dwukrotnie do przedstawienia tych samych informacji, a jedynie uściślenia danych zawartych w uprzednio złożonych wyjaśnieniach. Wszak poziom dofinansowania i liczba pracowników została już zamawiającemu ujawniona w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2020 r. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że dopuszczalne jest wzywanie wykonawcy do uściślenia dotychczas złożonych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp, jeśli ma na celu wyjaśnienie wątpliwości wynikających z pierwotnych wyjaśnień. Takie działanie nie stanowi naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuca się ofertę wykonawcy, który w ogóle nie złożył wyjaśnień. Wobec powyższego zarzut nie potwierdził się.

W dalszej części odwołania odwołujący domagał się odrzucenia oferty Atos wskazując, że drugie wyjaśnienia wykonawcy z dnia 16 czerwca 2020 r. były ogólnikowe i niepoparte dowodami.

Tak sformułowany zarzut okazał się niezasadny. Stwierdzono, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 16 czerwca 2020 r. okazały się szczegółowe, stanowiły precyzyjną odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2020 r. W wezwaniu tym zamawiający nie prosił o przesłanie nowych wyjaśnień, ale o uściślenie jednego aspektu co do poziomu dofinansowania z PFRON na poziomie wskazanym w załączniku nr 2A d str. 1 pisma z 3 czerwca 2020 r. dla liczby pracowników wskazanej w załączniku nr 2a do tego pisma. Stwierdzono także, że do wyjaśnień z 16 czerwca 2020 r. Atos załączył dowody znajdujące się w załącznikach nr 3 - 4. Zarzut zatem okazał się chybiony.

W kolejnej części odwołania odwołujący zarzucił, że Atos powinien przedstawić zamawiającemu kalkulację ujawniającą najważniejsze elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania sprzętu, czy marżę wykonawcy. Zarzucał również, że w tym aspekcie niewystarczające są ogólne zapewnienia wykonawcy.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Izba stwierdziła, że kalkulacja Atos załączona do wyjaśnień ujawniała wszystkie najważniejsze elementy cenotwórcze. W szczególności ujawniono tam koszt zatrudnienia pracowników (por. załączniki 2a i 2b do pisma z 3 czerwca 2020 r.). Wykonawca wskazał również koszt zaangażowania sprzętu (por. pozycja „pozostałe koszty pracownicze” w załącznikach 2a i 2b do wyjaśnień z 3 czerwca 2020 r.). Podkreślenia wymagało również, że w załączniku nr 2a i 2b do pisma Atos z 3 czerwca 2020 r. znajduje się pozycja „zysk / marża”, w której podano wartość procentową i kwotową tego elementu cenotwórczego. Nie można było zatem utrzymywać, że wyjaśnienia wykonawcy stanowiły jedynie ogólne zapewnienie. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że Atos nie uwzględnił w swej kalkulacji kosztów sprzętu, telefonów komórkowych, kosztów zabezpieczenia wykonania umowy, kosztów ubezpieczenia kontraktu. Tak sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Stwierdzono, że wykonawca Atos uwzględnił koszt telefonów komórkowych w wierszu 3 w tabelach „pozostałe koszty bezpośrednie”, znajdujących się w załącznikach nr 2a i 2b do wyjaśnień z 3 czerwca 2020 r. Ustalono również, że wykonawca Atos ujął koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały przedstawione w wierszu 9 tabel „pozostałe koszty bezpośrednie”, znajdujących się w załącznikach nr 2a i 2b do wyjaśnień z 3 czerwca 2020 r. Jeśli chodzi o koszty płacy koordynatora to zostały one ujęte w kosztach pracowniczych. Co do kosztów sprzętu, to odwołujący nie wyjaśnił w zarzucie jakiego konkretnie sprzętu Atos miał nie uwzględnić w swej kalkulacji. Tymczasem sprzęt ujęto w wierszach 1, 4 i 7 tabeli „pozostałe koszty bezpośrednie”. Zarzut nie zasługiwał zatem na uwzględnienie.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że Atos nie uwzględnił w swej kalkulacji umundurowania. Tak sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Stwierdzono, że wykonawca Atos wskazał w kalkulacji załączonej do pisma z dnia 3 czerwca 2020 r., że zapewnia umundurowanie swym pracownikom. Wskazał także, że kosztów zapewnienia umundurowania pracowników na tym kontrakcie nie doliczył z powodu tego, że świadczy obecnie usługę na tym kontrakcie. Odwołujący w treści zarzutu nie odniósł do tak opisanego powodu nieuwzględnienia kosztów zapewnienia

