

WYROK
z dnia 22 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekspert Security Duo sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Ekspert Security AT sp. z o.o. w Jabłonnej** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Security Partner Spółka z o.o. w Katowicach**, **DGP PROVIDER sp. z o.o. w Legnicy** oraz **„DERSŁAW” sp. z o.o. w Połańcu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STEKOP S.A. w Warszawie** oraz **Stekop-Ochrona sp. z o.o. w Kolonii Porosły**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących części IV postępowania o udzielenie zamówienia,**
2. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania uznania za bezskuteczne wyjaśnień z 14 stycznia 2021 r. złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. w Warszawie oraz Stekop-Ochrona sp. z o.o. w Kolonii Porosły w zakresie części I i III zamówienia, oraz uzasadnienia zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i III postępowania o udzielenie zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa:**
 - a) **wyjaśnień z 14 stycznia 2021 r. złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. w Warszawie oraz Stekop-Ochrona sp. z o.o. w Kolonii Porosły w zakresie części I i III zamówienia,**
 - b) **uzasadnienia zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. **kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu w części 1/2 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo sp. z o.o. w Warszawie i Ekspert Security AT sp. z o.o. w Jabłonnej w części 1/2 i:**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo sp. z o.o. w Warszawie oraz Ekspert Security AT sp. z o.o. w Jabłonnej tytułem wpisu od odwołania,**
 - 4.2. **zasądza od Skarbu Państwa - 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo sp. z o.o. w Warszawie i Ekspert Security AT sp. z o.o. w Jabłonnej kwotę 9.300 zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy).**

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 sierpnia 2020 r., nr 2020/S 152-373474.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 25 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo sp. z o.o. w Warszawie oraz Ekspert Security AT sp. z o.o. w Jabłonnej, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), zwanej dalej „ustawą NPzp” w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy NPzp, art. 16 pkt 1 ustawy NPzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez konsorcjum Stekop w części nr 1, 3 i 4 postępowania w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”;
- b) art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy NPzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy NPzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Stekop w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Stekop w ww. częściach postępowania, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena z jego oferty jest rażąco niska;
- c) art. 204 ust. 1 ustawy NPzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy NPzp w związku z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 uznk,

przez wybór oferty konsorcjum Stekop w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji;

- d) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy NPzp w związku z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 uznk, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DGP w części nr 4 postępowania pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji;
- e) art. 224 ust. 1, ust 5 i ust. 6 ustawy NPzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy NPzp i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy NPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Stekop w częściach nr 1,3 i 4 postępowania w sytuacji, gdy ten wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- f) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy NPzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy NPzp i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy NPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum DGP w części nr 4 postępowania w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- g) art. 16 pkt 1) ustawy NPzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania konsorcjum Stekop podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- h) art. 16 pkt 1) ustawy NPzp przez nieodrzućenie w cz. 4 postępowania oferty konsorcjum DGP podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- i) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy NPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Stekop w częściach 1, 3 i 4 postępowania, pomimo że jego oferta jest niezgodna z Pzp, tj. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy NPzp, z uwagi na zaoferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów.

Odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Stekop jako najkorzystniejszej w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania;
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum Stekop w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) odrzucenia oferty konsorcjum DGP w części nr 4 postępowania, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) ewentualnie nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty konsorcjum Stekop, a w konsekwencji wybór swej oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami IWZ w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania;
- 5) ewentualnie nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty konsorcjum DGP, a w konsekwencji wybór swej oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami IWZ w części nr 4 postępowania;
- 6) oddajnienia informacji zastrzeżonych przez konsorcjum Stekop jako tajemnica przedsiębiorstwa w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania, tj. wyjaśnień konsorcjum Stekop dotyczących ceny rażąco niskiej oraz pisemnego uzasadnienia podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 7) ewentualnie, w przypadku przyjęcia iż oferta konsorcjum Stekop nie podlega odrzuceniu, wezwanie konsorcjum Stekop do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania, poprzez złożenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy NPzp;
- 8) ewentualnie, w przypadku przyjęcia iż oferta konsorcjum DGP w części nr 4 postępowania nie podlega odrzuceniu, wezwanie konsorcjum DGP do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, poprzez złożenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy NPzp.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu bezzasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień konsorcjum Stekop w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołujący podniósł, że 19 stycznia 2021 roku zwrócił się do zamawiającego o przesłanie całej korespondencji z konsorcjum Stekop. W odpowiedzi na powyższe zapytanie w tego samego dnia otrzymano odpowiedź, że nie jest to możliwe z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzegł. Argumentował, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Skuteczne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji powinno cechować się łącznym wykazaniem spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie udostępnił mu ani treści wyjaśnień ani też pisma, w którym konsorcjum Stekop zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sposób w związku z tym zweryfikować, czy spełnione zostały przesłanki omówione powyżej.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien zbadać czy rzeczywiście konsorcjum Stekop sprostало ciężarowi dowodu wykazania, czy informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają definicję legalną tego pojęcia. Brak dostatecznego uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji. Samo bowiem zastrzeżenie informacji niepoparte wyjaśnieniami nie może być uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 19 stycznia 2021 r. w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie akt postępowania dotyczących oferty konsorcjum Stekop, Zamawiający wskazał jedynie, że: „W odpowiedzi Wykonawcy Stekop S.A wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorcy w związku z powyższym Zamawiający nie może udostępnić powyższej dokumentacji”. W ocenie odwołującego, taka informacja wskazuje, że zamawiający jedynie z powodu zastrzeżenia przez konsorcjum Stekop, że wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa odmówił ich udostępnienia, natomiast najprawdopodobniej zamawiający nie poddał badaniu czy spełnione zostały przesłanki umożliwiające dokonanie zastrzeżenia informacji zgodnie z przepisami, w tym samym bezpodstawnie zaniechał ujawnienia treści tych dokumentów.

Odwołujący, w odniesieniu do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i niezgodność oferty z ustawą w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, odwołujący podniósł, że zamawiający w rozdziale III w pkt 15 IWZ zawarł wymóg

zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę, osób wykonujących zakres czynności obejmujący:

- a) bezpośrednią ochronę fizyczną osób i mienia wykonywaną przez pracowników ochrony na posterunkach,
- b) obsługę biura przepustek,
- c) dozorców,

Ponadto odwołujący wskazał, że w rozdziale X pkt 8 IWZ Zamawiający zastrzegł, że: *W cenę oferty należy wliczyć wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, wyszczególnionego w IWZ i jej załącznikach, istotnych postanowień umowy oraz należnych podatków zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień składania ofert*. Dodatkowo w pkt 10 tego rozdziału określił, że nie przewiduje możliwości zmiany wynagrodzenia, gdyż umowa zawierana jest na okres 12 miesięcy.

Ponadto odwołujący wskazał, że w pkt 9 ppkt 8 opisu przedmiotu zamówienia części 3 stanowiącym załącznik nr 2c do IWZ Załącznik nr 1c do umowy zawarto warunki realizacji zamówienia, które wyłączały realizację zamówienia przez osoby posiadające status osób niepełnosprawnych w odniesieniu do wszystkich pracowników ochrony. Dodatkowo odwołujący wskazał, że ze względu na charakter i specyfikę chronionych obiektów wszyscy pracownicy ochrony przewidziani do realizacji zamówienia nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych. Analogiczne postanowienie znalazło się w pkt 9 ppkt 8 opisu przedmiotu zamówienia części 4 stanowiącym załącznik nr 2d do IWZ Załącznik nr 1d do Umowy.

W odniesieniu do części 3 i 4 postępowania wprost wyłączono osoby niepełnosprawne, a tym samym wykonawcy nie mają możliwości zastosowania obniżenia kosztów z uwagi na uwzględnienie dofinansowania PFRON.

Odwołujący wskazał, że w części 1 postępowania takich ograniczeń nie ma wpisanych wprost, niemniej w tym zakresie należy posiłkować się odpowiedziami na skierowane do Zamawiającego pytania. W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 10 września 2020 r. Zamawiający odpowiedział, że nie stawia ograniczeń w zakresie realizowania przedmiotu zamówienia osobami z orzeczeniem o niepełnosprawności, o ile taki pracownik m.in. posiada wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony. Analogiczna odpowiedź udzielona została w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 26 października 2020 r. oraz w odpowiedzi na pytania nr 10 i 15 z dnia 29 października 2020 r., gdzie wprost zamawiający odniósł się do odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 2 w dniu 10 września 2020 r.

Odwołujący wskazał, że OPZ dla części nr 1, 3 i 4 postępowania wymaga, aby wszyscy pracownicy posiadali legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Zgodnie z art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia do wniosku, o którym mowa w ust. 1 (wniosek o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej), osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub posiadająca taki wpis jest obowiązana dołączyć oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczony stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy. Odwołujący podniósł, że po przeprowadzeniu badań lekarskich, osoby niepełnosprawne co do zasady nie otrzymają wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Tym samym nawet pomimo, że Zamawiający dopuszcza osoby niepełnosprawne do realizacji zamówienia, to z uwagi na konieczność posiadania przez te osoby wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony w świetle ww. przepisów ustawy o ochronie osób i mienia, jest to jedynie pozorne zezwolenie.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do cz. 3 i 4 postępowania, zamawiający nie dokonał zmiany OPZ dla części 3 i 4 postępowania, który wyłączał możliwość realizacji zamówienia przez osoby niepełnosprawne. Przyjąć zatem należy, że gdyby intencją zamawiającego było wprowadzenie zmian w tym zakresie powinien dokonać w tym zakresie modyfikacji w ww. OPZ, gdyż OPZ dla poszczególnych części postępowania stanowią załączniki do umowy podpisywanej z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym dopuszczenie pracowników niepełnosprawnych w tych częściach postępowania wprost prowadziłoby do sprzeczności załącznika do umowy z wykazem pracowników, którzy zostali skierowani do realizacji umowy podpisanej przez wykonawcę z zamawiającym. Tym samym w ocenie odwołującego nie ma możliwości obniżenia kosztów pracy poprzez zatrudnienie pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności, gdyż dla tych osób nie będzie możliwe przedłożenie wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, co jest wymogiem stawianym przez zamawiającego, a ponadto będzie wprost rozbieżne z OPZ dla części nr 3 i 4 postępowania. Oznacza to, że kalkulując cenę ofertową nie można było skorzystać ze zwolnień związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych i dofinansowania z PFRON.

Odwołujący wywiódł, że stawka godzinowa netto w złożonej przez przystępującego konsorcjum Stekop ofercie w formularzu cenowym kształtowała się w sposób następujący:

- a) część 1 - 22,70 zł netto/1 rbh,
- b) część 3 - 19,95 zł netto za 1 rbh,
- c) część 4 - 22,90 zł netto za 1 rbh.

Zamawiający wymagał zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, jednakże nawet przy uwzględnieniu minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę obowiązujących od 2021 r. stawki konsorcjum Stekop są niemożliwe do realizacji, a cenę należy uznać za rażąco niską. Odwołujący argumentował, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., ustalono obowiązujące od 1 stycznia 2021 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.800,00 zł brutto.

Odwołujący przedstawił wyliczenie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę w 2021 roku, przy założeniach:

- a) minimalne wynagrodzenie obowiązujące od dnia 1 stycznia 2021 roku - 2.800,00 zł brutto;
- b) dodatek za godziny nocne zgodnie z art. 151(7) §1 kodeksu pracy - 186,67 zł brutto;
- c) urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 dni - 237,03 zł brutto (miesięcznie).

Stawka obowiązująca od 01.01.2021r.	
Stawka brutto pracownika	
9,76%	Emerytalna
6,50%	Rentowa
0,93%	Wypadkowa
2,45%	FP
0,10%	FGSP
Urlop 20 dni (miesięczny koszt w wysokości 237,03 zł)	

	Dodatek za godziny nocne zgodnie z KP w wysokości 186,67zł
Koszt brutto	

Stawka za 1 rbh (przy założeniu śr. 168 rbh miesięcznie).

Odwolujący wywiódł, że oferta została złożona w dniu 11 grudnia 2020 r., zatem minimalne wynagrodzenie znane było już w dniu składania ofert, co wyklucza potencjalne twierdzenia o braku możliwości uwzględnienia tych wartości w ofercie konsorcjum Stekop. Tym samym minimalne koszty związane jedynie z zatrudnieniem pracownika (bez pozostałych kosztów, które należy uwzględnić przy wyliczeniu oferty, to 22,98 zł. Odwołujący wskazał, że konsorcjum Stekop w innym postępowaniu odwoławczym dotyczącym innego postępowania prowadzonego przez Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 2063 w Warszawie na „Dozór i ochronę Klubu DGW w Warszawie przy Al. Niepodległości 141 A”, nr ref. 04/20 argumentował, że *Kwalifikowani pracownicy ochrony, z racji posiadania dodatkowych kwalifikacji, co do zasady nie podejmują zatrudnienia za minimalne wynagrodzenie za pracę. Zatrudnienie takich pracowników wiąże się z koniecznością zapłaty wyższego wynagrodzenia niż niekwalifikowanym pracownikom ochrony, tj. wynagrodzenia przekraczającego wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z zaleceniami Polskiej Izby Ochrony, w przypadku kwalifikowanego pracownika ochrony minimalne koszty zatrudnienia należy zwiększyć o co najmniej 10%.* Zdaniem odwołującego gdyby do kalkulacji podstawić wartości wynikające z minimalnego wynagrodzenia zwiększonego o 10%, to jeszcze bardziej widoczne byłoby, że realizacja zamówienia przy tych stawkach nie pokrywa nawet kosztów wynagrodzenia pracowników, a tym samym jako niezgodna z ustawą podlega odrzuceniu. Reasumując odwołujący podniósł, że w zakresie części 1, 3 i 4 postępowania (stawki odpowiednio 22,70 zł netto, 19,95 zł netto oraz 22,90 zł netto) są rażąco niskie i nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników.

Odwolujący, z ostrożności, w przypadku gdyby nie podzielono jego argumentacji w zakresie niemożliwości realizacji zamówienia przy udziale osób niepełnosprawnych, poniżej przedstawił także kalkulacje z uwzględnieniem minimalnych kosztów zatrudnienia takich pracowników.

Zdaniem odwołującego, OPZ dla części 3 i 4 wprost nie dopuszcza możliwości realizacji zamówienia przez osoby niepełnosprawne, zatem hipotetycznie, rozważać można jedynie obniżenie kosztów pracy z uwagi na korzystanie z dofinansowania PFRON jedynie w przypadku części 1 postępowania. Niemniej odwołujący pozostawał na stanowisku, że osoby takie nie mogą realizować zamówienia, ponieważ nie mogą co do zasady uzyskać wymaganego wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Natomiast obniżenie stawki z powodu skierowania do wykonania zadania osób posiadających orzeczoną niepełnosprawność, a następnie wykonanie zamówienia osobami pełnosprawnymi jest czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osoby niepełnosprawnej powoduje, że możliwe jest ubieganie się o dofinansowanie z PFRON. Odwołujący wskazał, że z uwagi na utajnienie wyjaśnień konsorcjum Stekop nie zna uzasadnienia kalkulacji ceny, jednakże nawet przyjmując maksymalne możliwe dofinansowania, realizacja zamówienia przy zastosowaniu stawki tego podmiotu nie jest realna. Zakładając, że do realizacji zamówienia zostaną skierowane osoby niepełnosprawne minimalne koszty zatrudnienia takich osób będą się kształtować w różny sposób w zależności od grupy niepełnosprawności. Odwołujący przedstawił wyliczenie dla każdej z tych grup przy przyjęciu następujących założeń:

- wynagrodzenie 2.800 zł netto + dodatek nocny w wysokości 186,67 zł,
- Bez uwzględnienia składki na PPK,
- 20 dni urlop,
- bez ryzyka L-4,
- w odniesieniu do grupy I i II dodatkowo 10 dni urlopu.

Grupa I

Minimalne wynagrodzenie obowiązujące od 01.01.2021r.		
	Wynagrodzenie brutto	2 986,67
9,76%	Emerytalna	291,50
6,50%	Rentowa	194,13
0,93%	Wypadkowa	27,78
2,45%	FP	73,17
0,10%	FGSP	2,99
	Urlop	425,80
	Dodatek za godziny nocne zgodnie z KP w wysokości 186,67 zł brutto	
	Dofinansowanie do wynagrodzenia dla pracownika niepełnosprawnego 1950 zł	-1 950,00
	Koszt brutto	2 052,04

Stawka za rbh = 12,21 zł

Wyliczenia urlopu (średnia miesięczna) przy wymiarze 20 dni + 10 dni urlopu zdrowotnego

3576,24 zł: 168 godz. = 21,29 zł x (30 dni urlopu x 8 godz.) = 5109,6:12 m-cy = 425,80 zł

Dofinansowanie dla osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - 1950 zł miesięcznie

Grupa II

Minimalne wynagrodzenie obowiązujące od 01.01.2021r.		
	Wynagrodzenie brutto	2 986,67
9,76%	Emerytalna	291,50
6,50%	Rentowa	194,13
0,93%	Wypadkowa	27,78
2,45%	FP	73,17
0,10%	FGSP	2,99
	Urlop	425,80
	Dodatek za godziny nocne zgodnie z KP w wysokości 186,67 zł brutto	
	Dofinansowanie do wynagrodzenia dla pracownika niepełnosprawnego 1200 zł	-1 200,00
	Koszt brutto	2 802,04

Stawka za rbh = 16,68 zł

Wyliczenia urlopu (średnia miesięczna) przy wymiarze 20 dni + 10 dni urlopu zdrowotnego

3576,24 zł: 168 godz. = 21,29 zł x (30 dni urlopu x 8 godz.) = 5109,6 : 12 m-cy = 425,80 zł

Dofinansowanie dla osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności -1200 zł miesięcznie

Grupa III

Minimalne wynagrodzenie obowiązujące od 01.01.2021r.		
	Wynagrodzenie brutto	2 986,67
9,76%	Emerytalna	291,50
6,50%	Rentowa	194,13
0,93%	Wypadkowa	27,78
2,45%	FP	73,17
0,10%	FGSP	2,99
	Urlop	425,80
	Dodatek za godziny nocne zgodnie z KP w wysokości 186,67 zł brutto	
	Dofinansowanie do wynagrodzenia dla pracownika niepełnosprawnego 450 zł	-450,00
	Koszt brutto	3.410,11

Stawka za rbh = 20,30

Reasumując odwołujący wskazał, że w zależności od stopnia niepełnosprawności minimalne koszty zatrudnienia netto to:

- grupa I -12,21 zł /1rbh
- grupa II - 16,68 zł /1rbh
- grupa III - 20,30 zł /1rbh

Biorąc pod uwagę sam jedynie koszt pracy pracownika można by przyjąć, że zatrudnienie niepełnosprawnego przy ww. kosztach pozwala na uwzględnienie również innych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, jednakże jest to jedynie pozorne, biorąc pod uwagę prezentowane przez konsorcjum Stekop politykę dotyczącą pracowników SUFO, omówioną wcześniej. Tym samym dokonując rekalkulacji stawki godzinowej przy uwzględnieniu dofinansowania z PFRON przy wynagrodzeniu o 10% wyższym niż minimalne (tak bowiem konsorcjum Stekop zdaje się kalkulować wynagrodzenie pracowników SUFO) otrzymujemy następujące kwoty:

	Stawka za 1 rbh przy minimalnym wynagrodzeniu	Stawka za 1 rbh przy minimalnym wynagrodzeniu +10%	Stawka za 1 rbh z oferty cz. 1
Grupa I	12,21 zł	13,43 zł	22,70 zł
Grupa II	16,68 zł	18,35 zł	
Grupa III	20,30 zł	22,33 zł	

Odwołujący wskazał, że dla każdej z zaskarżonych części postępowania, minimalny koszt zatrudnienia jedynie pracownika (bez uwzględnienia pozostałych kosztów realizacji zamówienia) to 22,98 zł netto. Odwołujący wskazał, że do kalkulacji ceny należy doliczyć także pozostałe składowe ceny ofertowej, które odwołujący szacował przy uwzględnieniu minimalnych kosztów następująco dla części I postępowania:

- szkolenie strzeleckiego 28 pracowników x 3 kwartały x 22,98 zł /h = 1930,32 zł;
- amunicja to koszt dla 28 pracowników x 3 kwartały x 10 szt. amunicji x 1 zł /szt. amunicji = 840 zł
- wypożyczenie pracowników zgodnie z OPZ: środki przymusu, środki łączności, środki ochrony osobistej, broń, urządzenia do monitorowania pracy pracowników ochrony = 22 850,00 zł, w tym:
 - urządzenie do monitorowania pracownika 4 x 900 zł = 3600 zł
 - środki ochrony osobistej (hełm, kamizelka, maska) 7 komplety x 800 zł= 5600 zł
 - środki przymusu bezpośredniego (kajdanki, pałka tonfa) 7 komplety x 150 zł = 1050
 - broń 14 szt x 900 zł = 12.600 zł
- koszty administracyjne/ nadzoru = 1.000,00 zł
- koszt umundurowania pracowników - 28 pracowników x 400,00 zł mundur = 11200,00 zł

ŁĄCZNIE KOSZTY: 37.820,32 zł

Odwołujący wskazał, że dodatkowo potencjalne zastosowanie niższej stawki wynagrodzenia niż minimalne oznacza niezgodność oferty z ustawą, a tym samym konieczność jej odrzucenia. Zdaniem odwołującego, wszystkie stawki zaproponowane przez konsorcjum Stekop nie pozwalają na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, a tym samym cena jest nierealna do wykonania i nie może zostać uznana za rynkowa i obalającą domniemanie rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej cena oferty konsorcjum DGP odwołujący wskazał, że z rażąco niską ceną mamy również do czynienia w odniesieniu do oferty złożonej w części nr 4 Postępowania przez konsorcjum DGP.

Odwołujący argumentował, że zgodnie ze złożoną ofertą stawka netto za 1 rbh wynosi 23,28 zł. Zamawiający w odniesieniu do części nr 4 postępowania jednoznacznie w OPZ wyłączył możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu pracowników niepełnosprawnych, tym samym odwołujący oceniając ofertę złożoną przez konsorcjum DGP przyjął minimalne koszty wynagrodzenia pracowników na podstawie umowy o pracę, jednakże bez uwzględnienia dofinansowań z PFRON odnoszących się do pracowników niepełnosprawnych.

Odwołujący argumentował, że aktualność w tym zakresie znajdują zatem wszelkie wyliczenia i założenia, które przedstawiono wcześniej w odwołaniu w odniesieniu do oferty konsorcjum Stekop. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 roku, ustalono obowiązujące od 1 stycznia 2021 roku minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.800.00 zł brutto.

Odwołujący przedstawił wyliczenie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę w 2021 roku, przy założeniach:

- a)minimalne wynagrodzenie obowiązujące od dnia 1 stycznia 2021 roku - 2.800,00 zł brutto;
- b)dodatek za godziny nocne zgodnie z art. 151(7) §1 kodeksu pracy - 186,67 zł brutto;
- c)urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 dni - 237,03 zł brutto (miesięcznie).

Stawka obowiązująca od 01.01.2021r.

Stawka brutto pracownika	
9,76%	Emerytalna
6,50%	Rentowa
0,93%	Wypadkowa
2,45%	FP
0,10%	FGSP
	Urlop 20 dni (miesięczny koszt w wysokości 237,03 zł)
	Dodatek za godziny nocne zgodnie z KP w wysokości 186,67zł
Koszt brutto	

Stawka za 1 rbh (przy założeniu śr. 168 rbh miesięcznie).

Odwołujący argumentował, że minimalne koszty związane jedynie z zatrudnieniem pracownika (bez pozostałych kosztów, które należy uwzględnić przy wyliczeniu oferty) to 22,98 zł. Zaoferowana cena pokrywałaby zatem na pierwszy rzut oka koszty zatrudnienia pracowników, jednakże nie uwzględnia pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zdaniem odwołującego do kalkulacji ceny należy bowiem doliczyć także pozostałe składowe ceny ofertowej, które Odwołujący szacował przy uwzględnieniu minimalnych kosztów następująco:

- szkolenie strzeleckiego 16 pracowników x 3 kwartały x 22,98 zł /h = 1.103,04 zł;
- amunicja to koszt dla 16 pracowników x 3 kwartały x 10 szt. amunicji x 1 zł /szt. amunicji = 480 zł
- wyposażenie pracowników zgodnie z OPZ: środki przymusu, środki łączności, środki ochrony osobistej, broń, urządzenia do monitorowania pracy pracowników ochrony = 12.800 zł, w tym:
 - urządzenie do monitorowania pracownika 2 x 900 zł = 1800 zł
 - środki ochrony osobistej (hełm, kamizelka, maska) 4 komplety x 800 zł = 3200 zł
 - środki przymusu bezpośredniego (kajdanki, pałka tonfa) 4 komplety x 150 zł = 600
 - broń 8 szt x 900 zł = 7200 zł
- koszty administracyjne/ nadzoru = 1.000,00 zł
- koszt umundowania pracowników -16 pracowników x 400,00 zł mundur = 6.400,00 zł

Odwołujący przedstawił tabelę zawierającą podsumowanie kosztów związanych z ofertą złożoną przez konsorcjum DGP, argumentując, że wykonawca ten przy uwzględnieniu wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji części 4 Postępowania poniósłby stratę w wysokości 14.199,04 zł.

łączna liczba godzin zgodnie z formularzem ofertowym	29.280h
Koszty minimalnego wynagrodzenia	22,98 zł
Przychód DGP*	8.784 zł
szkolenia	-1.103,04 zł
amunicja	-480 zł
wynajem strzelnicy x3	-1.200 zł
wyposażenie pracowników	-12.800 zł
administracja /nadzór	-1.000 zł
mundury dla 16 pracowników	- 6.400

Odwołujący wskazał, że przychód DGP wyliczono w następujący sposób:

stawka 23,28 zł netto z oferty DGP - 22,98 zł minimalnego wynagrodzenia = 0,30 zł

0,30 zł/ 1rbh x 29280 h = 8.784,00 zł

W uzasadnieniu zarzutu, że złożenie oferty konsorcjum Stekop i oferty konsorcjum DGP stanowi czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. w ocenie Odwołującego oferty obydwu tych podmiotów złożone w skarzonych częściach zawierają rażąco niskie ceny niepozwalające na wykonanie zamówienia, tym samym spełniają przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący argumentował, że wobec faktu, że konsorcjum Stekop w częściach nr 1, 3 i 4 postępowania złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę, która nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji i obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy w ww. częściach.

W odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum DGP w części nr 4 postępowania odwołujący wskazał, że zawieraj rażąco niską cenę, która pozwala wprawdzie na pokrycie kosztów związanych z zatrudnieniem, jednakże nie pozwala na pokrycie pozostałych kosztów realizacji zamówienia. W przypadku gdyby bowiem ten podmiot uwzględnił wszystkie te koszty, realizacja przedmiotu zamówienia byłaby dla niego nierentowna. Oznacza to oferowanie przez konsorcjum DGP świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie ww. części.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Spółka z o.o., w Katowicach, DGP PROVIDER sp. z o.o. w Legnicy ora „DERSŁAW” sp. z o.o. w Połańcu. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. w Warszawie oraz Stekop-Ochrona sp. z o.o. w Kolonii Porosły. Wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym i w trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Pismem z dnia 18 lutego 2021 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie odnoszącym się do części IV postępowania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania, modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego konsorcjum Stekop, ofertę przystępującego konsorcjum DGP, wezwanie zamawiającego skierowane do konsorcjum Stekop do złożenia wyjaśnień co elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części I, III i IV zamówienia skierowane w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego Stekop z dnia 14 stycznia 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15 stycznia 2021 r., wniosek odwołującego o udostępnienie korespondencji prowadzonej z przystępującym Stekop, odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek z dnia 19 stycznia 2021 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 8 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) stanowi, że *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*.

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

1) *jest niezgodna z ustawą;*

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

4) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Art. 90 ustawy Pzp stanowi, że

1. *Jeżeli zaofferowana 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 2018 r. poz. 2177);*

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.*

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

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

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

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1*. Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 25 stycznia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że w dniu 10 września 2020 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2 jednego z wykonawców o treści: *Czy zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia osobami z orzeczeniem o niepełnosprawności?* udzielił odpowiedzi:

Zamawiający nie stawia ograniczeń w tym zakresie i nie będzie kontrolował czy pracownicy posiadają orzeczenia o niepełnosprawności.

Zamawiający wymaga, aby pracownicy skierowani do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie czynności:

- bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia wykonywana przez pracowników ochrony na posterunkach;
- obsługi biura przepustek;
- dozorczy;

posiadali (odpowiednio dla części) następujące minimalne uprawnienia:

- wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony,
- legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni,
- aktualne poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone wraz z ważnym zaświadczeniem o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;

Uprawnienia pracowników muszą być wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie tj. Ustawa o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 838) i ustawie o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742).

W dalszej kolejności ustalono, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesłanej wykonawcom 20 października 2020 r. zamawiający w rozdziale III w pkt 2 wskazał, że przedmiot zamówienia podzielony jest na części: CZĘŚĆ I – świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej nr 2031 Dębina, 05-152 Czosnów.

CZĘŚĆ II – świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3470 Ostrów Mazowiecka, ul. Bociańskiego 1, 07-310 Komorowo.

CZĘŚĆ III – świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1523 Inowrocław - Modlin, ul. Obwodowa, 05-160 Nowy Dwór Mazowiecki - Twierdza Modlin.

CZĘŚĆ IV – świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1523 Inowrocław - Soczewka k/Płocka, ul. Wojskowa 2, gm. Nowy Duninów.

CZĘŚĆ V – świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz Jednostki Wojskowej nr 2189 Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Leśna 4c, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki.

Ustalono również, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale III w pkt 15 wskazał: Zamawiający, na podstawie art. 29 ust. 3a Ustawy, wymaga aby Wykonawca lub podwykonawca zatrudnił, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę, osoby wykonujące poniżej wskazany zakres czynności:

- 1) bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia wykonywana przez pracowników ochrony na posterunkach;
- 2) obsługa biura przepustek;
- 3) dozorczy.

W dalszej kolejności ustalono, że w załączniku nr 2c do SIWZ (załącznik nr 1c do wzoru umowy), stanowiącym opis przedmiotu zamówienia (OPZ) dla części III zamówienia zamawiający w pkt 9. ppkt 8) wskazał: „ze względu na specyfikę i charakter chronionych obiektów wszyscy pracownicy ochrony przewidziani do realizacji zamówienia nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych”.

Ustalono również, że w załączniku nr 2d do SIWZ (załącznik nr 1d do wzoru umowy), stanowiącym opis przedmiotu zamówienia (OPZ) dla części IV zamówienia zamawiający w pkt 9. ppkt 8) wskazał: „ze względu na specyfikę i charakter chronionych obiektów wszyscy pracownicy ochrony przewidziani do realizacji zamówienia nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych”.

Ustalono ponadto, że w dniu 26 października 2020 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 jednego z wykonawców o treści:

„Zgodnie z informacją dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, Zamawiający wymaga aby pracownicy ochrony posiadali m.in. zaświadczenie o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony oraz legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni. W związku z powyższymi wymaganiami, wnosimy o wprowadzenie do treści SIWZ wyraźnej informacji, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizacji zamówienia przez osoby niepełnosprawne. Postawienie powyższych wymogów powoduje, że wykonawcy w praktyce nie mogą skierować do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych. Jednakże brak takiej wyraźnej informacji prowadzi do nadużyć po stronie wykonawców.

Uzasadniając zaoferowane zbyt niskiej ceny, wykonawcy wskazują często na zamiar zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, nawet z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Wykonawcy w ten sposób chcą wykazać, że poniosą niższe koszty wykonania zamówienia. W praktyce jednak, pomimo takich twierdzeń na etapie postępowania, do realizacji zamówienia kierowani są pracownicy pełnosprawni. Brak zapisów wprost wykluczających możliwość skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych przyczynia się więc do nadużyć po stronie wykonawców. W konsekwencji wykonawcy oferują realizację zamówienia za cenę poniżej rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający nie ma jednocześnie żadnej możliwości weryfikacji prawdziwości twierdzeń wykonawców. Zamawiający powinien zaś dążyć do zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz przeciwdziałania naruszaniu przez wykonawców zasad uczciwej konkurencji, a nie wspierać działania naruszające te zasady.”

udzielił odpowiedzi:

„Zamawiający udzielił odpowiedzi na to pytanie w dniu 10.09.2020 r.

Zamawiający nie stawia ograniczeń w tym zakresie i nie będzie kontrolował czy pracownicy posiadają orzeczenia o niepełnosprawności.

Zamawiający wymaga, aby pracownicy skierowani do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie czynności:

- bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia wykonywana przez pracowników ochrony na posterunkach;
- obsługi biura przepustek;
- dozorczy;

posiadali (odpowiednio dla części) następujące minimalne uprawnienia:

- wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony,
- legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni,
- aktualne poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone wraz z ważnym zaświadczeniem o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;

Uprawnienia pracowników muszą być wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie tj. Ustawa o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 838) i ustawie o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742).”

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 29 października 2020 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 10 jednego z wykonawców o treści:

„W związku z ewentualnym wyrażeniem zgody na realizację przedmiotu zamówienia przez kwalifikowanych / niekwalifikowanych pracowników ochrony posiadających orzeczenie o niepełnosprawności proszę o informację na podstawie których zapisów umowy podczas wykonywania usługi zamawiający będzie weryfikował i karał wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a który podczas wyjaśnienia czy nie doszło do rażąco niskiej ceny w złożonej przez niego ofercie powoła się na zatrudnienie podczas realizacji usługi osób niepełnosprawnych i dotacje z PFRON-u, a w trakcie realizacji usług takich osób nie zatrudni? Nadmieniam, że brak takiej weryfikacji podczas realizacji umowy i ewentualnego sankcjonowania wykonawcy który realizuje umowę niezgodnie ze złożoną ofertą i wyjaśnieniami doprowadza do wyboru wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niską cenę i naraża zamawiającego na zarzut niedopełnienia obowiązków.”

udzielił odpowiedzi:

„Zamawiający udzielił odpowiedzi na to pytanie w dniu 10.09.2020 r. i 26.10.2020 r.

Zamawiający nie stawia ograniczeń w tym zakresie i nie będzie kontrolował czy pracownicy posiadają orzeczenia o niepełnosprawności.

Zamawiający wymaga, aby pracownicy skierowani do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie czynności:

- bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia wykonywana przez pracowników ochrony na posterunkach;
- obsługi biura przepustek;
- dozorczy;

posiadali (odpowiednio dla części) następujące minimalne uprawnienia:

- opis na liście kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony,
- legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni,
- aktualne poświadczenie bezpieczeństwa lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone wraz z ważnym zaświadczeniem o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;

Uprawnienia pracowników muszą być wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie tj. Ustawa o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 838) i ustawie o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742).”

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) część I:

- a) przystępujący konsorcjum DGP Security Partner sp. z o.o.: 1.561.134,20 zł,
- b) konsorcjum Impel Defender sp. z o.o.: 1.741.386,28 zł,
- c) przystępujący konsorcjum Stekop S.A.: 1.430.672,04 zł,
- d) odwołujący: 1.473.529,18 zł,
- e) konsorcjum Basma Security sp. z o.o.: 1.547.268,66 zł,

2) część III:

- a) konsorcjum Impel Defender sp. z o.o.: 1.748.949,30 zł,
- b) konsorcjum Agencja Ochrony K. sp. z o.o.: 1.643.877,29 zł,
- c) przystępujący konsorcjum Stekop S.A.: 1.257.352,74 zł,
- d) odwołujący: 1.473.529,18 zł,

Ustalono, że stawka godzinowa netto w złożonej przez przystępującego konsorcjum Stekop ofercie w formularzu cenowym kształtowała się w sposób następujący:

- a) część 1 - 22,70 zł netto/1 rbh,
- b) część 3 - 19,95 zł netto za 1 rbh.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 13 stycznia 2021 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wezwał przystępującego konsorcjum Stekop do udzielenia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez wykonawcę na część I i III wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności jest niższa o 30% od szacunku zamawiającego. Zamawiający poinformował także, że do wyjaśnień należy dołączyć dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący konsorcjum Stekop złożył wyjaśnienia z dnia 14 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami. Oświadczył, że zastrzega jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa wyjaśnienia z dnia 14 stycznia 2021 r. dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. zawiadomił odwołującego o wyborze konsorcjum przystępującego Stekop jako najkorzystniejszej w zakresie części I, III zamówienia.

Ustalono również, że odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o przesłanie korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z przystępującym konsorcjum Stekop.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający w dniu 19 stycznia 2021 r. poinformował odwołującego, że przystępujący konsorcjum Stekop zastrzegł wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z powyższym zamawiający nie może udostępnić powyższej dokumentacji.

Odwolanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Npzp, art. 568 pkt 1 ustawy NPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących części IV postępowania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy NPzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy NPzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwolujący w piśmie z dnia 18 lutego 2021 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy NPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy NPzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji

orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 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.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący formułując w odwołaniu zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów, odnosił się do nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Redakcja taka okazała się nieprawidłowa. Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Powyższe uchybienie odwołującego nie uniemożliwiło jednak rozpoznania odwołania w tej sprawie i merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych faktów, które mają świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Stwierdzono, że przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne, jakie miały uzasadniać naruszenia przepisów, nie budziły wątpliwości. Stwierdzono także, że przywołane, jako naruszone, przepisy ustawy NPzp posiadały swoje dokładne odpowiedniki w przepisach ustawy Pzp z 2004 r., stąd uchybienie odwołującego nie uniemożliwiło merytorycznego rozpoznania odwołania. Izba oceniła prawidłowość wskazanych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego przez pryzmat mających zastosowanie w sprawie odpowiedników przepisów ustawy NPzp, pochodzących z ustawy Pzp.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach przystępującego Stekop z dnia 14 stycznia 2021 r. dotyczących części I i III postępowania oraz informacji znajdujących się w uzasadnieniu zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie było sporne między stronami, że zamawiający nie przekazał odwołującemu w odpowiedzi na jego wniosek nie tylko samych wyjaśnień przystępującego Stekop z dnia 14 stycznia 2021 r., ale również uzasadnienia zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że bezprawnie zaniechał odtajnienia i przekazania odwołującemu sporządzonego przez przystępującego Stekop uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodne stanowisko stron nie budziło wątpliwości Izby, gdyż – jak wynikało z treści samego uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 14 stycznia 2021 r. – przystępujący Stekop zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa jedynie wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W końcowej części uzasadnienia wykonawca wniósł o „nieujawnianie wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2021 r.”. Analiza pisma nie powinna budzić wątpliwości zamawiającego, że woła przystępującego Stekop nie było zastrzeżenie jako tajemnicy również samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do zaniechania odtajnienia uzasadnienia tego zastrzeżenia okazał się zasadny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za bezskuteczne wyjaśnień przystępującego Stekop z 14 stycznia 2021 r. co do elementów ceny w zakresie części I i III zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*. Dostrecz należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „*Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*”.

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

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego Stekop informacji prawidłowo ustalił, że przystępujący Stekop wykazał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 14 stycznia 2021 r. dla części I i III postępowania, stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie

następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

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

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

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

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

Izba stwierdziła, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ograniczył się do wskazania jedynie, że sposób wyliczenia ceny „posiada wysoką wartość gospodarczą”. Wskazał też, że zawarte w wyjaśnieniach informacje dotyczące kontrahentów wykonawcy oraz zasad współpracy z nimi, informacje dotyczące technologii wykonania zamówienia, zasady kalkulacji cen ofertowych, a także wysokość zysku posiadają szczególną wartość gospodarczą.

Analiza przywołanego uzasadnienia co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji prowadziła do wniosku, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania tego elementu definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie okazało się lakoniczne, szczątkowe mające co najwyżej charakter deklaracji (zapewnienia). Na uwagę zasługiwał też fakt, że wykonawca usiłując wykazać zasadność zastrzeżenia swych wyjaśnień ceny z dnia 14 stycznia 2021 r., odwoływał się w treści uzasadnienia do jakichś bliżej niesprecyzowanych wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020 r. czy 4 stycznia 2021 r. Powyższe oznaczało, że sporządzone uzasadnienie nie odnosiło się indywidualnie do wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2021 r. i miało charakter sztamowy.

Dostrzeżenia wymagało również, że zastrzegane wyjaśnienia z dnia 14 stycznia 2021 r. na str. 1 -3 (do pierwszego akapitu włącznie) zawierały jedynie przytoczenie zapisów SIWZ i przepisów prawa, które nie mogły być utajnione, jako że są to informacje jawne i posiadają zerową wartość gospodarczą. Z kolei, na stronie 3 w ostatnim akapicie znajdowały się szacunki kosztów osobowych o szczegółowości zbliżonej do przedstawionej w piśmie procesowym przystępującego Stekop z 17 lutego 2021 r. Pewną wartość gospodarczą mogły teoretycznie posiadać informacje o wyposażeniu, którym dysponuje przystępujący na potrzeby realizacji zamówienia. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że w przedstawionym uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący Stekop ani jednym zdaniem nie wskazał, czy i dlaczego chce chronić tego rodzaju dane.

Zdaniem Izby, w oparciu o treść zastrzeżonych informacji nie można powziąć jakiegokolwiek wiedzy na temat unikalności i wyjątkowości elementów cenotwórczych ujawnionych przez wykonawcę. W związku z powyższym, w oparciu o przywołane uzasadnienie, nie można było w żaden sposób wywnioskować, dlaczego przystępujący uważa, że jakkolwiek informacja posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jeśli przystępujący powoływał się na argument co do konieczności chronienia sposobu kalkulacji ceny to powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji jest unikalny, wyjątkowy, niespotykany i nieznany innym wykonawcom. Wobec powyższego trudno uznać, że lektura tego rodzaju ogólnych informacji posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Zdaniem Izby przystępujący nie udowodnił także podjęcia skutecznych działań celem zachowania w poufności sposobu kalkulacji ceny ofertowej w szczególności podanej w wyjaśnieniach z 14 stycznia 2021 r. Wykonawca wprawdzie wskazał w uzasadnieniu że dostęp do zasad współpracy z kontrahentami ma niewielkie grono osób zarządzających wykonawcy. Przystępujący Stekop oświadczył także, że przestrzega wewnętrznych procedur zabezpieczających informacje przed ujawnieniem. Wreszcie przystępujący wskazał, że osoby mające dostęp do zastrzeganych informacji zobowiązały się do ich nieujawniania. Oświadczył, że przedstawia wzór zobowiązania do zachowania informacji w poufności.

Odnosząc się do tego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia dostrzeżenia wymagało, że tak opisane działania, podejmowane przez wykonawcę celem zachowania informacji w poufności, nie mogą być uznane za dowód należytego chronienia tych informacji, jak chce art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia na temat działań okazały się nazbyt ogólne, lakoniczne. Zamawiający w oparciu o przywołane głosowne twierdzenia nie jest w stanie stwierdzić, czy działania te są skuteczne. W szczególności nie wiadomo o jakich bliżej nieokreślonych wewnętrznych procedurach pisze wykonawca. Przystępujący oświadczył, że składa wzór zobowiązania o zachowaniu informacji w poufności, jednakże wzoru takiego nie złożył. Ponadto wzór taki bez wskazania, kto w tej konkretnej sprawie takie informacje posiada i czy go podpisał i tak byłby niewystarczający.

Na uwagę zasługiwał fakt, że przystępujący Stekop nie oświadczył ani nie wykazał, czy wszyscy jego kontrahenci zostali poinformowani o tym, że nie mogą ujawniać elementów cenotwórczych wynikających z kontraktów zawartych z przystępującym i przyjęli na siebie obowiązek ich chronienia.

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

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w piśmie przystępującego Stekop z dnia 14 stycznia 2020 r. w zakresie części I i III postępowania i w uzasadnieniu zastrzeżenia. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp nie udostępniając spornych dokumentów odwołującemu, pomimo złożenia stosownego wniosku w tej sprawie.

Chybione okazały się zarzuty odwołującego dotyczące ceny przystępującego Stekop zaoferowanej w zakresie części I i III zamówienia.

Nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający ostatecznie zabronił wykonawcom zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy realizacji części I i III zamówienia. Owszem pierwotnie, w OPZ dla części III zamówienia stanowiącym załącznik nr 2c do IWZ i załącznik nr 1c do umowy, znajdowało się w pkt 9 ppkt 8 postanowienie, które wyłączało realizację zamówienia przez osoby posiadające status osób niepełnosprawnych w odniesieniu do wszystkich pracowników ochrony. Podkreślenia wymagało jednak, że po przekazaniu wykonawcom SIWZ w dniu 20.10.2020 r., zamawiający udzielił szeregu odpowiedzi na pytania dotyczących treści SIWZ, które usunęły ww. zakaz. Powyższe wynikało z odpowiedzi na pytanie nr 3 z 26 października 2020 r. czy odpowiedzi na pytanie nr 10 z 29 października 2020 r. Jak powszechnie i jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ są wiążące dla zamawiającego i wykonawców. Niezależnie od powyższego, kwestia ewentualnych rozbieżności między SIWZ a odpowiedziami została wyraźnie i jednoznacznie przesądzona przez zamawiającego w treści samej SIWZ. Zamawiający w rozdziale VI pkt 10 SIWZ wskazał bowiem, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszych Istotnych Warunków Zamówienia, a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego. Wobec powyższego nie ulegało wątpliwości, że późniejsze odpowiedzi zamawiającego, stanowiące reakcję na kilkakrotnie powtarzane, jednoznaczne i wyraźne pytania wykonawców o możliwość zatrudnienia osób niepełnosprawnych, możliwości takiej ostatecznie nie wykluczyły. Przypomnienia w tym miejscu wymagała także niekwestionowana w orzecznictwie Izby zasada, że niejasnych postanowień SIWZ czy odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Wobec powyższego należało przyjąć, że wykonawcy, w tym przystępujący Stekop w części I i III mieli prawo założyć możliwość realizacji zamówienia także z udziałem osób niepełnosprawnych.

Zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy realizacji części I i III zamówienia nie uniemożliwiał także zawarty w OPZ wymóg, aby osoby kierowane do realizacji zamówienia posiadały wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Wzięto pod uwagę, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy z 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia stanowi, że na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która:

1) posiada obywatelstwo polskie lub obywatelstwo innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym;

2) ukończyła 21 lat;

3) ukończyła co najmniej gimnazjum lub ośmioletnią szkołę podstawową;

4) ma pełną zdolność do czynności prawnych;

5) nie była skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne i nie toczy się przeciwko niej postępowanie karne o takie przestępstwo;

6) posiada nienaganną opinię wydaną przez właściwego ze względu na jej miejsce zamieszkania komendanta powiatowego (rejonowego, miejskiego) Policji, sporządzoną na podstawie aktualnie posiadanych przez Policję informacji albo - w przypadku obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz obywatela polskiego zamieszkałego na terenie tych państw - przez organ odpowiedniego szczebla i kompetencji tych państw, właściwy ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby;

7) posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła;

8) posiada przygotowanie teoretyczne i praktyczne w zakresie wyszkolenia strzeleckiego, samoobrony, technik interwencyjnych oraz znajomość przepisów prawa związanych z wykonywaniem ochrony osób i mienia.

Wśród wymagań ustawowych próżno szukać wymogu, że kandydat nie może być osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Przywołany przez samego odwołującego przepis art. 33 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia nie formułuje takiego zakazu. Przepis ten stanowi, że do wniosku o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub posiadająca taki wpis jest obowiązana dołączyć oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczoną stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy.

Przywołany przepis wprost przewiduje, że kandydat może przedstawić dokumenty potwierdzające orzeczoną stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy. Analiza obydwu przepisów prowadzi do wniosku, że w oparciu o przeprowadzone badania i dostarczone przez kandydata dokumenty to lekarz ostatecznie stwierdza, czy kandydat posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia. Nie można zatem utrzymywać, że osoba z orzeczoną stopniem niepełnosprawności automatycznie na pewno nie uzyska wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

Również przewidywany przez SIWZ 24 godzinny system czasu pracy nie uniemożliwia wykonawcy zatrudnienia osób niepełnosprawnych do realizacji części I i III zamówienia. Wprawdzie zgodnie z art. 15 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych:

1. Czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo.
2. Czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo.

Wzięto jednak pod uwagę, że wymóg z art. 15 tej ustawy nie jest absolutny. Przepis art. 16 tej samej ustawy przewiduje bowiem, że przepisów art. 15 nie stosuje się:

- 1) do osób zatrudnionych przy pilnowaniu oraz
- 2) gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę.

Wzięto pod uwagę, że przedmiotem zamówienia w analizowanej sprawie będzie zaś pilnowanie, przy czym przepis ten, wbrew stanowisku odwołującego, nie odnosi się jedynie do pilnowania mienia.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że kalkulując cenę ofertową dla części I i III zamówienia można było skorzystać ze zwolnień związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych i dofinansowania z PFRON.

Odwołujący z ostrożności przedstawił także w odwołaniu kalkulację minimalnych, jego zdaniem, kosztów przy uwzględnieniu zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Zdaniem Izby kalkulacja przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu okazała się nieprawidłowa, a ponadto nie uwzględniała indywidualnych czynników umożliwiających przystępującemu Stekop obniżenie ceny, ujawnionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach z 14 stycznia 2021 r. i załącznikach do tych wyjaśnień.

Po złożeniu przez przystępującego Stekop pisma procesowego z 17 lutego 2021 r., w którym ujawnił szacowane koszty osobowe, spór pomiędzy odwołującym z jednej strony a zamawiającym i przystępującym Stekop z drugiej strony, ograniczył się w trakcie rozprawy do jedynie do kilku elementów cenotwórczych.

Usiłując wykazać zaniżenie kosztów osobowych ujawnionych przez przystępującego Stekop w piśmie procesowym, odwołujący złożył w trakcie rozprawy sporządzone przez siebie szacunki całkowitego kosztu za 1 rbh dla części I i części III postępowania. Odnosząc się do wyjaśnień przystępującego zawartych w piśmie procesowym z 17.02.2021 r. odwołujący argumentował w pierwszej kolejności, że są one niedoszacowane w pozycji „wynagrodzenie chorobowe”. Wskazał, że w przypadku osób z lekkim stopniem niepełnosprawności, przystępujący Stekop na str. 19 pisma przyjął kwotę miesięczną wynagrodzenia chorobowego w wysokości 17,18 zł, a w przypadku umiarkowanego stopnia kwotę 28,64 zł. Zdaniem odwołującego miesięczny koszt takiego wynagrodzenia, który należało przyjąć, powinien kształtować się na poziomie 236,25 zł. Wyjaśniał, że kwotę tę obliczył w ten sposób, że przyjął wynagrodzenie brutto pracownika ochrony 2.987 zł z ryczałtem za godziny nocne. Od powyższego odjął 13,71 % składek zusowskich, które nie są płacone w sytuacji choroby, następnie otrzymaną kwotę podzielił przez 30 dni w miesiącu i otrzymał wynik 85,91 zł za 1 dzień choroby pracownika. Wskazał, że zgodnie z przepisami prawa pracodawca jest zobowiązany wypłacać wynagrodzenie chorobowe pracownikowi w skali 33 dni w ciągu roku, co daje łączny koszt na poziomie rocznym 2.835,03 zł. W przeliczeniu na miesiąc daje to kwotę 236,25 zł.

Izba stwierdziła, że przedstawione wyżej stanowisko odwołującego oparte zostało na dwóch błędnych założeniach. Przepis art. 92 § 1 pkt 1 Kodeksu pracy stanowi, że za czas niezdolności pracownika do pracy wskutek choroby lub odosobnienia w związku z chorobą zakaźną - trwającej łącznie do 33 dni w ciągu roku kalendarzowego, a w przypadku pracownika, który ukończył 50 rok życia - trwającej łącznie do 14 dni w ciągu roku kalendarzowego - pracownik zachowuje prawo do 80% wynagrodzenia, chyba że obowiązujące u danego pracodawcy przepisy prawa pracy przewidują wyższe wynagrodzenie z tego tytułu.

Biorąc pod uwagę brzmienie ww. przepisu, w pierwszej kolejności odwołujący nieprawidłowo uwzględnił w swym szacunku, że wynagrodzenie chorobowe przysługuje w wysokości 100% wynagrodzenia, w sytuacji, gdy wynosi ono 80% wynagrodzenia. Nawet gdyby przyjąć, tak jak utrzymuje odwołujący, że pracownik będzie chorował przez 33 dni w roku, to koszt miesięczny wynagrodzenia chorobowego wynosi więc nie 236,25 zł, a 188,84 zł.

Po drugie zaś, odwołujący bezpodstawnie założył, że przystępujący Stekop powinien skalkulować, iż każdy z jego pracowników skierowanych do realizacji zamówienia będzie chorował aż przez 33 dni w ciągu roku. Zdaniem Izby założenie to jest nieprawidłowe w świetle zasad wiedzy i doświadczenia życiowego. Taka absencja byłaby prawidłowa gdyby przyjąć, że wszyscy pracownicy Stekop zapadną na choroby przewlekłe. W wyjaśnieniach z 14 stycznia 2021 r. przystępujący Stekop dla części 1 jak i części 3 zamówienia przyjął do kalkulacji mniejszą liczbę prognozowanych w roku dni, w których będzie wypłacał pracownikom wynagrodzenie chorobowe i ujawnił wiarygodne oraz zgodne z zasadami wiedzy i doświadczenia założenie dla takiego przyjęcia.

Te dwa błędne założenia odwołującego spowodowały, że odwołujący w swych zestawieniach kosztów przedstawionych na rozprawie zawyżył koszt 1 rbh w części I o 1,31 zł, a w części III – o 1,24 zł. W konsekwencji popełnionego błędu należało przyjąć, że przy 5124 rbh przychód wykonawcy Stekop wyniósłby w części I nie 1.588,44 zł (5124 rbh x 0,31 zł) jak wyliczał odwołujący, lecz 8.300,88 zł wyliczone jako 5124 rbh x (0,31 + 1,31). Taki przychód pokrywał z łatwością nawet pozostałe wskazywane przez odwołującego koszty do poniesienia miesięcznie, które szacował na poziomie 1.890,97 zł. Jeżeli chodzi zaś o część 3 zamówienia, to należało przyjąć, że przy 5124 rbh przychód wykonawcy Stekop wyniósłby nie 1229,76 zł (5124 rbh x 0,24 zł), lecz 7583,52 zł, wyliczony jako 5124 rbh x (0,24 + 1,24). Przychód uzyskany w części II także pokrywałby z łatwością nawet pozostałe wskazywane przez odwołującego w zestawieniu koszty do poniesienia miesięcznie, które szacował na poziomie 1.545,97 zł.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że brak było podstaw do tego, aby przystępujący Stekop musiał przyjmować wysokość tych pozostałych kosztów na poziomie wskazywanym przez odwołującego w zestawieniach złożonych na rozprawie i w odwołaniu. Twierdzenia odwołującego o konieczności przyjęcia kosztów w wysokości wskazywanej przez odwołującego pozostały gołosłowne, gdyż nie zostały poparte żadnym dowodem, za wyjątkiem

faktury opłaty abonamentowej za obsługę serwerową ZEG GSM.

Dostrzeżenia wymagało również, że odwołujący przykładowo oszacował w swych zestawieniach koszt szkoleń na innym poziomie, niż koszt, który został przyjęty przez przystępującego Stekop w wyjaśnieniach z 14 stycznia 2021 r. na str. 5. Wyjaśnienia Stekop w tym zakresie zostały poparte przez wykonawcę materiałem dowodowym, wykazującym realność przyjętych kosztów na poziomie wskazanym w tabeli w wyjaśnieniach (oferta z 28.12.2020 r., załączona do wyjaśnień). Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego wyrażonym na rozprawie, zamawiający nie żądał w SIWZ uczestnictwa wszystkich pracowników jednocześnie w przeprowadzonych szkoleniach. W powoływanym przez odwołującego postanowieniu § 6 ust. 1 lit. b wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, zamawiający nałożył jedynie na wykonawców obowiązek zapewnienia uczestnictwa pracowników w kwartalnych szkoleniach z pozorowanym naruszeniem ochrony. Z postanowienia tego nie wynikało więc, że w szkoleniu muszą uczestniczyć wszyscy pracownicy jednocześnie. Przy przyjętym dwudziestoczterogodzinnym systemie czasu pracy byłoby to wątpliwe. Z powołanego przez odwołującego postanowienia wynikało, że każdy pracownik powinien przejść takie przeszkolenie, ale niekoniecznie jednocześnie.

Z uwagi na indywidualne możliwości obniżenia ceny wskazane w wyjaśnieniach przystępującego Stekop, brak było po stronie przystępującego Stekop konieczności przyjmowania kosztów hełmów, kamizelek, kajdanek, pałek tonfa, broni na poziomie wskazywanym w odwołaniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami zarzuty odwołania dotyczące ceny oferty przystępującego Stekom za część I i część III zamówienia podlegały oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), o *oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

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

Stwierdzone przez Izbę naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

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

- a) *nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) *nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) *nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i III postępowania o udzielenie zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

- a) wyjaśnień z 14 stycznia 2021 r. złożonych przez przystępującego Stekop w zakresie części I i III zamówienia,
 - b) uzasadnienia zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- w sposób opisany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione*.

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

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.

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

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

- 1) *odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie*

zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo

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

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

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

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród 2 grup rozpoznawanych zarzutów zasadna okazała się jedna grupa, zaś bezzasadna – druga grupa. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2. Odpowiedzialność za połowę kosztów postępowania odwoławczego ponosił odwołujący, zaś za drugą połowę – zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 zł – 9.300 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....