umundurowania. Treścią zarzutu było jedynie nieuwzględnienie umundurowania w kalkulacji, co nie polegało na prawdzie. Wobec powyższego zarzut uznano za bezzasadny.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedstawił dowodów potwierdzających wysokość kosztów prac badawczo-rozwojowych, jakie miał ponosić w związku z wykonaniem zamówienia. Zarzut okazał się bezzasadny.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego, Atos nigdzie nie oświadczył, że w związku z wykonaniem zamówienia ponosi koszty prac badawczo-rozwojowych. W piśmie z 3 czerwca 2020 r. Atos, uzasadniając konieczność zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa oświadczył jedynie, że od lat przeprowadza prace badawczo-rozwojowe w zakresie organizacji ochrony oraz zaawansowanego wyposażenia pracownika ochrony. W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

Bezzasadny okazał się zarzut odwołującego, jakoby Atos powinien uwzględnić w cenie swej oferty minimalny koszt godziny pracy na poziomie 21,07 zł.

Wzięto pod uwagę, że w piśmie procesowym z dnia 16 sierpnia 2020 r. sam odwołujący wskazał, że w przypadku pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności koszt godziny pracy miał wynosić 17,33 zł, przy lekkim - 20,36 zł, a przy pracownikach pełnosprawnych - 22, 74 zł. Odwołujący przyznał także na rozprawie, że zgodnie z postanowieniami SIWZ na większości stanowisk można było zatrudnić nawet osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. W tej sytuacji bezzasadny okazał się zarzut odwołującego, jakoby Atos uwzględnić w cenie swej oferty minimalny koszt godziny pracy na poziomie 21,07 zł.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł jakoby Atos w piśmie z dnia 16 czerwca 2020 r. miał wskazać, iż uwzględnia w swojej wycenie dofinansowanie z PFRON, które przy zatrudnieniu pracowników wykonujących usługę nie mogło być zastosowane.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z SIWZ na niektórych stanowiskach zamawiający wykluczył możliwość zatrudnienia pracowników o jakimkolwiek stopniu niepełnosprawności. Wskazywał, że pełnosprawni pracownicy powinni być zatrudnieni na obiektach, na których zatrudnieni są pracownicy kwalifikowani, a także w domach studenckich oraz szatniach. Wywodził, że w zakresie pracowników zatrudnionych we wskazanych miejscach Atos nie mógł skorzystać z dofinansowań z PFRON. Odwołujący zarzucił, że z treści wyjaśnień Atos wynika jednak, że wykonawca przy kalkulacji oferty zakładał, iż w zakresie wszystkich pracowników wykonujących usługę uzyska dofinansowanie.

Tak sformułowany zarzut okazał się bezzasadny. Jak wynikało z pkt 5a załącznika nr 2 do SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” po modyfikacji z dnia 06.05.2020 zamawiający zastrzegł, co następuje.

W ramach realizacji umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zatrudnienia przez Wykonawcę osób z niepełnosprawnościami, które wykażą się aktualnym, ważnym orzeczeniem lekarskim dopuszczającym ich do pracy na stanowisku pracownika ochrony posiadającego zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania tego zawodu.

Ze względu na specyfikę wykonywania czynności związanych z ochroną fizyczną osób i mienia, osoby przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z SIWZ muszą posiadać zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, w szczególności zdolność:

- do swobodnej komunikacji z użytkownikami obiektów,*
- do pracy z instrukcjami i dokumentami typu instrukcje ochrony itp,*
- fizyczną do szybkiego przemieszczania się po obiektach i ewentualnego podejmowania interwencji.*

Dopuszczenie możliwości zatrudnienia przez Wykonawcę osób z niepełnosprawnościami na zasadach określonych w niniejszym ustępie:

- nie dotyczy pracowników ochrony, w stosunku do których Zamawiający wymaga posiadanie wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej,*
- nie dotyczy pracowników skierowanych przez Wykonawcę do wykonywania usługi w Domach Studenta i przy obsłudze szatni.*

Z przywołanego postanowienia wynikało zatem, że pełnosprawni pracownicy powinni być zatrudnieni na obiektach, na których zatrudnieni są pracownicy kwalifikowani, a także w domach studenckich oraz szatniach. Na pozostałych stanowiskach można było zatrudnić osoby niepełnosprawne, pod warunkiem jednak, że wykażą się aktualnym, ważnym orzeczeniem lekarskim dopuszczającym ich do pracy na stanowisku pracownika ochrony, posiadających zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania tego zawodu.

Odwołujący nie wykazał, aby Atos uwzględnił w swojej wycenie dofinansowanie z PFRON, które przy zatrudnieniu pracowników wykonujących usługę, ze względu na ww. postanowienia SIWZ, nie mogło być zastosowane.

Jak wynikało z załączników do wyjaśnień wykonawcy z dnia 3 czerwca 2020 r. wykonawca Atos uwzględnił w swej kalkulacji zatrudnienie osób pełnosprawnych na stanowiska wymagające takich osób, tj. odpowiednią liczbę pracowników kwalifikowanych oraz pracowników do obsługi domów studenta i szatni. Powyższe wynikało ze strony 2 i 3 załącznika nr 2b do wyjaśnień z 3 czerwca 2020 r. Wbrew zatem zarzutowi odwołującego, z treści wyjaśnień ATOS i załączonych do nich kalkulacji nie wynikało aby wykonawca zakładał, iż dla wszystkich pracowników wykonujących usługę uzyska dofinansowanie z PFRON. Zarzut nie znalazł zatem potwierdzenia.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp nie znalazł potwierdzenia.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązany był wykazać, że Atos sprzedaje usługi poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wykazał żadnej z ww. przesłanek. Za niewystarczające w tym zakresie należało uznać wykazanie, że Atos w tym postępowaniu zaoferował niższe stawki niż z postępowaniem prowadzonym przez Politechnikę Łódzką znak: RAP.383.06.2020.AGN.U. Nie zostało wykazane, że opis przedmiotu zamówienia, obowiązki wykonawców czy warunki przystąpienia Atos do realizacji usług w obydwu postępowaniach były identyczne. Jest to nad wyraz wątpliwe, gdyż jak choćby wynikało z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Łódzką, zleceniodawca ten - w przeciwieństwie do zamawiającego w tym postępowaniu - nie dopuścił do świadczenia usług jakichkolwiek osób niepełnosprawnych (por. pkt 3.1. str. 4 SIWZ w postępowaniu znak RAP.383.06.2020.AGN.U - załącznik do odwołania). Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załącznikach 2, 2a i 2b do wyjaśnień wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi z dnia 3 czerwca 2020 r., oraz informacji zawartych w załącznikach nr 2, 3, 4 do wyjaśnień wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi z dnia 16 czerwca 2020 r.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 Pzp, Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przypomnienia wymagają, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, Nie ujawnia się informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

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

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie mogło być stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez ATOS informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że wykonawca zdołał wykazać iż informacje znajdujące się w załącznikach 2, 2a i 2b do wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2020 r., oraz informacje zawarte w załącznikach nr 2, 3, 4 do wyjaśnień z dnia 16 czerwca 2020 r. stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Atos zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Izba stwierdziła, że Atos w uzasadnieniu zastrzeżenia załączników do pism z dnia 3 czerwca 2020 r. i 16 czerwca 2020 r., ograniczył się do wskazania jedynie, co następuje:

Mając na uwadze zawartość pisma Wnioskodawcy i zawartość naszej kalkulacji zmuszeni jesteśmy załączniki stanowiące dalszą szczegółową część odpowiedzi uznać za Tajemnicę Przedsiębiorstwa Atos Sp. z o.o. i wnosimy o jej utajnienie. Spółka Atos na własny koszt od lat przeprowadza szereg prac badawczo rozwojowych w zakresie organizacji ochrony oraz zaawansowanego wyposażenia pracownika ochrony. Efektem tego są rozwiązania o wartości (niezależni biegli) 4 mln złotych, wnioski patentowe i wiele nagród na Konferencjach i Targach. Jako pierwsi na świecie użyliśmy rzeczywistości rozszerzonej w komercyjnej ochronie. Atos jako jedyna firma ochrony w Polsce posiada własny ośrodek badawczo - rozwojowy. Uważamy za zasadną ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, a kalkulacja ceny i oferta to efekt bardzo wielu czynników wypracowanych przez personel firmy. Wskazujemy, iż wypracowany przez ATOS sposób wyceny jest efektem zdobytego przez Spółkę know-how i stanowi dla Spółki istotną wartość gospodarczą albowiem pozwala na utrzymanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w branży ochrony. Informacje będące podstawą

kalkulacji mają dla ATOS charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Spółka składa ofertę - a zatem ich analiza przez podmioty konkurujące z ATOS pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych metodach kosztów wykonania zamówienia.

Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez ATOS zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie ATOS szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurencyjnego o zamówienia. Przedmiotowe dane nie są także ujawniane do wiadomości publicznej.

W dalszej części uzasadnienia Atos dodatkowo przytoczył przepisy, a także poglądy doktryny i orzecznictwa.

Ponadto, w załączniku nr 1 do pism z 3 czerwca 2020 r. i 16 czerwca 2020 r. złożył oświadczenie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczył, że zastrzeżone dane dotyczą informacji handlowych i organizacyjnych przedsiębiorstwa i nie są powszechnie dostępne tzn. nie są publikowane w materiałach drukowanych bądź w internecie, w związku z tym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 16.05.2019 r. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.).

Lektura przytoczonego uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez Atos prowadziła do wniosku, że znaczna jego część obejmowała przytoczenie poglądów doktryny i orzecznictwa na temat natury pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast nieliczne fragmenty, które miały charakter merytoryczny,

pozostały nad wyraz ogólne, lakoniczne, niejasne. Co więcej, jednostronnym uzasadnieniem, meritum sprawy poświęcono zaledwie kilka akapitów.

Ponieważ w odwołaniu odwołujący kwestionował jedynie niewykazanie przez Atos przesłanki, zgodnie z którą uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności,

Izba przy wyrokowaniu ograniczyła zbadanie prawidłowości oceny przez zamawiającego zastrzeżenia tylko w odniesieniu do tej przesłanki.

Izba stwierdziła, że ATOS nie sprostął ciężarowi wykazania, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Na uwagę zasługuje fakt, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań skutecznych, na co wskazuje znamie „zachowania należytej staranności”. Muszą to być zatem działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny i później.

Podkreślenia wymagało, że Atos nie tylko nie wykazał spełnienia omawianej przesłanki, ale nawet nie poświęcił jej ani jednego zdania w swym uzasadnieniu. Atos nie oświadczył nawet, że posiada jakiekolwiek wewnętrzne regulacje czy postanowienia, które w jakikolwiek sposób mają zapobiec ujawnianiu poufnych informacji. Wskazał tylko, że zastrzegane informacje nie są publikowane w internecie i w materiałach drukowanych, czym odnosił się do innej przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z którą informacja „jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób”.

Atos nie wykazał posiadania jakichkolwiek metod i sposobów ochrony informacji. W konsekwencji nie wiadomo czy stosuje jakiekolwiek procedury ochrony informacji i czy zastosował je w tej konkretnej sprawie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Zaniechanie to uniemożliwiło zamawiającemu przeanalizowanie, czy takie procedury istnieją, czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania spornych danych w poufności. Nie wiadomo też, czy były stosowane jakiekolwiek klauzule poufności w umowach z pracownikami ATOS. Nie ujawniono zamawiającemu treści tych klauzul. Nie wiadomo zatem w jaki sposób miała być zachowywana poufność cen w całym procesie konstruowania cen z uwzględnieniem całego pracownictwa, osób z zespołu ofertowania itd.

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

informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w załącznikach 2, 2a i 2b do wyjaśnień wykonawcy Atos z dnia 3 czerwca 2020 r., oraz informacji zawartych w załącznikach nr 2, 3, 4 do wyjaśnień wykonawcy z dnia 16 czerwca 2020 r.

Znalazł potwierdzenie także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bezzasadnie odmawiając odwołującemu udostępnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa Atos, naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Naruszeniem tych zasad jest bowiem wybiórcze udostępnianie niektórym wykonawcom dokumentów, które powinny być jawne.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, aby w analizowanej sprawie zamawiający zawarł już taką umowę. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na bieżący w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcie o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenie art. 8 ust. 1-3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załącznikach 2, 2a i 2b do wyjaśnień wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi z dnia 3 czerwca 2020 r., oraz informacji zawartych w załącznikach nr 2, 3, 4 do wyjaśnień wykonawcy Atos sp. z o.o. w Łodzi z dnia 16 czerwca 2020 r. z powodu niewykazania przez ww. wykonawcę, że informacje te stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

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

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXII 1 Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXI 11 Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „*Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą *wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.*

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. . Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - w zakresie merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia wyjaśnień Atos, zaś za chybione należało uznać zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Atos. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku % i chybione w tej samej części. Kosztami postępowania obciążono zatem po połowie zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł (15.000 zł + 3.600 zł), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600,00 - 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: